

REVISTA

COLEGIO DE NOTARIOS

---DE JALISCO---

PRIMER SEMESTRE 1993

8

JOSÉ MA. DE PRADA GONZÁLEZ

Lección primera. El derecho notarial, su encuadramiento en el ordenamiento jurídico. El notario y el consumidor

Lección segunda. Distintas clases de notariado: sus diferencias

Lección tercera. Principios que rigen la función notarial

Lección cuarta. El documento público

Lección quinta. Esquema general del instrumento público

Lección sexta. Las actas: idea general

La forma de los actos jurídicos privados y la seguridad jurídica

La onerosidad y gratuidad de los actos jurídicos

CONSEJO DE NOTARIOS

Vice-Presidente:

Lic. Luis Robles Torres

Secretario:

Lic. Arturo Ramos Arias

Tesorero:

Lic. Alejandro Navarro Flores

Vocales:

Lic. Salvador García Rodríguez Lic. Lorenzo Bailón Cabrera Lic. Miguel Hernández Cobián Lic. Ernesto Negrete Páez Lic. Víctor Flores Márquez Lic. Jorge Robles Parías Lic. José Luis Díaz Topete Lic. Crescencio Uribe García Lic. Odilón Campos Navarro Lic. Antonio F. Sahagún López

Lic. Rubén Barba Rubio

Diagramación:

Rosendo de la Torre

Cuidado de la edición:

Patricia Delgado González

Domicilio: Gral. San Martín 727, Guadalajara, [al.

Z.P. 44140 Tels. 615-30-10 / 615-35-20/ 616-49-48 / 616-49-49

- Agradecemos profundamente al doctor José Marfa de Prada González ilustre notario español, al licenciado y notario Jesús Villalobos Pérez, director de la Facultad de Derecho de la Universidad de Guadalajara y al licenciado y notario José Luis Leal Sanabria, Secretario General de Gobierno por su generosidad al hacer posible la realización de éste número.

LECCIÓN PRIMERA. El derecho notarial, su encuadramiento en el ordenamiento jurídico. El notario y los consumidores

El derecho notarial. Su formación histórica

La configuración y caracteres del Derecho Notarial es difícil porque no es un producto ni de la ciencia jurídica ni del laboratorio del Derecho sino que surge en la vida misma y al servicio de la misma, y como ocurre en todas las instituciones de origen natural y que han ido adaptándose a las necesidades de la práctica sus perfiles son en ocasiones poco claros y varían de unos lugares a otros. No obstante, como veremos, hay unos principios esenciales comunes a todos los territorios y que nos dan los perfiles esenciales de esta rama del Derecho.

En esta primera lección vamos a lanzar una ojeada panorámica sobre la historia del notariado con el propósito de ver cómo fueron emergiendo los que son principios actuales de nuestra Institución, trataremos luego de encuadrarlo en el Ordenamiento Jurídico y terminaremos asomándonos a una de las tendencias más importantes de la Institución como es la de su situación frente al problema de los consumidores.

En el Derecho Romano Clásico el notariado era desconocido ya que primaba la oralidad de los procesos y la autoridad de los jurisconsultos. No obstante en el Derecho Romano tardío aparecieron los llamados tabelliones, que recibieron ya una regulación en los textos de justiniano, que tenían como misión redactar los negocios jurídicos entre los particulares y que paulatinamente fueron sustituyendo a los jurisconsultos. Los escritos redactados por estos tabelliones fueron pronto aceptados como prueba por los Tribunales y aunque no eran documentos públicos, en los términos en que los conocemos ahora, llegaron a ser instrumenta publicae confecta y recibieron una eficacia en el proceso superior a la de los meros documentos privados hechos por las partes.

Producida la fragmentación del Imperio Romano surgieron los escribas o escribanos y más tarde los notarios unas veces por evolución de aquellos tabelliones y otras, según parece por desarrollo de instituciones autóctonas (así parece que ocurrió en el reino longobardo en el siglo VIII. Véase a Bono pág. 64 del 1. 1.)

No obstante es opinión común que el notariado moderno tal y como lo conocemos en nuestros países en la actualidad tiene su origen en la época de los glosadores y pos glosadores italianos y ve la luz en las ciudades medievales poniéndose al servicio del pujante comercio que empieza a desarrollarse en ellas. En esta época aparece el notario, ya considerado como ejerciente de un "oficio público" y autor del documento. En efecto los glosadores son los autores de la teoría del instrumentum publicum y sus caracteres esenciales que son ser per manum publicam factum o sea hecho por el notario, pero también in publica forma confectum es decir, desarrollado conforme a las prescripciones formales que se tenían por exigibles. Estas normas formales, dice Bono, son hábilmente extraídas por los glosadores de los textos justinianos, pero esta normativa, en realidad y pese a su vestidura romanista no es otra cosa que la fijación de los usos que la práctica documental lombardo-toscano romana había establecido a principios del siglo XII. Sin embargo los glosadores innovaron dos nuevos principios, que son los pilares del moderno Derecho Notarial y que son:

- El principio de la "fehaciencia" que atribuye al notario la facultad exclusiva de

conferir plena fides al documento que autoriza en publica forma y

- El principio de la dúplice redacción del documento reconociendo valor sustantivo a la previa y obligatoria redacción sumaria (al principio) como matriz o substrato material del documento.

El desarrollo y evolución posterior del Derecho Notarial se debe a la Escuela de Bolonia en la que podemos citar a Raniero de Perugia, Salatiel y sobre todo Rolandino autor de la famosa obra conocida con el nombre de Aurora.

Ya en España hemos de destacar la obra de Alfonso X el Sabio, el Fuero Real y sobre todo las Partidas, especialmente los títulos 18 "de las escrituras" y 19 de los escribanos de la Partida tercera, que a través del Speculum juris de Guillermo Duranti, recogen las doctrinas de Salatiel y Rolandino.

El sistema documental español recibe su regulación en la Pragmática de Alcalá de los Reyes Católicos que es esencial en cuanto al sistema documental y del protocolo.

Este sistema de notariado latino va paulatinamente extendiéndose por Europa. Así, hemos de citar la Constitución del Emperador Maximiliano de 8 de octubre de 1512, que hace una exposición muy completa de la función notarial, inspirada en Baldo.

Igual ocurre en Francia en donde la institución notarial tuvo un fuerte arraigo popular que le hizo superar satisfactoriamente los vientos huracanados de la Revolución francesa. Es significativa la frase de Favard, recogida luego por la exposición de motivos de la ley de 25 de Ventoso del año XI que regula la institución notarial y que dice "todas las instituciones que habían envejecido con la monarquía han sido destruidas o reformadas; el notario es la única que se ha sostenido en medio de los escombros de la Revolución, sin haber sido reorganizada".

En América el notariado llegó de la mano de los descubridores. Junto a Colón al pisar tierra americana está el escribano, que da fe del evento, y esto ocurre con los restantes conquistadores, hasta el punto de que los principales fastos del descubrimiento pueden seguirse a través de los documentos notariales. El notariado americano es fruto del español, o, para hablar con más propiedad, del de Castilla, cuyas eventualidades sigue hasta el momento de la independencia. Todavía están recientes los ecos de la celebración por nuestros compañeros de México D.F. del 150 aniversario de la instauración de su Colegio llevada a cabo en Aranjuez por el Rey de España.

Producida la independencia la evolución de los notariados de raíz española ha sufrido una muy diversa evolución. En España misma es fundamental la ley de 1862 que dio la configuración actual al notariado, en otros países de América bien por influencia anglosajona o por paulatina decadencia autóctona el notariado ha perdido algunas, cuando no todas sus características, otros en cambio, entre los que sin duda se encuentra México, mantienen vivas las esencias más puras del Derecho notarial. En este sentido ha sido para mí una gran satisfacción conocer y estudiar su interesante Decreto 14250 de 22 de agosto de 1991 que publicó su actual Ley Notarial en tantos puntos semejante a la nuestra y que nos permite una sintonía de pensamiento y reflexión en estos días en que vamos a estudiar juntos el Derecho Notarial.

El notariado es hoy una institución viva que existe, como veremos luego, en 50 países del mundo entero, que se encuentra en clara expansión, y que, aceptando las diversidades propias de cada país que garantizan su adaptación a las necesidades locales, responde, sin embargo a unos principios comunes. Antes de estudiar cuáles son estos vamos, sin embargo a encuadrar el Derecho Notarial dentro del ordenamiento jurídico.

II. Encuadramiento del derecho notarial en el ordenamiento jurídico

A) El notariado y el poder legislativo

A partir de Montesquieu ha sido tradicional la división de los poderes del Estado en tres, el poder legislativo, el ejecutivo y el judicial. Resulta difícil encuadrar al notariado dentro de esta trilogía de poderes. No cabe, desde luego, en el poder legislativo, aunque hay que reconocer que misión del notario es crear leyes privadas que regulen las relaciones entre los particulares. Es conocido que para muchos los contratos en leyes privadas, y que incluso el Código Civil español dice que los contratos tienen fuerza de ley entre los contratantes. Pero no obstante es indudable que en ningún momento puede entenderse incluido al notario entre los legisladores dado el carácter privado de su función.

B) El notariado y el poder ejecutivo

Algunos han incluido al notario en el poder ejecutivo al calificarle de funcionario público. Así lo hace la ley española de 1862 e igualmente el artículo 1 de la Ley del Notariado de Jalisco cuando dice que "el notario es el profesional del Derecho y funcionario público". Sin embargo el notario más que ser un verdadero funcionario del Estado en el sentido que se entiende en la moderna técnica del Derecho Administrativo es más bien un profesional encargado del desempeño de funciones públicas. Funcionario público lo es porque la función es pública y porque -siempre de acuerdo con el citado artículo 1 de la Ley de Jalisco- "está investido por delegación del Estado ... de la capacidad de dar fe", pero no reúne las características esenciales del funcionario del Estado como son la de dependencia jerárquica y retribución con cargo al Erario público (el notario no será remunerado por el erario, artículo 6 Ley de Jalisco) por ello sea quizá más exacta la forma de definir este aspecto de la función notarial en el Derecho francés cuando define al notario no como funcionario sino como "oficial público". También la L. J. (Ley de Jalisco) intuye esta diferencia cuando en el segundo párrafo del artículo 1 dice que "la actuación notarial es una función de orden público". Es pues claro que no puede encuadrarse al notario dentro del poder ejecutivo del Estado.

C) El notariado y el poder judicial

También se ha discutido si cabe encuadrar al notariado dentro del poder judicial. Con frecuencia y dejándose llevar del entusiasmo se ha llamado al notario Magistrado de la Paz o juez de las familias atribuyéndole una misión, que indudablemente tiene, de pacificación, pero que está muy lejos de la función judicial.

A esta confusión han contribuido dos motivos. El primero es que al desgajarse la fe pública extrajudicial de la judicial se mantuvieron algunas competencias de los jueces o de la organización judicial sobre el notariado. Así ocurre con la demarcación notarial

que, según la ley, debe adaptarse a la judicial y determinadas intervenciones de los jueces o audiencias en materia de archivos o de disciplina. La mayoría de estas competencias han desaparecido con el paso de los tiempos pero han dejado un pozo que ha llevado a algunos a ver una cierta similitud entre la función notarial y la judicial. En este sentido Sanahuja, en España ha podido escribir todo un derecho notarial utilizando las técnicas y aun. Terminologías procesales.

El otro motivo que puede haber inducido a esta asimilación es la existencia de funciones atribuidas a los jueces que o bien pueden ser también desempeñadas por notarios o bien deberían serlo. Es el viejo contencioso existente entre notarios y jueces sobre la llamada jurisdicción voluntaria. El reciente Congreso Internacional del notariado celebrado el año pasado en Cartagena de Indias dedicó uno de sus temas a esta cuestión y reivindicó para el notariado casi todas las funciones que en esta materia tienen los jueces en los distintos países. No es este momento para estudiar a fondo la intrincada cuestión, pero sí parece conveniente destacar cómo, bajo el nombre de jurisdicción voluntaria ~auténtico cajón de sastre 10 llama un autor español-, se incluyen una serie de funciones que no implican el imperium típico de los jueces y no solo pueden ser desempeñadas por los notarios sino que son más propiamente función de estos. En España se ha producido recientemente una curiosa evolución, en esta materia. Ante la angustiosa situación de acumulación de asuntos en los juzgados es el propio poder ejecutivo, e incluso el judicial, quienes se han vuelto hacia el notariado para ver cuáles de las actuales funciones judiciales pueden ser realizadas por éste. Una reciente ley de medidas urgentes en materia procesal ha atribuido a los notarios las declaraciones de herederos, que hasta ese momento sólo podían ser realizadas por el juez. Pero ilustres miembros de la judicatura como Belloch, Presidente del Tribunal Superior de Bilbao o Clemente Auger Presidente de la Audiencia Nacional han llegado más lejos y apuntan un importante paquete de funciones susceptibles de traspasarse al notariado entre las que incluyen los deslindes y amojonamientos, el pago por consignación, las subastas voluntarias, la adverbación de los testamentos ológrafos, la apertura de los cerrados y la protocolización de los hechos de palabra o en circunstancias excepcionales, los inventarios en el supuesto de aceptación de herencia o beneficio de inventario, los expedientes de dominio para la inmatriculación de fincas en el Registro de la Propiedad o para reanudación del tracto sucesivo, la liberación de cargas, etc. Son todos supuestos en que la actuación judicial consiste exclusivamente en la constatación de hechos y que por lo tanto parecen caer más bien bajo la competencia notarial siendo su atribución al juez un mero arrastre histórico.

De todas formas y una vez cerrado este excursus sobre zonas fronterizas entre lo judicial y lo notarial está claro que es imposible asimilar ni incluir la función notarial dentro de la judicial. Hay una diferencia neta y tajante. El juez está investido de imperio y puede no sólo declarar derechos sino también hacer cumplir los derechos que declara, mientras que el notario está investido sólo de la autoridad que sepa ganarse con su competencia y grado de confianza que sea capaz de infundir y aunque el documento que autoriza tiene efectos de prueba plena no puede en ningún momento obligar a las partes a suscribirlo ni siquiera imponerles el contenido del mismo que debe ser voluntariamente aceptado por los otorgantes. Por lo tanto el notario carece del poder de que está investido el juez y no puede bajo ningún concepto ser considerada integrante del tercer poder constitucional.

Esta falta de encaje del notariado en los tres poderes tradicionales llevó a Real redactor

de la exposición de motivos del proyecto de ley de Ventoso a hablar de la conveniencia de un "cuarto poder". Por lo gráfico de su exposición y aunque se resiente de la forma de redactar en la época no resisto la tentación de citarles el párrafo entero.

Para establecer sobre bases inquebrantables el derecho de propiedad, la libertad civil, el reposo de las familias, no es suficiente haber instituido tribunales encargados de pronunciarse sobre las diferencias que el interés hace nacer, sino que debe situarse en cada cantón, y por así decir cerca de cada familia, un conciliador, un juez de paz, cuya principal función es suavizar en su nacimiento todas discusiones; no es bastante que a estas dos garantías de la tranquilidad pública el restablecimiento de los cultos haya añadido la poderosa intervención del sacerdote, que, en nombre de la divinidad, invita a los hombre a los sacrificios mutuos que mantienen la concordia; una cuarta institución es necesaria y, aliado de los funcionarios que concilian y que juzgan las diferencias, la tranquilidad llama a otros funcionarios, que, consejeros desinteresados de las partes, así como redactores imparciales de sus voluntades, les hagan conocer la extensión de las obligaciones que contraen redactando sus compromisos son claridad, dándoles el carácter de acto auténtico y la fuerza de un juicio, perpetuando su recuerdo, y conservándolos con fidelidad, impidiendo que las diferencias surjan entre los hombres de buena fe, y evitando que los hombres ambiciosos, inicien un pleito con la esperanza de ganarlo. Estos consejeros desinteresados, estos redactores imparciales, esta especie de jueces voluntarios que obligan irrevocablemente a las partes contratantes, son los Notarios, y esta institución es el Notariado.

D) Encuadramiento del notariado dentro de la seguridad jurídica

La doctrina notarialista más moderna ha renunciado a insertar al notariado dentro de la clasificación trimembre de los poderes del Estado y trata de buscar su encaje como institución autónoma puesta al servicio de una de las exigencias más importantes del Derecho moderno, el de la seguridad jurídica.

En España esto tiene un claro encaje constitucional en el artículo 9 de nuestro más alto texto legal. En efecto la Constitución española, que se encuadra dentro de las más modernas y avanzadas concede una importancia especial a la seguridad jurídica. Ya en su preámbulo se lee: "La Nación española deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad... " Y en el artículo 9 dice que entre otros valores como el principio de legalidad, jerarquía normativa, publicidad de las normas e irretroactividad de las disposiciones sancionadoras o restrictivas de derechos individuales "la Constitución garantiza ... la seguridad jurídica". La seguridad jurídica implica la existencia de leyes claras, procesos rápidos justos y baratos así como una administración que esté al servicio de los ciudadanos, pero no se agotan aquí las exigencias derivadas del principio de seguridad jurídica que no se limita a la actuación de los poderes públicos sino que - como dice Arozamena (la seguridad jurídica en la Constitución y en la doctrina del Tribunal Constitucional conferencia pronunciada en el Seminario organizado sobre la Seguridad Jurídica en Santander por el Consejo General del notariado en 1989)- también debe estar presente en el ámbito de las relaciones jurídicas entre particulares, en el tráfico jurídico.

La seguridad jurídica del tráfico exige unos sistemas de protección extrajudicial que permita una ordenada y adecuada conformación de las relaciones jurídicas de forma que los que intervienen en ella estén seguros de que se ajustan exactamente a las leyes y

reflejan con propiedad su voluntad. Al servicio de esta seguridad jurídica extrajudicial se encuentran lo que en el Derecho moderno se denomina derecho cautelar que está puesto al servicio de que las relaciones jurídicas estén convenientemente constituidas de forma que eviten en la medida de lo posible la necesidad de acudir al juzgado, pero que incluso en el supuesto de acabar en él proporcione los medios de prueba adecuados que hagan más fácil la labor del juzgador.

En un tiempo como el presente en que los tribunales se encuentran completamente desbordados de asuntos toda institución que sea -como dijo Carnelutti de la notarial- anti procesal, es decir evitadora del proceso es una institución que adquiere una importancia especial y que exige una atención y tratamiento cuidadoso.

Este es, a mi juicio, el encaje adecuado de la institución notarial. Es una institución puesta al servicio de la que podríamos llamar justicia preventiva que trata de que las relaciones entre particulares estén adecuadamente establecidas.

E) El notariado institución mixta público privada

Se ha discutido mucho cuál es el encuadre de la institución notarial en relación con la dicotomía clásica del Derecho dividido en público y privado. Nuestro compañero, notario de Madrid, Rodríguez Adrados, publicó hace unos años un interesante trabajo titulado: El notario: función privada y función pública, su inescindibilidad que marca perfectamente la situación bifronte de la actuación notarial que en un aspecto es pública, el notario es funcionario público, pero en otro es privada, el notario es profesional del derecho. Perfectamente marca esta dualidad su vigente ley notarial que comienza diciendo que " el notario es el profesional del derecho y funcionario público".

Pero quizás sea conveniente detenerse en este punto para estudiar en qué consiste esta dualidad de la misión notarial. La razón de esta dualidad es que el notario no ha sido trazado, geométrico more, por un legislador cartesiano, sino que es, en expresión de Giuliani fruto espontáneo de la convivencia civil, ha nacido biológicamente, de la misma realidad social y de sus necesidades, y en consecuencia adolece del "desdibujamiento legal" de que habló González Palomino, porque todavía hoy "la esencia de la figura del notario -escribe Lobetti-Bodoni- no se halla tanto en las leyes como en la historia y sobre todo en las costumbres" .

No puede, en efecto, reducirse la función del notario al documento. Este es, indudablemente obra del notario, pero es el final y no el principio de la función notarial. Ya que como señalan los autores de Derecho Notarial, casi unánimemente, la función del notario es previa al documento y comienza con el consejo, que puede llevar ya a firmar un documento ya a prescindir de él, pasa luego por la conformación de la voluntad de las partes, continua con la redacción del documento y culmina en su autorización para continuar .todavía en el consejo pos documental que asesora a las partes sobre las obligaciones que deben cumplir después de firmar el documento y la conservación y custodia del mismo.

Veamos con algún detalle, aunque sea de forma muy sintética en qué consiste esta función notarial previa a la autorización del documento.

1.- El asesoramiento notarial previo al documento

El artículo dos de su Ley Notarial dice "el notario tiene obligación de ilustrar a las personas que le soliciten sus servicios, debiendo recibir, interpretar y dar forma a la voluntad de las mismas". En sentido similar el artículo 1 del vigente Reglamento Notarial español dice que como profesionales del Derecho los notarios "tienen la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados al logro de los fines lícitos que se proponen alcanzar".

Esta labor previa notarial es por lo menos tan importante como la autenticación oral. Castan, maestro de los juristas españoles de la mitad de este siglo denominó a esta labor autenticadora la "función final" del notario de la que afirmó que "resulta excesivo dar a la función de que se trata esa pretendida primacía y ese exagerado predominio sobre la función formativa, a la que va normalmente unida como una consecuencia propia".

La doctrina notarialista ha desmenuzado minuciosamente en qué consiste esta función de asesoramiento notarial.

En primer lugar es previa al documento y se produce incluso cuando por consejo del notario se desiste de otorgarlo. Martínez Segovia, notario argentino dice con precisión que la función del notario no comienza cuando inicia la redacción del documento sino en la que él llama "primera entrevista con las partes". Puede ocurrir incluso que las partes no pretendan otorgar ningún documento sino asesorarse sobre las consecuencias de otro ya firmado o la situación en que se encuentra una persona o cosa. Puede ocurrir que el notario les haga desistir de otorgar el documento bien por no ajustarse la voluntad de las partes al ordenamiento bien porque el notario les convenza de que no les interesa a las partes mismas otorgarlo.

En esta primera entrevista el notario debe indagar cuál es la voluntad empírica de las partes, lo cual exige, como dice Satta no una recepción pasiva sino que obliga a "conocer el querer que aquél que quiere no conoce" es decir hay una labor de ilustración e indagación discreta, lejos todavía de toda labor jurídica, que trata de aflorar qué es lo que las partes quieren realmente.

A continuación el notario debe realizar el encuadramiento jurídico de la voluntad descubierta actuando, como dice González Palomino como pedagogo de la voluntad ayudando a formar el consentimiento: formando y afirmando la voluntad. Ya el I Congreso Internacional del Notariado Latino celebrado en Buenos Aires afirmaba que es obligación del notario "dar forma legal a la voluntad de las partes" y el artículo 147 del Reglamento Notarial español precisa "adaptándola a las formalidades jurídicas necesarias para su eficacia".

A continuación el notario debe dar consejo. El consejo es más que la información y más incluso que el asesoramiento. La información tuvo un viejo origen y como dice Núñez Lagos consistía en la obligación del notario de ilustrar a las partes sobre el contenido del documento que iban a firmar. No era suficiente -sigue diciendo nuestro maestro-la lectura por sí misma porque ésta era un medio para el conocimiento esciente, el instrumento sólo obligaba a las partes si se conocía su contenido y al servicio de este conocimiento estaba la obligación del notario de advertir a las partes de las consecuencias de lo que habían leído e iban a firmar. Cerciorada la parte no podía alegar luego ignorancia dando lugar al famoso axioma cerciorada parte, ignorando excusas.

El notario debe dar más. Debe asesorar. Pero incluso el asesoramiento, que tiene como objetivo informar de los aspectos jurídicos del negocio es corto y el notario debe aconsejar a las partes. Roan y Cámara señalan con precisión la diferencia entre uno y otro. "El notario no solo tiene que asesorar, sino que en la mayoría de los casos debe dar consejo, cuando se lo pidan. El asesoramiento es más frío que el consejo, el consejo trata de comprometerse en la decisión de las partes. El asesoramiento parece tener un gran fondo técnico; el consejo, sin desprestigiar aquél, tiene una extraordinaria carga vital, humana. Por eso el asesoramiento del notario es sobre asuntos con fondo jurídico técnico, en cambio el consejo puede tener este fondo o el más variado contenido. Desde posibles matrimonios de hijos y su régimen o educación, estudios, premios o castigos, hasta materias políticas, negocios, inversiones, etc. El asesoramiento se pide al notario como tal, el consejo, al notario y al hombre que hay detrás de él".

Pero, en ocasiones, incluso el consejo resulta estrecho y debe dar paso a un estadio más intenso en la colaboración con la parte que es la "asistencia". Los tribunales ~ice Rodríguez Adrados- al tratar de la responsabilidad del notario, que es donde normalmente se ha estudiado el tema de las obligaciones del notario previas a la autenticación, establecen que la obligación de consejo del notario depende ante todo de la experiencia más o menos grande del cliente. En España una sentencia el 29 de diciembre de 1927 declaraba ya, que "el notario no solo es el fedatario para que creamos 10 que no vimos, sino que es el Profesor de Jurisprudencia de las clases humildes, proletarias, y el consejero prudente de los individuos y de las familias". Está aquí el germen de 10 que luego se ha denominado obligación del notario hacia los consumidores, de la que hablaremos más tarde. Ahora basta apuntar que la obligación de consejo del notario puede, en determinadas circunstancias, acentuarse para convertirse en obligación de asistencia al contratante débil o especialmente necesitado de protección.

Por último el notario tiene una importante misión arbitral.

Ya veremos, que la obligación de imparcialidad que es esencial a la función notarial le hace especialmente apto para el arbitraje y cómo se utiliza ésta en algunos Estados, como Francia. Ahora basta señalar que en la formación de la voluntad incipiente de las partes en que interviene el notario con su consejo con frecuencia hay algunas que hay que llenar o circunstancias nuevas que no han sido tenidas en cuenta en los primeros tratos o incluso divergencias en la interpretación de expresiones ya acordadas. En estos supuestos el notario interviene como árbitro conciliador o empleando una frase muy gráfica que se utilizaba antes en el arbitraje y que, al menos en España, se ha perdido en la última reforma, de "amigable componedor" poniendo sus conocimientos, prestigio e influencia al servicio de limar asperezas, aclarar las cuestiones oscuras y hacer posible, cuando lo es, al acuerdo pleno entre las partes.

2.- La adecuación de la voluntad de las partes y el documento

Hasta ahora nos hemos movido en el campo pre documental, estudiando cuál es la función del notario previa al documento. Tras esta función notarial las partes pueden decidir seguir adelante con su propósito de realizar el negocio jurídico o desistir de él. Si deciden seguir adelante el notario asume la obligación de redactar el documento.Cuál es la función del notario en este momento ha sido objeto de innumerables teorías. Hoy, en España se ha impuesto la llamada teoría de la adecuación. Está fue desarrollada

por D'Orazi Flavoni en Italia en su obra La autonomía del Diritto Notarile y perfilada en La responsabilidad civile nell esercizio del Notariato. En España fue acogida por Rodríguez Adrados y a través de él ha llegado, en su última reforma de 1984 al Reglamento Notarial. En efecto el artículo 147 del vigente Reglamento Notarial, dice "el notario redactará el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes, la cual deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico... /I También su ley notarial al recoger en su artículo 2 las obligaciones del notario dice que tiene la obligación de "dar forma a la voluntad de las mismas (partes) redactando los instrumentos adecuados... /I.

En este punto, y ya dentro de la misión de redactar el documento el notario debe elegir cuál es la figura jurídica que mejor se adapta a la voluntad de las partes, qué pactos son precisos, qué cautelas deben tomarse y en general todo aquello que considere conveniente para que la voluntad de las partes quede adecuadamente reflejada en el documento. Esta adecuación, que D'Orazi califica de necesaria, es actividad que el notario debe prestar como normal ejercicio de su función y distingue al notario de otros documentadores públicos que carecen de esta misión y se limitan a recoger la voluntad de los interesados tal y como se expresa por estos. Esta labor de adecuación es la que hace que la función del notario, en este punto, se denomine "redacción" en la que el notario realiza la función de adecuación expresada a diferencia de la labor de "narración" de hechos que es típica de las actas que realiza el notario español, y de las que me ocuparé en otro momento, en las que como dice Núñez Lagos" el notario como autor relata el hecho, patente a los sentidos, y le deja ser lo que es y como es. La actividad notarial no lo manipula ni lo altera. Es la verdad al desnudo. En cambio en la redacción el notario interfiere en las declaraciones de voluntad de las partes, las estructuras jurídicas indispensables, el esqueleto legal del acto o contrato. Es la verdad en su molde legal".

3.- Aspectos públicos de la función notarial y su inexcindibilidad de los privados

Hasta aquí me he demorado explicando la labor que el notario realiza como profesional del derecho, teniendo como guía dejar claro dos cuestiones, una el carácter privado de esta labor y otra el carácter específico y peculiar que lo distingue de la realizada por otros profesionales del Derecho como pueden ser los asesores jurídicos y abogados.

Voy ahora a dedicar unas palabras al aspecto público de la función notarial.

El notario, como dije al principio recogiendo del artículo 1 de su ley Notarial es además de profesional del Derecho, funcionario público "investido por delegación del Estado, a través del titular del Poder Ejecutivo, de la capacidad de dar fe para hacer constar actos, negocios y hechos jurídicos a los que se deba o quiera dar autenticidad y seguridad jurídica conforme a las leyes". "La actuación notarial -sigue el segundo párrafo del citado artículo- es de orden público... "

Al estudiar los efectos del documento público comprobaremos cómo a la actuación notarial va unida indisolublemente unos enérgicos efectos de prueba que son una manifestación del poder del Estado que el notario ejerce por delegación de éste. Es el aspecto público de la función Notarial que explica su carácter de funcionario público así como las facultades que el Estado tiene para la configuración de la función notarial, su organización y vigilancia. No es notario quien quiere sino aquél al que el Estado da una

delegación para actuar. Es cierto que, como hemos visto en la misión del notario hay mucho más que la delegación estatal y que ésta no sería completa ni desarrollaría los efectos que en la sociedad desarrolla sin la función profesional previa del notario, pero también lo es que esa función previa profesional no sería notarial si no viniese unida a la función pública delegada por el Estado.

Veamos una vez más cómo explica esta cuestión Rodríguez Adrados. Supongamos - dice-, que el notario se redujera a recibir las declaraciones de las partes como hechos que tienen lugar en su presencia, recogiénolas en el documento en su ser natural, como podría hacer con un hecho físico, por definición inalterable; ¿qué es lo que habría llevado al documento? Aquella voluntad empírica, deforme y deformada, errónea, incompleta e imprevisora y hasta ilegal y discorde que describíamos al principio de esta conferencia, que de ninguna manera puede reputarse como la voluntad "verdadera" de los otorgantes; la exactitud de la fe pública habría fallado escandalosamente y como decía el Tribunal de Casación francés (3-agosto-1858), "la solemne introducción del notario en la confección de los contratos se convertiría en una trampa tendida a la buena fe de las partes". "De aquí que los autores tras reconocer la existencia de una función privada y otra pública en la actuación notarial terminen por decir que ambas son inexcindibles, se apoyan una a la otra y la función pública sería incoincidible sin la privada.

Si insisto en esto es porque en España y en algún otro país ha habido tendencias unas veces a suprimir la función pública del notariado ~l último intento se ha producido recientemente en Bélgica- o a hacer desaparecer la función privada convirtiendo al notario en un puro "funcionario". Si esto ocurriera, dice Laurini, actual Presidente del notariado italiano se asistiría, sin duda al nacimiento de una segunda función notarial, esta vez, privada, a la que las partes confiarían sus problemas personales, patrimoniales y familiares. Estos "Notarios privados" llegarían a ser los verdaderos redactores de las convenciones y los únicos consejeros de las partes, las que se dirigirían al funcionario público solo para la certificación de autenticidad, se habría producido un retomo a los orígenes del problema, en expresión de Giuliani, porque los notarios puramente privados, como los tabelliones romanos o los escritores de la alta Edad Media, tendrían que ir ganando día a día la confianza del público hasta conseguir, quizá, primero en la práctica de los Tribunales y finalmente en la consagración legislativa, que esa "pública confianza" se acompañara otra vez de la "pública fe". Algo de esto ha ocurrido en Portugal como veremos al estudiar los distintos sistemas notariales en la lección siguiente.

F) El notariado y los consumidores

El notariado se ha caracterizado a lo largo de su historia por su capacidad para dar respuesta a las necesidades sociales de cada época adaptándose de esa forma a las exigencias del momento y consiguiendo seguir siendo útil.

Esto es lo que ha ocurrido con los consumidores. La figura del consumidor y el derecho dirigido a protegerlo es una de las novedades del último tercio de este siglo y se presenta como el derecho del siglo próximo. El consumidor es el fruto de la industrialización y de la producción y distribución de servicios en masa. Se trata normalmente de un usuario de servicios o adquirente de bienes sin una calificación personal ni unos conocimientos específicos suficientes para discernir la bondad de lo

que adquiere y protegerse de las cláusulas abusivas de los contratos que realiza.

En definitiva, y dentro del campo del Derecho el consumidor es el que realiza lo que a partir de Saleilles se denomina contrato de adhesión en el que las cláusulas del mismo vienen preestablecidas por una de las partes e impuesta a la otra que bien por las condiciones de monopolio en que se presta el servicio, bien por las condiciones del mercado en el que la elección es difícil se ve obligado a aceptar sin posibilidad de modificación las cláusulas contractuales. Más recientemente se ha sustituido la denominación de contratos de adhesión por la de contratación bajo condiciones generales de contratación.

La protección del consumidor se despliega en diversos planos, como son el legislativo, creando condiciones de contratación que garanticen el equilibrio entre las partes contratantes, administrativo que busca el control de los que prestan los servicios y judicial facilitando el ejercicio de las acciones de los consumidores, bien a través de procedimientos especiales, bien concediendo determinadas facilidades en el proceso a las asociaciones de consumidores. En la Comunidad Económica Europea hay una división especial muy activa dedicada a los consumidores y que ha puesto en marcha una serie de directivas sectoriales que tratan de protegerle, como son la de las compras fuera de establecimiento, condiciones generales de contratación, etcétera.

Limitándonos al campo del Derecho Notarial el consumidor toma contacto con la notaría en algunos de los momentos más importantes de su vida. En efecto la contratación para la adquisición de la vivienda se hace, frecuentemente bajo condiciones generales de contratación. Es la empresa inmobiliaria la que fija las condiciones de los contratos que realiza con los adquirentes que, normalmente, deben someterse a lo que impone la empresa vendedora. Igualmente hoyes difícil adquirir una vivienda sin acudir al crédito y también en este momento los contratos que el adquirente se ve obligado a suscribir son predispuestos por el organismo financiero e impuestos sin posibilidad de modificación al consumidor. Hay que tener en cuenta, además, que la adquisición de la vivienda es un acto trascendental en la vida de una persona y no sólo por la importancia que tiene el acertar en la elección de lo que va a ser el ámbito en que se desarrolle la vida familiar y personal sino porque normalmente significa el adquirir unos compromisos económicos que van a perdurar durante muchos años.

Pues bien el Derecho Notarial se ha preocupado de que la actividad del notario ayude, en la medida de lo posible, al consumidor en ese momento tan importante. Al estudiar el deber de consejo y asesoramiento que es una de las claves esenciales de la institución notarial pudimos ver cómo algunos autores iban más lejos del asesoramiento y hablaban de una obligación de asistencia hacia el cliente menos favorecido. Esto ha aumentado en los tiempos modernos y ha ido haciendo surgir un derecho notarial de protección del consumidor. El Reglamento Notarial español vigente lo recoge en dos puntos importantes. Uno es el artículo 142 que regula el derecho de elección de notario. Hablaremos más extensamente en otra lección sobre este tema, aquí nos basta señalar que el citado artículo concede dicho derecho de elección 11 en las transmisiones onerosas de bienes o derechos realizadas por quien se dedique a ello habitualmente o bajo condiciones generales de contratación... al adquirente, quien, sin embargo, no podrá imponer notario que por su competencia territorial carezca de conexión razonable con alguno de los elementos personales o reales del negocio".

La razón de este precepto está en el deseo de aproximar el notario al contratante débil o consumidor permitiéndole ser él quien elija notario permitiéndole por esta vía elegir un notario que le merezca confianza y al que le sea más fácil preguntar las muchas dudas que normalmente le plantea el contrato que va a firmar. Hay una cierta tendencia en la doctrina española que pide ampliar dicho derecho de elección también a los contratos de crédito para adquisición de vivencia.

Esta norma es, no obstante, insuficiente para la protección del consumidor. En parte porque resulta difícil de aplicar en la práctica en que la obligación de acudir la empresa vendedora a tantos notarios como elijan los consumidores no es fácil y perturba mucho la marcha de los negocios, y en parte también porque con mucha frecuencia el consumidor que normalmente tiene por primera vez contacto con la notaría con ocasión de la compra de su piso no conoce notario alguno que elegir. Por ello el Reglamento Notarial español va más lejos y en su artículo 147 establece que "sin mengua de su imparcialidad, el notario, insistirá en informar a una de las partes respecto de las cláusulas propuestas por la otra y prestará asistencia especial al otorgante necesitado de ella. En el texto del documento -sigue diciendo el precepto-, el notario consignará, en su caso, que aquél ha sido redactado conforme a minuta y, si la misma obedece a condiciones generales de contratación".

Es la manifestación legislativa del deber de asistencia que tiene el notario. Ante el consumidor, al que el Reglamento llama "otorgante necesitado de asistencia especial" el notario no puede limitarse a leer el documento, ni siquiera a informar de las consecuencias jurídicas, no fácilmente comprensibles para el otorgante lego en derecho, sino que debe llegar más allá y ayudar al consumidor a captar en toda su amplitud los efectos del contrato que está a punto de firmar con objeto de que al firmarlo sepa efectivamente a lo que se compromete y compruebe si está en condiciones de cumplirlo o simplemente si le interesa hacerlo.

¿Qué importancia tiene para el notariado esta especial preocupación por el consumidor? La doctrina y las autoridades notariales españolas piensan que puede depender de esta preocupación el futuro mismo del notariado. En efecto, las grandes instituciones financieras y promotoras de viviendas no son especialmente simpatizantes del notariado al que soportan en tanto que les proporciona unos medios de reforzar su posición contractual mediante los efectos procesales de la fe pública o de los efectos ejecutivos, pero desdeña la labor profesional del notario que normalmente obtiene de sus propios asesores jurídicos. Si por estas instituciones fuera el notariado se reduciría a la labor estrictamente fedataria y perdería su labor profesional de consejo y redactora del documento público lo que llevaría al notario a ser un mero y puro documentador como ocurre en los países anglosajones y 10 veremos en la lección siguiente. Es, efectivamente, la influencia anglosajona, tan viva en estas instituciones normalmente transnacionales la que produce esta pretensión sobre el notariado. Pero la presencia del consumidor, la necesidad de una institución que le proteja y la idoneidad del notariado tal y como lo conocemos nosotros para ello se hace que en la actuación del notario a favor del consumidor confluyan al mismo tiempo los intereses de éste y los propios intereses del notariado que trata de garantizar su supervivencia adaptándose a las necesidades de los tiempos modernos.

El notariado español, consciente de la importancia de esta faceta de su función no se ha limitado a cumplir lo que le impone el Reglamento sino que ha firmado recientemente

un convenio con el Instituto del Consumo y ha establecido relaciones cordiales con las asociaciones de consentidores realizando una importante tarea de información del consumidor sobre sus derechos, sobre los peligros y cautelas que debe tener en cuenta al comprar su vivienda e incluso colaborando en el estudio de las posibles cláusulas abusivas en los contratos de compraventa o de préstamo todas ellas manifestación del propósito del notariado de prestar el mejor servicio posible al consumidor.