

¿Cambia la Ley de Jurisdicción Voluntaria la función notarial?

Descripción

La enorme variedad y prolijidad de materias que se encuentran en la Ley de Jurisdicción Voluntaria, a la que se añade la de la reforma de la ley Hipotecaria y del Catastro por ley 13/2015, ha generado opiniones muy variadas, tanto cuantitativas como cualitativas. Desde el primer punto de vista, y sin llegar al extremo de La Vanguardia del 17 de agosto que, literalmente, dice **“la nueva ley atribuye más de mil nuevas competencias a estos profesionales del derecho”**, es indudable que la nueva ley introduce reformas que, previsiblemente, van a hacer que los notarios autoricen documentos que antes no autorizaban. Por una vez, y sin que sirva de precedente, conviene congratularse de algo positivo en lo que, es de suponer, algo habrá tenido que ver el Consejo General del Notariado. Y hay que reconocérselo (como también la reciente demarcación), porque lo cortés no quita lo valiente. Ya se verá si ello redundará en beneficio neto para el notario, porque en ese balance estará involucrado el coste de una serie de expedientes bastante complicados y también la naturaleza y generosidad del arancel que en su día se publique. La que sin duda será beneficiada es la sociedad, básicamente porque nada pierde, dado que el sistema por el que se opta en muchas ocasiones es el de la alternatividad, y mucho gana si la eficacia demostrada previamente por el notariado en expedientes ya existentes como el de la declaración de herederos continúa en los nuevos, no por el carácter de Ser Superior del Notario, sino por estar el sistema dotado de los adecuados incentivos que le impelen a resolver pronto y bien en cuestiones como las presentes, en las que no está involucrada directamente la impartición de justicia. Y no me vengan con la monserga de la Justicia de pobres y ricos, porque todo se paga, y la Administración de Justicia también tiene sus costes públicos y privados

Pero el aspecto que más me interesa hoy destacar no es el cuantitativo, sino el cualitativo, es decir, si los nuevos “expedientes” contemplados en estas nuevas leyes alteran de algún modo la función notarial tradicional, que es una función mixta, compuesta en su parte funcionarial por la fe pública y la autenticidad de las declaraciones del instrumento público redactado conforme a las leyes; y, en segundo lugar, en su parte profesional, por el asesoramiento jurídico y el consejo sobre los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquéllos se proponen alcanzar, del que habla el art. 1 RN. **Es decir, se trata de discernir si estamos haciendo algo más que esto en el aspecto sustantivo y si, en el formal, estamos acometiendo algo más que las escrituras, pólizas, actas y testimonios, que son los vehículos que para ejercer esas funciones teníamos hasta ahora.**

La ley no dice expresamente nada acerca de si la función se ve afectada; es más, da la impresión de que no tiene muy clara la cuestión, pues la terminología que usa (“Expedientes y actas especiales”) es más bien confusa, limitándose en el art. 49 a realizar una remisión general a las escrituras o actas según haya o no declaración de voluntad. Es más, cabría decir que la introducción de materias tan especiales en la ley, cuando las generales se encuentran en el reglamento (tipos de actas, por ejemplo), no deja de ser una incoherencia que debería resolver pronto una ley de Seguridad Preventiva o nueva ley Orgánica del Notariado

Daré mi opinión. Desde mi punto de vista, **muchas de las nuevas funciones atribuidas tienen un perfecto encaje en el quehacer sustantivo notarial habitual y son reconducibles a categorías formales previamente establecidas**

: escrituras y actas (porque de pólizas y testimonios no habrá expediente alguno, por razón de la materia).

En el ámbito de las escrituras, cabe destacar el matrimonio que sí supone una atribución competencial sustantiva, aunque no formal porque en definitiva se trata de la escritura normal y corriente que recoge declaraciones de voluntad. Igualmente se contemplan ahora expresamente escrituras de conciliación, que entiendo no innovan demasiado respecto a lo existente hasta ahora. Pero ello no altera la función notarial, ni sustantiva ni formalmente, porque se refieren a negocios jurídicos y escrituras, respectivamente.

En el ámbito de las actas, ocurre lo mismo. Piénsese en el ofrecimiento de pago y consignación, fácilmente reconducibles al acta de notificación o requerimiento y de depósito, o la reclamación de deudas no contradichas, también reconducible a un acta de requerimiento; o el expediente en los casos de robo, hurto o extravío de títulos valores, quizá subsumible en un acta de manifestaciones y notificación o los diferentes depósitos en materia mercantil. Otras actas de presencia como la de subasta, también de hechos propios del notario, o las de designación de perito o de contador partidario, no alteran demasiado nuestro quehacer porque, o ya existían, o son variantes de las de sorteo.

Conviene, pues, precisar conceptos. En realidad tales nuevas funciones nada añaden a la actividad habitual de los notarios y al contenido de su función: la gran novedad no es la escritura o el acta en sí misma, que se podrían haber autorizado antes de la ley a requerimiento de interesado (y de hecho se autorizaban) **sino que ahora la ley anuda a esas formalidades un efecto jurídico concreto, que antes no tenía: la extinción de la deuda, la ejecutividad del crédito o la expedición de nuevos títulos en cuanto a las actas**; y lo mismo cabe decir respecto del matrimonio: también se celebraban ante notario acuerdos convivenciales voluntariamente, lo que pasa es que ahora **se le atribuye un efecto jurídico** que antes no tenía, al ser el matrimonio un negocio formal. En definitiva, en este primer grupo de «expedientes» no es que el notario haga nada nuevo, sino que a lo que antes hacía se le encadenan efectos jurídicos.

Sí merecen un comentario aparte las que Rodríguez Agrados llamaba **actas de calificaciones jurídicas** (como en las de notoriedad) en las que el notario emite un juicio. La ley Orgánica, en su reforma de 2006 añade, en el art. 17.1.4 de la LON, al contenido tradicional de las actas, que son los hechos sensibles, otro elemento, el de los «juicios y calificaciones» que pueda formular el Notario, abriendo así la puerta a las actas notariales de declaración de herederos intestados, y, en general, a las actuaciones en materia de jurisdicción voluntaria que pueda encomendar el legislador al Notariado, como efectivamente ha ocurrido. Es cierto, no obstante, que no ha sido pacífica la cuestión de si estos *juicios* entran en la función notarial propiamente dicha o si son un añadido a ella porque, en terminología de González Palomino, las hace el notario no “como notario” sino “por ser notario”; es decir, que se las encomiendan por su fiabilidad pero no por estar ínsitas dentro de su función, del mismo modo que ocurre con la gestión de documentos (ahora casi dentro de la función por mor de los avances tecnológicos, que casi la imponen), pero no siendo el fondo (fundar derechos o legitimar situaciones) ni la forma (más bien expedientes) propia de la labor notarial.

Pero, sea como fuere, lo cierto es que las actas de notoriedad están incorporadas a nuestro quehacer diario con normalidad y son frecuentísimas las de declaración de herederos y también, aunque menos, las de designación de sustitutos o las relacionadas con la concordancia entre el registro y la realidad jurídica extrarregistral. Y, por otro lado, no cabe negar que en la función notarial propiamente dicha **existen desde siempre juicios que establecen presunciones, iuris tantum** porque no son irrefutables: el juicio de **legitimación de firmas** no puestas a presencia, el juicio de **identidad** (no se puede dar fe de que alguien es alguien sino de que a nuestro juicio quien está ante nosotros es quien

aparece en la foto de los documentos presentados), el juicio de **capacidad** (igualmente una estimación) o incluso el **control de legalidad** es un juicio notarial de adecuación de un determinado negocio a lo prescrito por la ley.

Pues bien, dentro de este concepto de actas de notoriedad cabe incluir a la nueva declaración de herederos abintestato, la que pretende determinar el régimen matrimonial o incluso los “expedientes” introducidos en la ley 13/2015 para la inmatriculación de fincas o para la rectificación de descripción, superficie o linderos en los arts. 203 y 201 de la LH no pueden sino ser consideradas actas de notoriedad, como antes de la reforma se denominaban los expedientes relacionados con esta materia, por mucho que la ley –en un intento desesperado de reforzar la función registral en épocas propicias- intente omitir esta denominación y pretenda convertir al notario en un mero instructor de un expediente sujeto a la posterior valoración del registrador. Las cosas son lo que son y es evidente que el resultado del expediente será el juicio favorable o desfavorable o no del notario sobre la coincidencia del título con la realidad extrarregistral o la adecuación de aquél a este y no se le puede obligar a que de un juicio (si no hay oposición “levantará acta accediendo a la pretensión del solicitante” según el art. 203.1 Sexta p.3 de la LH). Por ello es importante saber qué son las cosas: si no, no sabemos cómo debemos actuar. Creo que también deben considerarse actas de notoriedad, aunque sean mixtas con protocolización, las de adverbación de testamento ológrafo (es un juicio sobre la autenticidad del mismo y la consiguiente protocolización que anteriormente también se hacía) y cerrado (aunque en este caso el juicio es más limitado al tratarse de un documento público el que se le presenta, parece que sigue habiendo un juicio sobre sus formalidades externas).

Todos estos expedientes no son, por tanto, figuras nuevas ni alteran la función notarial, más allá de potenciar instrumentos cuyo encaje, en cuanto suponen juicios, pueda ser más o menos intenso y de que formalmente su condición de “**expediente**” presupone una actuación de tracto sucesivo menos frecuente en nuestro quehacer, más allá de diligencias y notas generalmente no muy numerosas, pero tampoco desconocido, como ocurre en todas las actas de notoriedad y en otras como las de subasta o en las de venta extrajudicial en las que se recoge el cumplimiento sucesivo de requisitos o hechos que van a fundamentar luego un juicio o un negocio jurídico.

Pero en la nueva legislación hay algo más: hay un grupo de nuevas actuaciones que, aunque desde el punto de vista formal puedan ser reconducidas a las actas o las escrituras, no cabe duda de que suponen un paso más allá del simple juicio de que un hecho es tenido por notorio en el ámbito de proximidad o el círculo de personas que se relacionan con él y que **implican una decisión**, que se supone que no es subjetiva sino que se somete a las reglas establecidas para el acto de que se trate, pero que sin lugar a dudas no es la constatación de un hecho notorio. Me refiero **al supuesto del art. 843 del Código civil**, que, refiriéndose al pago en metálico de la legítima establece que salvo confirmación expresa de todos los hijos o descendientes la partición requerirá la aprobación por el Secretario Judicial o el notario, **o la aprobación de la partición realizada por el contador partidor dativo** del art. 1057 del mismo código. También los casos de **valoración de justa causa** en los casos de renuncia de albacea o del contador partidor, o la **aprobación de los acuerdos entre los cónyuges** en caso de nulidad, separación o divorcio, que debe denegarse su pudiera a su juicio ser dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos mayores o menores emancipados.

Parece claro que en estos últimos supuestos, la *aprobación o valoración*, o sea, la declaración de que se da por buena, no es la constatación de un hecho notorio, ni siquiera que es tenido por tal en el círculo más próximo. Precisamente en el círculo más próximo es donde probablemente no se tenga

por justo y proporcionado y precisamente por ello hay que acudir a un tercero que dirima la posible contienda. Sin duda, la aprobación de la partición supone una validación jurídica en el sentido de que se han respetado las escasas normas que respecto de ellas se establecen en el Código civil (que sean las adjudicaciones de la misma naturaleza, calidad o especie como impone el art. 1061 del Código civil), aparte de las reglas generales sustantivas de la partición; pero previsiblemente deberá comprender algo más que el control de legalidad que ya hacemos en la autorización de un documento: quizá sea precisa una valoración económica en la que el notario deberá contar con las tasaciones precisas para determinar que las adjudicaciones son proporcionales y no incurrir en una posible causa de rescisión, lo cual sin lugar introduce un margen que excede con mucho de la declaración de notoriedad de un hecho. Y con la valoración de la justa causa para renunciaciones o en las crisis matrimoniales cabe decir lo mismo

Resulta curioso constatar que estas nuevas actuaciones que, desde mi punto de vista exceden de la función notarial tal y como era conocida hasta ahora, **son las que resultan menos desarrolladas en su concepto, naturaleza y tramitación**. La aprobación de la partición en caso de pago en metálico de la legítima del art. 843 no tiene desarrollo específico en la LON, ni siquiera por vía de mención, y la de aprobación de la realizada por el contador partidario dativo sí aparece mencionada, junto con la renuncia de los cargos de albacea y contador partidario en el art. 66 de LJV, para exigir que consten en escritura pública. Desde mi punto de vista, este precepto se pronuncia de una forma enormemente confusa, porque parece mezclar la autorización de la renuncia o partición propiamente dichas con la aprobación de esos actos o valoración de la causa del acto en sí mismo. Por supuesto, la renuncia o partición deben constar en escritura pública, pero la aprobación de la partición no, porque no es un acto de declaración de voluntad, sino una valoración o juicio que hace el notario y que no es una declaración de voluntad y, de hecho, cabría que esa valoración se hiciera por un notario y la autorización del acto por otro, como ocurría cuando el juez aprobaba esa partición. Es más, no parece ninguna locura que se hiciera normalmente por otro notario, para evitar el conflicto de intereses de que el mismo notario, que formalmente autoriza la declaración de voluntad en que consiste la partición, pacto o acto de renuncia valore subjetivamente su equidad. Si lo que pensaba el legislador es que la aprobación consiste simplemente en la regularidad formal de la actuación del contador, **entonces mejor que simplemente suprimiera la aprobación, porque en definitiva, está identificando la autorización notarial –que ya incluye esos conceptos- con aprobación**.

Hay que decir, no obstante, que últimamente se aprecia una cierta tendencia a subjetivar nuestra función y hacerla cada vez más garante del fondo. Hay sin duda una evolución desde una posición antigua que situaba al notario en el control de la simple regularidad de la forma a otra que culmina con el control de la regularidad material, introducida en el art. 24 de la LON con motivo de las reformas en materia de blanqueo de dinero y hoy se pone sobre el tapete al plantearse si el notario debe calificar cláusulas abusivas no declaradas nulas. No es el momento de abordar esta cuestión que ya he tratado largamente en otro lugar (colaboración en “La intervención notarial en la contratación bancaria” en el libro “La cláusula suelo en los préstamos hipotecarios, Bosch 2015). Baste decir aquí que **tal cosa debe tratarse con enorme cuidado porque el notario no es un juez preventivo ni debe limitar la libertad del ciudadano en lo que no esté expresamente prohibido**, a riesgo de afectar a la tutela judicial efectiva impidiendo la libertad del ciudadano sin juicio contradictorio.

Ahora bien, una cosa es que no se deba pedir al notario lo que no puede dar y otra cosa es que se le atribuyan expresamente funciones de valoración jurídica y económica en supuestos no contenciosos en los que bien puede sustituir al juez. Bienvenidas sean estas funciones si se valoran como son: **una atribución excepcional a la configuración básica del estatuto del notario que tiene que estar bien conferida y delimitada**

. Ello exige que se usen con mesura y modestia, evitando cualquier riesgo de parcialidad y conflicto de intereses, porque el legislador no ha sido capaz de dejar clara la naturaleza de la función y el modo en que ha de ejercerse en cuanto a procedimiento, conflicto de intereses, y requisitos generales. Será tarea de la doctrina notarial –o una oportuna reforma reglamentaria- precisar los límites y condicionamientos de estas nuevas funciones para que no desvirtúen la ya conocida y tradicional. Esperemos que sea así.

Categoría

1. Función notarial

Fecha de creación

7 septiembre, 2015

Autor

ignaciogoma