

# El notario y la jurisdicción voluntaria\*

Illmo. Sr. D. Vicente Font Boix

Notario de Granada

## INTRODUCCIÓN

La U.I.N.L. heredó, al nacer, una vieja preocupación de los notariados nacionales. La de precisar, sobre trazos firmes, la idea de la función notarial. Desde el Congreso de Buenos Aires, hasta el de Bruselas, se han dado buenos pasos en este camino. Concretamente, por lo que respecta a la vieja cuestión de la jurisdicción voluntaria y atribución al notariado, ya se pronunció el Primer Congreso, afirmando «que es su aspiración que todos los actos de jurisdicción voluntaria, en el sentido dado a esta expresión en los países de habla castellana, sean atribuidos, exclusivamente, a la competencia notarial». Y el Congreso de Río de Janeiro, consideró oportuno insistir sobre la misma materia. «En particular -se dijo en dicha ocasión- insiste este Congreso en la aspiración de que todos los actos de la jurisdicción voluntaria, en el sentido dado a esta expresión en los países de habla castellana, sean atribuidos a la competencia notarial».

---

\* Ponencia presentada al VIII Congreso Internacional del Notariado Latino, celebrado en la ciudad de México del 1 al 9 de octubre de 1965.

Nuevamente el VIII Congreso de México trae a su estudio esta aspiración notarial con el propósito fundamental de que sea revisado un error tradicional de sistema al seguir manteniendo en el campo jurisdiccional una serie de actos que, conceptualmente, rechinan con la actividad típica del Poder judicial. Y que históricamente están abocados a terminar en el campo del notariado, si no se requiere trancar el camino iniciado ya hace siglos, en el Medioevo italiano, cuando el notario, al adquirir la fe pública, consiguió con ella la aptitud funcional necesaria para formalizar una serie de actos que, hasta dicho momento, habían sido actuados por los Magistrados, no ya por razón de su propia actividad típica, sino más bien por inexistencia de un órgano adecuado que ejerciera las actividades que, con denominación imprecisa, llamamos hoy de jurisdicción voluntaria.

Este trabajo pretende ser la modesta aportación de uno de los países del notariado Latino -España- a las labores del Congreso de México. Queremos aclarar que, si bien se ha procurado dar al desenvolvimiento del tema la mayor dosis de generalidad, no obstante, siguiendo con ello las instrucciones del Coordinador de la IIT Ponencia, se ha analizado específicamente la situación propia de nuestro país respecto del problema, con la pretensión de que, al comparar nuestro Derecho con el de las otras naciones, puedan salir las fórmulas adecuadas para que, en el tiempo, se alcance la aspiración esencial de la U.I.N.L. de que la jurisdicción voluntaria sea atribuida a la competencia notarial.

## LA «VEXATA QUAESTIO» DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

1. El término jurisdicción voluntaria tiene su origen en el Derecho romano.<sup>1</sup> De la compilación justiniana pasó a la Glosa y de allí al Derecho común. El uso se consolidó y la legislación posterior le dio consagración definitiva. En el Derecho moderno lo admiten algunos ordenamientos civiles y procesales. En Italia ha sido sustituido -con poco éxito- por la expresión *proeedimentiin Camera di consigtto*) Pero en todos los países comienza a dudarse de la exactitud de su denominación, de su función y de su finalidad.<sup>2</sup>

De ahí que nos interese precisar, al iniciar este estudio, cuál es la idea más aceptable de la jurisdicción voluntaria y qué ha de servirnos de punto de partida. Para encontrar un concepto utilizable, hemos de arrancar, a nuestro juicio, del Derecho moderno constituido, en el que se vislumbran con bastante claridad dos posturas diferentes.

A) Una concepción amplia considera como jurisdicción voluntaria una actividad funcional del Estado caracterizada por estas notas: Estar actuada por órganos jurisdiccionales, u otros que en sentido lato pueden, por razón de su origen histórico, considerarse como cuasi-judiciales o pseudo-judiciales, o están, en la organización de la comunidad social, configurados como más o menos dependientes de lo jurisdiccional. Esta jurisdicción voluntaria no implica contención, como la actividad típica jurisdiccional, ni persigue inmediatamente la tutela de un interés Público, como ocurre con la función administrativa, pues se refiere a relaciones jurídicas privadas o al status jurídico de los particulares. Dentro de esta zona caben una multiplicidad de actos cuya reducción a una categoría homogénea resulta poco menos que imposible.

1. Se discute si el término es clásico o postclásico: DE MARTINO: *La giurisdizio1U! nel diritto romano*.

Cedam. Padova, 1937, págs. 279-288. -SOLAZZI: *Iurisdictio contenciosa 1U!llelonti romanoe. MArcbivlo g1uridico<sup>M</sup>, xcvm, 1927, págs. 3-50. -LAURIA: *Iurisdictio, SI. Bonfante, JI. 537. -uRSICINO AL V AREZ: Curso ele Derecho romano, Edil. R.D.P., Madrid, 1955,t. pág. 200, nota 128.**

2. DE BLASI, *Voz Giurisdizio1U! voluntaria. "Novlslmo Digesto", páginas 1095 y sigs,*

3. Trátese de una materia incierta y discutida, en su función, en su rmaUdad y, finalmente, en su denominaciÓD. En efecto, el ténnino j. v. es Impropio y nos lleva etimológicamente a un concepto romano superado ... Un nombre es necesario darle, si no se quiere calificarla de actividad innominada, como sucede para cierto número de contratos. Ahora bien, el nombre se lo ha dado la doctrina tradicional, C?mo forma ele jurisdicción, y en cuanto sea posible, es siempre mejor adaptarlo a los conceptos admitidos por la tradlciÓD y por la experiencia antes que Inventar nombres nuevos ~mo suele hacer CARNELUTTI- que sirven para confundir las Ideas y complicar las cosas", VISCO: *1 Procedimenti di giurisdizio1U! volomaria; 41. edición. GiulTré. Milán, 1958, págs. 4-5. Cfr. GLASSON ET T1SSIER: Troitl theorique et pratique dorganizationjudiciare. ele competence et ele Procédur« Civile. Slrey, 1925, tomo 1, pág. 30.*

En España, Navarro Azpeitia- ha realizado con acierto la agrupación de los actos de esta especie en tres categorías de similares características:

a) Actos de publicidad jurídica directa, con o sin previa calificación: las inscripciones en el Registro Civil, en los Registros de las Propiedades inmobiliarias, industrial e intelectual, etcétera.

b) Actos de solemne e indirecta publicidad jurídica, previo proceso de calificación, comprobación, publicación del tráfico y declaración terminal de suficiencia; las

autenticaciones calificadoras a cargo de notarios u otros funcionarios dotados de fe pública.

c) Actos de amparo de personas de capacidad nula o disminuida/ previa rogación de ellas o de su representación legal, seguida de comprobación bastante y terminados por declaraciones resolutorias; los actos protectores de la autoridad judicial.

Dentro de esta concepción amplia la función notarial queda encajada como una modalidad de la jurisdicción voluntaria entre los actos de solemne e indirecta publicidad jurídica. Esta es la idea dominante en Alemania, donde la organización notarial figura en un título de la Ley sobre asuntos judiciales de la jurisdicción voluntaria," y fue también opinión sostenida en España durante algún tiempo, que parece aceptar el artículo 30.

---

4. Actas de notoriedad, A. A. M. del N., Reus, Madrid, tomo 1, pág. 84.

5. En este sentido, SHONKE: Derecho procesal civil, traducción española, Bosch, 1950, pág. 59, puede incluir entre los asuntos más importantes de la j. v., a la documentación notarial. Vide también GIMENO GAMARRA: Ensayo de una teoría general sobre la jurisdicción voluntaria, A. D. e., 1953, págs. 4 Y sigs.

Del Reglamento Notarial, cuando considera al notario como «órgano de la jurisdicción voluntaria»,

B) Otra concepción, más reducida, limita el término jurisdicción voluntaria a una serie de actos en los que, además de concurrir las notas de no implicar contención ni tutela de un interés público, por razón de su órgano de actuación, quedan constreñidas al campo estrictamente judicial. Dichos actos quedan reducidos en su número, pues no caben dentro de sus límites los que hemos llamado actos de publicidad jurídica directa, y parte de los de publicidad indirecta, fundamentalmente la tarea notarial formalizadora de negocios -dación de fe de contratos-, pues todos ellos han pasado a constituir funciones autónomas del Estado, sin otro ligamen con la jurisdiccional que el origen remoto común de alguno de sus órganos.

No obstante, los actos pertenecientes a la jurisdicción voluntaria según esta concepción reducida, son también muy numerosos, y salvo el dato subjetivo de su atribución lege data al Poder judicial, ofrecen pocas notas que permitan reducirlos a una categoría general. En España, González Palomino? ha intentado una clasificación distinguiendo tres grupos:

a) Autorizaciones y complementos de capacidad. Es una categoría sustancialmente coincidente con la denominada anteriormente de actos de amparo de personas de capacidad nula o disminuida. En ellos el juez, con o sin ejercicio de jurisdicción, pero con evidente ejercicio de autoridad, emite una declaración de voluntad: licencia supletoria de la marital, licencia para la enajenación de bienes de menores o incapacitados, nombramiento de defensor, etcétera.

b) Declaraciones de situaciones jurídicas. El juez, previa cognición más o menos extensa, declara que a un supuesto de hecho corresponde una situación de derecho. Declara herederos a unos parientes del causante; declara que un documento reúne los requisitos del testamento ológrafo, etcétera

---

6. En este sentido, LAVANDERA: "Jurisdicción notarial". R. D. P., 1918. págs. 217 Y sigs, Y. aunque menos precisamente. parece seguir en Italia esta postura MICHELI: "Per una revisione della nozione di giurisdizione volontaria", R. D. Processuale, 1947.11-1, pág. 21.

7. Instituciones de Derecho notarial. Reus, Madrid. tomo I. págs. 79 Y siguientes.

c) Fijación provisional de hechos. El juez, pasivamente, admite documentos y declaraciones testificales sobre hechos que no pueden perjudicar a persona determinada, y se limita a aprobar o no la información, sin valorarla ni darle valor.

Estos dos últimos grupos, *latu sensu*, caben dentro del grupo amplio antes denominado actos de solemne e indirecta publicidad jurídica.

La práctica, la doctrina y aun la legislación de la mayoría de países han consagrado esta concepción más reducida para acotar el término jurisdicción voluntaria comprendiendo dentro de ella dichos actos extravagantes, que no obstante su atribución a la Judicatura, ni parecen judiciales, por no implicar contención; ni administrativos, por no actuarse tutela alguna de interés público; ni notariales, por no referirse a la tarea formalizadora de negocios. Esto ha permitido a algún autor afirmar, con bastante razón, que la jurisdicción voluntaria «viene a convertirse en un tema por todos repudiado y sin sede científica propia»."

2. Esta concepción estricta ha tenido acogimiento en España, donde la materia de la jurisdicción voluntaria está contenida en el libro III de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, que comprende los artículos 1.811 a 2.181. El primero de dichos preceptos determina que «se considerarán actos de jurisdicción voluntaria todos aquellos en que sea necesaria o se solicite la intervención del juez sin estar empeñada ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas». Los otros preceptos reglamentan como actos de jurisdicción voluntaria los siguientes: Civiles: 1) Adopción. 2) Nombramiento de tutores. 3) Medidas provisionales en relación con la mujer casada y menores hijos de familia. 4) Suplemento del consentimiento para contraer matrimonio. 5) Elevación a escritura pública del testamento hecho de palabra. 6) Apertura de testamentos cerrados. 7) Informaciones para dispensa de ley. 8) Habilitaciones para comparecer en juicio. 9) Informaciones para perpetua memoria. 10) Enajenación de bienes de menores e incapacitados y transacción acerca de sus derechos. 11) Del ausente. 12) Subastas judiciales. 13) Posesión judicial en los casos en que no proceda el interdicto de adquirir. 14) Deslinde y amojonamiento. 15) Apeos y prorrateos de foros.

---

8. GARRIDO FALLA: Tratado de Derecho administrativo, I. E. P. Madrid, 1964, vol. 1, págs. general, 38. edic., pág. 36.

Mercantiles: 16) Depósito y reconocimiento de efectos mercantiles. 17) Embargo y depósito provisionales del valor de una letra de cambio. 18) Calificación de averías y liquidación de la gruesa y contribución a la misma. 19) Descarga, abandono e intervención de efectos mercantiles y de la fianza de cargamento. 20) Enajenación y apoderamiento de efectos comerciales en casos urgentes y de la recomposición de naves. 21) De otros actos de comercio que requieren la intervención judicial perentoria. 22) Nombramiento de árbitros y peritos en el contrato de seguro.

El notariado sólo tangencialmente actúa en estos casos de jurisdicción voluntaria en supuestos concretos de fácil enumeración:

1) En materia de deslinde y amojonamiento el acta que da fin al expediente se protocoliza notarialmente (artículo 2.068).

2) En las llamadas informaciones «ad perpetuam memoriam» el auto que las prueba, si se refiere a hechos de reconocida importancia, se protocoliza notarialmente, y en caso de no tener importancia, se archiva en la Secretaría del Juzgado (art. 2.007).

3) En la elevación a escritura pública del testamento en peligro de muerte se protocoliza también notarialmente el expediente, y, además, el notario actúa en el trámite judicial de homologación, si hubiera concurrido el otorgamiento del testamento y por cualquier causa no lo hubiera autorizado (artículos 1.945 y sigs.).

4) En la apertura de testamentos cerrados el notario es citado, juntamente con los testigos instrumentales, para presenciar ante el juez la adveración que éstos hagan de sus firmas. En caso de haber fallecido el notario, se procederá por el juez al cotejo de su firma, signo y rúbrica. y por último, después de abierto y leído el testamento, se protocoliza en los Registros del notario que hubiera autorizado su otorgamiento (arts. 1.959, 1.963 Y 1.968).

En suma, pues, la actividad notarial, en la jurisdicción voluntaria, según este esquema legal, queda reducida a bien poco:

- Conservar expedientes y expedir algunas de sus copias, no todas, ya que la L.E.c. determina que puede ser tarea judicial el expedir la del acta de deslinde y amojonamiento (artículo 2.068).

- Actuar el notario como mero testigo privado, en el testamento en peligro de muerte.

- Presenciar las diligencias de adveración de firmas puestas por los testigos que sepan firmar, en el acta notarial autorizada en el pliego que contiene el testamento cerrado (art. 707 del Código Civil).

Un somero examen de este régimen legal sugiere la idea de que el legislador español pecó, por defecto o por exceso, al reglamentar la intervención notarial, en la jurisdicción voluntaria. Si las informaciones ad perpetuum memoriam, la pseudo-elevación a escritura pública del testamento en peligro de muerte y la apertura del testamento cerrado, se estiman que son función judicial, no se explica por qué los expedientes judiciales que derivan de estas actuaciones hayan de protocolizarse notarialmente, o por qué no se protocolizan otros, como el de declaración de herederos, por ejemplo. Si el acta notarial levantada en la plica que contiene este último testamento consigna la declaración, firmada por el testador, de que en ella se encuentra su última voluntad, y las firmas de los testigos fueron puestas a presencia del notario autorizan te, parece incongruente e injustificado que la homologación no se haga ante el propio notario autorizante del acta.? Estas anomalías demuestran bien claramente que el legislador español no siguió una línea uniforme de conducta al redactar los artículos de la L.E.C. en materia de jurisdicción voluntaria: y, en general, al trazar los límites fronterizos entre función judicial y notarial.

3. Contra este estado de derecho constituido, se ha pronunciado la doctrina notarial española. Fernández Casado afirmó que caían «fuera de la esfera judicial los actos de jurisdicción voluntaria y sus similares, encomendados hoy a los Tribunales de Justicia». 10 Monasterio Gali, con visión original, consideró la función notarial como una institución especial autenticadora tanto de los actos y contratos, como de los hechos de todas clases que puedan tener trascendencia en el orden jurídico, sean nacimientos, matrimonios, defunciones, declaraciones de herederos intestatos, acreditación del nombramiento de tutores, de la posesión ... En suma de todos los hechos y actos de la vida privada que pueden ser origen de algún derecho o causa de extinción del mismo. Por ello, los llamados actos de la jurisdicción voluntaria son función notarial y deben excluirse de la judicatura. 11

Sobre estas ideas, modificadas y desarrolladas en algunos aspectos, se produjo el movimiento español pro-jurisdicción voluntaria notarial. Las incongruencias de la L.E.e. se explican cuanto los actos de esta jurisdicción eran función del notario y en ellos nada tenía que hacer la judicatura. La lista de Notarios que defendieron estas ideas, es numerosísima. En ella figuran nombres gloriosos: Azpeitia, Bellver Cano, Vázquez Campo, Mengual, Jiménez Arnau, Navarro Azpeitia, etc. Este último ha sido, durante muchos años, el más denodado defensor de la incorporación de la jurisdicción voluntaria al notariado.<sup>12</sup>

---

9.-El artículo 620 del Codice civil italiano reglamenta como función notarial la publicación de testamentos ológrafos y cerrados.

10.-La Notaria, I, pág. 48 (cita de OTERO V ALÉN: Sistema de la función notarial. Artes Gráficas, Igualeda, 1933, pág. 549).

11.-Cfr. CASTÁN: Función notarial y elaboración notarial del Derecho. Reus, 1946, pág. 33, Y IARRAUD: 'Introducción al estudio del Derecho notarial M, R. D. Not., XVI, pág. 56, Y concretamente nota 89, págs. 72 Y sigs.

Como el mismo Navarro Azpeitia nos cuenta, por iniciativa suya, el Colegio Notarial de Barcelona y luego la Asamblea de Juntas Directivas de Colegios Notariales de España, en 6 de junio de 1940, acordaron por unanimidad que al notariado correspondía la competencia plena en todos los expedientes de la jurisdicción voluntaria, puesto que lo son de «demostración de hechos a instancia de parte sin contienda y hoy tienen en la legislación notarial un vehículo apto, como es el acta de notoriedad, lo suficientemente flexible para cumplir en ella las garantías procesales propias de cada caso y lo suficientemente rígido para dejar a la calificación y responsabilidad del notario la declaración de haber probado o no el hecho sometido a notoriedad. Por lo tanto, debería permitirse que los interesados pudieran acudir, indistintamente y a su elección, al expediente de declaración de herederos ab intestato, expedientes posesorios y de dominio, informaciones ad perpetuam y demás actos de jurisdicción voluntaria concediendo para ello al dictamen notarial terminal de las actas efectos declaratorios de los actos judiciales de terminación de los expedientes de jurisdicción voluntaria que nunca causan estado. El notario, perito en derecho, como el juez; representante del Estado, como el fiscal; e investido de fe pública, como el actuario, puede revestir estas actuaciones de todas las garantías precisas para su plena efectividad.>

---

12. Véase ampliamente CASTÁN. ob. cit. • págs. 187 y sigs.; CÁCERES García: Las funciones judicial y notarial. su delimitación y la actuación notariales. Proceso y relación jurídica notariales. Oviedo, s. f.; JIMÉNEZ ARNAV: Introducción al Derecho notarial. Edil. R. D. P. Madrid. • 1944. página 306. Y Derecho notarial español. Universidad de Navarra. 1964. vol. 1, págs. 159-168: NA V ARRO AZPEITIA: "Teoría de la autenticación notarial". R. D. P. • 1942, pág. 684, Y Actas, págs. 81 Y sigs.

13. Actas ... • págs. 89-90.

Durante muchos años, esta aspiración notarial pareció que iba a triunfar, ya que no sólo entre notarios tuvo acogida, sino que llegó a la Dirección General de los Registros y del notariado, al propio Ministro de Justicia, y tuvo defensores fuera del notariado. Don Casto Barahona, subdirector del Centro Directivo durante muchos años, abogó abiertamente por la incorporación a la esfera notarial de toda la parte del derecho en su normalidad, sin oposición ni contienda, y, por ende, de la jurisdicción voluntaria. El Ministro de Justicia, en la apertura de los Tribunales del año 1932 reconoció que gran número de actos de dicha jurisdicción deberían salir de la esfera judicial y ser entregados a la competencia de los notarios. Ossorio Gallardo admitió que dichos actos pertenecían a la fisiología del derecho, no requieren potestad de mando y, salvo que surja contienda, deben desenvolverse por los trámites de la actuación notarial. Más recientemente, en la apertura de los Tribunales de 1964, el Ministro de Justicia ha mantenido el criterio de que la jurisdicción voluntaria sea regulada por 'una ley especial distinta de la procesal, y tal es el pensamiento de cuantos se ocupan de la reforma del procedimiento. 14

Fruto de este estado de opinión fue el Reglamento Notarial de 1944, redactado por una Comisión formada, entre otros, por Porcioles, Barahona, Navarro Azpeitia y Núñez-Lagos. Su artículo 20 afirma que «al notariado corresponde íntegra y plenamente el ejercicio de la fe pública, en cuantas relaciones de derecho privado traten de establecerse o declararse sin contienda judicial», y, en la misma línea de conducta, el artículo 209 determina que «las actas de notoriedad tienen por objeto la comprobación y fijación de hechos notorios, sobre los cuales podrán ser fundados y declarados derechos y cualidades con trascendencia jurídica».

---

14. Véase CASTÁN. loc. últ. cit. ; OTERO VALENTÍN. ob. cit. • págs 547 y siguientes; BARAHONA: Algunos marcos del Notariado español. Conf. en el C. N. de Barcelona, publicada en "Temas varios de Derecho público y privado M, Barcelona, 1943, pág. 12.

4. Examinado más en concreto el problema de incorporación al notariado de los actos de jurisdicción voluntaria, se han mantenido en España posturas distintas.

A) González Palomino parte para resolver la cuestión de su idea sobre la función notarial y judicial.

a) Hay que distinguir una función notarial típica que se deduce de la L. O., y una función notarial añadida reglamentariamente.

La primera, expresada con la fórmula «dar fe», reside en «afirmar preventivamente los hechos que dan nacimiento, son consecuencia del ejercicio o causa de extinción, de los contratos y demás actos extrajudiciales», «La actuación notarial consiste, pues, en la afirmación de hechos evidentes para el notario», pero contenidos en escritura pública. La actuación notarial en las actas no es funcionalmente típica, originaria, ni legalmente. Tampoco la emisión de juicios es función típica notarial, sino presupuesto del ejercicio de sus funciones. V

La función añadida consiste en la posibilidad de afirmar hechos que el notario no percibe por evidencia directa, sino que le constan por afirmaciones de otros. En tal caso, más que una afirmación de hechos, lo que el notario hace es emitir un juicio. No afirma, sino por lo que otros afirman. También es función de ese tipo la antes expresada de dación de fe en las actas.

b) Respecto de la función judicial, opina González Palomino que la idea de jurisdicción tiene por objeto dar realidad efectiva a la promesa de asistencia y garantía de la ley, en función represiva o preventiva, mediante un acto de voluntad del Juez, en sustitución de la voluntad de los particulares.<sup>P</sup>

c) Proyectando estas afirmaciones sobre la clasificación tri partita de actos de jurisdicción voluntaria formulados anteriormente, resulta: el primer grupo, en el que el Juez concede o deniega una autorización, o hace un nombramiento por medio de acto de voluntad, es cosa ajena a la función notarial. El segundo grupo, en el que el Juez hace una declaración sobre hechos y derechos, tras una información más o menos sumaria, también parece ajeno a la función notarial. Y sólo en el tercer grupo, en que la función del Juez es pasiva, limitada a recibir una información o aprobarla, como tal información, sin valorarla ni darle valor, hay analogía con la función notarial. Parece, por consiguiente, excesivo querer ampliar la función notarial a todos los grupos, con base en la analogía con uno de ellos, precisamente el más reducido. 20

---

15. Ob. cit., pág. Sl.

16. Ob. cit., pág. 119.

17. Negociojurídico y documento, Conf. C. N. Valencia, 19S1, pág. 2S; Instituciones, pág. 118.

18. Instituc., págs. 84-94.

19. Instituc., pág. 69.

B) De la Cámara coincide en parte con la opinión expuesta, si bien introduce variantes esenciales.<sup>s'</sup>

a) Distingue también una función típica notarial y otra añadida, a la que llama siguiendo a Carusi.-ft función notarial en sentido subjetivo, porque, difiriendo objetivamente de la que constituye la razón de ser de la existencia legal del notario, sólo es notarial por razón del sujeto que la desempeña."

La función típica hay que buscarla en el artículo 10 de la L.O., y consiste en «dar fe», con arreglo a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales. Dentro de ella cabe la emisión notarial de juicios. El notario, por imperativo legal, no sólo proporciona prueba auténtica de las declaraciones de voluntad negociales -hechos evidentes-, sino que al actuar conforme a las leyes realiza un control de legalidad del acto. Por eso el notario se halla investido de un doble poder: el de dar fe y el de calificar. Por razón del último, actúa dicho control que «cuaja en una serie de juicios, algunos de los cuales se refieren a hechos que el notario no le constan sensorialmente. Ahora bien, estos juicios no tienen otra finalidad que la de constatar la eficacia del negocio que va a ser escriturado, quedando limitados en este sentido su alcance y eficacia- 24

---

20. Istituc., págs. 81-82.

21. Valor jurídico y aplicaciones de las actas de notoriedad en el Derecho español, Madrid, 1950.

22. 11 negozio giurídico notarile, Giuffrè, Milán, 1947, pág. 31; CÁMARA, ob. cit. • pág. 65.

23. Loe. ult. cit.

b) Tomando en consideración estos argumentos. De la Cámara cree que la cuestión de la jurisdicción voluntaria debe resolverse, no partiendo del hecho de que los actos de tal especie sean función judicial-incluso presupone que no lo sean-, sino de si son función notarial. Y, sobre este nuevo enfoque, opina que no hay razón funcional alguna que aconseje su adscripción a la competencia notarial, por no encajar en la función típica. No obstante, razones prácticas pueden aconsejar la atribución al notariado, como función subjetiva, no objetiva, del tercer grupo de los actos de jurisdicción voluntaria antes formulado, esto es/ aquel que tiende a la fijación provisional de hechos. Y aun en este reducido campo debería el notario liberarse de la obligación de emitir un juicio sobre hechos que pretenden acreditarse por este procedimiento." En último término, lo que no es función notarial, en ninguno de los casos, es la declaración de derechos, tarea que ha venido siendo atribuida al organismo jurisdiccional, distinguiendo la hecha en proceso contencioso y la formulada en acto de jurisdicción voluntaria. La utilidad de una declaración notarial de derecho -termina Cámara- sería en todo caso escasa, ya «que no parece que la subsunción del hecho ... en la norma jurídica realizada por el notario, haya de vincular, ni siquiera en la esfera extrajudicial, a los funcionarios ante quienes tenga que surtir efectos el documento. El Registrador de la Propiedad, por ejemplo, puede discrepar de la valoración jurídica del hecho efectuado por el notario."

---

24. Oh. cit., págs. 63 y sigs.

25. Oh. cit., págs. 68-69.

26. Ob. cit., págs. 25-27.

C) Navarro Azpeitia" claramente expresa que todos los actos de publicidad jurídica directa, con o sin calificación, corresponden por regla general a la zona administrativa, aunque ningún obstáculo habría, si se quisiera, para confiarla en todo o parte al cuidado notarial. Que los actos de amparo de personas de capacidad nula o disminuido son más bien materia de jueces o Tribunales especiales, Tutelares, Familiares, etc., o, a falta de ellos, de la propia jurisdicción ordinaria, ya que la decisión que en ellos recaiga excede de la prestación de fe pública y de la imposición de autenticidad que es función del notariado. Pero por la indirecta relación que tienen con las actividades notariales a las que muchas veces sirven de base y de complemento, debería ser comprendido como derecho de los notarios el poder intervenir, como representante y asesor de los interesados en su tramitación y dirección. Y que los actos que dicho autor llama de solemne e indirecta publicidad jurídica, dentro de los cuales caben las declaraciones de situaciones jurídicas y fijación pro.,. visiona! de hechos, corresponde plenamente al notariado, naturalmente de tipo latino.

D) Finalmente, Monasterio Gali, con el criterio amplio de la función notarial que antes hemos expuesto, lleva al campo de ésta toda la materia de jurisdicción voluntaria

5. Esta variedad de opiniones nos obliga a examinar más detenidamente el problema de encuadramiento de la jurisdicción voluntaria dentro de la función notarial, problema que se liga a otro más amplio, cual es el de la determinación de las funciones estatales y de los órganos ad hoc para su ejercicio o realización."

Es pacífica la idea de que la acción del Estado se manifiesta: mediante el establecimiento de normas jurídicas que rigen la comunidad social -función legislativa-; mediante la resolución específica de los conflictos intersubjetivos de intereses que se planteen entre individuos o entre éstos y la comunidad -función jurisdiccional-; o mediante la ejecución concreta de las medidas pertinentes para satisfacer las necesidades que plantea la vida en común -función ejecutiva-, el órgano ad hoc para el ejercicio de la primera función es el Poder Legislativo; para la segunda, la Jurisdicción; para la tercera, se acepta que la Administración, pero se discute si hay otros órganos además de ésta. Esta última cuestión depende del criterio que se admita como válido para precisar el concepto y esfera de actividad de la Administración. Si se acepta el criterio residual de la doctrina alemana, según el cual, una vez determinado abstractamente las ideas de legislación y jurisdicción, el resto de la actividad estatal no enclavado en una u otro, es Administración, llegaríamos a la conclusión de que no existe otro órgano de ejecución, que la Administración. Pero esta idea no es pacífica y contradice la realidad de la vida social donde --como tendremos ocasión de comprobar- hay otros órganos que cumplen funciones de ejecución paralelas, no coincidentes con la administrativa.

---

27. Carta a don Eduardo B. Pondé, Coordinador de la DI Ponencia del VIII Congreso Internacional del Notariado Latino.

28. Sobre este punto, pueden verse: GARRIDO FALLA. ob. cit., páginas 21-42, y ROYO VIL- LANOVA: Elementos de Derecho administrativo, 26 OO., tomo 1, Valladolid, 1964-6S, págs. 6 y sigs.

Pero, aun aceptando el dicho criterio residual, no se crea que los límites entre Legislación, Jurisdicción y Administración son claros, pues, en el derecho constituido, la Legislación actúa funciones ejecutivas (leyes encaminadas o crear situaciones jurídicas concretas, por ejemplo, enajenar o gravar sus bienes; su propia organización y personal), la Jurisdicción actúa funciones que no son jurisdiccionales (la jurisdicción voluntaria y su propia organización interna) y la Administración realiza funciones legislativas (dictar reglamentos) y jurisdiccionales (procedimientos administrativos).

---

29. GARRIDO FALLA, ob. cit., pág. 31.

Esta situación de hecho ha dado lugar a dos direcciones opuestas para resolver el problema de las funciones y órganos del Estado.<sup>30</sup>

1) Una, que pudiéramos llamar material y objetiva, sostiene la necesidad de precisar en abstracto el campo de cada función estatal, y del órgano que ha de realizarla. Admitido esto, procede efectuar una redistribución de funciones por razón

de los órganos y regresar al órgano ad hoc las actividades que cumpla inadecuadamente otro órgano, por ejemplo, llevar a la Jurisdicción todos los procedimientos administrativos.

2) Otra, que calificaremos como subjetiva, consiste en estimar que es típico de cada órgano aquello que en el estado actual de derecho, y en virtud de un lento proceso histórico, ha quedado atribuido al mismo. Desde este punto de vista, la potestad reglamentaria, como la jurisdiccional de la Administración -por ejemplo- se explican como competencias normales, no excepcionales de ésta.

Ahora bien, incluso los autores que aceptan esta última postura están de acuerdo en que el Estado de Derecho es una tendencia a acantonar cada función en un órgano distinto, por ello, su organización exige poseer un criterio previo para diferenciar tales funciones.

Estas ideas van a servir de punto de partida para determinar las relaciones entre el notario y la jurisdicción voluntaria. Primeramente, examinaremos las causas que históricamente han dado lugar a situar la jurisdicción voluntaria entre las actividades funcionales de la Jurisdicción; luego, partiendo de un criterio abstracto ordenador, señalaremos cuál es el órgano del Estado más apto para cumplir dicha función en el momento histórico actual.

---

30. GARRIDO FALLA, loe. cit.; Y ROYO VILLANOV A. loe. cit.

### III

## PARTE HISTÓRICA

6. La adquisición de la fe pública marca el momento fundacional del notariado moderno. Esta circunstancia hay que situarla históricamente entre los siglos XI Y XII,<sup>31</sup> en que se produce el cruzamiento de dos fenómenos que hasta entonces habían caminado en líneas distintas, pero que estaban fatalmente llamados a converger. De una parte, la que hoy podemos llamar función autenticadora de negocios había estado en manos distintas de la del notario. De otra, los órganos que, según la doctrina, constituyen el precedente más remoto del actual notariado, cumplían funciones distintas, públicas o privadas, pero en cuanto a éstas, desprovistas de fe pública. Esto explica que, con acierto, Núñez-Lagosx haya podido distinguir entre «Historia de la función notarial» (ejercida por pretores, magistrados, jueces, notarios, etc.) e «Historia del órgano notarial» (notarios romanos y eclesiásticos, tabelliones, notarios longobardos y francos, notario medieval, etc.). El examen de los hechos que derivaron en el cruzamiento de estos dos fenómenos históricos es fundamental para el estudio del problema que nos ocupa. Veamos cómo se produjo.

7. Entre el notario de la edad romana y el notario medieval no hay otra nota en común que el nombre. El notario romano era una especie de taquígrafo que, al servicio de abogados o personas que ejercían actividad pública tomaba nota de los discursos o extendía al dictado las primeras versiones de las defensas o de los trabajos. Como taquígrafos, los notarios, en un Segundo tiempo, formaron un cuerpo al servicio de los Tribunales, donde cumplían funciones hoy propias de los

secretarios judiciales: registraban demandas, respuestas de los interrogados, testigos, etc. Estos notarios eran funcionarios estatales. Pronto entraron a formar parte de la casa del emperador, cumpliendo tareas diferentes, desde redactar las actas de los consistorios, hasta ejercer funciones estatales (notarios al servicio de los «prejetti del pretorio» o de la administración central o provincial).

---

31. PETRUCCI: '11 Notariado italiano dalle origini al secolo XIV', Revista del Notariado. Giuffrè, 19:58, pág. :547.

32. Estudios sobre el valor jurídico del documento notarial. A.A.M. del N., Reus, tomo, pág. 419, nota (1). Y Centenario de la Ley notarial. Fuentes y bibliografía. Privilegios y Ordenanzas históricas de los Notarios de Barcelona. Vol. n, tomo 1. Barcelona, 196:5, págs. 9 Y sigs.

33. Seguimos en esta evolución, incluso casi al pie de la letra, a PETRUCCI, ob. cit. •• págs. :524 Y sigs.

A imitación de estos funcionarios, la Iglesia de Roma tuvo, desde el siglo III, un propio Cuerpo de Notarios. Pero en la edad imperial, la tarea de redactar los actos por cuenta de los particulares, estuvo atribuida no ya a notarios, sino a otro especial cuerpo de funcionarios, los tabelliones, organizados en corporación. Ahora bien, el tabellio no daba fe pública; para que el documento pudiera producir efectos semejantes era necesario que el autor lo depositara en una de las varias oficinas públicas encargadas de recibir los actos privados.

La legislación justiniana reguló de modo definitivo el oficio del tabellio, pero no le concede pública fe.

Las hipótesis hasta ahora mantenidas sobre el origen del notariado italiano -y moderno-las reagrupa Petrucci en tres: la. Las que ven dicho origen en las tabelliones. 2a. Las que sitúan el mismo en la época franca. 3a. Las que estiman como precedente inmediato al notariado longobardo.

El error de la primera consiste en haber sobrevalorado las esporádicas sobrevivencias del tabellio en la Edad Media, e infravalorado la obra del notariado longobardo.

El error de la segunda, en haber anticipado el nacimiento del notariado italiano, colocándole en el siglo IX y no en el XI o XII, cuando adquiere la fe pública. La tesis hoy predominantemente aceptada pone el punto de origen del notariado en su precedente longobardo, del que nos vamos a ocupar.<sup>34</sup>

Después de la invasión y establecimiento de los longobardos en el territorio italiano, la propiedad inmobiliaria sufrió un dislocamiento: la aristocracia militar longobarda constituyó grandes latifundios, absorbiendo la propiedad de la aristocracia romana y bizantina; la media y pequeña propiedad pasó a una nueva clase social, la de artesanos y traficantes. La Iglesia, por contra, no sólo mantiene intacta sus grandes propiedades, sino que las desarrolla. En este estado de cosas se produjeron en el siglo vn frecuentes cambios de propiedad, de lo que derivó una continua necesidad de documentación, que la Iglesia suplía en las sedes episcopales y monasterios con los notarios eclesiásticos, y que la aristocracia laica longobarda tenía necesidad de satisfacer, provocando el nacimiento (o renacimiento) de una categoría de escribas que, no estando provistos de fe pública, redactaban contratos a instancia de personas privadas en forma permitida por la ley. El notariado longobardo nace en función de la gran propiedad laica de los siglos vn Y VIII, adquiriendo el calificativo de notarios por imitación de los notarios eclesiásticos.

En esta época, algunos notarios acumularon en su oficio el de Juez. En el siglo IX este fenómeno se hace frecuente. Se llegó, incluso, a estimar al notariado como primer grado de una carrera cuyo grado sucesivo era el oficio de Juez.

En el curso del siglo XI o, para ser más exactos, entre los siglos XI Y XII -como antes hemos dicho-, el notariado italiano que había conseguido un alto prestigio y una gran difusión, adquiere la fe pública. Consigue que los documentos notariales para ser válidos y producir la eficacia de actio iudicata no tengan necesidad de la presencia y suscripciones de un Juez. Pero Veamos cómo, por otro camino, se llega también a esta conclusión.

---

34. En esta línea de conducta está SCHIAP ARELLI: Note diplomaticM sull« cana longobcuv:k. l. 1 Notai nel'etá longobarde, en Archivio storico Italiano, VII. XVII, 1932, pap. 3 Y slp.; PETRUca -loe. cit.-y NÚÑEZ-LAaos.

8. En la historia, la falta de un notario dotado de fe pública, hizo que los efectos que hoy se derivan de aquélla, se alcanzaran por el mecanismo de los juicios fingidos o aparentes. En Roma, a esta necesidad se llegó a través de las dos especies procedimentales admitidas: la in iure y la in iudicio.<sup>35</sup>

El procedimiento in iure se desarrolla ante el Magistrado, mediante fórmulas solemnes y gestos simbólicos que tomaron el nombre de acciones, más tarde legis acciones, bien por haber sido introducidas por la ley, bien por reproducir fórmulas contenidas en ella.

El demandante exponía su pretensión. El demandado negaba o admitía aquélla. En el primer caso, el procedimiento in iure quedaba cerrado con la litis contestatio, que era un acuerdo formal concluido entre las partes ante testigos (de ahí el nombre de contestatio), por el que sometían a la sentencia dictada por el iudex la controversia fijada in iure. El Magistrado procedía a designar el Juez al que investía con la misión de dictar sentencia. En el segundo caso, cuando el demandado admitía la petición, se producía la confessio in iure y se excluía la litis. Se podía proceder inmediatamente en vía ejecutiva: «Confessio pro iudicato est, qui quodammodo sua sententia damnatur» (Paulo, 1, l. D. 422).

El procedimiento in iudicio es una consecuencia de la litis contestatio. El procedimiento se sigue ante el iudex. Los litigantes exponían sus razones, proponían sus pruebas y el Juez, tras apreciarlas con la más amplia libertad, dictaba sentencia. En este procedimiento cabía también la confessio, pero como un medio más de prueba que versa sobre hechos concretos de la pretensión, y no afecta -como la in iure-a la total relación o situación jurídica.

---

35. DE FRANCISCI: Síntesis Irisldrica del Derecho romano. Editorial R. D. P., 1954, págs. 185 Y sigs.: págs. 553 Y síis., Y págs. 786 Y sigs.; NÚÑEZ-LAGOS, ob: cit., págs. 424 Y sigs.; Idem: Hechos y derecho« en el documento público. Madrid, 1950, págs. 245-277.

La sentencia dictada en el procedimiento in iudicio producía -recuerda Núñez-Lagos-s-x efectos a dos vertientes: una, del lado de la organización judicial frente a futuros litigios: efectos negativos a consuntivos: exceptio rei iudicatae. Otra, del lado del Derecho material: actio iudicati, que abarcaba: la declaración de. derechos efecto declarativo propio de toda sentencia-, y su ejecución forzosa -efecto ejecutivo- propio de la sentencia de condena. En caso de confessio in iure, todos los romanistas están

de acuerdo en que se daba la misma actio iudicati como una actio in facium.

Este mismo sistema, en esencia, se mantuvo en la época del proceso formulario y del justiniano."

En el comienzo de la Edad Media, la confessio no se practicó.

Los juristas medievales prefirieron partir del allanamiento a la demanda. Para la transmisión de propiedad, reivindicaba el comprador y se allanaba a la demanda el vendedor. Para la constitución de deuda, demandaba el acreedor y se allanaba al deudor. La demanda -libellus- y sentencia eran indispensables: y, por tanto, un proceso aparente terminado y completo.

La primera etapa de simplificación fue suprimir la forma de sentencia. En efecto, se admitió que si el demandado, antes de contestar a la demanda, reconocía apud iudicem el derecho del actor, no había posibilidad de litis contestatio :y, por tanto, de sentencia -imposible sin litis contestatio-, bastando entonces con que el Juez dictase un simple praeceptum de solvendo, de idénticos efectos que la sentencia en cuanto a la actio iudicati.

La segunda etapa fue suprimir la necesidad de la demanda.

Las partes comparecían ante el Juez, y previo requerimiento de una parte, pero sin formular demanda, la otra confesaba y el Juez pronunciaba un simple praeceptum de solvendo, con eficacia de actio iudicati. Se volvió al sistema de la confessio in iure. El principio «confessio in iure pro iudicato habetur» sirvió para que por un proceso aparente simplificado se arbitrara un medio legitimador de negocios jurídicos con eficacia de sentencia e intervención del Juez, a diferencia de la confessio in iure del Derecho romano.

---

36. Casi textualmente en Valor jurídico ••• págs. 424 Y sígs,

37. DE FRANCISCI, ob. y loe. cit.

Entre los siglos XI y XII, el notariado, que había conseguido la fe pública, consigue que este juicio aparente sea sustituido por una comparecencia ante aquél, y el documento que redacta con la pseudo confessio de las partes adquiere, por virtud de la llamada cláusula guarentigia, la misma eficacia que el praeceptum de solvendo del iudex. Nacen entonces los instrumenta guarentigia,<sup>38</sup> los instrumentos públicos.

Del Derecho medieval italiano tomaron los distintos notariados nacionales las bases de su actual ordenación. Esta es una idea pacífica que excusa de una detenida exposición de la materia.<sup>39</sup>

9. En el Derecho romano, como hemos visto, la facultad de intervenir en los procesos normales de carácter civil que integraban el ordo iudiciorum privatorum - procedimiento de legis acciones y formulario- correspondía al Magistrado. Pero dicho funcionario, además, tenía funciones típicamente administrativas, otras no propiamente procesales, aunque relacionadas con el proceso, e incluso,

independientes de él (puesta en posesión de bienes, estipulaciones pretorias, nombramientos de tutores, adopciones, manumisiones, etc.). Los romanistas aún no se han puesto de acuerdo sobre la denominación que debe darse a cada una de dichas facultades del Magistrado.<sup>v</sup>

La opinión más generalizada entiende que el imperium es el Concepto más genérico, dentro del cual caben otros más concretos: iurisdictio, para designar la intervención en los procesos civiles; cognitio, para referirse a los actos relacionados con el proceso e independientes de él.

---

38. Vide DINA BIZZARRI: *Mil documento notarile guarentigiato (Genesi storica e natura giuridica)*".

Memorie deUstituto Giuridico, serie II, memoria XVu. Torino, 1932, Separata, págs. 1-~, donde puede encontrarse una ampuA exposición de las ideas expuestas sobre la eficacia ejecutiva del documento guarentigiato. y sus precedentes procesales.

39. Para EspaDa, NúllIEZ-LAGOS: *Valor jur •••* pág. 431.

40. Véase: URSICINO ALVAREZ, ob. cit; págs. 191-199; DEMATINO. ob. cit., pág. 279 Y sigs.

Incluso, dentro del proceso civil, la iurisdictio no abarca toda la actuación del Magistrado. Su actividad -<:omo hemos visto- se concreta en los siguientes actos: ius dicere, o declaración del derecho ante las partes como acto inicial del proceso, previo a la concesión o denegación de la acción; dare o denegare actionem; iudice dare, o designación del Juez; y iudicare iubere, o resolución ordenando al Juez la resolución de la controversia. La iurisdictio, en un principio, comprendía únicamente la primera etapa, si bien posteriormente se extendió hasta comprender toda la etapa in iure.

El concepto jurisdicción voluntaria aparece solamente en un texto clásico de Marciano (D. i. 16.2):

Omnes proeonsules statim quarn urbern egressi fuerint habent jurisdictionem, sed non contentiosam, sed voluntariam: ut ecce manumitti apud eos possunt tam liberi quarn servi et adoptiones fieri. Apud legatum yero proeonsulis nemo manumittere potest, quia non habet jurisdictionern talem,

Este texto, es opinión común, fue interpolado. Nadie duda que el concepto de jurisdicción voluntaria no fue recogido en las fuentes clásicas, aunque se discute si es clásica la distinción, ya que no el término,"

Cualquiera que sea la posición que se acepte, lo cierto es que el término iurisdictio fue utilizado durante siglos únicamente para designar la actuación del Magistrado relativa al ius dicere, en el procedimiento civil romano. La actividad que, en época posterior, fue designada con el nombre de jurisdicción voluntaria, y que ya clásicamente ejercía el Magistrado, era una derivación de su imperium, pero no de la iuris dictio. Es idea aceptable que los actos que realizaba el Magistrado y no implicaban controversia, no eran jurisdicción. Aunque, posteriormente, la deformación postclásica del concepto llevara al mismo éstos actos, en la época bizantina (datio tutoris, manumisiones, adopciones, etc.).

---

41. Loe. yaut. cit. últimamente.

10. Cuanto hemos expuesto nos sirve para apreciar de conjunto, panorámicamente, la relación entre jurisdicción, jurisdicción voluntaria, función notarial, jueces y notarios en el momento en que históricamente hemos situado el nacimiento del notariado moderno.

Elevado el notario a la calidad de fedatario, se le atribuyó, por separación de la jurisdicción, aquella tarea formalizadora de negocios que hasta dicho momento se había venido realizando a través de juicios fingidos. No había propia iurisdictio en todo este quehacer, y el notariado encontró así lo que, a través del tiempo, se ha venido estimando como función suya típica. Quedó para el Juez la actividad propiamente jurisdiccional, el ius dicere, en los procesos civiles. Pero quizá por aquel criterio residual de que habla De Blasi,<sup>42</sup> de atribuir al que tiene la tarea de aplicar el derecho toda actividad encaminada a constituir relaciones jurídicas, quedaron para el Juez aquellos actos que el Magistrado actuó, en virtud de su imperium, y que, en la época postclásica, por deformación del concepto terminaron designándose como actos de jurisdicción voluntaria. Aquella misma insuprimible tendencia llevó a lo jurisdiccional en siglos posteriores, más actos extravagantes, viniendo a constituir la jurisdicción voluntaria como una serie de cajón de sastre donde se incluían actos no típicamente jurisdiccionales, pero que tampoco suponían formalización auténtica de negocios. Quedó consagrada así la confusión histórica de distribución de funciones y órganos que ha llegado hasta el día de hoy.

---

42. Ob. cit. • pág. 1096.

## IV

### **FUNCIÓN JUDICIAL, ADMINISTRACIÓN y JURISDICCIÓN VOLUNTARIA**

11. La actividad jurisdiccional - Con arreglo al esquema abstracto de la división de poderes-se reduce a aplicar el derecho a casos concretos, esto es, actuarlo o declararlo.<sup>43</sup>

Las normas jurídicas contienen reglas generales aplicables a una serie indeterminada de situaciones jurídicas. El Juez realiza esta aplicación mediante un procedimiento lógico interpretativo, que puede sintetizarse en un silogismo. Primeramente, debe encontrar el significado de la norma jurídica a aplicar (premisa mayor: quaestio iuris); en segundo lugar debe precisar las circunstancias de hecho del caso cuestionado, en su realidad histórica y material (premisa menor: quaestio facti); finalmente, debe establecer, con base en este doble accertamento, si el supuesto de hecho concreto entra en la previsión del legislador enunciada en la norma jurídica (conclusión). De esta manera, el Juez aplica, mediante sentencia, la norma abstracta al supuesto concreto, y la conclusión constituye un mandato que,

cuando la sentencia haya adquirido calidad de cosa juzgada, tiene eficacia análoga a la ley respecto al caso decidido. Ahora bien, esta actividad del Juez representa una fase esencial de la jurisdicción, denominada cognición. Puede ser necesaria una fase ulterior para actuar el mandato contenido en la sentencia; esta segunda fase constituye la ejecución»

La observación de este quehacer del Juez por la doctrina procesalista, ha dado origen a una serie de teorías que tratan de explicar en qué reside la esencia de la jurisdicción. Algunas valoran prevalentemente la fase cognitiva, otras la de ejecución.<sup>45</sup> y dentro de las primeras se produce, a su vez, multiplicidad de pareceres según se destaque más o menos un aspecto o matiz concreto de la actividad cognitiva. Su examen corresponde más bien al campo procesal, y no lo estimamos indispensable para nuestro estudio." Nos interesan exclusivamente en cuanto sirvan para situar la jurisdicción voluntaria en el campo jurisdiccional o en el administrativo"

---

43. LUGO: Manuale di diritto processuale cM/e. Giuffrè. 1955. págs. 1 Y sigs.; VISCO: 1 procedimelli, núm. 7, págs. 14 Y sigs.

44. CA1.AMANDREI: Istituzioni di diritto processuale civile secondo l'111110 Codice, Cedam. Padua, 1943, núm. 10, págs. 29-30; LUGO, *ob. cit.* •• núm. 3, pág. 8.

A) La opinión dominante hasta la época moderna, y que pudiéramos llamar clásica, estimaba esencial a la idea de jurisdicción la existencia de un contenido inter partes. Tal posición está contradicha por la existencia de procesos que no presuponen una contienda, como los que se actúan a medio de una acción declarativa, y por ello ha sido abandonada. No obstante, sigue inspirando, en versión moderna, a algún autor.<sup>48</sup>

B) Un numeroso sector doctrinal, tomando en cuenta el significado etimológico de la palabra jurisdicción (de *ius dicere* o *iuris dictio*), destaca como esencial a la misma la función de declarar el derecho en un caso concreto, precisando el mandato general y abstracto de la norma jurídica.

En contra de ella se han alegado fuertes razonamientos. De una parte, porque separa actividades que guardan evidente analogía de naturaleza, por ejemplo, las de cognición o ejecución, ya que no cabe decir que en la ejecución procesal se verifique declaración de derecho alguno. De otra, porque es difícil llegar con ella a delimitar la jurisdicción de la Administración, ya que ésta presupone también, con frecuencia, la aplicación de normas jurídicas existentes a los supuestos de la realidad. 49

---

45. DANTE ANGELOTII: La pretesa giuridica, Cedam, 1932, número 160, pág. 221.

46. *Vice* ANGELOTII, *ob. cit.*, págs. 22 Y sigs., donde se hace un examen crítico de las más importantes teorías; igualmente, GASPARRI: Corso di Diritto amministrativo, t. 1, zum. Bolonia, 1953, cap. VI, págs. 101-110.

47. La cuestión roza el tema de la distinción entre Administración y Jurisdicción, "uno dei più tormentati problemi della scienza giuridica", según ANGELOTII, *ob. cit.* pág. 221.

48. Así, CARNELUTTI, con su teoría de la "giusta composizione della lite", estimada ésta como "un conflicto de intereses regulado por el Derecho". En ANGELOTII, pág. 228. Se ha destacado en contra de esta concepción la inexistencia de litis en el proceso penal: V. ALLORIO: "Saggio Polemico sulla giurisdizione volontaria", Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura civile. t. II, pág. SIS.

Por ello se ha podido decir que «las diversas teorías imaginadas para resolver el problema se muestran, en definitiva, insuficientes: tanto la que se fija en los órganos que ejercen una u otra función, especialmente en su posición coordinada o subordinada, como la que atribuye al acto administrativo un elemento lógico, como las que ven la esencia de la jurisdicción en ser una sustitución por una actividad pública de una actividad ajena o, finalmente, en cualquier otro punto de vista secundario (función declarativa, interés público o privado, mayor o menor rigor formal)>>.~

C) Otra concepción estima la jurisdicción como «la función específica estatal que tiende a la satisfacción de pretensiones»,<sup>51</sup> La declaración de derechos es tarea compartida por la Administración, pero el concepto de pretensión es típicamente jurisdiccional. La función judicial está basada en la dualidad fundamental de personas que piden y personas que conceden; la administrativa, en cambio, no exige esta iniciativa o impulso exterior a sí misma, pues puede derivar de una conducta espontánea de sus órganos.v

D) Finalmente -y por no hacer más extensa esta enwneración-, se ha entendido la jurisdicción como actividad encamí nada a producir actos dotados de eficacia de cosa juzgada. Esta eficacia puede ser pura (en la sentencia meramente declarativa) o ir acompañada de una operatividad jurídica de orden constitutivo, a veces vinculante (sentencia de condena), a veces discrecional (sentencia dispositiva). Con esta concepción se aclara la distinción entre actos jurisdiccionales que consiguen la formación de cosa juzgada y actos administrativos, sustraídos a la revisión judicial, en cuanto no son discutibles sus fundamentos. Pero entre éstos y los judiciales dotados de cosa juzgada hay diversidad de causa. La causa de la cosa juzgada está precisamente en haberse regulado la relación controvertida según los términos de la sentencia; en el otro caso, no se puede discutir la legitimidad simplemente porque la ley lo ha establecido asf.53

---

49. ALLORIO.ob. cit. • pág. éit, nota 10 y pág. 56.

50. OUASP: Derecho procesal civi- I. E. P. • Madrid. 1956. páginas 111 Y siguientes.

51. Como dice OUASP. Mel fundamento de la jurisdicción se halla en la idea de que, por el peIIIJO que supone para la paz y la justicia de la comunidad una abstención en este punto. se ha de coocebIr como una función del Estado la de la satisfacción de las pretenslooes que las panes pueden formular ante él", ob. Y loe. cit. Vide también "La pretensión judlclal"<sup>M</sup>• A. D. C. • 1952, pág. 1 Y sip. La teoría de la pretensión es la aceptada y desarrollada por ANOELOrn en su ob. cit.: es la que slaue OONZÁLEZ PÉREZ en su Derecho procesal administrativo -I. E. P. • Madrid, 1955-. como idea matriz de su COIICepClón procesallsta del nCUI'SO COIItenciOIIO-adminlstrativo. páginas 45 Y 101 Y slp.

52. OUASP.ob. cit., pág. 112.

12. Las teorías expuestas nos permiten entrar en el examen de la naturaleza de la jurisdicción voluntaria, que los diversos autores resuelven en función del concepto previamente adoptado de jurisdicción. Pueden señalarse tres direcciones distintas:

A) La jurisdicción voluntaria no es jurisdicción, sino administración. Tal es la tesis que siguen quienes consideran que los actos de dicha especie, aunque puedan en supuestos específicos implicar una declaración de derechos, no se actúan como consecuencia del ejercicio de una pretensión judicial o de una contienda entre partes, y la resolución que sobre ellos se dicte no adquiere eficacia de cosa juzgada. No concurren en ellos, según los diversos autores, los requisitos calificadores de lo jurisdiccional. Se trata más bien de actos administrativos« Su Atribución por razones

de oportunidad a la judicatura, no cambia su significado. Como se ha dicho, con frase plásticamente expresiva, el Juez no es una especie de Midas que con su contacto convierte en jurisdiccional o procesal todo aquello que toca.<sup>55</sup> Nos hallamos ante una función judicial en sentido subjetivo.

---

53. La tesis ha sido sostenida por ALLORIO, ob. cit. • págs. S10 y slgs.

54. Esta idea se repite machaconamente en la doctrina procesal y administrativa de los diversos países: a) FrancÚ: "Son en realidad funciones más bien de carácter administrativo... No se trata de jurisdicción, sino de administración". GLASSON ET TISSIER: *Traite*, pág. 29.

b) ItDIÚ: "El acto del juez no responde a la típica finalidad que es propia de la jurisdicción; en lugar de ésa, se aprecian otras y específicas razones de interés público, profundamente distintas en los diversos casos". "Se trata de funciones distintas, sustancialmente administrativas, que son atribuidas a los jueces y se actúan en el ámbito de las relaciones jurídicas privadas", LUOO: *MalUulle*, págs. 14-15: "por el fin y el contenido, tales intervenciones parecen, en efecto, sustancialmente homogéneas a actividades administrativas", REDEN1: *Dertcho procesal civit trad. argo Ejea*. 1957, t 1, núm. 7, pág. 30; "son atribuciones adyectivas de la autoridad judicial con finalidades y caracteres diversos de los de la jurisdicción propiamente dicha", del mismo autor, t. DI, núm. 248, pía. 3; "La jurisdicción voluntaria es actividad administrativa, o sea desprovista de cosa juzgada, porque raula de un procedimiento inidólco para justificar este efecto, asignada, aln embargo, su compoteDcla a órganos habitualmente jurisdiccionales. que normalmente cumplen una actividad jurisdiccional en sentido propio, productora de cosa juzgada". A: *Saggio*. páp. '13-'14: "Por su cooteoldo,laj. V. entra en 01 más vasto ramo de la función administrativa, que suole llamarse administración JIUbUca de Denl:ho privado", CALAMANDREI: *Institl4Joni*, páp. 74 Y slp.: núm. 23. En 01 mismosenllo, por 110 alargar demasiado las citea: LJEBMAN: *Lnioni di Diritto proceSSIUIk civik. Oluflié*. 194(5. t 1, núm. 4', pág. 41: y LANDI-POTENZA. *Mtl1IUlle di Diritto Amministrativo, Oiuftié*, 1960, págs. 13-14.

e) Akmania: WACH: *Handbuch des d. Civilprozesserechrs. Leipzig*. 1885, pág. 47; HELLWIG:

*System des d. Zivilprousrcht, Lelpzlg*. 1903. pág. SS; LABAND: *Staalsrecht*, 5a. ed. Tubinga, 1911. vol. II, pág. 179; FLEINER: *Institutionem des d. Verwaltungsrechts*. 3a. ed. • Tubingen. 1913. pág. 16 (citea de ZANOBINI, t. V. Corso, pág. 302. nota 12). KISCH: *Ekmentos de Derecho procesal civit trad. Prieto Castro*. R. D. P. • Madrid 1932. pág. 39. dice que la j. v. es "una especie de administración de derecho privado. en cuya gestión no sólo aplica principios jurídicos, sino razones de oportunidad y conveniencia y todo lo que exigen las necesidades prácticas".

d) &paña: •••• la idea esencial de la j. v. consiste en recoger en un concepto único todas las funciOICil en que un órgano de la jurisdicción actúa como administrador. pero como administrador de derecho privado. esto es. realizando. cera de relaciones jurídicas de derecho privado. cometidos que no 50ll jurisdiccionales, sino administrativos. .. Por lo tanto. la definición de la j. v. viene Integrada por la conc:urrenda de esas dos notas: presencia de un órgano jurisdiccional y existencia de un objeto jurídico privado. sobre 01 cual se verifica una tarea que no es propiamente procesal. aln embargo. sino administrativa". "& un principio. 01 fundamento de la j. v. debe ser negado. Sobre la base de una estricta división de funciones... Invoca a los órganos jurisdiccionales para desompeiar un cometido que nada tiene de procesal... Por consiguiente. teóricamente cabe armnar que la j. v. no tiene razón de ser. en cuando tal. y prácticamente podría ser eliminada de cualquier ordenamiento positivo". GUASP: *Dertcho procesal*. págs. 1638 Y sigs.: 69 .. .la denominación es impropia y se conserva tan sólo por comodidad de léxico y apego a la tradición, pues con ella el juez realiza una función más cercana a la administrativa (ej. • nombramiento de tutores, protocolización de testamentos, etc.), asignada ocasionalmente él. lo mismo que otras cuestiones de igual orden se atribuyen a Notarios y Registradores lo cual es posible porque están privadas de dos de las acraacterístlcas fundamentales de la jurisdicción: Invariabilidad de las resoluciones y fuerza de cosa juzgada Irrevocable". PRIETO CASTRO: *Derecho procesal civit t. I. Zaragoza*. 1949. núm. 71. pág. 76; ••... ha podido decirse justificadamente que el ejercicio de la j. v. más se asemeja a la función administrativa que a la jurisdiccional". DE LA PLAZA: *Derecho procesal civil espaRol*. t 1, R. D. P. • 1942. pág. 137; PRIETO CASTRO, en "Reflexiones doctrinales y legales sobre la j. v. .", publicado en *Tra1xljos y orientacdn de Derecho procesal*, parece cambiar de criterio. págs. 585 Y sigs. Edil. R. D. P. • 1964.

La *communis opinio procesal* estima que la jurisdicción voluntaria es una actividad administrativa: actividad pública de administración de derecho privado . .<sup>56</sup> La función de la Administración tiene como idea motriz el interés público. Los actos administrativos tienden a la tutela de dicho interés. La declaración y tutela de los intereses privados es función del Derecho civil y de la jurisdicción. No obstante, hay ciertos intereses privados que merecen la atención del Derecho público y son objeto de una específica actuación administrativa." Por ello, junto al acto administrativo llamado a producir efectos de derecho público, hay otros de aquella especie -función pública- con eficacia inmediata sobre el estado civil de las personas o sobre los derechos civiles en general, incluso puede llegarse a una decla ración de derechos civiles por la Administración. Este fenómeno es consecuencia de la sustitución progresiva del principio de autonomía privada de la voluntad por normas de derecho imperativo.<sup>58</sup>

---

55. AILORIO: Saggio. pág. 517.

56. El término fue utilizado por primera vez en Die Verwaltung des Privatrechts; HAENEL: D-utsches Staatsrecht. v. I. Leipzig. 1892. págs. 169-192. De allí lo tomó ZANOBINI: "L'amministrazione". cit. aparecido en R. D. Pubblico. 1918. y publicado en Scritti, citado. La idea central del pensamiento del profesor italiano es ésta: El Estado interviene en ocasiones en la actividad jurídica de los particulares, de manera más o menos intensa "secondo che e rivolta soltanto ad uno scopo di accertamento e di semplice controllo di legittimità. oppure anche ad un controllo di merito, o infine alla immediata costituzione del rapporto giuridico. In conseguenza di questa varietà d'intenti, l'attività amministrativa del diritto privato può corrispondere così al concreto del servizio pubblico come a quello della pubblica funzione: servizio pubblico nei casi in cui lo Stato appresta un'attività certificativa, che i privati sono liberi di richiedere o non richiederle per dare forma a loro negozi; pubblica funzione o enante volte il negozio non può essere formato senza l'intervento del organo pubblico, abbia questo carattere puramente certificativo o deliberativo" -s-Corso; cit, pág; 298-. Primeramente el autor consideró que los actos discrecionales --deliberativos-no se integraban en la administración pública de derecho privado y por eso sólo una parte de la j. v. -los actos no

discrecionales -correspondían al campo administrativo-scritti. eít., págs. 31 Y sigs.-. Más tarde estimó, como resulta del texto transcrito, que ambas especies se integraban en el concepto examinado, y por ellos los actos de la j. v. que tuvieran tal concepto examinado, y por ellos los actos de la j. v. que tuvieran tal consideración (Corso. cit., pág. 197).

57. Por ejemplo, la actividad autenticadora y legalizadora o de control de la actividad jurídica privada; publicidad de los actos privados, autorizaciones, etc.

La administración de derecho privado es una auténtica función administrativa. A diferencia de cuanto ocurre en el plano jurisdiccional, en que el derecho objetivo es el objeto de obrar del órgano, en aquélla sólo actúa como límite para alcanzar ciertos intereses, como ocurre en toda actividad administrativa.<sup>59</sup>

En contradicción con su naturaleza, la jurisdicción voluntaria -administración de derecho privado- resulta atribuida lege data a los órganos jurisdiccionales. Pero el poder judicial actúa en ella como un mero administrador, esto es, cumpliendo respecto de relaciones jurídicas privadas, funciones que no son jurisdiccionales, sino administrativas. Se explica así: por qué la jurisdicción voluntaria queda reducida a la esfera del Derecho privado, sin extenderse al penal, al administrativo o a cualquier otro donde, sin embargo, se dan procesos auténticos. y por qué está desprovista de eficacia de cosa juzgada, aun estando atribuida a órganos que normalmente la producen.

No constituyen estas doctrinas, por ello, obstáculo a su atribución al notariado. Antes bien, se admite «la necesidad de una reforma encaminada a un acercamiento de esta figura a otros sectores que verdaderamente son más afines a la misma que la judicial, como ocurre con las notariales y registrales, las cuales, verdaderamente, asumen fisonomía extraordinariamente próxima a la jurisdicción voluntaria».61

---

58. GARRIDO FALLA: Régimen de impugnación de los actos administrativos, I. E. P. Madrid, 1956, págs. 128 Y sigs.; ZANOBINI: Corso, loco cit.; págs. 288-291.

59. "Para la jurisdicción el Derecho es un fin (la aplicación del Derecho resulta su sola razón de ser); en cambio, para la Administración, el Derecho es un medio. la forma debe darse a su actividad de satisfacción de las necesidades públicas"; ORTIZ DE AZ: Apuntes de clase, Oviedo, s. f.; FORSNOROFF: Tratado de Derecho administrativo, I. E. P. • 1958, pág. 16.

60. GUASP: Derecho pr., pág. 1638; ROSEMBERG: Tratado de Derecho procesal civil (Ir. IUJ. B. Aires, 1955. pág. 46); REDENTI: Diritto processuale civile (t. 1, Giuffrè, 1947, núm. 7, pág. 17), parece extender la j. v. al Derecho penal, pero la opinión mantenida por este autor no tiene general acogimiento.

B) La jurisdicción voluntaria es verdadera jurisdicción. En esta última época se ha iniciado en Italia una revisión de la tesis que asigna carácter administrativo a la jurisdicción voluntaria. La circunstancia de ser muy pocos los autores que siguen esta moderna orientación, no la priva de interés.

1) Camelutti ha mantenido que la figura que nos ocupa es verdaderamente jurisdiccional y debe estudiarse, bajo el nombre de proceso voluntario, junto al contencioso. «Pero difiere la finalidad de la intervención del Juez, el cual en materia de voluntaria interviene para la mejor tutela del interés en conflicto, mientras que en materia contenciosa lo hace para la composición de la litis».62 La primera tiende a la prevención del conflicto, haciendo imposible que nazca; la segunda, a la composición de la litis, ya nacida.

Esta teoría ha sido desechada." Fundamentalmente se le ha opuesto que las formas de prevención de la litis no han de ser necesariamente procesales; pueden derivar tanto del derecho procesal, como del administrativo o del civil. Además, esta posición incurre en el error, muy difundido, de estimar un cierto número de instituciones propias de la tutela cautelar de los derechos (por ejemplo, la llamada prueba legal) desde el punto de vista de un futuro y en ocasiones poco previsible proceso, prescindiendo de su valor en el tráfico jurídico.

2) Micheli<sup>64</sup> parte de estimar lo jurisdiccional como actividad encaminada a la actuación de la ley. En esta actuación -dice el órgano estatal Persigue la satisfacción de un interés público,

---

61. GUASP, oh. últ. cit.; págs. 164-42.

62. Sistema tk Derecho procesal, UTEHA, trad. arg., 1944, págs. 281-1.

63. . Combate esta opinión ALLORIO: Saggio, págs. 517 Y sigs.; MICHELI, oh. cit .• págs. 30 Y sigs.: y FAZZALARI: La giurisdzijone volomaria: Cedam, Padua, 1953, pág. 170.

64. Per una revisiooe de la nozione de la g. V., nota 13.

Que no es el de ninguna de las partes en conflicto, sino el del mismo orden jurídico de que sea aplicada la voluntad abstracta de la ley al caso concreto. Cuando el Juez actúa en la jurisdicción contenciosa, persigue el interés público de actuar el derecho objetivo, dando la razón a quien la tiene, como suele decirse. Lo mismo sucede en la jurisdicción voluntaria, pues si bien en ella el Juez no actúa la voluntad de la ley en favor de una parte contra la otra, hace posible el cumplimiento de los presupuestos necesarios para la producción de un determinado efecto jurídico; presupuestos indicados en abstracto por la ley y establecidos en consideración de ciertos intereses superiores (buena administración de patrimonios, certeza de relaciones jurídicas, etc.). En ambos casos hay una norma jurídica que debe ser actuada por el órgano jurisdiccional. «La peculiaridad de la jurisdicción voluntaria, en definitiva, está más bien en la norma jurídica que no en la actividad del Juez que la aplica en concreto, en efecto, que en tales casos la ley subordina la eficacia de las manifestaciones de voluntad a determinado control (en sentido lato, técnico), o la producción de ciertos efectos a la intervención de un órgano jurisdiccional. En tales casos, el orden jurídico viene actuado mediante la actividad del Juez, porque de otra manera aquel determinado efecto no podría ser alcanzado. La actividad del órgano jurisdiccional se interpone, pues, en el proceso formativo del efecto jurídico»."

3) Visco<sup>66</sup> toma en consideraci6n tambi6n el proceso de jurisdicci6n como actuaci6n de la ley o declaraci6n de derechos. Un ius dicere se da tanto en la jurisdicci6n contenciosa como en la voluntaria, que no son m6s que dos modalidades de la funci6n judicial. Por la primera se declara el derecho frente a dos o m6s partes en contienda. Por la segunda se le actúa al legalizar una situaci6n de hecho, integrar una capacidad o defender un patrimonio.s" El fin es sustancialmente el mismo, actuar el derecho, pero el momento es distinto, porque en la contenciosa, la intervenci6n de la autoridad judicial se verifica cuando se ha producido la lesi6n de un derecho, mientras en la voluntaria, en que falta tal lesi6n, asume un car6cter preventivo o cautelar.<sup>68</sup> Esta última actuaci6n se asemeja a la cumplida por el notario. Pero es inexacto, segun este autor, querer desvalorizar la intervenci6n judicial en esta materia, «reduciéndola ... a la funci6n del notario que traduce en signos gr6ficos la voluntad privada que las partes declaran». «Esta es funci6n del notario, pero no del juez, el cual no se limita a recibir el acto de voluntad de los sujetos jur6dicos, sino que juzga de su oportunidad o legalidad, actuando una actividad deliberante. Funci6n 6sta eminentemente actiua» El derecho reconociendo efectos a la voluntad privada, concurre, con su eficacia, a hacerle alcanzar el fin pr6ctico a que ella tiende, pero caben varias formas de reconocimiento de esta voluntad privada: una, cuando se requiere que sea meramente documentada por notario; otra, cuando se exige que sea sometida al examen del Juez, y s6lo despu6s del juicio de 6ste le son reconocidos efectos jur6dicos. En este último caso se debe hablar propiamente de jurisdicci6n voluntaria,"

---

6.5. MICHELI. ob. cit., págs. 2.5 Y sigs.

66. En su cit. obra 1 procedimenti di giurisdizi6ne voiomana.

Así delimitada difiere de la Administración en raz6n a la finalidad perseguida por la intervenci6n estatal: interés privado en la primera, público en la segunda. «No se diga que las resoluciones de la P6blica Administraci6n relativas a autorizaciones y licencias son similares, en su naturaleza, a las del Juez que autoriza el cumplimiento de determinados actos, como, por ejemplo, la venta de bienes de menores o dotales, porque la diferencia est6 precisamente en la finalidad que se propone la intervenci6n estatal, mirando, en el primer caso, exclusivamente al interés general que se quiere tutelar, mientras en el segundo, a los del sujeto, sea el incapaz, sea la familia». 70 En el primer caso se persiguen los propios fines institucionales del Estado; en el segundo, la tutela de los intereses privados.

---

67. Ob. cit., núm. 11. pág. 21.

68. Ob. cit., núm. 12, pág. 25.

69. Ob. cit. •• núm. 8, págs. 17-18. VISCO minimiza la funci6n notarial privándola de la facultad de emitir juicios. Así lo mantuvo tambi6n ZANOBINI -L 'amm. pág. 57-, pero posteriormente hubo de rectificar esta opini6n -Corso, cit., págs. 306 Y sigs-. Vide en el mismo sentido afirmativo, CARUSI, 11 negoz.io. ciL pág. 31.

4) La tesis de la jurisdiccionalidad de la jurisdicci6n voluntaria se ha mantenido tambi6n en nuestra patria,» Su estimaci6n como funci6n administrativa -se ha dicho- arranca del prejuicio procesalista de identificar arbitrariamente los conceptos jurisdiccional y procesal. La concepci6n que delimita las actividades del Estado con base en los 6rganos que la desenvuelven -criterio subjetivo frente a objetivo o material-, es suficiente para justificar que la llamada jurisdicci6n voluntaria est6 en

manos de los tribunales y sea, por tanto, verdaderamente jurisdicción. De lo contrario, habrá que ir a un reajuste de competencias llevando no sólo al Derecho administrativo la llamada jurisdicción voluntaria, sino, al procesal, una parte importante de la actividad administrativa: recursos de todas clases.<sup>12</sup>

Además, la actividad administrativa supone tutela de un interés público; en cambio, la jurisdicción voluntaria actúa normalmente para resolver cuestiones que afectan a individuos particularmente considerados (informaciones para dispensa de ley, declaraciones de fallecimiento, etc.). «Es cierto que en estos casos, a diferencia de lo que ocurre en los que constituyen la jurisdicción contenciosa, el tribunal no resuelve efectivamente sobre la pretensión de una parte respecto de otra, pero no hay duda que la resolución que se dicta condiciona tanto las posibles

---

70. Ob. cit.; núm. 10. págs. 20. 21.

71. GARRIDO FALLA: Tratado, éit., págs. 20 Y slgs, Y nota 27.

72. Esta Idea de reajuste ha sido iniciada ya en cuanto a recurso contencioso-administrativo, que le estima como de esencia jurisdiccional. En este sentido, GUASP, LÓPEZ RODÓ Y GONZÁLEZ PÉREZ. Vide obra este último, cit., y GARRIDO FALLA: Rígemell, cit. págs. ID Y slp., del prologo.

Pretensiones procesales que en el futuro puedan esgrimirse por el interesado como las que puedan esgrimirse frente a él; ésta es la razón por la que su competencia se encomienda al Juez y no a la Administración pública."

\*\*\* Rechazada ya la tesis carneltuttiana, 'Vamos a someter a crítica el resto de las opiniones expuestas en favor del carácter jurisdiccional de la jurisdicción voluntaria ,

a) El criterio teleológico -interés público, interés privado parece insuficiente para deducir las consecuencias propuestas por los autores citados. Ciertamente puede servir para rechazar del campo administrativo una serie de actos en los que la nota de interés público perseguida por el órgano del Estado no tenga carácter sobresaliente. Pero ello no es suficiente para estimar como jurisdiccionales dichos actos, a no ser que concurren en ellos notas definidoras de la función propiamente judicial.

b) Tiene mayor importancia, por esta razón, el argumento basado en la estimación de que también en la jurisdicción voluntaria el Juez actúa o aplica el derecho. Sin embargo, tal afirmación sólo puede estimarse cierta en el sentido de que observa la ley que regula su conducta, de la misma manera que cualquier órgano público, pero no en el sentido -propio de- la justicia como actuación o aplicación de la ley- de que él aplica los previos mandatos de la ley sustantiva (es decir, de la ley que regula las relaciones entre particularesj."

c) Examinando más en concreto cuál es la actividad a que se reduce esa pretendida aplicación de la ley hecha por el Juez, resulta que se reduce a la homologación, control legalización de actos; a la interferencia en el proceso formativo del efecto jurídico; al complemento de una capacidad o defensa de un patrimonio. Todas estas actividades no pueden estimarse específicas de la jurisdicción; son funciones preventivas o cautelares que el Estado ordena en beneficio de la comunidad social y de la normalidad de las relaciones jurídicas. Algunas son análogas a las actuadas

por diversos órganos de la Administración; muchas son propias de la actuación notarial. No hay duda, como veremos más adelante, que el notario homologa, controla o legaliza el negocio jurídico formalizado en escritura pública y que la exigencia del instrumento público para la válida constitución de una sociedad anónima o limitada, o para el derecho real de hipoteca, supone la interferencia en el proceso formativo del efecto jurídico, que los autores examinados estiman privativo de la aplicación judicial del derecho,

---

73. Tratado, nota 27.

74. FAZZALARI, ob. cit., pág. 169-170.

d) Los actos de la jurisdicción voluntaria no condicionan las posibles pretensiones procesales en forma distinta a como puedan hacerlo hechos, actos o negocios jurídicos consignados en documentos públicos o inscritos en Registros públicos.

e) Finalmente, la delimitación de las funciones de un órgano por las actividades de lege data atribuidas al mismo, la estimamos repudiable en un Estado de derecho en el cual debe tenderse a integrar cada función en un poder distinto, y ello exige poseer un previo criterio para diferenciar tales funciones.<sup>75</sup>

C) La jurisdicción voluntaria como «tertius genus» entre administración y jurisdicción. Tal es la tesis mantenida por Fazzalarí.w

No es jurisdicción, porque en ella falta el presupuesto del incumplimiento y de la correlativa lesión del Derecho sustantivo. En la mayor parte de los casos, antes del procedimiento de jurisdicción voluntaria no existe un deber o derecho sustancial, sino acto o actos a los cuales no han sido ligados por la ley sustantiva derechos y obligaciones para los particulares; en otros, en que existe dicha relación sustantiva, no se da lesión.?

---

75. Vide infra núm. S in fine.

76. La giurisdizione volontaria, cit. en nota 63.

77. Ob. cit., págs. 164 Y sígs., Y concretamente, pág. 167.

Tampoco es administración, porque a los actos de jurisdicción voluntaria se aplican diversos procedimientos de control e impugnación, que a los de aquella especie. El acto administrativo puede ser revocado por el superior jerárquico en cumplimiento del deber de sustitución, y puede culminar en el recurso ante el Tribunal contencioso-administrativo, que declare incluso la nulidad del acto. Tal cosa no ocurre en la jurisdicción voluntaria, por faltar la idea de jerarquía. De ahí que la revisión del mismo sea competencia de la jurisdicción civil la cual puede prescindir del acto voluntario, o anularlo, dictando una resolución que lo sustituya en el correspondiente procedimiento declarativo contencioso. Estas diferencias constituyen una decisiva ratio distinguen di entre el acto administrativo y el de

jurisdicción voluntaria"

13. Podemos aceptar las siguientes conclusiones:

1a.. La jurisdicción voluntaria no es verdadera jurisdicción, porque no concurren en ella los datos definidores de esta última, destacados por la doctrina procesalista, La ampliación del concepto «aplicación o actuación del derecho» para poder englobar en él la actividad judicial contenciosa y voluntaria es repudiable, pues de aceptarse una idea tan general, resulta que no sólo los jueces, sino los otros órganos del Estado, aplican o actúan el derecho."

2a. Tampoco puede afirmarse que sea administración. La opinión general que atribuye naturaleza administrativa a la jurisdicción voluntaria parte de un concepto residual de aquella, propio de la teoría de división de poderes. Admitida hoy la crisis de la clasificación tripartita, no hay razón alguna para seguir estimando como actividad administrativa la propia de la jurisdicción voluntaria, en la que la circunstancia de ejercitarse sobre intereses típicamente privados, contrasta con la ejercida por la Administración, que tiene como criterio teleológico definidor el perseguir inmediatamente la satisfacción de un interés público; es distinto, además, el régimen de jerarquía y el de recursos.w

---

78. Op. cit. • págs. 175 y sigs. • Y concretamente págs. 180, 182 Y 187.

79. Se olvida con esta interpretación la esencialidad de la idea del mandato para definir la jurisdicción.

"El juez cuando actúa, no sólo enjuicia, sino que también manda ", DE CASTRO: Der. civil. pág. 415, Cfr. OONZALEZ PALOMINO: Instit. • pág. 71.

3a. La llamada jurisdicción voluntaria constituye una actividad autónoma del Estado, caracterizada por la circunstancia de actuarse una función pública sobre relaciones o intereses jurídicos privados.

## V

### LA FUNCIÓN NOTARIAL. SUS RELACIONES CON LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

14. Función notarial e instrumento público han sido objeto de estudio por los notarialistas. Pero no siempre se les ha dedicado igual atención. En una primera etapa preocupa más la función; en otra segunda, el documento.

A) Durante muchos años, la doctrina, con un criterio que pudiéramos llamar teleológico del fenómeno notarial, trata de situarlo en un cuadro abstracto de las funciones del Estado. Admitida la inconciliabilidad de nuestra función con la legislativa las posiciones se han bifurcado en dos direcciones, según se la estime como jurisdiccional o como administrativa. La primera se ha seguido por quienes dan un valor definidor al origen judicial del documento autorizado por notario y a la idea de que éste, como Juez, aplica o declara el derecho.s La consideración administrativa se ha aceptado, por exclusión, al des tacar que, frente a la jurisdicción, no implica

contentio inter partes, o al estimarla como un servicio público del Estado.<sup>82</sup>

---

80. Ultimamente se ha destacado la relatividad del dato del Interés público, como elemento definidor:

ALLORIO: Saggio, pág. 16; FAZZALARI, ob. cit. pág. 178. Acerca de su distinción, puede verse GASPARRI: Corso, t. 1, pág. 46.

81. LAVANDERA: "Acto público y Jurisdicción Notarial", R. D. P., 1915, tomo D, págs. 230 y sigs., y 1918, t. V, págs. 214 y sigs.

No han faltado intentos de dar a la función notarial un puesto autónomo en un cuadro de funciones estatales más amplio. En España, Monasterio Gali inició estos nuevos derroteros al advertir la necesidad de una nueva función encaminada a aplicar su acción al derecho para los fines de la normalidad: hay una exigencia social de dar a los derechos una corporalidad o visibilidad, una representación externa que facilite su evolución natural y normal y refleje los acaecimientos y modificaciones que vayan sobreviniendo en la vida.<sup>83</sup> Este precedente lo siguieron otros autores al destacar la necesidad de una función que designan con calificativos distintos: legalizadora -encomendada a un poder legalizador-, autenticadora, autorizante instrumental, etcétera.<sup>84</sup>

Defecto bastante general de estas doctrinas es el plantear el problema en términos muy generales utilizando unos conceptos insuficientemente elaborados. Resulta difícil construir con ellas una teoría jurídica de nuestra función.

B) En la segunda etapa de evolución de los estudios notariales a que nos hemos referido, nuestros autores dedican su atención al quehacer concreto notarial, y en relación a las normas jurídicas que lo disciplinan, se ocupan del instrumento público con criterio más jurídico que sociológico, examinando su contenido y la eficacia que la actuación notarial atribuye al mismo. A esta tarea, justo es reconocerlo, contribuye la doctrina civilista con su perfilamiento de los conceptos del hecho, acto y negocio jurídico, borrosamente percibidos en nuestra patria hasta hace muy poco tiempo. Tomando en consideración las nuevas orientaciones del Derecho privado, el documento notarial -observado superficialmente durante los últimos decenios- se disecciona ahora y se examina analíticamente. El quehacer del notario ofrece nuevas perspectivas y el campo de nuestra función se delimita con criterio más técnico. Es cuando empieza a distinguirse perfectamente la intervención notarial en la esfera de los hechos, los juicios y las declaraciones de derechos -hechos y derechos, en fórmula más sintética-, y cuando comienza a hablarse del Derecho notarial como Derecho de la forma o de las formas jurídicas. <sup>85</sup> Con todo, no se abandona el problema de encuadramiento de la función notarial entre las funciones específicas del Estado, reproduciéndose las soluciones jurisdiccional y administrativa,»

---

82. CELORIO: La reforma notarial. Habana. 1917, págs. 35 y sigs; MONTEIO, en el Sancho Tello:

Redacción de instrumentos públicos. 3a. ed., 1943, Valencia, t. 1, págs. 8 y sigs. Vide CASTÁN:

Función notarial, págs. 17 y siguientes.

83. En CASTÁN, ob. cit., págs. 32 y sigs., y A VILA: Estudios de Derecho notarial, 2a. ed., Casrellón, 1955, págs. 14 y 17.

Interesa, por eso -como cuestión previa a la que constituye la causa de nuestro trabajo-, tratar ahora de la naturaleza de la función notarial.

15. A) Fundón notarial y jurisdicción. m quehacer notarial no tiene nada de jurisdiccional." El Juez aplica el derecho -según las concepciones antes examinadas- como consecuencia de una contienda inter partes o del ejercicio de una pretensión judicial y dota a sus resoluciones de la eficacia de cosa juzgada. Nada de esto hace el notario, que se limita a documentar hechos y negocios jurídicos, emitiendo en ciertos supuestos calificaciones jurídicas:

Resulta, por ello: 10. Que la idea de litis es inconciliable con la función notarial, eminentemente antiprocesalista. w 20. Que el requerimiento previo para su actuación no puede estimarse como una pretensión en el sentido en que se usa por la técnica procesal, ya que el fin perseguido por el requirente o requirentes no es la reclamación dirigida -por vía notarial- frente a otra u otras personas. v 30 Que el notario carece de imperio para imponer sanciones; y 40 Que, aunque el ordenamiento jurídico atribuye directamente a sus actos una eficacia específica, no cabe estimarla en ningún caso como análoga a la derivada de la cosa juzgada, pues queda abierta siempre la posibilidad de una revisión judicial.

---

85. Son figuras señeras en esta etapa: NÚÑEZ-LARIOS y GONZÁLEZ PALOMINO, la conf. del primero en la A. M. del N. -5 mayo 1943-puede calificarse de esta nueva dirección de nuestros estudios.

86. La tesis procesalista se mantiene, aunque no huta \_ último coeseeueacías, por SANAHUJA:

Tratado de Derecho notarial. Bosch, 1945, tomo 1, pap. 20 Y lip., 88, 112; la administrativa. por GONZÁLEZ PALOMINO, Instiruc. • pág. 82.

87. LOPEZ PALOP y POU. Vide: Legislación notarial, de POU, Reus, 1926, pág. 17.

Conviene detenemos, no obstante, en la afirmación de que el notario, como Juez, aplica el derecho. La solución que debe prosperar en este punto depende del sentido que se dé al término expresado. Si se le da un significado amplio que lleve a identificarle con el procedimiento lógico interpretativo, sintetizado con el silogismo, que constituye el medio de actuar judicial, quizá habría que concluir que el notario, como el Juez, aplican el derecho. Este punto de vista ha sido aceptado por algún autor. Juez y notario -se ha dicho- llevan a cabo, respecto del hecho concreto, la tarea de «subsumirlo dentro de la proposición general establecida en la norma jurídica», «con la diferencia específica de que en la función notarial el término normativo que sirve como punto de referencia es la hipótesis, y en el proceso, la tesis, la consecuencia jurídicas.

Opinamos que no se puede deducir el carácter jurisdiccional de su actividad, de la circunstancia de que el notario en la prestación de sus funciones actúe con base en una operación lógica para producir sus calificaciones. El procedimiento silogístico no es monopolio del actuar judicial, sino que le encontramos en el fondo de cualquier acto jurídico concerniente a un caso concreto que no sea, o en cuanto no sea, discrecional, El agente de policía que, frente a la flagrante realización de un acto, lo califica de delito y decide arrestar a su autor; el agente fiscal que, frente a una determinada situación de un sujeto, la define como goce de un cierto rédito y, por

consiguiente, le aplica el impuesto correspondiente, «operan con base en un silogismo del tipo examinado; pero nadie piensa en decir que gozan de jurisdicción»."

---

88. GONZÁLEZ PALOMINO, en *Lafigurajurídica del Notario de CARNELUTIT*, pág. 4.

89. GUASP: "La explicación fundamental propuesta de la esencia del proceso obliga a considerar que no hay más que un elemento básico que sea lógicamente posible: la reclamación que una parte dirige frente a la otra y ante el juez". *Der. proc.*, pág. 227.

90. SANAHUJA, ob. cit., 20 y sigs. Y 112 Y sigs.

Además, la teoría combatida olvida que el silogismo judicial es sólo medio para llegar a una conclusión jurídica que el Juez impone a medio de un mandato, como acto de voluntad que falta en la actuación notarial.

B) Función notarial y Administración, Entre los autores que patrocinan el emplazamiento de la función notarial en el campo administrativo, pocos han hecho un estudio detenido del problema.

1) Zanobini constituye una excepción." A su juicio, las funciones administrativas relativas al Derecho privado pueden reducirse a dos categorías fundamentales, que se distinguen por la manera en que actúan las mismas.

- En la primera hay que incluir la actividad certificante, de control y publicidad, que realiza la Administración respecto a ciertos actos jurídicos privados. Fin esencial de la misma es autenticar hechos, actos y negocios jurídicos, o elementos de los mismos, advenidos o producidos a presencia de ciertas personas, y el realizar, respecto de los que tengan calidad de acto jurídico, el adecuado control de licitud. Esta actividad se cumple por medio de un acto administrativo, está atribuida al Juez - por razones históricas-, al notario y a otros funcionarios.

---

91. GASPARRI: *Curso*. pág. 102.

92. V. PALOMINO: *Instituc.* • pág. 71.

93. GONZÁLEZ PALOMINO, por ejemplo, después de haber demostrado agotadoramente que el Poder Judicial es jurisdiccional, admite que su función es administrativa. pero no desarrolla su tesis.

94. "L'amministrazione", en *Scritti*, págs. 47 Y sigs., Y en *Curso*. t. V, págs. 302 Y sigs., 306 Y sigs.

- En la segunda se incluyen los actos de voluntad encaminados a conceder una autorización, complementar una capacidad o constituir un negocio jurídico de carácter privado. Se realiza a medio un negocio administrativo y normalmente se atribuye a los jueces.

Ahora bien, el ejercicio de la actividad pública de administración de derecho privado, cuando se atribuye a los notarios, adquiere un matiz especial que no concurre cuando se ejerce por otros funcionarios. Mientras estos últimos actúan en su calidad de órganos administrativos, aquéllos lo hacen «como profesionales investidos como tales, es decir, como particulares del ejercicio de una actividad

pública relativa al Derecho privado».95

2) Núñez-Lagos distingue dos aspectos en el planteamiento de la cuestión: el de organización y el de función"

- El Derecho administrativo regula organización y funcionamiento de todos los servicios públicos del Estado. También el relativo a la llamada «fe pública».97 No obstante, la disciplina concreta de la organización notarial se ha separado históricamente de las del Derecho administrativo general para integrarse en la legislación «orgánica» del notariado. Ello, «probablemente, no transforma su naturaleza jurídica de Derecho administrativo; pero, al referirse al notariado, en régimen excepcional o, por lo menos, por completo al margen del Derecho administrativo común, indudablemente cambia el objeto o contenido de la norma y también el modo de su vigencia, por cuanto los órganos de su aplicación son distintos, la remuneración, la jerarquía, la disciplina, las sanciones y las vías de justicia (recursos) son diferentes».

---

95. Corso, t. V, pág. 303. En Nueva Patria, Núñez MORENO, en su trabajo "La función notarial" -Rev. D. P., 1927, t. XIV, pág. 343-, aceptó la tesis de ZANOBINI la sigue también CARUSI: 11 negow, eit., págs. 26 y siga.

96. El Derecho Notarial. cit., págs. 213 y siga.

97. En contra de la aplicabilidad del término servicio público al Derecho notarial, CARUSI, ob. cit. • pág. 30.

- «La función pública notarial (que admite, constituye un servicio público) no se regula en el Derecho de la Administración. Ha sido excluida del Derecho administrativo». «Hay un hecho incuestionable: el acto notarial no es un acto administrativo. No está sujeto a régimen de disciplina jerárquica ni de recurso administrativo. Tiene un régimen especial (que es el de «formación de la forma» y «preconstitución de la prueba de los actos auténticos»), que queda fuera del Derecho administrativo».

16. Creemos que para alcanzar el significado de la función notarial hay que partir de una idea previa del concepto de función pública.

A) La existencia de la comunidad social como sustrato primario del Estado, hace surgir una serie de intereses en las relaciones de los miembros de la comunidad entre sí, y de la comunidad, como un todo, respecto de los miembros. La satisfacción de los primeros se inspira en la llamada justicia conmutativa o social. Esta distinción esta inmanente en la bipartita clasificación del Derecho en público y privado. El primero se preocupa de ordenar los principios que rigen la persona, la familia o el tráfico con la mira puesta en la realización de la justicia conmutativa; el segundo tiende a reglamentar la estructura, defensa y funcionamiento del Estado, pero teleológicamente inspirado en la realización de la justicia distributiva.w

En principio, el concepto de función pública hace referencia a una serie de actividades humanas trascendentales para los intereses de la comunidad social, y el de función privada, a dichas actividades cuando tienen significado, exclusivamente, en las relaciones intersubjetivas.P? Las primeras normalmente están reglamentadas por preceptos de Derecho público; las segundas, cuando lo están, por normas de Derecho privado. Por ejemplo: a través de la disciplina del negocio jurídico, en sus diversas modalidades típicas, el legislador civil verifica la ordenación de una serie de funciones privadas: el cambio de res por pretium; la destinación de los bienes para

después de su muerte.<sup>100</sup>

---

98. Vide DE CASTRO -ob. cit. . págs. 68 Y sigs.-. para la distinción entre Derecho público y privado, donde estima como nota funcional diferenciadora de ambos la orientación hacia los dos grandes principios informadores de la comunidad y personalidad (persona, familia, tráfico).

Ahora bien, el cumplimiento ordenado de las actividades privadas tiene una trascendencia social evidente, puesto que el hombre es miembro de una comunidad. La normalización de las relaciones privadas es un presupuesto básico esencial del orden social. Y la realización de la justicia conmutativa viene a convertirse así en presupuesto para la realización de la justicia distributiva. De ahí que el Estado intervenga ciertos hechos, relaciones y situaciones jurídicas que miran directamente a la Persona, la familia o el tráfico, no sólo mediante preceptos de carácter privado, sino incluso de carácter público. Por ello, aunque el elemento primario sea privado, la actividad estatal puede cumplir una función pública.

En este orden de cosas están todas las medidas precautorias que tienden a la realización espontánea del derecho, conocidas con el nombre de tutela cautelar o preventiva. En la misma hay que situar las actividades encaminadas a dotar de autenticidad los hechos -en sentido lato o amplio-, y a verificar el control de legalidad de los actos jurídicos. Aunque hechos y actos, por propia consideración, sean privados, las medidas adoptadas para dotarles de fe pública o adecuarles a la ley, pueden ser o actuarse -y de hecho así ocurre- a medio de funciones públicas.

---

99. Acerca de la distinción entre función pública y privada, cfr. GASPARRI: Corso, núm. 63, pág. 46. IOO. CARIOTA FERRARA: El negocio jurídico, Aguilar, 1956, pág. 489.

101. La idea de la tutela cautelar o preventiva ha sido tratada detenidamente por LARRAUD: Introducción al estudio, cit., págs. 37 Y sigs., y concretamente 69 y sigs.

B) Estas ideas son esenciales para distinguir la función notarial de la Administración. Esta -según ha puesto de relieve Forsthoff- está llamada a estructurar la vida social con arreglo a un modelo de justicia social, por lo que «la realización de la justicia conmutativa y de la distribución constituye una de las funciones sustantivas del Estado».102 Tal tesis ha sido contradicha por Ortíz Díaz, quien estima que la afirmación del tratadista alemán mencionado «resulta solamente en parte cierta, y limitada a la justicia distributiva o social, mas no a la conmutativa».103 Ambas afirmaciones, suficientemente aclaradas, ofrecen solución a nuestro problema.

A nuestro juicio, el Estado -como entidad total- es el que debe estructurar la vida social de manera que se realice la justicia conmutativa y distributiva. La Administración -como parte del todo estatal- ha de orientar sus actuaciones a la justicia distributiva. La conmutativa se realiza por los particulares en uso de la autonomía privada de voluntad dentro de las normas del Derecho privado; se actúa, estimula, premia y restablece, mediante las medidas cautelares reglamentadas, o por medio de la actividad jurisdiccional, cuando se producen conflictos intersubjetivos de intereses.

La función notarial corresponde al campo de las funciones públicas que se orientan hacia la justicia conmutativa. De ahí que el Derecho que la reglamenta esté en zona normativa distinta del que regula la Administración. Con ello se aclaran algunas de

las afirmaciones de Núñez-Lagos expresadas anteriormente: la de que la «fe pública» ha quedado históricamente fuera del Derecho administrativo y la de que la «función notarial no se regula en el Derecho de la Administración». En suma: la función notarial es autónoma de la administrativa, aunque ambas sean funciones públicas o del Estado.<sup>104</sup>

---

102. Tratado, cit .• págs. 231 Y sigs.

103. Apuntes, cit., pág. 9.

C) Todo esto explica el carácter especialísimo de la figura del notario en la lista de funcionarios del Estado. Ejerce una actividad pública, reglamentada por normas de Derecho público y por eso es un funcionario público. Pero, por otra parte, esta actividad pública se ejercita en el ámbito de la justicia conmutativa, que se refiere a las relaciones de los particulares entre sí. Por eso no es un funcionario administrativo. Se explican así una serie de peculiaridades que le apartan del régimen aplicable a los funcionarios típicamente administrativos:

1º. Nombrado por el Estado, percibe su retribución de los particulares, por medio de arancel.

2º. Queda al margen de la rígida jerarquía y disciplina que es norma de los funcionarios administrativos.

3º. Los recursos que caben contra su actuación (por negativa de prestación de funciones, expedición de copias, etc.) y las sanciones disciplinarias que cabe imponerle, exigen la intervención de su órgano corporativo profesional-el Colegio Notarial-, y en último término, la competencia en esta materia corresponde a un organismo dependiente del Ministerio de Justicia (D. G. de los Registros y del notariado).

4º. La impugnación de la autenticidad de las afirmaciones notariales en el plano de los hechos y de las calificaciones en el del derecho, se actúan no por la vía contencioso-administrativa, como sería propio de tener naturaleza de acto administrativo, sino por acciones ante los tribunales ordinarios. 106

---

104. Las DOnDU que regulan la función Dolarial son, poretto, de Derecho público. Así lo admiten también quienes estiman que aquella cOllstituye una parte del Derecho administrativo: CARUSI, ob. cit .• pág. 27. DE CASTRO, en principio, duda si el Derecho notarial es público o privado (ob. cit. •• página 7 1); enlende que debe resolverse esta c:uestlón buscando el principio (comunidad, persona-familiatráfico) que le inspira. Si nos fijamos en que la legislación DOfaral sólo regula la actividad autentic:adora y legalizadora ejercida por el Notarlo, que es una función pública, aunque aquélla se actúa sobre hechos que tiene consideración privada, no pierde su calidad de Derecho público.

105. La idea había sido vislumbrada por NÚJIEZ MORENO, ob. cit •• pág. 343. La distinción entre funcionario público y administrativo que señalamos podría desdibujarse si estimáramos que la organización de todas las funciones públicas del Estado fuera atribución del Derecho administrativo, incluso la judicial y legislativa. Como ha dicho GARRIDO FALLA: Tratado. en., pág. 19 -"La afirmación es extensible a toda función del Estado-, la disciplina de la organización del poder legislativo es tan ajena al Derecho administrativo como pudiera serlo la de una gran empresa privada.

5º. El Estado solamente regula la parte pública de su actividad; su aspecto estrictamente profesional queda fuera de sus disposiciones. Respecto de él, simplemente se limita a sancionar el hecho social de la existencia de una función típica notarial, que se desenvuelve en el ámbito del asesoramiento. Supondría una injustificada mutilación querer reducir su actividad propia a la parte reglamentada,

olvidando la parte reconocida, pero no reglamentada, de su función.<sup>107</sup> •

17. Procede ahora realizar el examen del quehacer concreto notarial, que en las páginas anteriores hemos venido refiriendo a la autenticación de hechos y homologación o legalización de actos jurídicos.

En España el artículo clave para el estudio de esta materia es el primero de la L. O., que dice: «El notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales». En tomo de él y de otros complementarios de la mencionada Ley, se ha elaborado la distinción entre función típica y atípica notarial, equivalente a la de función notarial en sentido objetivo y subjetivo, propuesta por Carusi. Sus defensores estiman que existe una función típica u

106. Los recursos gubernativos que cabe interponer ante la D. G. R., aunque pudiera estimarse que tienen naturaleza estrictamente administrativa (cfr. GONZÁLEZ PÉREZ: "La impugnación de los actos registrales", R. D. C. L, 1955, pág. 413 Y sigs.; GARRIDO FALLA: Régimen de impugnación, éit., pág.s 129-130, nota 40), no van dirigidos contra el acto notarial, sino contra el acto del Registrador que viola un posible derecho subjetivo de carácter administrativo que tiene por objeto la pretensión de que sean inscritos en el Registro los títulos de Derecho civil que reúnen las condiciones exigidas por la ley.

107. El Notariado ha defendido siempre celosamente este aspecto profesional contra todo intento de reducir a su actividad pública el total contenido de su actuación típica. Cfr. AZPEITIA: Derecho notarial extranjero, cit., págs. 303 Y sigs. A la misma idea corresponde la definición de la función notarial dada por el Congreso de París: "función pública en el cuadro de una profesión liberal". El R. N., en su artículo lo, reconoce expresamente el aspecto profesional de la actuación notarial objetiva cuando la actividad notarial tiene su reconocimiento en la L. O.; atípica o subjetiva, cuando su establecimiento se ha producido por obra reglamentaria, rebasando el límite de aquélla.

Se apoya esta tesis en el principio de jerarquía de las normas jurídicas del Estado, que da carácter primordial a la ley sobre el reglamento. Sin embargo, hay que recordar: 10. Que la expresada supremacía de la norma legal presupone «la existencia de una contradicción real entre la ley y la disposición administrativa ... ; se requiere la exacta interpretación de ambas normas de colisión -de acuerdo con los principios jurídicos- y que de ella resulte la segura conclusión de la imposibilidad de su concordancia- rw 20. Que la redacción de la L. O. se hizo por un legislador ignorante de los preceptos -hoy casi vulgares- del hecho, acto o negocio jurídico. Por consiguiente, no debe darse a ciertas expresiones usadas por la Ley un sentido técnico que sólo resulta aceptable para el estudioso de nuestro tiempo. Debe tenderse a una interpretación finalista que traduzca en términos modernos los conceptos vigentes en 1862, y esto puede ser tarea reglamentaria.

Hechas estas advertencias, veamos cómo se actúa la función notarial en el triple campo de los hechos, los juicios y las declaraciones de derechos.

A) Dación de fe de hechos. Dos extremos han de examinarse: en qué consiste el dar fe, y cuál es el objeto de la misma.

Qué debe entenderse por dar fe -fe pública-, lo ha expresado con precisión

Núñez-Lagos.P. El documento contiene una narración de hechos vistos u oídos por el notario. Normalmente, en toda narración cabe un acto de juicio, por el que se sustituye el texto de la narración por la realidad del hecho narrado.

---

108. DE CASTRO, ob. cit., pág. 301. Cfr. FONT BOIX: "Las variedades del Instrumento público.

Distinción entre escritura y acta", R. D. Not., 1957, XVI, pág. 288, nota I.

109. Hechos y hechos en el documento público. I. N. E. s; 1950, págs. 50 Y slgs. Cfr. GONZÁLEZ PALOMINO: Instituc., pág. 60 Y slgs.

Narración y hecho narrado son intercambiables. Esto no ocurre en la fe pública, la cual «exige un acto de fe de quienes no tuvieron la evidencia de un hecho -entre ellos el Juez- y sustituye el hecho objeto del acto de fe por la narración escrita de ese hecho». En tal caso, el hecho afirmado por el notario no puede ser sustituido por su correlativo acto de juicio humano. Es irreversible. Aunque el particular crea lo contrario, aunque el Juez opine lo contrario acerca de los hechos narrados por el notario, mientras no actúe y prospere la querrela de falsedad, ha de prevalecer la verdad notarial. Estamos ante una verdad impuesta por el Estado, en interés de la seguridad social y de la normalidad de las relaciones jurídicas.

Esta fe pública, según el artículo 10 de la L. O., se extiende a los «contratos y demás actos extrajudiciales». Pero, por lo que se refiere a los primeros, la afirmación del legislador está equivocada. El contrato no es un acto in rerum natura, que el notario pueda percibir por sus sentidos. Es un ente del mundo jurídico. El notario de lo que puede dar fe es de los hechos vistos u oídos por él que produzcan el contrato. Esto ha sido percibido con gran sensibilidad por González Palomino, quien interpreta dicho precepto diciendo que el notario da fe de «los hechos que dan nacimiento, son consecuencia del ejercicio o causa de extinción de los contratos». 110 Estamos de acuerdo, pues, en que investir de fe pública los hechos que son causa de efectos contractuales es función típica notarial.

¿ Qué sentido debe darse a la frase actos extrajudiciales? No puede interpretarse como equivalente a actos jurídicos, tal como es usada esta expresión en la moderna doctrina civil. Para alcanzar su significado debe atenderse a dos circunstancias coetáneas a la aparición de nuestra L. O.: primera, el valor que del concepto acto tenían los autores de la época; segunda, qué Actos, que no fueran contratos, tenían acceso al protocolo notarial a través del instrumento público.

---

110. Instituc., pág. 51. AVILA -ob. cit., pág. 37- distingue también perfectamente el aspecto fáctico -fe pública- del jurídico.

Por lo que respecta a la primera, es notoria la acepción de Escriche, que define el acto «como una acción, un hecho, una operación, un modo de obrar, un procedimiento, ya de una autoridad como tal o de una persona privada.» En cuanto a la segunda, hay que observar que el notario tenía atribuida su competencia por precepto de rango legal, respecto de los siguientes actos: autorización de testamentos abiertos; redacción del acta extendida en la plica que contiene el testamento cerrado; protocolización de expedientes de la llamada jurisdicción voluntaria citados anteriormente; protestos; requerimiento al vendedor o comunero en el caso de que el copropietario de un buque quisiera actuar el tanteo en el

supuesto de venta de participación indivisa; protocolización del laudo arbitral ...  
Apreciados estos actos en su aspecto externo que interesa a la teoría de la fe pública, todos son hechos de vista u oído. Pero, ¿cuál es su naturaleza para el Derecho civil? Con técnica moderna podemos afirmar que merecen la calificación de hechos (el hecho de habersele entregado un expediente para su protocolización), actos jurídicos (por ejemplo, el requerimiento para el ejercicio del tanteo), y negocios jurídicos unilaterales (testamento abierto). Consiguientemente, hemos de llegar a la conclusión de que tanto a través del concepto vulgar del acto que refleja la definición de Escriche, como tomando en consideración el criterio interpretativo auténtico, que resulta de los supuestos examinados, la fe pública notarial abarca, ratio legis, a los hechos percibidos de visu et auditu por el notario, estimados en la técnica civil como hechos, hechos jurídicos, actos jurídicos y negocios jurídicos, unilaterales o bilaterales. En suma, todos los

---

111. En OTERO: Sistema. pág. 538. RUIZ GÓMEZ: La Notaria. clt., traduce el léxico "contratos y demás actos extrajudiciales" por "contratos, disposiciones testamentarias y demás actos civiles" -página 21-y añade que todos ellos pueden consignarse en escritura o en acta -pág. 23-, luego dentro del léxico actos extrajudiciales o civiles incluye hechos que se consignan en acta.

Hechos, tengan o no carácter negocial. Se explica así el que las actas notariales -no obstante su posterior desarrollo reglamentario- tengan acogimiento en el quehacer notarial delimitado por el artículo 10 de la L. 0.<sup>112</sup> Y qué función típica notarial sea la dación de fe de hechos, negociales y no negociales.

18. B) [juicio]. La legislación orgánica condiciona la actuación de la fe pública al actuar «conforme a las leyes». El cumplimiento de este mandato impone al notario el deber de enjuiciar el hecho documentado, de acuerdo con el derecho vigente, para resolver acerca de si su conducta se ajusta o no al mismo. Esta tarea de enjuiciamiento se actúa mediante un poder que podemos llamar calificador, y cuya atribución al notario deriva, por lo expuesto, del mismo artículo 10 de la Ley. Ahora bien, en el uso de este poder puede producir dos especies de juicios: 10. El notario puede examinar, de una manera general, si el hecho está prohibido por la ley, o es contrario a las buenas costumbres o al orden público. Es un juicio de licitud. 20 El notario puede, además, entrar en el examen de los presupuestos y elementos del hecho para llegar a la conclusión de su idoneidad para producir los efectos apetecidos por las partes, dentro del orden jurídico establecido. Es un juicio de legalidad. La utilización de uno u otro procedimiento depende de la naturaleza negocial o no negocial del hecho autenticado. Así lo entiende e interpreta acertadamente nuestro Reglamento Notarial.<sup>t</sup>

a) Cuando el contenido es negocial, el notario ha de emitir una serie de calificaciones o juicios de valor sobre la capacidad de los comparecientes, sobre el nomen iuris del acto, sobre la suficiencia de la representación. El artículo 145 del R. N. le obliga a excusar su ministerio cuando los otorgantes carezcan de capacidad legal necesaria, cuando la representación no esté legítimamente acreditada o cuando se prescinda por los intereses de los requisitos necesarios para la plena validez del acto o contrato; el artículo 146 regula la responsabilidad del notario cuando el acto o contrato deje de inscribirse por su ignorancia inexcusable; el 147 le obliga a hacer las advertencias pertinentes para salvaguarda de su responsabilidad en caso de minutas defectuosas, y el 156, a consignar en la escritura el juicio de capacidad y el nombre negocial del acto o contrato. Está claro, pues, que cuando el hecho es negocial la calificación notarial se extiende a la legalidad del hecho. Además por estar embebida en aquélla, a la licitud, conforme resulta también del

citado artículo 145, que impone denegar la función notarial en caso de que el acto sea contrario a las leyes, a la moral o a las buenas costumbres.

---

112. FONT BOIX, oh y loco cit.

113. La distinción entre estos dos tipos de juicios fue percibida por ZANOBINI (Scrini y Corso. pág. 307).

Para el cumplimiento de estos mandatos, el notario ha de examinar, de una parte, las circunstancias de hecho que concurren en el acto o contrato; de otra, las normas del Derecho instrumental y sustantivo, y obrar luego, en consecuencia. En este aspecto de interpretación y aplicación del derecho podemos afirmar que el notario tiene igual ámbito legal que el Juez. Pero hay una diferencia en el actuar de ambos: los hechos preceden al Juez y le son ajenos, porque le son dados, cuando no artificiosamente reconstruidos. En cambio, el notario, más próximo a los hechos, frecuentemente los interviene, y aun los dirige.<sup>u4</sup> Esto explica los supuestos de rectificación de minutas defectuosas y el que, a su iniciativa, se complemente el acto con los requisitos necesarios para su adecuación a la ley.

Expuesto esto, estamos en condiciones de determinar si el juicio de legalidad es un presupuesto de la función o función misma. Ciertamente -y así lo hemos admitido en otra ocasión-,<sup>115</sup> aquél es un presupuesto de la actuación notarial, pues de él depende que el notario deniegue o autorice el instrumento.

---

114. Núlmz-LAGOS: El Derecho notarial. pá.g 253; CAST ÁN: Función, pág. 96.

115. FONT BOIX. ob. cit. • pág. 323.

Pero ello no quiere decir que no sea función notarial, ya que su conducta le viene impuesta por el propio artículo 10. de la L. O., que concreta el quehacer notarial no a dar fe, sino a darla conforme a las leyes. Que es función notarial se ratifica, además, por la circunstancia de que determinados aspectos de dicho juicio han de consignarse documentalmente y que para el notario, como tal notario, se deriva la congrua responsabilidad.

Finalmente, el juicio de legalidad es el que permite dotar al negocio documentado de una presunción iuris tantum de validez, salvo que el propio notario la destruya expresamente, en todo o en parte, mediante las oportunas reservas hechas en el texto, del instrumento autorizado.us

b) Cuando el contenido no es negocial, el artículo 10 de la L. O. exige también que el notario actúe conforme a las leyes, puesto que este requisito alcanza a todos los «contratos y demás actos extrajudiciales», sin distinción alguna.w Pero el juicio que el notario ha de formar en este caso no es, en principio, un juicio de legalidad, si no de «licitud de la actuación notarial», como expresamente determina, para las actas, el artículo 197 del R. N. No se extiende a la «plena validez» de que habla el artículo 145, y bastará por ello que el notario aprecie si el acto es contrario a la ley, a la moral o a las buenas costumbres.

Tratándose de hechos notorios, consignados en el acta adecuada, los juicios del

notario adquieren más amplio significado:

En primer lugar ha de emitir, como respecto de todos los hechos, el juicio de licitud.

En segundo lugar ha de expresar el juicio de notoriedad exigido por el artículo 209 del R. N.: del hecho notorio o de la notoriedad del hecho notorio, según las diversas opiniones

---

116. Vide NÚÑEZ-LAGOS: Estudios. págs. 469 Y sigs.; CASTÁN: Función notarial. págs. 81. 8', 101 Y sigs.; DE LA PLAZA: Apuntes para el estudio de los errores de forma y de derecho en el documento público y el documento auténtico. A. A. M. del Not., t. 1, pág. S82.

117. "La documentación de hechos (en sentido opuesto a negociados) también ha de tener un debido respeto a las normas jurídicas que cada vez sean del caso", GONNELLA, ob. cit. •• pág. 195.

Mantenidas a este respecto. Este juicio no debe entenderse comprendido en el que el artículo 10 de la 1. O. exige y que es un juicio de adecuación a la ley. Por eso no coincide nuestra opinión con la de Núñez-Lagos cuando la incluye entre las actividades del notario en la esfera del Derecho.<sup>119</sup> Se trata más bien de un juicio sobre la existencia de un hecho que el fedatario no percibe de «oieu et auditu». El notario no percibe el hecho notorio o su notoriedad, sino que a través de las declaraciones de los testigos y de los documentos exhibidos, que percibe directamente, llega a formar un juicio sobre la existencia de aquél o de éste.

Por consiguiente, se trata de una actuación notarial que no está prevista en el artículo 10 de la 1. O., que limita la función notarial a la dación de fe de hechos percibidos por el notario y al enjuiciamiento de derecho de los mismos. Pero esto no quiere decir que no sea función notarial típica. También la propia 1. O. habilita al notario en su artículo 23, para dar fe de la identidad de los comparecientes, que no es otra cosa que un juicio de la notoriedad del hecho de que tal persona es conocida socialmente con un nombre y apellidos determinados. Es un juicio sobre un hecho no percibido de visu et auditu.<sup>120</sup> Se aclara así que el Ahora bien, si sobre la Identidad no se puede emitir más que un juicio, en función de la autenticidad del hecho del otorgamiento, que establece como calidad del instrumento público el artículo 1.218 del Código Civil y para que la autenticidad sea posible, se ha estimado que el juicio del Notario debe ser tratado como si fuera hecho anonado por el Notario: OONZÁLEZ PALOMINO: Negocio jurídico y documento, conf. C. N. Valencia, separata, 1951, pág. 169.

---

118. Estudios, pág. 471. Coincide nuestra opinión con la de OONZÁLEZ PALOMINO: Instituc., pág. 8S, y CÁMARA, ob. cit., pág. 21.

119. Cfr. OONZÁLEZ PALOMINO, loc. cit. • y CÁMARA, ob. cit., pág. 66.

120. Es un juicio del notario *M<sub>que</sub>* se refiere a un problema de notoriedad: que en la vida social y en el tráfico civil una determinada persona ostenta, de modo público y notorio, un nombre y un status civilis<sup>M</sup>. NÚÑEZ-LAGOS: Estudios, pág. 470. Cfr. DE LA PLAZA, ob. cit. cit; pág. S84.

Estas razones no son aplicables al juicio que, en relación con las actas de notoriedad, ha de emitir el Notario y que estamos estudiando. Subsiste a ultranza su calidad de juicio y no cabe contra él querrela de falsedad, como ocurre con la fe de conocimiento. Véase la opinión de CÁMARA, favorable a la estimación como presunción iuris tantum, en ob. cit., págs. 22 Y siguientes; acerca de la posibilidad de una acción penal, pág. 24.

Artículo 209 pueda, sin salirse de la esfera atribuida al notariado, extender la función calificadora al enjuiciamiento del hecho notorio o de su notoriedad. En tercer lugar está el juicio que el notario puede formar sobre la notoriedad para la declaración de derechos. Pero, ¿puede el notario hacer realmente declaraciones de derecho?

19. C) Declaración de derechos. Tal posibilidad ha sido vista con muchas reservas, incluso por algunos notarios, por estimar que implica intromisión en la función judicial. No compartimos este parecer; antes bien, creemos que su admisión puede apoyarse en el mismo artículo 10. de la L. o.

Para demostrar debemos distinguir los posibles hechos documentados por notario, en tres supuestos:

1º. Hechos negociales. Recordemos que en este caso los hechos, en su aspecto in rerum natura, quedan cubiertos por la fe pública, y en su aspecto jurídico, amparados por la presunción iuris tantum que resulta de las calificaciones emitidas por el notario.

2º. Hechos no negociales. La fe notarial ampara los mismos en cuanto actos de vista u oído. Actúa, además, el juicio de licitud y la presunción de que no son contrarios a la ley, al orden público ya las buenas costumbres (artículo 197 R. N.).

3º. Hechos no negociales «per se», pero que implican una situación jurídica expresiva de la existencia o extinción de un derecho. Por ejemplo, los que acreditan una posesión continuada de más de veinte años respecto de aguas públicas, o la prescripción de un derecho. Si constan por evidencia directa al notario, es aplicable lo expuesto en el apartado anterior. Si constan por notoriedad, ésta resulta amparada por la presunción iuris tantum de existencia que deriva del juicio que el notario ha de emitir a tenor del artículo 209 del R.N.

Pero, además, el notario puede subsumir los hechos en la norma jurídica, en virtud del poder calificador que le atribuye el artículo 10 de la L. O. respecto de «actos extrajudiciales», y emitir el juicio de que a los hechos autenticados por notoriedad corresponde una situación jurídica de existencia o extinción de un derecho. Por su virtud, el documento notarial adquiere en el tráfico valor suficiente para acreditar tal situación jurídica, en tanto no sea destruida judicialmente la presunción iuris tantum que la ley liga a la calificación emitida por el notario. Hay una evidente analogía entre este supuesto y aquel en que el hecho documentado sea negocial. En ambos casos, al subsumir el hecho en la norma, el notario emite un juicio de legalidad.

Tal conducta se mantiene dentro de los límites del artículo 10 de la L. O., Y no supone, por ende, intromisión en la tarea judicial. Se prueba esto comparándola con la declaración judicial de derechos que se produce por el ejercicio de la llamada, en técnica procesal, acción o pretensión declarativa.

Es idea pacífica que con ella la petición de la parte tiende a la mera constatación, fijación o expresión judicial de una situación jurídica ya existente. Pero. 1) Ha de actuarse frente a otra parte, que ocupa el puesto de sujeto pasivo de la pretensión; 2) el Juez resuelve por medio de un acto de voluntad; 3) la sentencia produce efectos de cosa juzgada, y 4) queda abierto el camino a una futura pretensión y sentencia de condena.P'

Salvo en la finalidad perseguida -que es común-, nada de esto ocurre en la declaración notarial de derechos: 1) el requerimiento al notario no se actúa frente a parte conocida y determinada; 2) no hay declaración notarial de voluntad, sino de ciencia, un juicio; 3) ministerio legis, la situación enjuiciada por el notario, queda dotada de una presunción iuris tantum de legalidad, que podrá destruirse judicialmente; no se actúan, pues, los efectos de la cosa juzgada, y 4) finalmente, no se abre el camino de una futura sentencia de condena sino a través del previo ejercicio de una pretensión judicial, contra parte cierta y determinada.<sup>122</sup>

---

121. GUASP: Derecho proc. • pág. 235; cAMARA. ob. cit. • págs. 26-27.

122. Cfr. CASTÁN: Función not. • págs. 25-25. para este último extremo.

Cabe, pues, que al amparo de cuanto se ha dicho, el notario enjuicie los hechos y fije situaciones jurídicas constitutivas de derechos. Es conveniente insistir más en los límites que condicionan el ejercicio de esta facultad.

a) El notario deberá alegar la justa causa del artículo 20 de la L. O. y rechazar su intervención cuando del conjunto de los hechos alegados por el requirente, al iniciar el acta, resulte que encubre, a su juicio, una situación de derecho controvertido. En tal caso lo procedente es el ejercicio de la correspondiente acción o pretensión judicial.

b) Las facultades del notario no pueden rebasar el plano de las declaraciones de juicio. Deberá abstenerse de emitir declaraciones de voluntad o realizar actos que impliquen ejercicio de una autoridad que no esté legítimamente basada en el derecho del requirente.

c) Habrá de acomodarse a las normas legales y reglamentarias. El legislador puede condicionar la declaración notarial de derechos a una situación de hecho, apreciada por el notario y cubierta por la fe pública, a otra, acreditada por notoriedad, o a un supuesto en el que se incluyan actos de vista u oído y notoriedad. El artículo 209 del R. N. estima suficiente que el reconocimiento de derechos se funde en la notoriedad; en cambio, el artículo 70 del R. H. -tal como lo interpreta la Resolución de la R. G. R. de 2 de marzo de 1958-presupone la concurrencia de actos evidentes para el notario y de la notoriedad. Por eso determina que en el supuesto cuestionado, en que el notario emitió el juicio acerca de la adquisición de un aprovechamiento de aguas, sin concurrir aquellos requisitos, el acta no se había autorizado «con estricta sujeción a los requisitos legales». <sup>124</sup>

---

123. La D. G. R. exige que "a existencia actual del agua" resulte de la apreciación documental; no basta la notoriedad.

124. Otra cuestión distinta, en cuyo examen no podemos entrar, es la de si el artículo 70 del R. H. exige para el acta en él regulada el mero juicio de la notoriedad, o el juicio declarativo del Derecho. El primero basta para las actas del artículo 203 de la L. H.

d) La oposición al acta merece especial consideración. Deben distinguirse dos supuestos: 1) Que se base en la inexactitud de los hechos alegados por el requirente o testigos, o en la afirmación de nuevos hechos. En tal caso, el notario deberá estimar las alegaciones del oponente y, como un dato más, tomarlas en

cuenta para emitir un juicio sobre la notoriedad pretendida. 2) Que la oposición sea constitutiva de una verdadera pretensión judicial. Creemos aplicable a este caso la doctrina del artículo 209,30, del Reglamento Notarial: el notario «hará indicación de las reclamaciones presentadas por cualquier interesado, y la reserva de los derechos correspondientes al mismo ante los Tribunales de Justicia». No deberá juzgar de la oposición. El entrar en su examen supondría ejercicio de función jurisdiccional de que carece. Tampoco deberá abstenerse de seguir la tramitación del acta, ya que la vía jurídica adecuada para actuar una pretensión es la correspondiente demanda judicial. Deberá tomarse en consideración el artículo 209, 50., que concreta la interrupción del trámite de una acta al supuesto en que se ordene por mandato judicial, una vez impuesta la correspondiente demanda en juicio declarativo.w

Respetando estas líneas reglamentadoras, el artículo 209 del R. N. no rebasa la función notarial cuando afirma que sobre la notoriedad «podrán ser fundados y declarados derechos y cualidades con trascendencia jurídica».

20. Podemos establecer las siguientes conclusiones:

Ha quedado demostrado que la jurisdicción voluntaria no reúne las notas institucionales definidoras de la jurisdicción, según la comunis opinio procesal. Los intentos modernos de atribuirle tal naturaleza se basan en ideas muy generales del concepto «declaración del Derecho» que privan de utilidad a las consecuencias deducidas.

125. Ea sentido contrario, pero limitado, a los efectos registrales, vide artículo 203 de la L. R., párrafo noveno. La posición legal quizá encuentre su explicación en la exigencia de homologar la actuación notarial por vía judicial, que estimamos improcedente.

La remisión al campo de la Administración de los actos de la jurisdicción voluntaria ha venido impuesta por el criterio residual, atécnico, basado en la teoría de la división de poderes, de estimar como administrativo todo aquello que no reúna los caracteres propios de legislación y jurisdicción. Pero, arrinconada esta posición de la doctrina alemana, hay que admitir la existencia de funciones que no encajan en la clásica enumeración tripartita.

Una de ellas viene caracterizada por la nota bifronte de actuarse una función pública sobre actividades de derecho privado. En este campo cabe la llamada jurisdicción voluntaria. También debe incluirse en el mismo la función notarial, cuya naturaleza -como hemos tenido ocasión de observar-la separa tanto de la jurisdicción como de la administración. De la primera, fundamentalmente, por no reunir las características del acto jurisdiccional (voluntad, cosa juzgada, etc.). De la segunda, por razón del sustrato básico (estructura, defensa y funcionamiento de la comunidad social), del criterio teleológico que la inspira (justicia distributiva), como del régimen jurídico aplicable (jerarquía, recursos, etc.).

Pero aun sitas en el mismo campo, jurisdicción voluntaria y función notarial, no coinciden por razón del ámbito que a ambas se les atribuye en el orden vigente de los distintos países. La primera constituye una categoría compleja, incapaz de concretarse en un concepto homogéneo, por haberse utilizado para agrupar una serie de actos no jurisdiccionales atribuidos, por razones históricas, a los jueces. La función notarial, en cambio, tiene una esfera de actividades delimitada

perfectamente en un terreno abstracto dogmático, y también en nuestra legislación orgánica, y que queda concretada a la dación de fe de hechos, negociales o no negociales, a la emisión de juicios o calificaciones (sobre hechos no evidentes para el notario, sobre la licitud y legalidad de los hechos autenticados), y a la declaración de derechos, con ciertos condicionamientos.

Este quehacer notarial, al plantearse la cuestión de límites entre lo notarial y lo judicial, en los diversos países, debió quedar atribuido, con carácter exclusivo y excluyente, al notariado. De ahí la licitud del movimiento que preconiza la atribución a la competencia del notario de todos los actos en quienes concurren las notas definidoras de lo notarial.

No se estima en España<sup>126</sup> que el notariado deba unirse a la tendencia administrativa, ni recabar para sí el aspecto puramente administrativo de la hoy llamada jurisdicción voluntaria. Tampoco parece que sea misión del notariado asumir la decisión y la responsabilidad de autorizaciones, protecciones o representaciones que no entran dentro de su misión, sin que esto quiera decir que, de creerlo acertado algún notariado nacional, no recabe para sí el derecho de intervenir de una manera directa y activa, dada la relación que acostumbran a tener tales actos con las actividades notariales, en la tramitación de los expedientes a que haya lugar, cualquiera que sea la oficina en que tales expedientes se tramiten; pues sí- ahora su tramitación se hace ante los Tribunales de Justicia, podría perfectamente hacerse ante las Oficinas del Registro Civil, ante Tribunales tutelares, ante Juntas de protección de menores, etc., dotadas de los medios y de la autoridad correspondiente.

Pero se entiende que corresponde al notariado toda la extensa gama de aplicaciones jurídicas del Derecho a hechos que nadie mejor y con más autoridad que el notario puede proceder a comprobar por todos los medios de prueba y que con mayor libertad de actuación y con más eficacia puede llevar a cabo. Tales son, por ejemplo, las justificaciones posesorias, las suplencias de titulación, las designaciones de herederos, las comprobaciones de situaciones jurídicas hereditarias, las posesiones de estado, las ejecuciones paccionadas, las realizaciones de bienes en subasta extrajudicial, las protocolizaciones sancionadoras y conservadoras de documentos y expedientes y muchas otras semejantes.

---

126. Copiamos a NAVARRO AZPEITIA: carta al señor Pondé, *cít*, Sobre la utilización del término *iuris dictio* viene pensando ya hace tiempo nuestro compañero; Vide "El acta notarial y sus conexiones procesales", *conf*. Inédita en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla.

Esta es la gama que creemos pertenece al notariado y que éste debe recabar y defender por los medios a su alcance. Para designar todo este grupo de actos de previsible atribución notarial, es inadecuada la denominación clásica de jurisdicción voluntaria, por no darse en ellos las notas definidoras de la *iuris dictio*, como ya hemos visto. Aunque el intento italiano de sustituir la denominación clásica no haya dado buen resultado, y tampoco el iniciado en otros países<sup>127</sup> creemos que es insostenible el término jurisdicción voluntaria, y si se quiere distinguir dentro de lo notarial, una zona de intervención relativa a la tarea formalizadora de negocios, de otra en que encajen todos los actos históricamente denominados jurisdicción voluntaria, creemos perfectamente aceptable la propuesta del notario español Navarro Azpeitia, el cual ha añadido a su aportación a la materia un nuevo término

para designar los actos que nos ocupan: iuris additio, esto es adición del derecho adecuado al hecho que lo provoca y que autorizadamente se comprueba. Ius adición, no jurisdicción; potestad ius adicional, no autoridad jurisdiccional.

## VI

### EL ACTA NOTARIAL Y LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

21. Creemos, y así lo ha resuelto la legislación notarial española, que el vehículo instrumental apto para recoger la jurisdicción voluntaria es el acta notarial de notoriedad tal como esta legislación la regula, a requerimiento de parte interesada, comprobación de hechos a satisfacción del notario, calificación afirmativa por parte de éste y aplicación del Derecho correspondiente al caso. Adición de derecho: ius adición.<sup>128</sup> De una manera más general, la opinión prevalente en el notariado latino parece que es la de que el medio idóneo para la instrumentación de las actividades de jurisdicción voluntaria es el acta notarial.<sup>129</sup>

---

127. En la legislación austriaca se ha propuesto el término "Verfahren für die freiwillige Gerichtsbarkeit", que PRIETO CASTRO traduce como "procedimiento para las causas de jurisdicción voluntaria", y corresponde al bürgerliche Rechtsplege, inducido por "Justiz- oder Zivilpräventive". Vide ob. cit. Trabajos. ... pág. '86.

Trataremos de formar nuestra propia opinión sobre esta interesante cuestión, y para ello comenzaremos por precisar la naturaleza del acta notarial, y de su especie el acta de notoriedad, para lo cual habremos de abordar la materia de su distinción conceptual con la escritura pública.

La división del instrumento público en escrituras públicas y actas no está admitida con carácter general en los diversos países del notariado latino. En España, la L. O. reguló exclusivamente la modalidad instrumental de escritura pública. El acta fue establecida posteriormente -al menos esta es la opinión que parece deducirse de los términos literales de nuestra legislación- por medio reglamentario. La distinción ha tenido acogimiento en algunos países hispanoamericanos.<sup>P'</sup>

---

128. NAVARRO AZPEITIA, cit., carta al señor Péndé,

129. Carta del señor Pondé a las distintas Comisiones Nacionales de la Conferencia de la U. I. N. L.

130. En contra, RODRÍGUEZ ADRADOS: Naturaleza jurídica del documento notarial. Ponencia de la Comisión del V Congreso Internacional del N. L., Pp. 43-44: "suele afirmar la doctrina española que las actas fueron desconocidas por la Ley de 1862 Y 110 son creación de los Reglamentos notariales; ello no es cierto, porque en realidad actas eran todos los instrumentos públicos antes de la configuración de la escritura pública y sólo en cuanto concepto negativo puede afirmarse que las actas son posteriores a la escritura".

131. "Esta distinción entre escritura y acta es relativamente reciente en nuestro Derecho. No legislada en la ley de fondo, parece surgir del concepto de Escribano que trae la Ley 12.990 Y de algunos casos de jurisprudencia". EMÉRITO: Teoría del instrumento público. Buenos Aires, 1953, p. 84. La distinción ha tenido acogida en la Ley del Notariado mexicano, de 31 de diciembre de 1945 -arts. 32 y 58- y el Reglamento uruguayo de 29 de noviembre de 1954, que en el artículo III,

Justo es reconocer, sin embargo, que no ha sido alcanzada aún la etapa de madurez de la distinción. En España -se ha repetido machaconamente- se distingue escritura y acta, por razón del contenido, de las formalidades y de los efectos. Pero a la hora de concretar aquellas diferencias abstractamente declaradas, han surgido las dudas y las contradicciones.<sup>m</sup> «Hay un vasto campo inexplorado por la doctrina -se ha dicho que con el Reglamento en la mano no puede determinarse fácilmente si procede incluirlo documentalmente dentro de las escrituras o de las actas».133 «Existen multitud de documentos notariales en que no es perfectamente diáfano establecer con la debida separación lo que es materia de la escritura o lo que debe ser objeto del acta notarial».134 La tarea de amojonar los lindes entre escrituras y actas se ha hecho en muchos casos.<sup>135</sup> Pero, en otros, las dudas subsisten, y no es difícil que en la práctica notarial el fedatario dude, antes de autorizar un instrumento, si éste ha de ser un acta o una escritura. En caso de duda -dada un venerable notario- la prudencia exige adornar el acto con todos los requisitos de la escritura. El consejo, nos consta, ha sido aceptado por muchos. Pero es inadmisibles desde el punto de vista técnico. Lo que procede es encontrar las líneas diferenciales entre escritura y acta, y señalarlas, con precisión, para evitar toda duda.

---

bajo el epígrafe "De los documentos notariales" dedica el capítulo 1 a las escrituras -cts. 96 Y sigs.- y el n.º 135 a las actas -arts. 133 y sigs.,

132. DE LA CÁMARA, ch. cit. • pág. 1, nota i; RIERA AtSA, voz Acta, en Nueva Enciclopedia Jurídica,

Seix, pág. 28S, y JIMÉNEZ ARNAU: Introducción. ••• págs. 263 Y sigs.

133. SANAHUJA: Tratado de Derecho notarial. 1945, n.º, pág. 6.

134. AZPEITIA: Legislación notarial, 1932, pág. 179.

135. La D. G. R. ha resuelto en muchos casos si diversos hechos han de contenerse en acta o escritura (véase RIERA, ob. cit. • página 238, nota 7, y más recientemente, JIMÉNEZ ARNAU: Derecho notarial. ¿ t. m, pág. 15).

136. AZPITARTE, ob. cit. •• págs. 65-66.

22. Punto de partida será el examen de la posición española, anunciada en diversos preceptos del R. N.137

A) Distinción por el contenido. «Contenido propio de las escrituras públicas son las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento, y los contratos de toda clase» ~t. 144, párr. 20-. No ofrece duda el significado del término contratos de todas clases, usado por el texto del Reglamento. Pero si la ofrece el de los otros dos:

1º. Las palabras actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento pueden ser interpretadas en sentido técnico civil, como equivalentes a «actos jurídicos que requieran acuerdo de voluntades»; por tanto, a negocios bilaterales. En tal caso no tendría otra utilidad la enumeración separada de éstos respectivamente Los de los contratos, que incluir en el campo de las escrituras los negocios bilaterales que no fueran contratos.

---

137. Citamos a continuación -;La utilidad de los Notarios no españoles-los diversos preceptos del R. N. españolInteresantes

para distinguir entre escritura y acta: An. 144: "El instrumento público comprende las escrituras públicas y las actas, y en general todo documento que autorice el Notario. Bieo sea original. en copia o teslimooio. Contenido propio de las escrituras públicas son las declaraciones de voluntad. los actos jurídicos que implican p1'CSlación de COIISClitimiento y los contratos de todas clases. La órbita propia de las actas notariales afecta exclusivamente a hechos jurídicos que por su índole peculiar no pueden caUficlJSC de actos o contratos, aparte otros ClISOS en que la legls1ación notarial establece el acta como manifestación formal adecuada".

Art. 197: "Los Notarios. a instancia de parte. Extenderán y autorizarán las actas en que se consignen los hechos y circUDSladcias que presencien o les cODSlén, y que por su naturaleza no sean materia de contrato. Serán aplicables a las actas notariales los preceptos ..• Relativos a las escrituras matrices, con las modificaciones siguientes: la. En la comparecencia no hará falta afumar ia capacidad de los requirentes. ni se precisará otro requisito para requerir al Notario al efecto de levantar un acta. que ellnerés legítimo de la parte requirente y la licitud de ia actuación notarial. 2a. No precisan ia intervención de testigos, salvo los ClISOS concretos en que el Derecho vigente estatuya otra cosa. 3a. No exigen tampoco la dación de fe de conocimiento. con igual excepción. y salvo el caso de que ia identidad de las personas fuere requisito indispensable en consideración a su contenido. 4a. No requieren unidad de acto ni de contexto. pudiendo ser extendidas en el momento del acto o después. En este caso se distinguirá cada parle del acta como diligencia diferente. con expresión de la hora y sitio. y con cláusula de suscripción especial y separada",

Art. 193: •... después de la lectura. los otorgantes ante los lestigos instrumentales y el Notario. deberán hacer constar su consentimiento al contenido de la eseritura",

Art. 205, infim: "Las manifestaciones contenidas en un requerimiento y en su conleSlación tendrán solamente el valor probatorio que los Tribunales aprecien dentro del conjunto de la prueba; pero. por si solas, no establecerán nunca una relación contractual. no producirán efecto conjunto-.

2º. Igualmente han de ser objeto de aclaración las palabras declaraciones de voluntad. ¿Se utilizan en un sentido amplio, comprensivo de voluntades no negociales? ¿Se emplean en una acepción más reducida, comprendiendo exclusivamente las últimas? Aun cuando se acepte esta última consideración, ¿podrá una sola declaración de voluntad, aun no siendo constitutiva de negocio jurídico, contenerse en escritura? Son éstas, cuestiones que el dicho precepto definidor de escrituras no aclaran y habrá de deducirse de la interpretación armónica de otros del propio Reglamento Notarial.

No son suficientes, en este sentido, los preceptos dedicados a delimitar el contenido de las actas. Efectivamente:

1º. «La órbita propia de las actas notariales afecta exclusivamente a hechos jurídicos que poi su índole peculiar no pueden calificarse de actos o contratos» -arto 144,30-. Según esto, sólo los hechos jurídicos estrictu sensu podrían ser materia de aeta. Hechos jurídicamente irrelevantes y actos jurídicos que no sean declaraciones de voluntad estarían en una neutra, sin constituir contenido típico de escrituras o actas.

2º. «Los notarios, a instancia de parte, 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» -arto 197-. Si reducida resulta la zona de competencia del acta, según el anterior precepto, desmesurada parece ser la que señala este otro. A su tenor podría consignarse en esta modalidad instrumental incluso negocios jurídicos, con la sola excepción de los contratos.

B) Formalidades. La mens del autor del texto reglamentario parece estimar como fundamental la distinción entre escritura y acta por el contenido, no obstante trazar sus rasgos delimitadores muy imprecisamente. Una vez afirmada esta nota esencial, establece una nueva diferencia: ambas variedades instrumentales tienen formalidades diferentes:

1a. Fe de conocimiento. Se exige en las escrituras la identificación por cualquiera de los procedimientos legales (arto 23 L. O.), Y, además, la afirmación en el documento de la fe de conocimiento. No se exige en las actas salvo que «fuese

requisito indispensable en consideración a su contenido» (artículo cit. y 197, 30, R. N.).

2a. Juicio de capacidad. Es necesario en las escrituras que el notario juzgue de la capacidad de los comparecientes y que la afirme en el instrumento (art. 167). En las actas «no hará falta afirmar la capacidad de los requirentes, ni se precisará otro requisito para requerir al notario al efecto de levantar un acta, que el interés legítimo de la parte requirente y la licitud de la actuación notarial».

3a. Unidad de acto y de contexto. En las escrituras no hay una expresada exigencia de la unidad de acto, salvo para los testamentos (art. 699 C. C.). Pero, a sensu contrario, hay que verla admitida al afirmar que las actas «no requieren unidad de acto ni de contexto, pudiendo ser extendidas en el momento del acto o después» (197, 40.).

4a. Testigos. En las escrituras es preceptiva la intervención de testigos cuando alguno de los otorgantes «no sepa o no pueda leer ni escribir» (art. 180 R. N.). En las actas sólo es preceptiva cuando se estatuya expresamente por el Derecho vigente (art. 197, 20). En unas y otras parece que podrán intervenir cuando lo requiera el notario o cualquiera de los requirentes, aunque el artículo 180 concrete estos supuestos s610 a las escrituras.

5a. Conformidad después de la lectura. La lectura del documento la exige el R. N. español tanto para escrituras como para actas (art. 193, 20; 199, 20.). Pero s610 para las primeras exige que se haga constar, después de la lectura, el consentimiento de los otorgantes al contenido de la escritura.

6a. Firma. Es necesaria en las escrituras la firma de los otorgantes o de los testigos instrumentales (art. 17 L. O., 195 R. N.). En las actas basta la afirmación del notario de que los interesados no pudieron, no supieron o no quisieron firmar (art. 198).

23. La distinción reglamentaria entre escritura pública y acta se ha estimado inaceptable. González Palomino-" ha hecho su crítica basándose en los siguientes argumentos:

1º. La distinción por el contenido es oscura y contradictoria. De los artículos 144 y 147 se deduce que actas y escrituras se distinguen porque el contenido de las primeras está constituido por hechos y circunstancias que por su naturaleza no sean materia de contrato, y el de las escrituras, a la inversa, es de naturaleza contractual. «Según tal definición (que el artículo 144, salvo por el giro prestadón de consentimiento), todo testamento debería ser materia de la competencia exclusiva del acta, ya que por su naturaleza un testamento no es materia de contrato ... El Reglamento Notarial tal vez ha querido incluir en esta frase:

"Materia de contrato" y "prestación de consentimiento" todo negocio jurídico: unilateral y bilateral». Pero ni aun así la diferenciación pisa tierra firme, como lo prueba el artículo 205, 139 pretendiendo impedir que tenga efectos contractuales el maridaje de un requerimiento y de una contestación que acepte el requerimiento.

2º. No existe diferencia por razón de las formalidades. En efecto: a) La identificación es inevitable en escrituras y actas. El mero hecho de que el notario diga que ante él comparece Fulano de Tal, es una afirmación de identidad sólo desvirtuable mediante

la afirmación terminante de que no conoce al que dice que ante él comparece. Como esta afirmación no suele hacerse en las actas, hay también identificación. Por contra, ni en escrituras ni en actas es requisito formal afirmar expresamente que se ha identificado, puesto que la omisión de tal requisito en las primeras puede SUplirse.<sup>140</sup>

b) El juicio de capacidad exigido expresamente para las escrituras, y del que parece excluirse a las actas, es también necesario para éstas. La única especialidad -dice- estriba en que en el acta la calificación de la capacidad ha de hacerse en razón al interés legítimo del compareciente y a la finalidad que se proponga. e) La unidad de acto es un requisito consustancial a todo documento y, por tanto, a ambas formas instrumentales. Cuando un instrumento está integrado por varias diligencias, hay tantos documentos como diligencias y cada una ha de reunir su unidad de acto. d) Testigos no son necesarios, en tesis general, y los son, excepcionalmente, tanto en escrituras como en actas. e) Conformidad después de la lectura. Tampoco hay diferencias. Dicha afirmación es «la declaración del compareciente de que las manifestaciones" de verdad o de voluntad" que se le imputan por el notario en el texto del instrumento como hechas por él, y entre ellas el requerimiento de prestación de funciones, son exactas y las acepta como propias».

---

138. Su tesis está expuesta en la coof. cit. nota 8, págs. 1S y sigs.

139. Vide dicho arto en la nota 137.

24. La doctrina española rechaza, en general, esta posición unitaria del instrumento público y acepta la distinción entre escritura y acta, si bien se mantienen criterios distintos. Nos ocuparemos de algunos de ellos.

A) Sanahuja. En principio parece estimar como contenido de la escritura -interpretando ampliamente el artículo 197- todo negocio jurídico, aunque no sea contrato, y del acta «simplemente la narración de un hecho», esto es, «hechos jurídicos que por su índole peculiar no pueden calificarse de actos o contratos» (según el arto 143). Pero esta distribución del contenido es incompleta, porque no aclara la posición de este autor respecto a la inclusión en escritura o acta de los actos jurídicos que no sean hechos ni negocios. Del conjunto de su obra se deduce que parte de un concepto amplio de declaración de voluntad en el que cabe incluir aquellas que no tienen contenido negocial, y por ello -puesto que una variedad de las actas es la de requerimiento y notificación que implican declaraciones de voluntad-admite que tanto en actas como en escritura caben declaraciones de voluntad, incluso negociales. «Si el requerimiento tiene por objeto una prestación jurídica -si se requiere por ejemplo, a alguien para que acepte una donación o para que reconozca una deuda-, la aceptación del requerido tendrá la trascendencia jurídica, contractual o negocial, adecuada a la naturaleza del acto que interesa» .141

---

140. Posteriormente, y en acta (art. 189 R. N.).

¿Qué diferencia hay, pues, entre un acta y una escritura, si aquélla 'contiene declaraciones de voluntad?

1º. Si la voluntad recogida en acta no es negocial, la distinción hay que buscarla en la manera de autenticación del hecho. Tratándose de declaraciones de voluntad negociales, el notario enlaza el hecho a la consecuencia jurídica directa perseguida (nacimiento, modificación o extinción de derecho), dirige y conforma

legalmente la relación privada y da fe del consentimiento de las partes; el hecho constituye el contenido propio de la escritura.

Tratándose de declaraciones no negociales, aísla el hecho condicionante, sin tener en cuenta de momento la consecuencia jurídica, que se produce ex lege y no ex voluntate; se limita a dar fe de la existencia del hecho tal como se realiza y a veces, a declarar la consecuencia jurídica que del mismo se deduce, pero sin posibilidad en ningún caso de moldearlo; es la hipótesis del acta.<sup>142</sup>

2º. Si la voluntad recogida en acta es también negodal, no ve en principio diferencia alguna respecto de la contenida en escritura. «En verdad -dice- cabe distinguir en el puro terreno de los conceptos entre la aceptación del requerimiento y la aceptación del negocio, pero esta sutil distinción no tiene aquí valor sustancial: querer obligarse es obligarse. Sólo cabría establecerse la diferencia desde un punto de vista formal., una diligencia en acta notarial no es adecuada para hacer constar un acto o negocio jurídico cuya forma por prescripción legal es la escritura».143

---

141. La tesis de este autor está expuesta en su ob. cit. en diversos lugares. La cita corresponde al t. JI. pág. 47.

142. Ob. cit. • t. n, págs. 7 Y 8.

B) De la Cámara. -según su opinión, «el R N., en su artículo 144, centra la diferencia (entre escritura y acta) en la naturaleza no negocial de los hechos objeto del acta, por contraposición a los que constituyen el contenido de la escritura. Confirmando este criterio, el artículo 205 del citado R N. dice que la contestación a un requerimiento no establece vínculo contractual con el requeriente».10&4 Sin embargo, pueden ser objeto de actas ciertas declaraciones negociales. Por eso, estima que «son escrituras los instrumentos notariales cuyo contenido está constituido por declaraciones de voluntad negociales (al menos por su estructura) de los comparecientes, y cuya autorización ha tenido por objeto formalizar instrumentalmente el negocio. Y son actas los instrumentos que se refieren a hechos jurídicos no negociales, o que, recogiendo declaraciones de voluntad, no se han autorizado para formalizarlas instrumentalmente». Para que haya formalización se «requiere el consentimiento especial de las partes de la forma, como se desprende del artículo 193 del RN.». Este consentimiento, requerido para escrituras, y no actas, adquiere, por consiguiente, rango diferenciador, según este autor.

C) Núñez-Lagos. El instrumento público tiene por objetos «los hechos en general, y en especial los hechos voluntarios: actos en sentido amplio, o lo que es lo mismo, acto, sub especie de hecho».145 Este contenido genérico se distribuye -dice- de la siguiente manera: Las escrituras públicas tienen por contenido «una convención o contrato, un negocio jurídico, una declaración de voluntad, esencialmente una prestación de consentimiento». «Las actas, un mero hecho que no sea típicamente declaración de voluntad».146 Las actas, por definición, no contienen declaraciones de voluntad. A lo sumo, declaraciones de verdad por parte de los interesados ... El contenido de las actas son los hechos patentes, evidentes, no los contratos ni negocios jurídicos. Tampoco los consentímientoss.t"

---

143. Ob. cit., t. n, pág. 48.

144. Oh. Y loe. cit. últ,

145. "Los esquemas conceptuales del Instrumento públlico", R. D. N.. t. I. pág. 138.

En la escala de los hechos jurídicos, en general, la zona de dominio de las actas, en su linde superiora, lo constituyen las declaraciones de verdad; la de las escrituras, en su linde inferior, las declaraciones de voluntad -en su sentido escrito, reducidas a las de naturaleza negocial-. Es, además, esencial para las últimas la prestación de consentimiento. Núñez-Lagos lo explica en estos términos:

La ley (art. 17) impone al notario el deber de redactar el acto o contrato conforme a la ley de fondo y a la voluntad de las partes. Este deber afecta, exclusivamente, a las escrituras, a las declaraciones de voluntad. En las actas, el notario no redacta, sino narra.<sup>148</sup>

Redacción y narración son conceptos distintos. En la narración el notario relata el hecho en un orden natural, como podría hacerlo en una declaración de verdad. Es un orden de crónica. En la redacción el notario ordena, conforme a la ley -un orden extranatural- contenidos de voluntad ajena, completando el cuadro, con aquellos pactos que, según la naturaleza del contrato y los usos del tráfico, aseguren la efectividad de los objetivos previstos por los otorgantes. La redacción precede al acto; la narración, para ser tal, no procede, sino que sigue al hecho o acto.<sup>149</sup>

---

146. Hechos ... págs. S Y 6.

147. Los esquemas. pág. 134.

148. Id. págs. 110 Y slgs. "Pero en las escrituras hay una buena parte de narración: comparecencia, entregas de dinero y de cosas etc. M. pág. 111.

El papel activo del notario en la redacción de la escritura altera, ex publico officio, el acto o contrato al recogerlo en el texto documental y hace necesario el consentimiento del otorgante. «Un mismo consentimiento, en idéntico minuto, da simultáneamente vida jurídica al contrato y al documento». Este consentimiento es distinto de los consentimientos sustantivos singulares que pueda haber en el texto del instrumento. «En rigor, de verdad, al llegar el final del texto instrumental está ya todo él aprobado y consentido al estarlo, uno a uno, los singulares pactos del negocio o capítulos del instrumento. Sin embargo, naturalmente, se vuelve a consignar un último otorga global o solemne: Así lo otorga. Un consentimiento expreso que tiene valor sanativo de la posible ineficacia de ciertos pactos»;<sup>150</sup> «es un consentimiento no sólo reiteradamente del negocio, sino constitutivamente del instrumento».

En las actas, el notario no altera lo que ve u oye; lo narra tal como es y por ello no es necesario ningún consentimiento. «La firma, la aprobación del texto del acta no implica la prestación de ningún consentimiento sustantivo. Únicamente significa la conformidad con el relato, la comprobación de su exactitud e integridad. Si a esta conformidad se le quiere llamar consentimiento, es un consentimiento formal, no sustantivo» ... «no tiene, ni puede tener, expresión documental de otorgamiento, de asunción de declaración de voluntads-.P'

25. Admitimos la existencia de un contenido propio o esencial de las escrituras públicas y de las actas. Y junto al mismo, tanto en unas como en otras, puede darse un contenido accidental, que nada cambia la escritura típica del documento. El problema consiste, pues, en averiguar cuál es el dicho contenido esencial de ambas variedades instrumentales. Para ello hemos de abordar la cuestión de los hechos en el instrumento público:

---

149. Id., pág. 13S.

150. Los esquemas, págs. 130-131. ISL. Id., pág. 13S.

1) Hechos, jurídicos o no, actos jurídicos no constitutivos de declaraciones de voluntad negociales. Constituyen el contenido típico de las actas notariales. En España el R. N. las excluye de las escrituras; en cambio, caben dentro del ámbito de las actas. Sin embargo, estos hechos pueden ser contenido accidental de una escritura, por conexión con el contenido esencial de ésta. Por ejemplo: con ocasión de una venta pueden entregarse sumas de dinero a presencia del notario, hacerse declaraciones sobre el estado de libertad o gravamen de una finca, sobre su titulación, producirse una notificación o un requerimiento, etcétera.<sup>m</sup>

2) Negocios jurídicos unilaterales o bilaterales completos. Son el contenido típico de las escrituras. Respecto de los contratos expresamente lo establece el R. N. (art. 144. 20). No está tan claro respecto de los demás negocios jurídicos. Creemos, no obstante, que pueden incluirse en la frase «actos jurídicos que impliquen prestación de consentimientos.w

3) Declaraciones de voluntad negociales no constitutivas de negocios jurídicos completos. Son contenido típico de las escrituras públicas. No existe dificultad alguna en admitir que el contenido de esta variedad instrumental esté constituido por una oferta de contrato, aunque la ley no lo diga expresamente. Pero tal posibilidad -que no necesita de mayores apoyos- está avalada por nuestro R. N., que admite que por escritura pública de adhesión se produzca la aceptación de una oferta consignada en otra escritura pública.P'

---

152. Desde la fundamental conf. de -LAGOS: Valor jurídico •• se viene admitiendo ya, como una idea común, frente a la postura unitaria anterior de ver en la escritura •• solamente el collarato, como un todo, que dentro del documento existen diversidad de hechos. Véase loco cit. dlt., P'giDas 453 ysigs.

153. R. N., arto 144,20.

154. R. N., arto 178,30: "Mediante escritura •• de adhesión podrá hacerse la aceptación de la oferta a que se refiere el arto 1.262 ...",

Por lo que respecta a las actas, la cuestión se presenta en otros términos. El R. N. parece mostrarse contrario a la admisión de declaraciones negociales en acta (art. 144,20.). Sin embargo, no vemos inconveniente en ello. No hay duda de que, a través de una subasta, narrada en acta, puede expresarse una oferta de contrato, o la aceptación de una oferta hecha anteriormente. Tampoco vemos inconveniente en que se consigne en acta una oferta, y que en diligencia de notificación o requerimiento se formule la correspondiente aceptación. Ambas voluntades negociales surtirán el efecto que el Derecho civil les atribuya con arreglo a las normas que disciplinan la contratación entre ausentes. Nuestro R. N. parece pretender otra

cosa, pero ésta no es la idea aceptable. Los preceptos formales de dicho ordenamiento no pueden paralizar la actuación de las normas sustantivas del Código Civil.<sup>1M</sup>

\*\*\*

En consecuencia, contenido esencial de las escrituras son las declaraciones negociales de voluntad (incluyendo negocios jurídicos unilaterales y bilaterales), si bien accidentalmente, pueden contener también hechos y actos jurídicos, incluyendo declaraciones de voluntad no negociales. Contenido esencial de las actas son los hechos y actos jurídicos, que no sean declaraciones negociales de voluntad, si bien accidentalmente pueden contener declaraciones de este último tipo.

No se crea, sin embargo, que entre escritura y acta que contenga declaraciones negociales no hay diferencia alguna. Ni siquiera en este caso extremo ambas formas documentales pierden su autonomía. La diferencia en tal caso hay que buscarla por camino distinto.

---

155. Véase FONT BOIX: Las variedades... págs. 314 Y sigs.

26. La doctrina española, como hemos visto, acude a las Formalidades como dato definidor de la escritura y el acta, las cuales cobran especial sentido cuando, por razón del contenido, ambas formas documentales pueden llegar a confundirse. Nosotros creemos que, en efecto, hay diferencia por razón de las formalidades - como veremos más adelante-, pero admitimos dentro de ellas una cierta jerarquía, por virtud de la cual, el dato tipificador fundamental entre escritura y acta hay que verlo en los juicios que el notario ha de emitir.

Si recordamos lo anteriormente expuesto -supra, número 18, B)-, los juicios que el notario emite, usando de su poder calificador, son de dos clases: 10. De licitud, consistente en afirmar que el hecho documentado no es contrario al orden público, a la ley y a las buenas costumbres. 20. De legalidad, cuando el notario examina los presupuestos y elementos del hecho hasta llegar a la conclusión de su idoneidad para producir los efectos apetecidos por las partes, dentro del orden jurídico establecido.

Pues bien en las actas notariales, el fedatario sólo emite un juicio de licitud; en las escrituras, un juicio de legalidad. De ahí que, cuando el hecho documentado, en las últimas, no tenga la idoneidad necesaria para producir el efecto jurídico perseguido, el notario hará en el texto de la escritura, las oportunas reservas y advertencias. P' para liberar su responsabilidad e informar a las partes de los requisitos que les queda aún por cumplir para que el hecho produzca los efectos perseguidos.

Expuestas estas ideas fundamentales, estamos en condiciones de explicar la distinción entre escritura y acta cuando el contenido sea el mismo, esto es, una declaración negocial de voluntad. En tal supuesto, en el instrumento, si es escritura, emitirá el notario un juicio de legalidad, con las oportunas

- 
156. R. N., arto 194: M ••• se consignarán en el documento aquellas advertencias que requieran una contestación inmediata de uno de los comparecientes y aquellas otras que por su importancia deban, a juicio del Notario, detallarse expresamente, bien para mayor y más permanente instrucción de las partes, bien para salvaguardia de la responsabilidad del propio Notario".

Reservas y advertencias, en su caso; y si es acta, le bastará con emitir el juicio de licitud, sin preocuparse del examen de los presupuestos y elementos del hecho y de su aptitud para producir el efecto apetecido.

De esta diversa manera de actuar deriva una consecuencia trascendental: la escritura pública, por concurrir en ella los requisitos rigurosos que el ordenamiento jurídico exige :y, sobre todo, por estar pensada en función del juicio de un técnico en derecho, tiene consideración no sólo de forma, sino de forma notarial.P? En cambio, aunque el acta pueda ser forma de expresión de una voluntad negocial, por ejemplo, porque la oferta o la aceptación de un negocio se han emitido -han adquirido su 5er- a través del acta o de la diligencia,<sup>158</sup> el instrumento no es forma notarial de la declaración, porque el ordenamiento jurídico que atribuye valor de forma a la escritura lo hace del hecho y de su idoneidad para producir el efecto, y no dándose esta circunstancia en el acta, niega a ésta el valor de forma notarial.

Tratándose de las actas notariales de notoriedad, la cuestión es más compleja. Como ya tuvimos ocasión de exponer (supra) el notario emite necesariamente como tal acta un juicio de licitud de la actuación rogada. Además, si el desenvolvimiento de la rogación lleva a consecuencia positivas, añade el juicio de existencia de un hecho no percibido de visu et auditu (hecho notorio o su notoriedad). En ambos casos, la diferencia con la escritura persiste. Finalmente, en las llamadas actas de declaración de derechos, el notario puede llegar a emitir un juicio de legalidad.

- 
157. Esta idea de la forma nos llevaría al examen de la teoría estructural del instrumento público. a la determinación de si el documento es forma de expresión de un pensamiento humano. o sólo la representación de dicho pensamiento. o. a lo sumo. su reflejo. Creemos. sin embargo. que esta materia no es esencial al tema que nos ocupa. Sobre ella han opinado NÚÑEZ-LAGOS. GONZÁLEZ PALOMINO Y otros. Por todos. véase ob. cit. de RODRÍGUEZ ADRADOS.

158. "La identidad esencial entre lenguaje y el escrito permite que toda declaración, incluso la de voluntad, pueda hacerse por escrito". "de donde no sólo el contenido de la declaración ..•• sino también la declaración misma, puede estar contenida directa e inmediatamente en el documento". Ob. cit., págs. 33 Y 35-36.

La diferencia frente a la escritura pública persiste también en este momento porque esta última calificación ha de emitirla el notario con base en el hecho notorio, o a la notoriedad de éste, declarado previamente, y para lo cual habrá tomado en consideración hechos de visu et auditu (observación personal, documental o testifical, etc.). Se trata, pues, de una calificación basada en un hecho notorio y que afecta a su adecuación a la ley, no se trata de declaraciones de voluntad negociales y de su calificación para producir el efecto apetecido. Pero, en cierta manera, como resulta de lo expuesto, el acta de notoriedad tiene una naturaleza híbrida entre el acta, en general, y la escritura pública.

27. Como resumen de todo lo dicho, podemos llegar a las siguientes definiciones:

1a. Escritura pública es una modalidad del instrumento público en la que el notario de fe de ciertos hechos de vista u oído que percibe, entre los cuales, por esencia, ha de haber una o varias declaraciones de voluntad negociales, respecto de las cuales el notario emite un juicio de adecuación a la ley, y el documento es forma notarial de expresión de aquéllas.

2a. Acta notarial es una modalidad del instrumento público en la que el notario da fe de ciertos hechos lícitos de vista u oído, que percibe o realiza, entre los cuales puede haber declaraciones de voluntad, incluso negociales, pero en tal supuesto el documento no es forma notarial de expresión de éstas.

3a. Actas de notoriedad es una modalidad de las actas en las que el notario da fe de ciertos hechos lícitos de vista u oído, que percibe o realiza, y sobre los cuales emite, por esencia, un juicio de existencia de un hecho que no percibe de visu et auditu, y en ocasiones un juicio de adecuación a la ley, del hecho no percibido directamente.

28. Vamos a examinar ahora el resto de las formalidades del acta, que sirven, además, para terminar de matizar la distinción conceptual con la escritura.

A) La primera cuestión que se presenta a nuestro estudio es la conveniencia y posibilidad de que las actas no se unan al protocolo en la fecha correspondiente a su iniciación. Este requisito esencial para la escritura pública, en los países del notariado latino. Tanto si el protocolo está formado por libros previamente encuadernados y registrados sobre los que se extienden las matrices, o por pliegos o folios independientes que se unen a aquél, la incorporación o adjunción esencial ha de producirse en la misma fecha de autorización de la escritura y con el número correlativo que corresponda a dicho momento.

Tratándose de las actas notariales que, en ocasiones, están constituidas por una serie de diligencias sucesivas, pero que pueden realizarse en días distintos, el sistema de los libros previamente encuadernados y registrados ofrece graves dificultades para recoger todas estas diligencias, a no ser que se vayan consignando en folios distintos, encadenadas aquellas, unas con otras, por oportunas referencias en los libros-protocolo. El mantenimiento de este tipo de organización en algunos países supone la regresión a un estado de hecho que hoy ha sido superado, afortunadamente, por el notario, en virtud del acrisolado cumplimiento de sus deberes profesionales a través del tiempo. Implica desconfianza en la actuación notarial el creer que por no seguirse dicho riguroso criterio cronológico se pierda la seguridad incontrovertible de su fecha cierta. Por eso propugnamos una reforma de las legislaciones nacionales, donde sea necesario, para que se distingan dos fórmulas de incorporación al protocolo de los documentos autorizados.

1º. Unión rigurosamente cronológica, producida en la hora y minuto en que el notario autoriza el documento público. Es el sistema propio de las escrituras: y, en España, para las actas en general.

2º. Unión también cronológica, pero en relación a la fecha de terminación del documento. Es el sistema español para las actas de notoriedad. La rogación de la actuación notarial inicia el acta, llevando la fecha propia de aquélla. A continuación se van consignando las diversas diligencias, suscritas cada una de ellas en la fecha misma de su formalización en el documento. Y, al terminar el acta, con la emisión del juicio de notoriedad, y, en su caso, del de legalidad del hecho notorio, se une el acta al protocolo con el número correspondiente a la fecha Y hora de terminación. En definitiva, pues, el acta notarial de notoriedad viene a ser, en muchos casos, como una especie de expediente que tiene una fecha marcada de unión al protocolo: el día de su autorización final por el notario.

B) Veamos ahora algunas formalidades de las actas.<sup>159</sup>

1a. Fe de conocimiento. En las escrituras públicas hay que identificar, pero en las actas la afirmación del notario de que ante él comparece Fulano de Tal, ¿no implica también una Identificación? Creemos que no. A nuestro juicio, no es éste el Sentido de tal afirmación notarial, que debe interpretarse en un sentido restrictivo que explica la dispensa reglamentaria española: «Comparece el que dijo llamarse Fulano de Tal». Se explica así que no haya identificación en las actas, y que no sea necesario expresar en el documento que no se identifica.

Admitido esto, creemos que en muchos casos es innecesario dar fe de conocimiento. «Si el promotor de la fe notarial la moviliza única y exclusivamente para la fehaciente constancia de hechos, situaciones y declaraciones que el notario percibe por sus sentidos, son los hechos, declaraciones y situaciones comprobados los que tienen importancia decisiva, independientemente de la persona que haya promovido su verificación». «Dentro del acta existen innumerables matices, y, aun siendo su espina dorsal la comprobación fáctica y objetiva, por sus derivaciones antecontractuales, extracontractuales y prejudiciales, es necesario dejar a la discreción y responsabili-

---

159. Vide FONT BOIX: Las variedades. etc., págs. 317-20. dad del notario la apreciación de si precisa o no dar fe de conocimientos.w

2a. Juicio de capacidad. Si bien en todo caso el notario ha de emitir un juicio previo para decidirse sobre la autorización del instrumento, tal juicio es, en las actas, de inferior rango, pues, de una parte, es un juicio de licitud, y de otra, basta que en el acto rogado el requirente tenga, según la legislación española, interés legítimo. Este supone una mínima vinculación del requirente al acta, una relación pasada, actual o futura que permita atribuirle una legitimación por derivarse para él un interés o afecto que justifica su intervención en el instrumento. No es preciso exhibir documentos acreditativos ni es necesario que el juicio se exprese documentalmente. En cambio, en las escrituras, la cuestión es más compleja. El juicio del notario abarca la capacidad civil y natural -de goce y de ejercicio-, la legitimación para el acto o contrato y la titularidad. No basta -salvo supuestos excepcionales, previa la oportuna advertencia-sentar el juicio de capacidad en las manifestaciones del compareciente (art. 158, 80, R. N.). Han de exhibirse al notario los documentos necesarios para juzgar tal capacidad. Y ha de constar todo acreditado en la propia escritura.

Creemos que el juicio de legalidad del negocio, en las escrituras, se manifiesta formalmente a través del juicio de capacidad.<sup>161</sup>

3a. Unidad del acto. Se contrae, en general, a la lectura, firma y autorización del documento notarial en presencia simultánea de todos los comparecientes y testigos. La redacción, en los testamentos y en las escrituras, es un acto anterior, por esencia, aunque puede también coincidir. Tratándose de las actas la norma vigente en España excusa de la unidad de acto (art. 197, 40.). Pero para comprender el significado de esta excepción, hay que considerar que, a nuestro juicio, el legislador no utiliza el mismo concepto de unidad de acto que en los testamentos. Parece que integra en la unidad también la redacción del acta (art. 199) -{) de la diligencia-inmediatamente de ser presenciado o percibido el hecho por el notario. Por eso el R. N. no dispensa de la unidad del acto, en el sentido de la lectura, firma y autorización en un solo tracto de tiempo. Dispensa, por el contrario, de la redacción, al admitir que el acta se extienda a pos teriori. 162

---

160. NA V ARRO AZPEITIA, Carta al señor Pondé.

161. Según el R. N., el juicio de capacidad abarca solamente la legal o civil. Pero --<:0010 hacemos en el texto- creemos que debe partirse de un concepto más amplio, en el que se Incluye la legalidad del acto. Vide: --LAOOS: "El Derecho notarial", R. D. Not., núm. 5-6, pág. 224, donde habla de un principio de legalidad; PRIETO CARUSI, oh. cit; pág. 31, Incluye entre la función notarial el "controllo del presupposti di validilá del'1a dlchlarazione ... (y el) eontrollo de la legallá perche l'autonomia di regolameotazione del privati sla COLlteoUla oel l1mltl preodloati dallord'1namento g'1uridico"; RODRtOUEZ ADRADOS. oh cit., pág. 44, habla del "juicio de capacidad como presupuesto de la presunciÓD de su legalidad-

40. Conformidad después de la lectura.<sup>163</sup> Conviene detenemos en el examen de esta conformidad que el compareciente --latu sensu todo el que haga declaraciones ante notario- ha de prestar después de la lectura del instrumento, y sobre cuya trascendencia jurídica se han insinuado tres direcciones distintas: la. Implica simplemente la exactitud de las declaraciones de verdad o de voluntad que se le imputan por el notario en el texto del instrumento, y es igual para escritura que para actas. 2a. Es el consentimiento de las partes a la forma, como se desprende del artículo 193 del Reglamento, requisito esencial para que haya escritura, pues de no mediar este consentimiento, el instrumento ~unque contenga declaraciones de voluntadserá acta y no podrán producirse los efectos de la forma instrumental (que son los característicos de la escritura). 3a. En la escritura es un consentimiento, «no sólo reiterativamente del negocio, sino constitutivamente del instrumento»; en cambio, en las actas es la conformidad de la exactitud e integridad e... relato.

---

162. Critica nuestra postura JIMÉNEZ ARNAU: Derecho not. • t. m. pág. 32-33.

163. Depende del concepto que se tenga de esta conformidad. el que pueda incluirse o no entre las formalidades.

A nuestro juicio, del artículo 193, que habla de consentimiento al contenido de la escritura, no puede deducirse que la conformidad prestada después de la lectura sea un consentimiento de las partes a la forma. La intención de éstas de dotar de forma notarial a las declaraciones de voluntad es un presupuesto de la actuación del fedatario, que se expresa a través de la rogación. Pero no se exige por el Reglamento que se exteriorice en el documento a través del consentimiento que sigue a la lectura. No creemos tampoco que sea necesario un nuevo consentimiento sustantivo, después de la lectura. Basta con haber aprobado y consentido, uno a uno, los singulares pactos del negocio.

Es cierto que en numerosos actos el notario, al redactar el instrumento, ordenará, conforme a la ley, contenidos de voluntad ajena, cumplimentándola «con aquellos pactos que, según la naturaleza del contrato y los usos del tráfico aseguren la efectividad de los objetivos previstos por los otorgantes-e>' Pero también lo es que esta ordenación y estos pactos se traslucirán en las estipulaciones o disposiciones del documento y quedan consentidos, uno a uno, sin necesidad de un nuevo consentimiento final.<sup>165</sup> Esta es la conclusión a que hemos llegado después de varios años de experiencia notarial, en que hemos tratado de encontrar el significado de la conformidad prestada por los otorgantes, después de la lectura. Hoy al menos creemos que esta conformidad supone la afirmación hecha por los comparecientes de la exactitud e integridad de las declaraciones que se les imputan por el notario en

el texto del documento.

En este sentido puede haber diferencias entre escrituras y actas, porque así como las primeras tienen siempre por contenido declaraciones de los comparecientes, en las segundas \_ salvo en la rogación al notario- puede no haberlas y no ser necesaria la conformidad del requirente al contenido, después de la lectura (art. 199). Por otra razón hay también diferencia, ya que en las escrituras es necesario prestar tal conformidad por imperativo del artículo 193; en cambio, en ciertas actas, aunque contengan declaraciones, falta el precepto que obligue a prestar dicha aquiescencia. Basta el relato por el notario.

---

164. No en todos los casos será necesaria esta ordenación. Por ejemplo. supuesto de minutas completas.

165. NÚÑEZ-LAGOS atribuye. Además, a este consentimiento un valor sanativo de la posible ineficacia de ciertos pactos de difícil aceptación, a nuestro juicio, en el Derecho actual (Vide Los esquemas ...• págs. 130 Y siguientes.).

5a. Testigos. «En España quedaron suprimidos desde el año 1939 los testigos instrumentales para casi toda clase de actuaciones notariales; solamente quedaron (aun con la general e íntima convicción de que hoy no constituyen solemnidad, sino trámite molesto y en muchos casos medio de indiscrección o de perturbación), los de los testamentos y los de las notificaciones preparatorias de ejecuciones hipotecarias judiciales que, por hallarse exigidos en preceptos de leyes fundamentales, como el Código civil y las leyes de procedimiento judicial, no han sido objeto de eliminación.w

Hoy la tendencia universal es contraria a la intervención de los testigos instrumentales, propugnándose su eliminación o su reducción en número. Ahora bien, otra cosa es lo que ocurre con los llamados testigos asertorios. Núñez-Lagos" destaca que, frente al testigo instrumental que tiene como misión presenciar pasivamente un hecho: el otorgamiento de un documento público, el testigo asertorio debe narrar o representar un hecho por él percibido. Pero en ningún caso llega a adquirir la cualidad de parte contratante y permanece, como el instrumental, extraño a la relación jurídica de fondo.

Pues bien, «si la jurisdicción voluntaria, en su fase de iusadición es atribuida al notariado, no podrá prescindirse en ella de las intervenciones testificales como medio de prueba o de cercioramiento para que el notario forme su convicción, ya que en muchos casos no habrá otro medio de acreditar los hechos, cuya notoriedad se pretende comprobar y cuya demostración no pueda hacerse de una manera total o parcialmente documental. Pero siempre la mayor discrecionalidad y apreciación del notario y su libertad para poder utilizar otros medios de comprobación y contraste, les despojarán de la mayor parte de sus inconvenientes. Es evidente que, desde hace muchos años, especialmente en el notariado latino, por su carácter moderno de representante del poder público y de profesional del Derecho, no hay razón para que los testigos puedan ser intervinientes como vigorizantes o complementos necesarios de la intervención notarial» .168

---

166. NA V ARRO AZPEITIA, lug. últ. cit.

167. Los esquemas ...• pág. 103.

29. Terminada esta detenida exposición de las actas notariales, hemos de concluir que son el medio apto para instrumentar toda la jurisdicción voluntaria. Ahora bien, la cuestión que se plantea es la de determinar si cualquier acta o especialmente alguna de ella, es adecuada para el fin propuesto. De una manera general nos inclinamos por aceptar como más idónea la de notoriedad, como ya decíamos anteriormente -supra, núm. 21-, porque en la mayor parte de los actos de jurisdicción voluntaria que deben ser atribución notarial se aprecia la existencia de una situación jurídica o de un estado de hecho, que el notario no puede percibir de visu et auditu, sino que ha de llegar a él a través de unas declaraciones testificales y de una prueba, más o menos amplia, documental, que han de servir para que el fedatario pueda calificar la existencia de dicha situación o hecho, por vía de fama pública o notoriedad, y llegar, incluso, a emitir un juicio de adecuación de dicho acto notorio a la ley.

Piénsese, por ejemplo, en una situación posesoria continuada expresiva de la adquisición de un derecho. En este caso, el notario no ve, en el tiempo, la situación posesoria; puede, a lo más, apreciar la posesión testifical, de personas ligadas al lugar donde la posesión se ha producido, que, a medio de sus declaraciones, produzcan el estado conviccional en el notario de ser cierta la prolongación de la posesión cuestionada durante el lapso de tiempo predeterminado por la ley. Emitido el juicio de notoriedad del estado posesorio, el notario puede emitir el juicio de legalidad, esto es, con expresión menos exacta hacer declaración de derecho.

---

168. NAVARRO AZPEITIA; loco cit. tllt.

Esto no quiere decir que en determinados supuestos la actuación notarial de un acto de los hoy llamados de jurisdicción voluntaria no pueda alcanzarse por medio de un acta de otro tipo: presencia, protocolización, etc. Pero esto es anormal. La regla general es la aptitud primordial del acta de notoriedad. Terminamos con unas ideas expresivamente expuestas por las Juntas Directivas de los Colegios Notariales de España, en su sesión de 5 de junio de 1940: «Competencia del notariado en la jurisdicción voluntaria. Puede tenerla plena ... }j hoy, tienen en la legislación notarial un vehículo apto, como es el Acta de Notoriedad, lo suficientemente flexible para cumplir en ella las garantías procesales propias de cada caso y lo suficientemente rígido para dejar a la calificación y responsabilidad del notario la declaración de haber probado o no el hecho sometido a la notoriedad»

## VII.- CONCLUSIONES

Como finalidad del estudio, podemos señalar las siguientes:

1a. La denominación jurisdicción voluntaria es inadecuada para designar los actos que, históricamente, han venido englobándose en la misma. Se propone la sustitución por otro término más expresivo, tal como el de ius additio o iusadición, o cualquier otro. De momento, en estas conclusiones se acepta esta designación, como ensayo, y con el propósito de que sirva de incentivo para meditar sobre el asunto.

2a. La llamada jurisdicción voluntaria no es verdadera jurisdicción, por no concurrir en ella los datos definidores de ésta, según la doctrina procesalista (contentio inter partes, iuris dictio, pretensión, etc.). Tampoco es administración, por faltar la idea de servicio o de interés público. Es una actividad autónoma del Estado caracterizada por actuarse una función pública sobre relaciones o intereses jurídicos privados.

3a. La función notarial es también una función pública que se ejerce, como la llamada jurisdicción voluntaria, sobre intereses privados. En su actual momento histórico, ha quedado definida su actividad objetiva a dar fe de hechos y emitir juicios de existencia de hechos no percibidos sensorialmente, de licitud y de adecuación a la ley (homologación).

4a. Dentro del campo de la actividad típica notarial caben los actos de la llamada jurisdicción voluntaria que implican solemne e indirecta publicidad jurídica, previo proceso de calificación, comprobación, publicación del trámite y declaración terminal de suficiencia. A estos actos son los que llamamos de iusadición. Entendemos que todos ellos deben ser atribuidos al notariado, sustituyendo al Juez.

Respecto de los otros actos de jurisdicción voluntaria, que permanezcan en el campo jurisdiccional, no parece conveniente (pero de esto ha de juzgar el notariado de cada país) recabar para el notario el ejercicio directo del ius postulationis, ya que la representación y actuación en nombre de terceros es extraña a la imposición de la fe pública y a la función autenticadora.

5a. Respecto a la materia iusadicional debe realizar cada notariado nacional un estudio concreto del correlativo acto de jurisdicción voluntaria, con el fin de sustituir la versión que ofrezca su correspondiente Ley de procedimiento por otra, apreciada desde el ángulo visual del notariado, adecuada a sus facultades típicas, con la mira puesta en una futura legislación notarial.

6a. El acta notarial es el vehículo apto para instrumentar las materias de ius additio. Y dentro de ella, la preferencia hay que concederla a la de notoriedad, la cual debe reglamentarse con suficiente flexibilidad para que, no obstante someterse a una tramitación normada, pueda el notario con independencia y congrua responsabilidad, emitir el juicio de existencia del hecho y de adecuación del mismo a la ley (iusadición).

7a. Mientras no se consiga la total incorporación al notariado de la tarea iusadicional debe conseguirse que en cada país los particulares puedan acudir indistintamente y, a su elección, al expediente judicial de jurisdicción voluntaria o a la vía notarial.

8a. Las actas notariales instrumentadoras de actos de iusadición deben producir los efectos declarativos de los autos judiciales de terminación de expedientes de jurisdicción voluntaria que nunca causan estado de cosa juzgada.