

CUESTIONES DE TECNICA NOTARIAL EN MATERIA DE ACTAS

por

ANTONIO RODRIGUEZ ADRADOS

Notario

S U M A R I O

INTRODUCCIÓN.

1. *Delimitación de la Ponencia.*
2. *Noción inicial de acta notarial.*
3. *La estructura externa del acta.*
4. *Clasificación de las actas notariales.*

PARTE PRIMERA

LAS ACTAS DE MERA PERCEPCIÓN

5. *Concepto.*
6. *Clases:*
 - A) Actas de mera percepción de cosas.
 - B) Actas de mera percepción de documentos.
 - C) Actas de mera percepción de personas.
 - D) Actas de mera percepción de actos humanos.

7. *Algunas actas concretas:*

- A) El acta del artículo 61 del Reglamento Notarial.
- B) El acta del artículo 769 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- C) El acta sobre incidencias ocurridas en actos públicos.
- D) Actas complejas: las actas de mera percepción y de manifestaciones.

8. *Los problemas de técnica notarial:*

- A) La rogación.
- B) El Notario y la rogación.
- C) La documentación de la rogación.
- D) El acto de comprobación.
- E) Su documentación.

PARTE SEGUNDA

LAS ACTAS ESPECIALES

I. ACTAS DE CONTROL Y PERCEPCIÓN.

- 9. *Caracterización.—Las actas de sorteo y de muestreo.*
- 10. *Actas de publicidad comercial.*
- 11. *Actas de determinación de saldo.*
- 12. *Actas de Juntas.*
- 13. *Actas de subasta.*

II. ACTAS DE HECHOS PROPIOS DEL NOTARIO.

- 14. *Caracterización.*
- 15. *Actas de notificación y de requerimiento.*
 - A) Unidad documental.
 - B) Acta de notificación y acta de presencia.

- C) Acta de notificación y escritura pública.
- D) La competencia funcional.
- E) La intimidad del destinatario.
- F) Notificación oral y notificación documental.
- G) La rogación: notificación simple y notificaciones calificadas.
- H) La práctica de la notificación.
- I) La remisión por correo.
- J) El derecho de contestación.
- K) El asesoramiento del Notario.

- 16. *Actas de ofrecimiento real.*
- 17. *Actas de remisión por correo.*
- 18. *Actas de protocolización.*
- 19. *Actas de depósito.*

III. ACTAS DE CALIFICACIONES JURÍDICAS.

- 20. *Caracterización.*
- 21. *Actas de notoriedad.*
 - A) Concepto en nuestro Derecho.
 - B) Historia reglamentaria.
 - C) Aplicaciones concretas.
 - D) Consideraciones críticas.
- 22. *Expedientes probatorios.*
- 23. *Actas de subsanación.*
- 24. *Certificados notariales.*

IV. ACTAS DE MANIFESTACIONES.

- 25. *Caracterización y clases.*

IV'. ACTAS DE MANIFESTACIONES DE TERCEROS.

- 26. *Las manifestaciones testimoniales o actas de referencia.*
- 27. *Las manifestaciones periciales.*

IV". ACTAS DE MANIFESTACIONES DE LA PARTE.

28. *Las manifestaciones de voluntad.*
29. *Otras actas de manifestaciones.*

PARTE TERCERA

PUNTOS OBJETO DE DEBATE

Punto primero.—La actividad del Notario y los diversos tipos de actas.

Punto segundo.—Las actas y la imparcialidad y el asesoramiento del Notario.

Punto tercero.—El control de legalidad en las actas y el respeto a las formas documentales.

Punto cuarto.—Las actas y el respeto a las personas y a su intimidad.

Punto quinto.—Las actas y la conservación, la defensa y el ejercicio de los derechos.

Punto sexto.—Las actas y las relaciones internacionales.

INTRODUCCION

1. *Delimitación de la Ponencia.* El enunciado de la presente Ponencia —*Cuestiones de técnica notarial en materia de actas*— nos invita a dejar fuera de ella, en la medida de lo posible, todos los problemas referentes a la eficacia jurídica de las actas notariales que, en efecto, vienen determinados por los Derechos sustantivos (Civil, Mercantil, Procesal, etc.), y no por el Derecho Notarial; y a excluir también los problemas predominantemente teóricos, empezando por el de la distinción entre escritura y acta, sobre el que tanto se ha escrito, y que es más propio de una Academia jurídica que de un Congreso profesional. Procuraremos mantenernos, por tanto, en los aspectos, menos profundos, de la técnica notarial; y como aun así la Ponencia sería excesivamente amplia, su tratamiento habrá de ser necesariamente parcial, fijando nuestra atención en aquellas cuestiones que por su generalidad, importancia o actualidad nos parezca lo merecen, aunque ello dé entrada —hay que reconocerlo— a un cierto subjetivismo por parte del ponente.

2. *Noción inicial de acta notarial.* Parece indispensable, no obstante esa concreción a las cuestiones de técnica, partir de una noción inicial de acta notarial, a esos solos efectos de la mejor delimitación del contenido de esta Ponencia: *Acta notarial es todo instrumento público matriz que no tenga el carácter de escritura pública.*

a) Se trata de un *instrumento público*, esto es, según la tantas veces centenaria terminología española que recoge el artículo 144.1 del Reglamento Notarial, de un documento público notarial: “El ins-

trumento público —según este precepto reglamentario—, comprende las escrituras públicas, las actas y, en general, todo documento que autorice al Notario, bien sea original, en copia o testimonio.”

Quedan, por tanto, fuera de este estudio aquellas actas-documentos públicos, autorizadas dentro de su competencia por los meros fedatarios públicos, judiciales, administrativos, etc. Y más alejadas todavía aquellas otras actas que no son documentos públicos, aunque se pretenda que lo son; porque no basta para que un documento sea público con que haya sido autorizado, con las solemnidades legales, por funcionario público “*competente por razón de su oficio*” —como se podría deducir de una lectura apresurada del artículo 1.216 del Código civil—, sino que es preciso que el documento provenga de un funcionario público que legalmente tenga “*la competencia específica de atribuir fe pública*” a los documentos que autorice. “El problema es muy grave escribí en otro lugar (1)— porque una simplista solución afirmativa, y la consiguiente atribución de fe pública a todos los documentos emanados de cualquier funcionario público en el ejercicio de sus funciones pondrían en penosa situación a los ciudadanos y a su libertad y seguridad; piénsese en la pléyade de inspectores, en todos los sectores imaginables, que tiene un Estado moderno; piénsese en los atestados de la policía gubernativa, o de la policía de tráfico, respaldados por el artículo 1.218 del Código civil.” De aquí la inmensa confianza que la sociedad y la ley depositan en los Notarios en tema de actas, y su consiguiente responsabilidad.

El art. 145.3 de la Ley General Tributaria, en la redacción que le ha dado la Ley 10/1985, de 26 de abril, dispone: “*Las actas y diligencias extendidas por la Inspección de los Tributos tienen naturaleza de documentos públicos y hacen prueba de los hechos que motiven su formalización, salvo que se acredite lo contrario.*” Este precepto constituye un buen ejemplo de la utilización expansiva del concepto de documento público, aquí con la loable intención de reforzar la eficacia de las actas de inspección; pero la restricción final pone bien de relieve que se trata solamente de una inversión de la carga de la prueba, y si

(1) “Escrituras, contraescrituras y terceros”, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, XXII-II, Edersa, 1981, págs. 229-391; las palabras citadas, en pág. 284.

a ello se añade que solamente operan en las relaciones entre partes, no contra tercero (art. 1.218 del C.c.), y que pueden ser impugnadas, y reformadas, en vía administrativa, queda en entredicho la construcción legal.

Las *actas de los fedatarios electorales* —para poner otro ejemplo—, es claro que no constituyen instrumentos públicos, puesto que según el art. 23 del Anexo IV del Reglamento Notarial (Real Decreto 1954/1982, de 30 de julio) no se protocolizan, sino que se archivan en el Colegio Notarial, de manera puramente temporal, “al menos, durante cinco años”, y sin que de ellas se puedan expedir copias, sino solamente testimonios; pero es que, además, tampoco son documentos públicos, porque su eficacia está limitada al proceso electoral.

b) El acta notarial es un instrumento público *matriz*, lo que separa a las actas, por un lado, de los testimonios de hechos y de documentos, y por otro, de las copias.

Al disponer la *Pragmática de Alcalá* de 1503 (Novísima Recopilación, X-23-1) “que cada uno de los Escribanos haya de tener y tenga un libro de protocolo... en el qual haya de escribir y escriba por extenso las notas de las escrituras que ante él pasaren, y se hobieren de hacer”, no aclaraba si entre estas escrituras debían o no incluirse los *testimonios* de que la misma Pragmática hablaba en su capítulo tercero (Novísima, X-23-3, *in fine*); por ello llegaron hasta la misma Ley del Notariado esos testimonios que se denominaban por su contenido testimonios “de hechos”, y por su carácter extraprotocolar testimonios “suelos”, que el primer Reglamento Notarial, de 1862, ordena se sigan autorizando “con arreglo a las leyes y prácticas vigentes” (art. 101). Los testimonios de hechos subsisten, en muy limitada medida, en nuestro Derecho vigente, en concurrencia con las actas, y no parece que deban ser calificados de actas extraprotocolares.

El art. 251 del Reglamento sólo admite dos clases de testimonios de hechos: la fe de vida (“certificar de existencia”) y los testimonios “al pie o al dorso de fotografías..., que éstas corresponden a personas, cosas..., identificados por el Notario...”; ambos testimonios de hechos están en desuso.

No parece que estos testimonios de hechos puedan calificarse de “actas”, con el calificativo de “extraprotocolares”, como

es tan frecuente en la doctrina argentina (2), ni más atenuadamente de “quasi-actas concentradas”, como hizo entre nosotros GONZÁLEZ PALOMINO (3). La integración de un documento en el protocolo, con la consiguiente escisión matriz-copia, es más que suficiente para atribuirle distinta naturaleza.

También quedan excluidas del concepto de actas, las *copias* de las mismas actas, si bien del artículo 221 del Reglamento podría deducirse fácilmente la opinión contraria.

Art. 221: “Se consideran escrituras públicas, además de la escritura matriz, las copias de las mismas expedidas con las formalidades de derecho”; la copia sería, por tanto, el protocolo mismo, actuando en el tráfico de la única forma posible. Las consecuencias prácticas —ventajosas— de esta doctrina son evidentes: la copia resulta potenciada frente a la masa de testimonios por exhibición, fotocopias autenticadas o no, y demás traslados que inundan la vida jurídica, y constituyen fuentes de inseguridad.

c) Un último requisito, negativo, del acta notarial es que ese instrumento público matriz *no tenga el carácter de escritura pública*; cualquiera de las doctrinas formuladas sobre la distinción entre escritura y acta es suficiente, en la inmensa mayoría de los casos, para determinar ante un supuesto concreto, cuando es procedente autorizar una

(2) Cfr. CARLOS A. PELOSI, *El documento notarial*, Astrea, Buenos Aires, 1980, 349 págs., especialmente págs. 261-263; también “Actas extraprotocolares”, en *Revista Notarial*, 1982, núm. 864, págs. 1437-1445 (Consulta).

La distinción se recoge en el Anteproyecto de Ley de los documentos notariales elaborado por el Instituto Argentino de Cultura Notarial, art. 41: “Las actas pueden ser protocolares y extraprotocolares...” (cfr. *Revista Notarial*, 1983, núms. 866 (págs. 137-178) y 867 (págs. 451-487)).

(3) JOSÉ GONZÁLEZ PALOMINO, “Negocio jurídico y documento (Arte de llevar la contraria)”, cito por la nueva edición, *Estudios Jurídicos de Arte Menor*, vol. III, Madrid, 1976, págs. 7-283; véase pág. 27.

El concepto de “acta extraprotocolar” es corriente en la doctrina española; por ejemplo, GIMÉNEZ-ARNAU: “hay actas notariales... que *no se incorporan al protocolo* (testimonios en sus diversas formas, legalizaciones y traducciones) y actas que se incorporan al protocolo (sentido el más estricto del acta)” (página 423); cfr. ENRIQUE GIMÉNEZ-ARNAU, *Derecho Notarial*, Eunsa, Pamplona, 1976, 882 págs.

escritura o un acta, o cuando estamos ante uno u otro género instrumental; hay sin embargo, como veremos, una franja fronteriza, no demasiado ancha, en que la separación es difícil; e incluso podría hablarse, respecto de ella, de “actas semejantes a las escrituras públicas”, al igual que en la teoría del hecho jurídico se han descrito los “actos semejantes a los negocios jurídicos”, pero sin que este ejemplo implique referencia al contenido de aquéllas.

No hemos exigido para la noción de acta, ni que se trate de un instrumento público principal, ni que su contenido pertenezca al mundo del Derecho.

Se excluirían en la primera dirección, los *documentos accesorios o complementarios*; pero las *notas*, al menos en principio, no son instrumentos públicos, y las *diligencias* constituyen muchas veces las verdaderas actas, y no su rogación inicial.

En el segundo sentido, el art. 144.3 del Reglamento Notarial dice que “la órbita propia de las actas notariales afecta exclusivamente a *hechos jurídicos...*”, posición muy difundida en la doctrina (4); pero el Notario no puede prescindir de esas otras normas, no jurídicas, que también rigen la conducta de los hombres; ni en su función de consejo, ni en su función documental; la práctica nos presenta, en efecto, actas de requerimiento al cumplimiento de deberes morales; actas de manifestaciones que solamente contienen consejos; actas de depósito de documentos de mero interés histórico, etc.; claro es que nunca puede asegurarse que no se producirá alguna consecuencia jurídica.

3. *La estructura externa del acta.* La distribución de los diversos elementos del acta puede ser realizada por el Notario libremente, pero de la manera que juzgue más adecuada al tipo de acta de que se trate y al supuesto concreto sometido a su autorización. Es la primera cuestión de técnica notarial que presenta el acta, y que vamos a apro-

(4) Cfr. EDUARDO LÓPEZ PALOP, *Legislación Notarial* (Madrid, Reus, 1922, 343 págs.): “se consigna un hecho relacionado con el derecho” (pág. 115); y MANUEL GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, con la colaboración de FRANCISCO MANRIQUE ROMERO y JOSÉ ANTONIO MOLLEDA Y FERNÁNDEZ-LLAMAZARES, “Comprobación notarial de hechos”, en *Revista de Derecho Notarial*, LXIV, abril-junio 1969, págs. 273-389: “La función notarial es una función ‘jurídica’... Hechos jurídicos son, por tanto, la realidad enfocada por la función notarial, la materia a documentar por el Notario” (pág. 283).

vechar para trazar una panorámica de problemas que también deberán ser estudiados.

“La práctica notarial no es uniforme en lo que respecta a la extensión de las actas... —nos dice SANAHUJA a propósito de las de notificación y requerimiento—. Unos notarios extienden dos actas, la primera con el requerimiento del particular al notario, y la segunda con la diligencia realizada. Otros extienden sólo un acta, pero interrumpen su redacción después del requerimiento o rogación de la parte, para continuarla con las diligencias que practique el notario, de modo que todo ello queda comprendido dentro de un solo contexto y antes de las firmas de los interesados y del signo, firma y rúbrica del notario. Y hay un tercer procedimiento que consiste en extender solamente un acta, pero con dualidad de contexto, cerrando el primero después de consignar la rogación del requirente con la firma de éste y el signo, firma y rúbrica del notario y extendiendo seguidamente la diligencia del acto que se haya llevado a cabo, que firmará el notario y en su caso la persona requerida o notificada. Este último sistema —concluye SANAHUJA—, en cuanto tienen expresión documental separada, pero dentro de una misma acta, los dos momentos de ésta, nos parece mejor” (5).

a) El procedimiento de la *doble acta* es ineludible cuando la rogación se ha efectuado a través de otro Notario; pero fuera de este supuesto sólo en casos excepcionales es aconsejable: la devolución del depósito, la subsanación de errores o defectos de un documento anterior, etc., pueden a veces encontrar mejor encaje en acta distinta.

b) El *acta única con un único texto*, fue procedimiento muy utilizado, pero no separa con nitidez los tiempos y las personas, por lo que sólo parece aconsejable por razones de urgencia o en supuestos muy simples, así como en las actas de manifestaciones documentalmente espontáneas.

Uno de sus mejores defensores fue NOVOA SEOANE; las actas,

(5) JOSÉ M.^a SANAHUJA Y SOLER, *Tratado de Derecho Notarial*, Barcelona, Bosch, 1945. Tomo I: “Ideas fundamentales - El poder de dar fe - El instrumento público” (499 págs.). Tomo II: “Instrumentos públicos especiales - Protocolos - Valor del instrumento público” (520 págs.); las palabras citadas, en pág. 17 del t. II.

nos dice, “sólo tienen tres partes: comparecencia, exposición y autorización”.

“*La comparecencia* en las actas no es lo mismo que en las escrituras... ni el Notario debe usar la fórmula ante mí”, porque en realidad es el requerimiento el que “suple la comparecencia en las actas”.

“*Exposición*.—En las actas notariales constituye la exposición su parte principal. Es la narración de los hechos como los presencia o le consten al Notario...”

“*Autorización*.—“No tienen otorgamiento, porque éste es el acto de consentir, y en las actas no se presta consentimiento, porque no hay contrato, ni siquiera es necesario que el requirente esté conforme con los hechos consignados por el Notario, pues éste, después de requerido, consigna lo que presencia o le conste, bajo su responsabilidad, hasta el punto de que si luego el requirente no quiere firmar, basta que el Notario lo haga constar así, y tiene el acta validez.” Lo que es verdad, pero supone la quiebra del sistema de unidad de acta y texto.

Fórmula.—«En la villa de Tineo, el 25 de octubre de 1894, yo D. Ramón Novoa Seoane, Notario vecino de la misma, correspondiente al Ilustre Colegio de Oviedo, fuí requerido por (Don Fulano, nombres, apellidos, edad, estado, profesión, vecindad y cédula), para hacer constar en forma auténtica los siguientes hechos (o fuí requerido por el mismo para trasladarme en su compañía a tal punto, para levantar acta de los hechos que presencia con motivo de tal cosa) (o me constituí a tal hora y en tal lugar a requerimiento del mismo, con el fin de levantar acta de una subasta sobre tal cosa), (o para hacer constar los hechos que presencia durante la votación que ha de celebrarse en tal parte y con tal fin, etc.)” (6).

c) El sistema del *acta única con pluralidad de textos*, es actualmente el predominante; está permitido por el artículo 197.2.4.^a del Reglamento, según el cual las actas, a diferencia de las escrituras, *no precisan unidad de contexto*, y por ello el texto del acta puede estar separado en dos o más textos documentales, cada uno de ellos con su propia autorización o, como dice dicho precepto reglamentario, “con cláusula de suscripción especial y separada”. Tenemos así un texto inicial, que contiene la rogación, y uno o varios textos sucesivos

(6) RAMÓN NOVOA SEOANE, *El progreso del instrumento público*, 2.^a edición, Madrid, 1910, 800 págs.; las palabras citadas, en págs. 279-281.

que la cumplimentan. En terminología corriente, el texto inicial se denomina “acta” o “requerimiento”, precisándose con frecuencia que se trata del acta o requerimiento “iniciales”; y a los textos sucesivos se les llama “diligencias”. La denominación de “requerimiento” es generalmente rechazada, porque se presta a confusión con un tipo especial de actas —las actas de requerimiento—, sin que se haya encontrado un sustitutivo aceptable. Más peligrosa es la denominación de “acta” para la rogación inicial, porque su contraposición con “diligencia” parece indicar que en aquélla radica el contenido esencial del instrumento, cuando en general no es otra cosa que un presupuesto para que el Notario desarrolle —en la diligencia— una función que no podría ejercitar de oficio.

“En trance de adoptar otra palabra como sustituto de ‘requerir’ —nos dice AVILA—, propondría una de las tres siguientes: pedir, instar y solicitar. De las tres me parece la más aceptable la última” (7).

El Anteproyecto MIYAR de Reglamento Notarial (1954), hablaba de “acta de rogación” (art. 197).

Quizá lo mejor fuera —en general— llamar al acta inicial simplemente “rogación”, y reservar para las diligencias la denominación de “actas”.

No escapa a los peligros de la terminología vigente GARCÍA-BERNARDO, que, refiriéndose a la unidad de acto formal, escribe: “el acta en sentido estricto tiene por contenido la declaración asertoria del requirente, y es el documento principal; las actuaciones ulteriores del Notario, las declaraciones de los testigos, peritos o requerido, constituyen documentos accesorios, llamados diligencias” (8); bien es cierto que la contraposición entre documento principal y documento accesorio hace referencia a su respectiva localización dentro del mismo instrumento; pero parece preferible hacer resaltar la esencia del instrumento que, en general, reside en la diligencia y no en el acta inicial.

(7) PEDRO AVILA ALVAREZ, “Teoría y práctica del acta de notificación o requerimiento” (Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España - *Centenario de la Ley del Notariado - Sección Segunda - Estudios de Derecho Notarial*), vol. I, Madrid, Reus, 1962, págs. 387-440; las palabras citadas, en página 392.

(8) ALFREDO GARCÍA-BERNARDO LANDETA, *Técnica jurídica y práctica notarial*, 1964, 389 págs.; las palabras citadas, en pág. 19.

Más importancia que las denominaciones tienen los problemas de fondo, y para plantearlos y resolverlos acertadamente hay que separar tajantemente la rogación, de la diligencia o acta propiamente dicha; en hacerlo está el mérito del actual sistema de distribución de los diversos elementos del acta, y en no haberlo hecho está la causa de muchas de las confusiones en que incurre el Reglamento en esa teoría general de las actas notariales que ha querido trazar en los artículos 197 y 198; los problemas que plantean una y otra parte del acta son, en efecto, muchas veces distintos, y cuando son idénticos hay que resolverlos con frecuencia en sentido diferente.

La rogación, o acta inicial, presenta numerosas cuestiones referentes al compareciente (identificación, capacidad, poder, interés, posibilidad de actas sin compareciente), al contenido de la rogación (determinación, licitud, competencia funcional y territorial del Notario y, en general, denegación de funciones) y a la autorización (intervención de testigos; firma).

La diligencia, o acta propiamente dicha, presenta muy distintas cuestiones según los distintos tipos de actas, y cuando el Notario tiene que entrar en relación, al practicar la diligencia, con otras personas vuelven a aparecer muchos de los problemas de la rogación (identificación, capacidad, firma), pero no pueden resolverse de la misma manera que respecto a aquél que solicita la función notarial, y al que pueden imponerse las correspondientes cargas; ni tampoco de manera uniforme respecto a todas las actas.

Hay también cuestiones de narración y, como siempre, los temas generales de la imparcialidad del Notario, del asesoramiento que debe prestar, etc., que tampoco tienen soluciones iguales. Se impone, pues, para terminar este capítulo introductorio, decir algo sobre las clases de actas.

4. *Clasificación de las actas notariales.* La infinita variedad de las actas hace indispensable su clasificación. El Reglamento Notarial distingue, al efecto, cinco clases de actas: de presencia, de referencia, de notoriedad, de protocolización y de depósito; fuera de la Sección correspondiente del Reglamento se regulan otras actas, como las de subsanación (art. 153); en Anexo al Reglamento, las actas electorales; y fuera del Reglamento, la Ley Cambiaria y del Cheque, por ejemplo,

contiene la regulación de las actas de protesto, de las que apenas hablaremos.

La división de las actas en aquellas cinco clases fundamentales procede del Reglamento de 1935, en innovación que supuso “indudablemente —según ESCOBAR DE LA RIVA—, un avance muy considerable con relación a los anteriores” (9).

El Reglamento de 1935 se limitó, en realidad, a introducir las actas de notoriedad; a tomar del precedente Reglamento de 1921 las actas de protocolización y de depósito; a repescar las actas de referencia, reguladas en el Reglamento de 1917 y que había omitido el Reglamento de 1921; y a crear la nueva categoría de las actas de presencia, dentro de las cuales introdujo las de notificación y requerimiento, inspirándose para éstas en el Reglamento de 1921.

El concepto de acta de presencia no fue impremeditado; aparece ya en los primeros trabajos de la Comisión de 1930, Base 2.^a-2: “Son funciones propias o privativas del Notariado las siguientes: ... d) Acreditar la exactitud o verdad de determinados hechos jurídicos en forma de actas notariales de presencia y referencia, autorizar las de notoriedad...”; y seguramente procede de la Ponencia que presentó a esta Comisión MATEO AZPEITIA, Base 2.^a-2: “Son funciones propias o privativas del Notariado las siguientes: ... c) Acreditar la exactitud o verdad de determinados hechos jurídicos en forma de actas notariales. = Las actas notariales pueden a su vez ser de tres clases: de presencia, de referencia y de notoriedad” (10).

La clasificación reglamentaria se formó más por aluvión que en virtud de un estudio científico serio, y es especialmente criticable el concepto de actas de presencia porque la intermediación es de esencia de la función notarial y el Notario tiene que estar necesariamente presente, en todo caso, en el acto que motiva la autorización; no hay, por tanto, ningún acta que no sea acta de presencia, y de ahí la inseguridad reglamentaria sobre el contenido de la categoría, donde reúne actas muy

(9) ELOY ESCOBAR DE LA RIVA, *Tratado de Derecho Notarial*, Editorial Marfil, Alcoy, 1957, 606 págs.; las palabras citadas, en pág. 465.

(10) Pueden verse en la *Gaceta del Notariado*, 1931, núms. 10 (págs. 73-74) y 12 (pág. 105), respectivamente.

distintas. En el fondo, lo que ocurre es que para el Reglamento todas las actas son de presencia o de referencia —sin saber muy bien qué hacer con las de notoriedad—, según quiso consagrar el Anteproyecto Miyar.

En las *actas de presencia* se incluyen las de remisión de documentos por correo, las de notificación y requerimiento y las de exhibición de cosas y documentos; y en el fondo, también las de protocolización (art. 211: “Las actas de protocolización tendrán las características generales de las de presencia...”) y las de depósito.

Las *actas de notoriedad* eran, para el Reglamento de 1935, actas de referencia (art. 209: “En las actas de notoriedad se observarán los requisitos preceptuados para las de referencia...”), sin duda por una exagerada apreciación de la importancia de los testigos que intervienen en ellas.

El *Anteproyecto Miyar* decía en su art. 185: “Las actas se dividen en actas de presencia y actas de manifestaciones. Las primeras son actas de vista para el Notario. Las segundas son actas de oído para dicho funcionario.=Las actas de notoriedad participan de la índole de las dos anteriores”; y en su art. 189: “Las actas de presencia, comprenden las siguientes: a) Las de exhibición. b) Las de notificación. c) Las de protocolización. d) Las de depósito.”

Esta bipartición pone de relieve que el verdadero origen del concepto de las actas de presencia se encuentra en su contraposición con las actas de referencia, sin tener en cuenta que lo que tipifica a las actas de referencia es su contenido de manifestaciones —de aquí su actual denominación—, y no la falta de presencia del Notario ante el que tales manifestaciones se hacen —presencia ineludible—, ni tampoco el que constituyan medios de prueba de un hecho ajeno a su contenido, ya que esto también sucede con frecuencia en las actas de presencia, que pretenden probar un hecho a través de otro hecho, al que únicamente se refiere el acta.

No tiene, pues, nada de particular que la doctrina española haya intentado superar la clasificación reglamentaria.

GONZÁLEZ PALOMINO: “Yo creo que no hay sino *dos tipos de 'actas'*”:

a) Las que documentan una *actividad 'pasiva'* (frase paradójica, pero clara) del Notario: una percepción; actas de presencia.

b) Las que documentan una *actividad 'activa'* del Notario: actas de protocolización, de notificación o de requerimiento.

Las demás que el Reglamento regula... *son escrituras porque consignan declaraciones que no proceden del Notario*" (11).

GIMÉNEZ-ARNAU: "Creemos que podría intentarse una clasificación más sistemática y más completa que pudiera ser útil, a la hora de una reforma reglamentaria, para que se diera el adecuado tratamiento formal a cada clase de acta, según su propia naturaleza y finalidad."

En la encuesta que se preparó (y que no llegó a llevarse a término) en vísperas del Congreso de Roma, siendo NÚÑEZ LAGOS Presidente de la Unión Internacional del Notariado Latino, se separaban tres grandes grupos de actas:

Actas de presencia, actas de calificaciones jurídicas y actas de manifestaciones.

A) Entre las *actas de presencia* se subdistinguí:

a) *Las referentes a personas*. En este subgrupo se incluían las actas de existencia (fe de vida); la de identidad de firma con fines de identificación de una persona (el llamado conocimiento de firma, que no necesita que esa firma se estampe en documento en el que haya afirmación o consentimiento de ninguna clase); y la de identidad de fotografías con sus respectivos originales.

b) *Las referentes a documentos*: como ejemplo puede citarse la legitimación de firma estampada en documento en el que el firmante asegura algo o consiente alguna cosa; la adveración de libros (de comerciantes, de comunidades, de sociedades) y el protesto de letras de cambio; y las actas de *protocolización* (de documentos privados, de planos, de fotografías, de testamentos especiales y de testamentos y documentos autorizados en el extranjero).

c) *Las referentes a cosas*: tales las de inspección ocular o la de complemento de esa inspección (imposición de sellos).

d) *Las referentes a actos jurídicos no contractuales*: como las de entrega, las de depósito, inventario, amortización o sorteo y subasta.

(11) GONZÁLEZ PALOMINO, "Negocio jurídico y documento", citado en nota 3, página 25.

B) Al grupo de *actas de calificaciones jurídicas* corresponden: las de vigencia de leyes; certificados de capacidad y certificados de validez formal de documentos que han de surtir efectos en el extranjero.

C) En las *actas de manifestaciones* se hacía una subdivisión en actas que contienen manifestaciones de sentimientos; actas que declaran hechos (relativos al propio declarante o ajenos a él); actas de notoriedad; actas de declaración de voluntad (excluyendo las convenciones y los testamentos); y actas de traslado auténtico a otra persona.

En la categoría de las actas de declaración de voluntad, unas son *relativas a personas* (fijación de domicilio, filiación, autorizaciones), y otras son *relativas a cosas y derechos* (declaraciones de obra nueva, segregaciones, abandono y renuncia de derechos”, advirtiendo GIMÉNEZ-ARNAU que “esta categoría de la clasificación de las actas, admisible en una encuesta de derecho comparado, resulta difícil de encajar dentro del concepto reglamentario de acta” (12).

AVILA: “Atendiendo a la clase de hechos que recogen las actas, éstas pueden agruparse según que aquéllos sean:

— Hechos que el Notario ‘recibe’, como las actas de presencia y de referencia.

— Hechos que el Notario ‘produce’, como las actas de notificación, de requerimiento y de protocolización; y

— Hechos que al Notario constan, como las actas de notoriedad» (13).

Entendía GONZÁLEZ PALOMINO que la verdadera distinción entre escrituras y actas radica en “la posición de la persona que declara (autorizante o no autorizante)”, de manera que cuando la declaración contenida en el instrumento público “no procede del Notario autorizante” estamos ante una escritura y “en cuanto proceda del Notario autorizante” ante un acta notarial (14); y aunque a nuestro parecer ello no pueda admitirse, pone perfectamente de relieve que, como

(12) GIMÉNEZ-ARNAU, *Derecho Notarial*, citado en nota 3, págs. 424-425, texto y nota 29.

(13) PEDRO AVILA ALVAREZ, *Derecho Notarial*, 6.^a edición, Barcelona, Bosch, 1986, 523 pág.; las palabras citadas, en pág. 266.

(14) GONZÁLEZ PALOMINO, “Negocio jurídico y documento”, citado en nota 3, página 24.

escribió OTERO PEÓN, “*en las actas notariales... el principal protagonista del instrumento... es el propio Notario*” (15), mientras que los otorgantes son los dueños del negocio contenido en la escritura; parece, en consecuencia, que el punto de vista fundamental para clasificar las actas notariales no puede ser otro que el de la diversa actividad del Notario, no ya en la narración de sus pensamientos, sino en la adquisición o formación de esos pensamientos que va a narrar en el acta; es esa distinta actividad la que puede generar actas de variados géneros, al mismo tiempo que al tomar tal criterio de distinción, se hacen resaltar las funciones del Notario en cada uno de ellos; no es preciso advertir que hay *actas complejas*, en que se acumulan actas de distinta clase, y que también dentro de una misma clase de actas pueden concurrir distintas actividades notariales; con estas salvedades creo que cabe distinguir cinco clases generales de actas notariales:

a) *Actas de mera percepción*, en las que el Notario expresa los pensamientos que ha adquirido por sus propios sentidos.

b) *Actas de control y percepción*, en las que el Notario no se limita a narrar un resultado que ha percibido por sus sentidos, sino que previamente ha llevado a cabo un cierto control de la corrección, e incluso de la legalidad, de las actuaciones mediante las cuales se ha llegado a tales resultados.

c) *Actas de hechos propios del Notario*, en las que éste no narra ya los hechos que ha percibido, sino los hechos que él mismo ha realizado.

d) *Actas de calificaciones*, que dejando atrás la esfera de los hechos, tienen como contenido esencial una calificación jurídica efectuada por el Notario.

e) *Y actas de manifestaciones*, que tienen como fundamental contenido manifestaciones que otras personas hacen en el documento autorizado por el Notario.

(15) MANUEL OTERO PEÓN, “Comunicación” al Tema VII del *Simposio Notarial* 83, Barcelona, mayo-octubre de 1983, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Madrid, 1985. 1.135 págs.; las palabras citadas, en página 509.

Entre estas cinco clases, las actas de mera percepción constituyen la manifestación más pura del acta notarial; son las actas primarias, originarias, de las que han ido surgiendo, por especialización, las otras cuatro clases de actas notariales; por su primacía conceptual y por los constantes problemas prácticos que origina su inabarcable variedad, dedicaremos a las actas de mera percepción la primera parte de nuestra Ponencia.

Aludamos finalmente a otra distinción, muy generalizada en la doctrina, entre actas materiales y actas formales, así como a la categoría especial de las actas típicas.

Art. 144.3: “La órbita propia de las actas notariales afecta exclusivamente a hechos jurídicos que por su índole peculiar no pueden calificarse de actos o contratos, aparte otros casos en que la legislación notarial establece el acta como manifestación formal adecuada.”

“En cuanto a las actas —nos dice por ejemplo SANAHUJA—, siguiendo al art. 143 (del Reglamento de 1935; hoy 144), podemos distinguir entre aquellas que afectan a hechos jurídicos que por su índole no pueden calificarse de actos y contratos —actas propiamente dichas, que podemos llamar *materiales*—, y aquellas otras en que la legislación establece el acta como manifestación formal, actas que podríamos llamar *formales*”, de las que pone como ejemplo el acta del otorgamiento del testamento cerrado y el acta de depósito ante Notario (16).

Prescindiendo de los ejemplos, la distinción parece acertada; pero al igual que un instrumento público es escritura o acta según lo que realmente sea y no según haya sido denominado por el autorizante, también la ley habla a veces impropiaemente de acta, para referirse a una verdadera escritura.

Actas típicas son las actas concretas previstas en las leyes, a unos efectos especiales y con una regulación también especial, que a veces es completa —caso del protesto—, pero que con frecuencia es parcial

(16) SANAHUJA, *Tratado de Derecho Notarial*, citado en nota 5, t. II, pág. 9.

—pensemos en la Ley de Arrendamientos Urbanos—, lo que origina graves cuestiones.

Intenta en su ámbito darlas solución el *art. 206* del Reglamento: “Las notificaciones o requerimientos previstos por las Leyes o Reglamentos sin especificar sus requisitos o trámites se practicarán en la forma que determinan los artículos precedentes. Pero cuando aquellas normas establezcan una regulación específica o señalen requisitos o trámites distintos en cuanto a domicilio, lugar, personas con quienes deban entenderse las diligencias, o cualesquiera otros, se estará a lo especialmente dispuesto en tales normas, sin que sean aplicables las reglas del artículo 202 y concordantes de este Reglamento.”

PARTE PRIMERA

LAS ACTAS DE MERA PERCEPCION

5. *Concepto.* La más pura manifestación del acta notarial, según decíamos, es aquella en que el Notario se limita a expresar los pensamientos que ha adquirido por su propia percepción sensorial. El Reglamento incluye estas actas, con otras de muy distinta naturaleza, entre las actas de presencia, concepto que ya hemos criticado; preferimos llamarlas “*de percepción*”, porque el Notario forma los pensamientos que expresa en el acta sólo a través de sus percepciones sensoriales; y mejor aún “*de mera percepción*”, porque las percepciones del Notario están también presentes en todas las demás actas notariales, pero sin la nota de exclusividad que caracteriza a las actas de que ahora tratamos.

Son los “*procès-verbaux de comparution*” de los Derechos francés y belga, y los “*verbali di constatazioni*” del Derecho italiano que, como dice el *art. 37.1* de la Ley alemana de documentación, contienen “el relato —del Notario— sobre sus percepciones” (“*den Bericht über seine Wahrnehmungen*”).

Nuestro Reglamento añade que el Notario redactará estas actas “según lo que presencie o perciba por sus propios sentidos” (*art. 199.2*)

o “lo que resulte de su percepción” (art. 207.1). Estamos, pues, ante la más clásica aplicación de la fe pública, que tiene como primer contenido, conforme al artículo 1.º-3 del Reglamento: “a) En la esfera de los hechos, la exactitud de los que el Notario ve, oye o percibe por sus sentidos”, “*de visu et auditu suis sensibus*”; el Notario se mantiene en la “materialidad”, en la “objetividad”, o, como dice para la inspección personal del Juez el artículo 1.240 del Código civil, en “las exterioridades de la cosa inspeccionada”, sin otras apoyaturas conceptuales que las de índole elemental, que las máximas de experiencia de común aceptación en la vida social.

Esta pacífica concepción del acta de mera presencia fue duramente criticada por GONZÁLEZ ENRÍQUEZ y sus colaboradores MANRIQUE y MOLLEDA; para ellos, en la *fase extradocumental* o de percepción del hecho hay un elemento subjetivo, porque “el Notario es un hombre y, por tanto, ... no le es posible separar netamente sus percepciones sensoriales de sus funciones intelectivas”; “comprobar un hecho puede implicar una actividad de recepción del hecho que no es simple, sino compleja. Comprobar plenamente un hecho puede suponer, en verdad, una triple actividad: *percibirlo* sensorialmente, *interpretarlo* y *comprenderlo*”; y en la *fase documental*, en la narración, “es obvio que el hecho que narra el Notario no es el hecho tal cual es, sino el hecho *recibido por él*, es decir el hecho *pasado* por el hombre-Notario, y aquí sí que la presencia de las facultades intelectivas del hombre-Notario es más difícil de soslayar, aún que en la actividad receptora”, de manera que “lo que se refleja en el documento notarial no es el hecho tal cual es, sino el hecho ‘digerido’, por así decirlo, por el Notario” (17).

Todo esto es tan cierto que no precisaba tanta argumentación; lo que ocurre es que el Derecho, aquí como en tantas ocasiones, no parte de las verdades científicas, sino de las realidades humanas o sociales; y en este sentido el Notario no puede prescindir, como hombre, de aquellos juicios que, como nos dice SEGURA “son comunes en la vida social (hoy es día 22 de junio de 1973, eso es una silla, aquí hay una ventana)”, pero tiene que dejar a un lado aquellos otros juicios que “exigen de nosotros unos

(17) GONZÁLEZ ENRÍQUEZ-MANRIQUE-MOLLEDA, “Comprobación notarial de hechos”, citada en nota 4, págs. 294-302; las palabras entrecomilladas, en páginas 295, de nuevo 295, 296 y 297.

conocimientos aparte de los comunes”, que “por tener mayor intensidad que la habitual en la vida social, se convierten en ‘pericia’” (18).

En el mismo sentido CÁMARA: “Sin embargo, si no se quiere desmontar uno de los pilares fundamentales en que se asienta la valoración jurídica del instrumento público” habrá que distinguir de entre los juicios que hace el Notario, estos juicios “dirigidos únicamente a interpretar y a describir los hechos que presencia y constata sensorialmente, de modo directo e inmediato” (19); aquí está la gravedad de la tesis de GONZÁLEZ ENRÍQUEZ y sus colaboradores, en que afectaría a toda la teoría de la eficacia del instrumento público, y no sólo a la posibilidad de la categoría de las actas de presencia; no hay exageración en esta crítica: “Si el Notario —nos dicen—, a lo largo de su actividad receptora y proyectora del hecho, ha de poner en juego sus facultades intelectivas, es claro que, al cabo de todo ello, su declaración sobre el hecho a documentar supone un ‘juicio’: diríamos que es la versión u opinión del Notario sobre el hecho” (20).

El Notario tiene, en consecuencia, que abstenerse de formular juicios personales en estas actas de mera percepción de hechos, “aunque posea especiales facultades o conocimientos técnicos”, precisamente “para preservar la genuina función del Notario en el campo de los hechos” (21), “por ser misión del Notario —como dice la *sentencia de 31 de marzo de 1970*— la de dar fe de los hechos, actos o manifestaciones que, a su presencia, acaezcan o se realicen, pero no la de emitir, respecto a ellos, dictámenes periciales”; ni tampoco —añadamos— hacer deducciones o presunciones, ni formular apreciaciones propias (22).

(18) JOSÉ M.^a SEGURA ZURBANO “Las actas y los requerimientos notariales, sus problemas deontológicos y reglamentarios”, en *Revista de Derecho Notarial*, LXXXIII, enero-marzo 1974, págs. 501-539; las palabras entrecomilladas, en págs. 520, de nuevo 520 y 511.

(19) MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ, “El Notario latino y su función”, en *Revista de Derecho Notarial*, LXXVI, abril-junio 1972, págs. 65-321; las palabras citadas, en pág. 93.

(20) GONZÁLEZ ENRÍQUEZ-MANRIQUE-MOLLEDA, “Comprobación notarial de hechos”, citada en nota 4, pág. 299.

(21) SEGURA ZURBANO, “Las actas y los requerimientos notariales”, citado en nota 18, págs. 521 y 511.

(22) MIGUEL FERNÁNDEZ CASADO, *Tratado de Notaría*, t. I, Madrid, 1895,

Aun limitado, pues, a esa mera percepción, en manera alguna cabe afirmar que el Notario realice en estas actas “una actividad ‘pasiva’”, como veíamos en GONZÁLEZ PALOMINO (23), porque alertado por la previa rogación, el Notario tiene que esforzarse, “trabajarse” —expresión de *Las Partidas* referida a la fe de conocimiento—, en una perfecta identificación de la cosa y en la exacta captación de su realidad, en cuanto a los extremos comprendidos en el acta. Se quedaba corto el Anteproyecto MIYAR: “El Notario podrá hacer las indagaciones útiles para la mejor percepción y descripción de la cosa o del lugar exhibidos” (art. 191.1); no “podrá”, sino “deberá”, hacer tales indagaciones.

Resolución de 3 de junio de 1963: el Notario “cometió un error en la identificación de la finca, sentando la afirmación de que el solar no contenía edificación alguna cuando en realidad estaba construido, con lo que se evidencia que el fedatario no puso la debida diligencia en su función”.

Un terminología muy difundida habla, por ello, de actas de “*comprobación de hechos*”, resaltando precisamente esa actuación positiva del Notario.

En este sentido, el enunciado de la ponencia IV del X Congreso Internacional del Notariado Latino (Montevideo, 1969): “Comprobación Notarial de hechos”. También la Ley Notarial de Entre Ríos (1978), rúbrica que precede al art. 61: “Comprobación de hechos». El Anteproyecto argentino marca los dos momentos: “Actas de presencia y comprobación”.

Los cinco sentidos corporales pueden proporcionar al Notario su percepción de la realidad externa; no cabe, en efecto, exclusión alguna, ni la hacen los preceptos reglamentarios que hemos citado; pero es preciso reconocer la *primacía del sentido de la vista* como fuente de evidencias (*ex videre*), porque la vista, ella sola, proporciona la inmensa mayoría, casi la totalidad, de las percepciones que el Notario

845 págs.: “Las deducciones están reservadas a los Tribunales de Justicia” (página 608); “el Notario no debe consignar jamás apreciaciones propias” (pág. 607).

(23) GONZÁLEZ PALOMINO, “Negocio jurídico y documento”, *loc. cit.* en nota 11.

narra en estas actas, y porque la vista tiene que estar presente siempre en las percepciones de los otros sentidos, ya que sólo ella permite la captación de la situación y la identificación del objeto.

Así NÚÑEZ LAGOS, respecto de los actos de oído: "Esta perceptibilidad por la vista, ha primado siempre en materia documental...; el notario, por ejemplo, puede dar fe de lo que le dicen, de lo que escucha, pero siempre que *vea* al que se lo dice; no puede, por tanto, recibir declaraciones de voluntad ni de verdad por teléfono, porque el notario da fe *de visu ET auditu suis sensibus*; no *de visu VEL auditu suis sensibus*. Podrá faltar en algún supuesto el *de auditu*, pero nunca el *de visu*" (24)

En esta cuestión de técnica notarial se encuentra el primero y más general motivo para rechazar terminantemente dos extrañas actas de constatación de que se han ocupado la jurisprudencia y la doctrina italianas, con unanimidad condenatoria; el Notario relataba las llamadas telefónicas que él mismo hacía a los números que le había indicado su rogante, y las respuestas que recibía; actuación clandestina —no daba a conocer su condición—, sinuosa, ilegítima, contraria a las buenas costumbres y quizá atentatoria a la intimidad de las personas; pero además de todo ello, aunque el Notario hubiese empezado por dar a conocer su carácter y por hacer todas las advertencias precisas, asegurándose de la corrección del fondo, no le es posible consignar en acta las manifestaciones de persona a la que no ve, aunque fuera ella la que le hubiera llamado, porque no la puede identificar, porque una diversidad de personas han podido ponerse al teléfono en ese número y porque, en fin, se está creando una mera apariencia documental, desprovista de todo valor.

El Notario llamó a determinado número de la red telefónica de Milán y obtuvo la respuesta de que allí no tenía habitación Don R. V.; en otro número se le contestó que allí vivía este señor, aunque no estaba en casa; y en este mismo número, obtuvo la respuesta de que en la casa habitaba Doña W. A.

(24) R. NÚÑEZ-LAGOS, "Concepto y clases de documentos", en *Revista de Derecho Notarial*, XVI, abril-junio 1957, págs. 7-36; las palabras citadas, en página 20.

El interés que suscitó el tema no provino del fondo del mismo, sobre el que, como decimos, había unanimidad, sino de que una primera sentencia basó su condena en que el Notario había obrado fuera del ámbito de su competencia, invadiendo la esfera judicial..., aunque claro es que tampoco el Juez podría haber efectuado tales llamadas (25).

Por otra parte, en nuestro Derecho, la moderna *Ley Orgánica del Poder Judicial* (6/1985, de 1 de julio) ha dispuesto en su artículo 11.1.2: “No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”; precepto que, como su mismo tenor literal indica, no comprende todas las pruebas ilícitamente obtenidas, sin duda por pensar que, fuera de la protección debida a los derechos y libertades fundamentales, debe prestarse preferente acogida al interés público en la obtención de la verdad en el proceso.

Presenta gran interés la *Sentencia 114/1984, de 29 de noviembre, del Tribunal Constitucional*, ante un supuesto de grabación fonográfica (no notarial, desde luego) de la conversación sin conocimiento del interlocutor; la sentencia contiene una exposición del Derecho comparado sobre la utilización de pruebas antijurídicamente logradas.

El ámbito propio de las percepciones *auditivas* es el de las actas de referencia; pero tampoco cabe sentar el principio absoluto de que las actas de presencia son actas de vista y las actas de manifestaciones son actas de oído para el Notario, como dijimos hacía el Anteproyecto MIYAR —al que citamos tanto porque fue RAFAEL NÚÑEZ-LAGOS el principal autor de su libro primero, *Del instrumento público*— ya

(25) Cfr. *Rivista del Notariato*, 1957, págs. 659-667, donde figura la sentencia de instancia (“*Constatazioni Notarili - Natura di atti processuali - Divieto* (Trib. Milano 1-14 marzo 1957)”, págs. 659-662, el comentario de RENATO JAMMARINO, *Dei verbali di constatazione*, págs. 662-667, y la “Postilla” de A. G. (ANDREA GIULIANI), pág. 667. También GIUSEPPE SERPI, *Il Notariato nella giurisprudenza* (Cedam, Padova, 1972, 427 págs.), especialmente págs. 94-96, donde puede verse la sentencia de casación, 7-7-1958. Sobre la competencia notarial, véase ANDREA GIULIANI, “*Dei verbali di constatazione*”, en *Rivista del Notariato*, 1968, págs. 845-846.

que también caben actas de mera percepción auditiva, cuando sólo interesa el sonido en sí —por ejemplo, el nivel de ruidos que genera una discoteca—, y no el contenido ideológico de las palabras.

También hay actas de vista que en realidad son de referencia; por ejemplo, aquella en que el Notario se limitara a leer la pantalla de un ordenador, creando una apariencia externa de verdad que puede no responder a la realidad.

El sentido del *tacto* puede también dar origen a actas de mera percepción (humedad, temperatura, lisura, etc.), mientras que los sentidos del *olfato* y del *gusto* resultan menos aptos al respecto, por su mayor subjetividad; pero sin que ello suponga su total exclusión.

La *Resolución de 3 de julio de 1963* se ocupó de la denegación de funciones de un acta que en parte era acta de olfato; pero no entró en el problema que aquí planteamos.

En el Derecho histórico, son bien conocidas las restricciones de la *Constitución de Maximiliano* en relación con el gusto, el tacto y el olfato.

6. *Clases*. Las actas de mera percepción pueden referirse a las cosas —y a los documentos—, o a las personas —y a sus actos—.

A) *Actas de mera percepción de cosas*. Si antes hemos dicho que las actas de mera percepción constituyen “la más pura” manifestación del acta notarial, es preciso añadir ahora que su manifestación “químicamente pura” son precisamente estas actas en las que el Notario se limita a describir las realidades materiales del mundo exterior, tal y como las percibe por sus propios sentidos. La variedad de actas que nos presenta la vida jurídica es infinita; sólo trataremos a continuación de dar una visión panorámica.

— Algunas actas se limitan a narrar la *existencia* de una cosa, relacionando el Notario las circunstancias que la identifiquen, según ordena el artículo 207.1 del Reglamento; pero más frecuentemente las actas se extienden a señalar:

— la *persona* que tiene en su poder esa cosa, supuesto a que se refiere el artículo 207.2.1.º, “la existencia de cosas... en poder

de una persona”, y para el que debiera reservarse la denominación de actas “de exhibición de cosas”, que el párrafo primero del artículo emplea con alcance genérico;

- la *entrega* de la cosa por esa persona a otra; como las actas de realización de los préstamos;
- el *lugar* en que la cosa se encuentra; “la existencia de cosas... en un determinado lugar”, que dice el mismo artículo 207.2.1.º;
- o *su estado o circunstancias*, edificación, cultivo, defectos de todas clases, etc.

Son frecuentes, por ejemplo, las actas que tienden a mostrar que la edificación no ha comenzado, o que no ha terminado, o que presenta múltiples defectos; las grietas que tienen los edificios contiguos, antes de comenzar la demolición del propio; los desperfectos y daños causados por la rotura de las cañerías, o por los descuidos de los propietarios del piso de encima, etc.

— Otras actas giran en torno a la *inexistencia* de una cosa, lo que forzosamente ha de limitarse a un determinado lugar.

No hay un determinado cartel anunciador en la calle tal, o entre los puntos kilométricos tal y cual de una carretera, etc.

— Hay actas que tienen por contenido precisamente el paso de la existencia a la inexistencia de la cosa a que se refieren, esto es, su *destrucción o inutilización*, generalmente a fines de bajas fiscales (de vehículos, discos, etc.).

— Y hay actas que se refieren a un conjunto de cosas, en vez de a una cosa aislada, entre las que destacan las actas de *inventario*, en que junto al aspecto positivo, de existencia de las cosas relacionadas en el acta, cobra también importancia el aspecto negativo, de inexistencia de ninguna otra.

Inventario de los bienes existentes en el domicilio de los cónyuges que se van a separar, o que uno de ellos va a abandonar; del contenido de una caja de alquiler de un Banco, de la maquinaria de una nave, etc.

Esta mirada a la práctica basta para poner de relieve la gran importancia que tiene el *lugar* en materia de actas de mera percepción,

hasta el punto de que quizá sea el aspecto que mayores dificultades plantea, sin que su resolución sea ni mucho menos segura.

El mejor intento de regulación que conozco es el del Anteproyecto MIYAR:

“Art. 198.—En la vía pública, teatros y espectáculos públicos, el Notario consignará en acta lo que presenciare sin necesidad de advertir a nadie de su presencia y objeto. Están comprendidos en el párrafo anterior los rótulos, carteles y escaparates visibles al público.”

“Art. 199.—En el interior de las tiendas y establecimientos mercantiles, el Notario no podrá desempeñar su ministerio sin advertir al dueño o encargado su oficio y su propósito. Todo lo ocurrido antes de dicha advertencia no podrá consignarse en acta...”

Aunque la postura a adoptar por el Notario dependerá muchas veces de las particularidades del caso concreto, aventuraremos algunas consideraciones generales.

Es claro que el Notario no podrá entrar en *locales cerrados o privados* para ejercer su función sin la autorización o consentimiento de persona que tenga derecho actual a permitir o denegar la entrada en el mismo; y mucho menos puede entrar en un domicilio ajeno, que el artículo 18.2 de la Constitución declara inviolable.

Resolución de 20 de febrero de 1974; entre los “derechos y prerrogativas” del Notario “no se incluye la existencia de una obligación general e indiscriminada de facilitar su acceso a recintos privados u oficinas o dependencias reservadas o limitadas a ciertas personas o con determinados requisitos”; puede verse también la *Resolución de 8 de junio de 1984*, en un supuesto en que se negó al Notario la entrada en un local en el que iba a comprobar el número de habitaciones ocupadas como local de negocio en un local de vivienda.

Están aquí incluidos los locales privados, aunque estén abiertos (despachos particulares con el rótulo de “pase sin llamar”; clubs privados, etc.).

En ocasiones podrá prestar el consentimiento el mismo rogante, y estará ya, al menos implícitamente, en la rogación. En otro caso, el Notario deberá solicitar el consentimiento, dando a conocer su condición y el objeto de su presencia, al ir a prac-

ticar la diligencia. No parece exigible el consentimiento de “todos” los que ostenten aquel derecho; bastará, por ejemplo, el consentimiento, de uno solo de los cónyuges —aunque sea el rogante—, para que pueda levantarse un acta de inventario en el domicilio conyugal. Pero es preciso que la persona que dé la autorización tenga *verdadero “derecho”* a hacerlo, aunque el Notario sólo pueda juzgar por las circunstancias externas; no es suficiente, por ejemplo, el consentimiento de la empleada de hogar que ha abierto la puerta, o el del portero del inmueble, aunque tenga las llaves, porque presumiblemente se las han dejado con otro objeto. Y también que ese derecho sea *“actual”*: tampoco es suficiente el consentimiento del cónyuge separado que ya no vive en la casa, aunque conserve la llave.

También parece claro que, por el contrario, el Notario no necesita consentimiento alguno, ni tampoco dar a conocer su condición y el objeto de su presencia, para levantar acta de sus percepciones en la *vía pública*, comprendiendo los *rótulos, carteles y escaparates* visibles al público y su contenido.

“Cosa distinta es —dice BRAVO-VILLASANTE (26)—, si para examinar tal objeto, hemos de situarnos en plano distinto en altura o situación al normal de la vía pública.” Me parece, sin embargo, que tales procedimientos son admisibles cuando se trate de salvar una mera imposibilidad material; incluso no veo inconveniente en subir al piso del rogante para ver desde él un muro lateral de la casa contigua, por ejemplo; pero de ninguna manera para penetrar, con la vista, en esos domicilios, o locales cerrados o privados, en que no se nos ha autorizado para entrar.

Mayores dificultades presenta el opinar sobre la procedencia del levantamiento de actas de mera percepción en los *locales abiertos al público*, sin que encontremos fundada la distinción que hacía el Anteproyecto MIYAR entre los “teatros y espectáculos públicos”, en los que el Notario podría actuar “sin necesidad de advertir de su presencia y objeto”, y “las tiendas y establecimientos mercantiles” en los que “el Notario no podrá desempeñar su ministerio sin advertir al dueño o encargado su oficio y su propósito”; la postura de BOSCH POTENSÁ

(26) FERNANDO BRAVO-VILLASANTE RIVERA, “Comunicación” al Tema VII del *Simposio Notarial 83*, *ob. cit.* en nota 15, pág. 523.

es más permisiva respecto de las “tiendas abiertas al público”: “pueden levantarse actas notariales cuando no hay intervención de ningún empleado o dependiente, sin revelar su cualidad de fedatario” (27); pero aun así parece que dejamos sin defensa intereses dignos de protección.

Ejemplos tomados de la práctica: comprobación de los números musicales que se interpretan en un teatro, a efectos de propiedad intelectual; de la actuación en vivo de grupos musicales en una discoteca con infracción de la autorización administrativa y molestia de los vecinos; de la existencia en funcionamiento de una máquina de juego en una cafetería, a efectos de propiedad industrial; de estar a la venta en un comercio determinados objetos, también a efectos de propiedad industrial; incluso de que el rogante los compra para depositarlos en el Notario, etc.

En todo caso habría que exigir dos requisitos. Que el acta se limite a aquellos objetos que se ofrecen a la disponibilidad general, y que el Notario se limite a su mera percepción.

El Notario podría levantar acta de la existencia de la máquina de juego y de que, efectivamente, hay clientes que juegan, porque la máquina está a disposición del público; pero sin la autorización del dueño o encargado, no podría describir el estado del del local (barra, ventanas, acondicionadores de aire, etc.), a fines, por ejemplo, de un desahucio por obras incontinentidas.

Y podría consignar en acta cómo su rogante compra los objetos; pero no comprarlos él mismo.

Una dificultad grave se presenta cuando el objeto u objetos que hay que describir o inventariar se encuentran en una caja de alquiler de un Banco, en un baúl de un guardamuebles o en cualquier otro *recipiente cerrado*; hay que proceder previamente al forzamiento de cerradura, a la apertura violenta del recipiente, delante del Notario, única manera de que el acta pueda acreditar que su contenido era exclusivamente el que el acta consigna; y ello, evidentemente, no puede hacerse más que con el consentimiento del titular, y sólo excepcionalmente por la mera petición del rogante en aquellos raros supuestos en que está admitida la autoayuda.

(27) JUAN BAUTISTA BOSCH POTENSÁ, “Comunicación” al Tema VII del *Símpo-
sio Notarial 83*, *ob. cit.* en nota 15, pág. 519.

La apertura de la caja de seguridad de un Banco es frecuente a instancia, de los herederos, a efectos del Impuesto sobre las Sucesiones (art. 145 del Texto Refundido aprobado por Real Decreto 1018/1967, de 6 de abril).

El art. 357.2 del Código de Comercio permite al porteador el registro ante Notario de los bultos transportados, si no asistiere el remitente o consignatario.

El art. 310 del Código de Comercio dispone que “los depósitos verificados en los Bancos, en los almacenes generales, en las Sociedades de crédito o en otras cualesquiera Compañías, se regirán en primer lugar por los Estatutos de las mismas”; al amparo de esta disposición los Bancos, en cuanto a sus cajas de alquiler, las Compañías de Almacenes Generales, los Guardamuebles, etc., consignan en sus Reglamentos y en los singulares contratos la posibilidad de proceder unilateralmente a la apertura violenta de los recipientes cerrados, ante Notario, en caso de falta de pago por el cliente estableciendo unos plazos, unos avisos por correo certificado, etc.

Al contrario, no solamente es inadmisibile, sino que además es delito, el violentar la puerta de un local arrendado, a pretexto de que el arrendatario lo ha abandonado y no piensa volver..., aunque no ha entregado la llave; la autoayuda no llega hasta aquí.

Discutible es el caso de las habitaciones de hoteles y pensiones; si se tiene en cuenta que “no se reputarán como domicilio de los que se encuentren o residan en ellas accidental o temporalmente” (Código Penal, art. 557), que los hosteleros, fondistas o mesoneros conservan una llave de la habitación y no puede decirse que hayan perdido la posesión de la misma, y que tienen derecho de retención sobre los efectos depositados (Código civil, art. 1.780), parece que puede procederse a inventariarlos a instancia del dueño del hotel o pensión; pero precisamente porque éste tiene una llave de la habitación, el acta no puede acreditar que no había más objetos que los inventariados, con lo que pierde casi toda su utilidad.

B) *Actas de mera percepción de documentos.* La especial naturaleza de estas cosas que son los documentos, hace que las actas de mera percepción referentes a ellos presenten problemas específicos, y copias, testimonios o traslados son de competencia exclusiva ajena: como más importante el de la *competencia funcional*. Los Notarios no pueden levantar actas de mera percepción —ni expedir testimonios por exhibición— de una serie de documentos públicos originales cuyas

copias, testimonios o traslados son de competencia exclusiva ajena: de otros Notarios, Registradores de la Propiedad, Secretarios de Entidades Locales, Encargados del Registro Civil y, en general, los pertenecientes a la esfera judicial; pero sí pueden librar testimonios por exhibición, autenticar fotocopias y ejercitar en su suma su función, respecto de las certificaciones, testimonios o traslados que han expedido tales funcionarios.

Protocolo a cargo de otro Notario. La Resolución de 17 de noviembre de 1962 entendió que estaba justificada la denegación de funciones por parte de un Notario al que se había requerido para que a la vista de los protocolos de otro Notario levantase acta sobre si aparecía una nota de sustitución y sobre la letra en que estaban escritas las matrices; alega la Dirección General el secreto del protocolo; aun sin ello, está el art. 222.1 del Reglamento: "Sólo el Notario en cuyo poder se halle legalmente el protocolo, estará facultado para expedir copias u otros traslados...", exclusividad que se extiende a cualquier medio de comunicación del protocolo.

Libros del Registro de la Propiedad. "Los Registradores de la Propiedad —dice el art. 335 del Reglamento Hipotecario— son los únicos funcionarios que tienen facultad de certificar lo que resulte de los libros del Registro"; la publicidad formal se lleva a cabo conforme a los arts. 221-237 de la Ley Hipotecaria y 332-355 de su Reglamento, y ante la negativa del Registrador cabe el correspondiente recurso (Ley Hipotecaria, art. 228), pero no requerir a un Notario para que levante acta del contenido de los asientos registrales.

Documentación de las Entidades Locales. La Resolución de 14 de diciembre de 1978 confirmó la denegación de funciones porque "el verdadero requerimiento pretendido tenía por objeto que fuese el propio Notario quien, en base a una presunta aquiescencia previa del funcionario municipal, posteriormente desmentida por el Secretario de modo expreso, levantase acta del contenido del expediente administrativo en cuestión, a lo que se opuso el Notario, fundando razonablemente su negativa en la circunstancia de estar atribuida al Secretario del Ayuntamiento, con carácter excluyente, la función certificante de tales expedientes, por su condición de fedatario en el ámbito de la Administración Local, proclamada en las numerosas disposiciones que rigen en la materia"; hoy texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, art. 162.1: "La función

de la Secretaría comprende: ... b) La fe pública de todos los actos y acuerdos.”

Libros del Registro Civil. “El Encargado y, por su delegación, el Secretario son los únicos funcionarios que pueden certificar de los asientos del Registro” (art. 17.1.1 del Reglamento); la publicidad formal se rige por los arts. 6 y 7 de la Ley del Registro Civil y 17-40 de su Reglamento; contra la negativa cabe también recurso (Reglamento, art. 25).

Documentos judiciales. Podríamos también citar la Ley Orgánica del Poder Judicial, art. 281.1: “El Secretario es el único funcionario competente para dar fe con plenitud de efectos de las actuaciones judiciales, correspondiéndole también la facultad de documentación en el ejercicio de sus funciones...»; pero es suficiente el art. 1.º-1 de nuestra Ley Orgánica del Notariado, que limita la función notarial al ámbito extrajudicial.

La enumeración que precede no es exhaustiva; cfr., por ejemplo, *libros del Registro Mercantil*, art. 38.2 de su Reglamento: “La certificación será el único medio de acreditar fehacientemente el contenido de los asientos del Registro”; *libros del Registro de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento*, artículo 78 de la Ley, etc.

Dentro del esquema que hemos trazado en general para las actas de mera percepción de cosas destacaremos, respecto de las de documentos, la importancia práctica que tienen algunas actas para acreditar la persona que tiene esos documentos o el lugar en que se encuentran; ambas modalidades están expresamente previstas en el ya citado artículo 207.2 del Reglamento: “Este tipo de acta será utilizable, entre otros supuestos: 1.º Para dejar constancia en el protocolo de la existencia de cosas o documentos en poder de una persona o en un determinado lugar.”

Las actas para determinar la *persona* que posee unos determinados documentos tiene especiales aplicaciones en materia de letras de cambio; a efectos, por ejemplo, de cancelación de condición resolutoria explícita y del mismo protesto de las letras.

En las compraventas con precio aplazado, representado por letras de cambio y garantizado con *condición resolutoria explícita* de la venta, interesa al comprador que ha pagado la cancelación registral de tal condición; y a fin de evitar un nuevo otorgamiento del vendedor se ha difundido en la práctica la cance-

lación mediante acta notarial que acredite que las letras están en poder del comprador; el pacto contenido al efecto en la escritura de compraventa fue considerado válido por la Resolución de 28 de noviembre de 1978, y la Resolución de 30 de mayo de 1980 admitió este procedimiento cancelatorio aunque no estuviese expresamente previsto en la escritura de compraventa.

Los beneficiosos efectos que estas actas han tenido en el tráfico jurídico, al contribuir a la limpieza del Registro de cargas inexistentes, pueden verse disminuidos por el excesivo rigor que en materia de reseña de las letras han seguido las Resoluciones de 21 de julio y 3 de diciembre de 1986.

La Resolución de 28 de noviembre de 1978 había puesto de manifiesto, al respecto, la *función asesora* del Notario: "Considerando que la importancia de esta cuestión por el número de compradores a los que afecta y su intento de resolverla, dado que en la mayor parte de las adquisiciones, sobre todo de pisos, no se satisface el precio de una sola vez, resalta uno de los aspectos de la función notarial, que no sólo da autenticidad al documento redactado, sino que además en su función asesora y materializadora de la voluntad de las partes, el Notario intenta construir y dar solución jurídica a las dificultades y problemas que la realidad de la vida ordinaria ofrece con la protección de todos los intereses en juego."

La Ley Cambiaria y del Cheque afirma en el art. 51.1 que "la falta de aceptación o de pago —de la letra de cambio— deberá hacerse constar mediante *protesto*..."; y, en efecto, el protesto por falta de aceptación acredita el estado de no aceptada de la letra, pero el protesto por falta de pago sólo acredita que la letra está en poder del tenedor, y de este hecho y de la naturaleza de título de rescate de la letra es de lo que resulta acreditado que no está pagada; lo que ciertamente no agota el tema de la naturaleza jurídica del acta de protesto.

En cuanto al *lugar* en que los documentos se encuentran, como complemento a lo dicho respecto de las cosas en general es conveniente aclarar que son lugares públicos los tableros de anuncios o locales habilitados para exposición al público de las diversas oficinas de la Administración pública, y el Notario puede, en consecuencia, levantar actas de mera percepción de los documentos allí exhibidos y su contenido, o actas negativas, de que no lo están, sin necesidad de obtener autorización alguna ni de dar a conocer su condición.

Resolución de 16 de mayo de 1913; acta levantada en la Universidad de Granada, en el local en que se exponían los trabajos de las oposiciones a Maestras; “Considerando: que no cabe negar sea materia de acta notarial el hecho para el que fue requerido el Notario, puesto que los trabajos escritos estaban expuestos al público, según lo que dispone el artículo 19 del Reglamento de oposiciones a Escuelas públicas de 3 de junio de 1910, y sin perjuicio del procedimiento especial que regula las protestas de los opositores, porque la intervención notarial se limita a hacer constar de una manera auténtica los hechos y circunstancias que los Notarios presencien, y puede ser necesaria esa autenticidad para fundamentar el derecho a la protesta que se reconoce a los opositores.”

Resolución de 3 de mayo de 1984, relativa a un Ayuntamiento; los Notarios “pueden hacer constar en acta de presencia... la comprobación por el Notario, a requerimiento de los particulares con interés legítimo, de hechos que podrían ser igualmente apreciados por los propios interesados (por ejemplo, el hecho de estar expuestos o no al público en un momento y lugar determinados, ciertos documentos u objetos) sin que la intervención del Notario pueda ir más allá de la mera constatación del hecho”.

Estos criterios no pueden extenderse a la Administración de Justicia, en que la fe pública está atribuida exclusivamente a los Secretarios Judiciales. La *Resolución de 16 de marzo de 1963* da por supuesta la inadmisibilidad de un requerimiento al Notario para que compareciera en la Fiscalía del Tribunal Supremo y testimoniase determinados documentos.

Las actas de *inutilización* de documentos están también dotadas de interesantes efectos: la cancelación de hipotecas en garantía de títulos al portador puede efectuarse mediante acta notarial en que se haga constar que están recogidos y en poder del deudor los títulos, debidamente inutilizados (Ley Hipotecaria, art. 156, 2, 4 y 5), y también para cancelar las garantías de la emisión de obligaciones por las Sociedades Anónimas “será necesario presentar y estampillar los títulos correspondientes o inutilizarlos, sustituyéndolos por un duplicado cuando subsista el crédito sin la garantía” (Ley de Sociedades Anónimas, art. 131.1), y la amortización por pago o por compra de las obligaciones en Bolsa “se hará constar en instrumento público en el que se expresará... que los títulos han sido recogidos o inutilizados, debiendo

dar fe el Notario de que se le han exhibido los títulos inutilizados o de que lo han sido a su presencia” (Reglamento del Registro Mercantil, artículo 131.2).

Resolución de 24 de noviembre de 1982; amortización de 1.700.000 bonos: “al tratarse de un volumen exorbitante de títulos a amortizar, existe una imposibilidad absoluta por parte del Notario de cumplir la exigencia establecida en el artículo 131, 2.º, del Reglamento del Registro Mercantil”, lo que “obliga a examinar si ante la señalada imposibilidad cabe el que puedan arbitrarse en su defecto otros procedimientos”. La solución, lógicamente, es afirmativa.

El artículo 207.2 se refiere, finalmente, a dos tipos de actas de exhibición de documentos —introducidos en la reforma reglamentaria de 1984— que tienen como nota común el *posibilitar una actuación extraprotocolar* del Notario: “Este tipo de acta será utilizable —nos dice—, entre otros supuestos”:

— “2.º Para hacer constar la existencia de un documento no notarial cuyas firmas legitime el propio Notario autorizante, que vaya a surtir efectos solamente fuera de España en país que prevea o exija dicha forma documental.”

Dada su importancia precisamente en el ámbito internacional en que se mueve esta Jornada, estas actas serán uno de los puntos sometidos a debate, por lo que trataremos de ellas al final de la presente Ponencia.

— “3.º Para efectuar, conforme al artículo 262 de este Reglamento, el reconocimiento de la propia firma puesta con anterioridad en un documento que, a juicio del Notario, quedará suficientemente reseñado en el acta, o unido a ésta, original o por fotocopia.”

“Entre la legitimación de firma directa (firma puesta a presencia del Notario) y la indirecta (firma conocida por el Notario o comprobada por éste mediante cotejo) —escribí en otro lugar—, existe un tipo intermedio: la firma puesta anteriormente, y reconocida por el firmante ante el Notario. Esta *firma confesada* requiere, claro es, una nueva firma ante el Notario para llevar a cabo la confesión, lo que tiene lugar mediante acta de exhi-

bición de que trata este número 3.º; su regulación era indispensable, porque al exigirse en numerosos casos la legitimación directa (art. 262) había que prever que, por descuido o ignorancia, la firma hubiera sido puesta con anterioridad y el suscriptor compareciese ante el Notario para reconocerla” (28).

Art. 262 (redacción vigente, de 1984): “Sólo podrán ser legitimadas cuando sean puestas a presencia del Notario o reconocidas conforme al número tercero del párrafo segundo del artículo 207 las firmas de letras de cambio y demás documentos de giro, de pólizas de seguro y de reaseguro, talones de ferrocarril y, en general, las de los documentos utilizados en la práctica comercial o regidos por disposiciones especiales, así como las firmas de los que, pudiendo ser legitimados conforme a los artículos 258 y 259, contengan declaraciones de voluntad.”

“Entre otros supuestos”; el art. 207.2, lejos de pretender un carácter exhaustivo, admite que puedan existir o crearse en la práctica otros supuestos semejantes. Ejemplo, si el que hubiere de suscribir un documento que haya de ser legitimado no sabe o no puede firmar “previa su identificación —dispone el artículo 263—, imprimirá su huella digital en la forma prevenida en el artículo 191 de este Reglamento, a presencia del Notario, quien lo hará constar así en el testimonio”; si la identificación del firmante se hiciere mediante testigos de conocimiento, “uno, cuando menos, deberá saber firmar y firmará” (art. 185), y el sitio más adecuado para hacerlo es precisamente un acta de las que estamos estudiando.

C) *Actas de mera percepción de personas.* Las actas referentes a las personas exigen necesariamente su identificación, y la identidad de una persona sólo puede resultar de un juicio; no caben, por tanto, actas de mera percepción de personas más que si ese juicio es considerado como hecho, que al fin y al cabo es lo que quiere indicar la expresión tradicional de “fe de conocimiento”.

Hecha esta salvedad, el supuesto más conocido de acta de mera percepción referente a una persona es la que tiene por finalidad acreditar su *existencia*, regulada en el artículo 200 del Reglamento, redac-

(28) “La reforma de 1984 y el instrumento público” (Introducción —páginas V-XXIX— a la edición de 1984 del *Reglamento Notarial*), por la Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España; las palabras citadas, en página XXI.

ción de 1984: “Serán también materia de actas de presencia... Segundo. El hecho de la existencia de una persona, previa su identificación por el Notario.”

En el mismo sentido, el Reglamento del Registro Civil, artículo 363.2: “La vida se acredita también ... por acta notarial de presencia» (redacción del Real Decreto 1917/1986, de 29 de agosto).

“Advirtamos —comentaba la reforma de 1984— que el nuevo art. 200.2.º regula con mayor amplitud esas *actas* que tienen por objeto acreditar el *hecho de la existencia de una persona*; el anterior art. 201 parecía dar a entender que sólo la misma persona podía instar el acta, cuando también un tercero puede tener interés legítimo en ello; piénsese en los seguros de vida, sustituciones fideicomisarias, condiciones (*facti* o *iuris*) consistentes en que una persona esté viva en un momento determinado, etc... A los fines indicados también se puede seguir utilizando el *testimonio*, conforme al art. 251.1, en este punto inalterado (“certificar de existencia”) (29), pero no el *acta de notoriedad*, como a veces se dice, que, por su misma naturaleza, podrá acreditar la existencia de una persona en un tiempo pasado, pero no el hecho de su existencia actual.

La *identidad* de la persona —tan trascendente desde el punto de vista notarial— ha intentado a veces resolverse, de manera más o menos perfecta, mediante algún tipo de documento notarial, generalmente de índole extraprotocolar, pero que también podría ser un acta notarial. La cuestión se planteó en nuestro país ante la total inutilidad a efectos identificadores de la antigua cédula personal, pero actualmente, dada la perfección del Documento Nacional de Identidad, sólo puede tener interés respecto de la identificación de los extranjeros.

Comisión de 1930, Base 2.ª-2: “Son funciones propias o privativas del Notariado las siguientes: ... f) Y certificar de la existencia o de la identidad de las personas, carnet notarial de identidad...” Ya la Ponencia de MATEO AZPEITIA, Base 2.ª-2: “Son funciones propias o privativas del Notariado las siguientes:

(29) “La reforma de 1984 y el instrumento público”, citado en la nota anterior; las palabras citadas, en pág. XV.

... e) Y certificar de la existencia o de la identidad de las personas —carnet notarial de identidad—...”

El Documento Nacional de Identidad parece tener pretensiones exclusivistas; art. 1.º-1: “El documento nacional de identidad es el documento público que acredita la auténtica personalidad de su titular, constituyendo el justificante completo de la identidad de la persona” (redacción dada por el Real Decreto 1245/1985, de 17 de julio, al citado artículo del Decreto 196/1976, de 6 de febrero, que regula el documento nacional de identidad).

Dentro de la Unión Internacional del Notariado Latino, primero la Sección del Mercado Común y después la Comisión de Asuntos Europeos han estudiado, en efecto, la posibilidad de emitir una especie de “certificado de identidad y capacidad”.

“La identidad —escribe MADRIDEJOS— no puede entenderse en el sentido de ‘identificación’ o ‘conocimiento’. Esto implica una afirmación de que la persona que comparece, que está físicamente presente ante el autorizante del documento contractual, es precisamente la persona que se menciona en el mismo documento, que se individualiza por su nombre y apellidos. Esta apreciación requiere una inmediatez que no puede ser sustituida por otro documento anterior en el tiempo.

“La identidad que puede ser declarada previamente es la determinación de las circunstancias de la persona: edad, estado civil, régimen matrimonial, profesión, vecindad, domicilio, u otras que pueden influir en su esfera jurídica.

“Estas circunstancias deberán establecerse por el Notario autorizante de la ‘declaración de identidad’ conforme a sus propias normas, pero es conveniente mencionar los elementos (declaraciones, documentos, etc.) en que se apoya” (30).

De los certificados de capacidad tendremos que ocuparnos más adelante.

Y también pueden ser objeto de acta de mera percepción cualesquiera *estados o circunstancias físicas* de la persona, su *presencia en determinados lugar y tiempo*, etc., actas que no tienen particularidad cuando esa persona es el mismo rogante de la actuación notarial, pero

(30) JOSÉ MADRIDEJOS SARASOLA, “Medios de acreditar la identidad y la capacidad de los extranjeros”, en *Noticias CEE*, núm. 15, abril 1986, páginas 103-106; las palabras citadas, en pág. 105.

que en otro caso deben ser miradas con mucha cautela para respetar los derechos constitucionales “al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen” (art. 18.1).

Es clásico en nuestra doctrina el trabajo de BELTRÁN FUSTERO (31), que puede consultarse también con utilidad para otras cuestiones que ya hemos tratado, como recogida de conversaciones, examen de propiedades ajenas, etc.

En el Derecho actual es fundamental la *Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo*, sobre protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

Estas actas han podido utilizarse, en circunstancias totalmente anómalas, en defensa de los derechos humanos (coartada contra acusación injusta, supuestos de tortura, etc.), y también en defensa de los derechos civiles: acta que acreditaba el estado de semiinconsciencia de una persona, levantada a instancia de sus padres a fin de preservar su libertad de no contraer matrimonio, etc. Claro es que en una situación normal de estado de Derecho no pueden darse aplicaciones tan llamativas.

D) *Actas de mera percepción de actos humanos*. Son también muy frecuentes las actas de mera percepción por el Notario de actos humanos:

— puede tratarse de *actos del mismo rogante* que son los que presentan menos problemas;

Ejemplo: el cónyuge rogante se presenta el día y la hora señalados en el domicilio de su consorte a hacer uso de su derecho de visita respecto de sus hijos; el domicilio está cerrado;

— y también tratarse de *actos de otra persona*; en principio la función habrá de denegarse mientras no haya un interés legítimo de entidad suficiente para inmiscuirse en la esfera jurídica ajena; la denegación no tendrá excepciones en los casos en que tal intromisión afecte al honor, intimidad o derecho a la propia imagen de esa persona.

BELTRÁN FUSTERO: “Abiertos al público están los comercios, cafés y bares, y, sin embargo, un Notario no debe levantar acta

(31) LUIS BELTRÁN FUSTERO, “El Notario ante la intimidad de la persona”, en *Revista de Derecho Notarial*, XXXVI, abril-junio 1962, págs. 317-339.

de que una señora compra determinadas cosas en el comercio X ni de que un caballero hizo unas consumiciones en el bar Z, y mucho menos de que le acompañaba una mujer... Acaso a la señora visitante del comercio le fuera indiferente, y lo mismo al caballero del bar..., pero por respeto a su intimidad nada de eso debe figurar en un acta notarial, salvo si los interesados prestan su consentimiento, para lo cual habrá que solicitarlo en forma." Sin embargo: "En ciertos casos será lícito consignar en acta notarial que el señor X estaba a tal hora de cierto día en el lugar Z realizando determinada actividad, sin permiso suyo y ni siquiera previa consulta; porque es lícito requerir al Notario para levantar acta de que alguien realiza trabajos agrícolas o de otra índole en finca del requirente (caso frecuente cuando se discute sobre la propiedad de una finca) e incluso en fincas ajenas si dicha actividad es lesiva para los intereses de quien requiere (riego por alguien de finca propia en época de escasez de agua, que obliga a racionar su uso, si lo hace en momento que no le corresponde). En estos supuestos no hay por qué pedir al infractor su consentimiento para reflejar en el acta un hecho del que es protagonista, a lo que se negará para dificultar la prueba" (32).

— pero lo más frecuente es que se trate de *actos del mismo rogante y de los actos de respuesta de otra persona*, generalmente obstativos de aquéllos;

Puede el rogante intentar *ejercitar un derecho*, o lo que cree tal; es el supuesto del derecho de visita, antes citado, cuando el consorte no le entrega los niños; o del derecho de información que le corresponde como accionista de una Sociedad Anónima (S. de 10 de mayo de 1986); o el caso de la persona que, acompañada del Notario, se presenta a trabajar en su centro de trabajo, o a abrir su puesto en el supermercado, etc., a fin de que conste en acta la negativa del empleador, encargado, etc.

Otras veces el rogante intenta *cumplir una obligación*, por ejemplo, hacer un pago, que el acreedor, o el funcionario de la ventanilla, ni admite ni da el correspondiente recibo justificatorio que ha intentado pagar. O quiere hacer el pago *con determinadas protestas*, sin encontrar otro medio hábil para que quede constancia que ir acompañado del Notario; o conseguir deter-

(32) BELTRÁN FUSTERO, "El Notario ante la intimidad de la persona", citado en la nota anterior, págs. 333 y 334.

minadas *consecuencias jurídicas*, como la de obtener la subrogación en el crédito, en los supuestos del art. 1.210 del Código civil, con todos los derechos a él anexos, conforme al art. 1.212 del mismo cuerpo legal.

— cuando se trata de *presentación de documentos* en determinado lugar, se pueden dar los mismos problemas de competencia funcional, ya examinados; el artículo 1.º de la Ley Orgánica, al autorizar a los Notarios “para dar fe, ‘de los contratos y demás actos extrajudiciales’, al mismo tiempo que les veda el acceso a la esfera judicial —declara la *Resolución de 3 de mayo de 1984*, que ya hemos citado—, implícitamente les permite actuar en la esfera administrativa, como extrajudicial que es, si bien con la importante limitación de que tal actuación, según el propio artículo 1.º de la Ley del Notariado, ha de ser ‘conforme a las leyes’”.

En consecuencia, y según la Resolución que acabamos de citar, los Notarios “pueden hacer constar en acta de presencia la realización por los particulares de cuantas actuaciones les competan según las propias normas administrativas (por ejemplo, la presentación de instancias, escritos o documentos en los Registros de entrada o dependencias similares de cualquier oficina pública...)", doctrina confirmada por la *Resolución de 31 de julio de 1985*.

Una antigua *Resolución, de 25 de noviembre de 1926*, consideró admisible un acta notarial en la que se consignaba “el hecho de presenciarse (el Notario) la entrega por el requirente de los documentos al Secretario judicial u Oficial habilitado”, si bien añadiendo “que en este caso y en los análogos debió y no creo, sinceramente, que hoy pueda defenderse esta doctrina; debe el Notario participar a la autoridad judicial el requerimiento que se le hiciera para presenciarse y levantar actas en las dependencias judiciales, no sólo por respeto y cortesía a la citada de esperar otorgue, siempre que las circunstancias lo aconsejen y sea procedente, procurando no lastimar ninguna prerrogativa”. autoridad, sino también para recabar su consentimiento, que es la función notarial es extrajudicial, sin posibles excepciones; la mejor prueba, a contrario, la tenemos en el acta del art. 769 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de que luego nos ocuparemos.

Merece destacarse, como prueba de la utilidad que podrían tener en muchos casos estas actas notariales, la norma que contenía la venerable *Ley de Asociaciones de 1887*, equiparando a la presentación de los documentos el acta notarial acreditativa de la negativa del Registro.

Ley de Asociaciones de 30 de junio de 1887, art. 4.º-6: “En el caso de negarse la admisión de los documentos a registro, los interesados podrán levantar acta notarial de la negativa, con inserción de los documentos, la cual surtirá los efectos de la presentación y admisión de los mismos.”

Esta disposición no está vigente: Ley 191/1964, de 24 de diciembre, de Asociaciones, Disposición Final 1.ª.

El principal problema que presentan estas actas, en que el rogante de la función notarial pretende que conste en acta la respuesta de la otra parte a su propia actuación reside en su diferenciación de las actas de requerimiento y de ofrecimiento de pago con las que puedan corresponderse y, en consecuencia, en su admisibilidad; teóricamente la diferencia es clara; estas actas tienen que limitarse a narrar los hechos, los actos de una parte y los actos de la otra, sin entrar en pretensiones, interpelaciones, argumentos, etc., y en cuanto no sea posible guardar tan estrechos límites deberá denegarse la actuación; las actas de mera percepción constituyen, según dijimos, la manifestación primaria del acta notarial; de ella han ido naciendo otras manifestaciones más especializadas, como puedan ser esas actas de requerimiento y de ofrecimiento de pago y no es posible que, alterando el sentido de la marcha, se intente ahora llenar las funciones de las clases especiales de actas acudiendo a la figura genérica del acta de presencia; hay, pues, que proclamar un *principio de respeto a los tipos específicos de actas notariales*, porque quebrantaríamos el equilibrio trazado por el Reglamento entre los intereses de una y de otra parte; por ejemplo, privaríamos a la parte contraria del derecho al plazo reglamentario para contestar.

7. *Algunas actas concretas.* Esta riqueza de supuestos de las actas de mera percepción, merece ser completada con el examen de algunos supuestos concretos que nos parecen especialmente significativos.

A) *El acta del artículo 61 del Reglamento Notarial.* Al autorizar las escrituras, pero sobre todo al cumplimentar las actas de diversas clases, el Notario puede llegar a encontrarse en situaciones realmente difíciles; el problema alcanzó niveles insoportables en las actas electorales del pasado siglo, y junto al incremento de las sanciones penales, se introdujo un acta que facilitase y asegurase la persecución de los atropellos a que los Notarios se veían sometidos; el acta se generalizó a cualesquiera actuaciones notariales, aunque no fuesen de índole electoral y actualmente está regulada en el artículo 61 del Reglamento Notarial.

El procedimiento fue ya defendido en la *Gaceta del Notariado Español* en 1864; se introdujo en la Real Orden de 8 de abril de 1884, acogida con clamor por la prensa profesional; ascendió de rango, si bien limitada al Presidente de la Mesa electoral, con el Real Decreto de 26 de marzo de 1901; se extendió a todos los componentes de la Mesa en el art. 120 del Reglamento de 1917, de donde pasó al Reglamento de 1921, art. 179, y al art. 17 del Anexo IV al Reglamento de 1935. Su aplicación, fuera de las elecciones, a cualquier actuación de los Notarios, tuvo lugar en el Reglamento de 1921, art. 496, y se conservó en los arts. 61 de los Reglamentos de 1935 y vigente (33).

El artículo 61 del Reglamento nos dice: “El Notario requerido para ejercer su ministerio, a quien se impida o dificulte el libre ejercicio de sus funciones con injurias, amenazas o cualquier forma de coacción, lo hará constar, a los efectos de lo dispuesto en los artículos 258, 259, 260 y 265 del Código Penal, por medio de acta, que firmarán él mismo y los testigos concurrentes, y, en su caso, la persona o personas que se presten a suscribirla, de cuyo documento se sacarán tres copias que, dentro de las veinticuatro horas siguientes, serán remitidas al Juez de Instrucción, al Presidente de la Audiencia y a la Junta directiva del Colegio Notarial. Esta tendrá personalidad para ejercitar las acciones civiles y criminales que estime convenientes, incluso para interponer la querrela en nombre propio y en el del Notario. = De igual

(33) Puede verse mi trabajo “Las actas electorales en su perspectiva histórica”, en *Revista de Derecho Notarial*, XCV, enero-marzo 1977, págs. 297-402; especialmente núm. 4, “Grandeza y desventura” (págs. 312-322) y núm. 5, “La protección del Notario”, págs. 322-331.

modo se procederá, a tenor de lo dispuesto en el número 5.º del artículo 565 del Código Penal, cuando, sin incurrir en delito, se faltare al respeto y consideración debida al Notario. Además, el Notario podrá reclamar directamente, y bajo su responsabilidad, la asistencia de agentes de la autoridad, los cuales vendrán obligados a prestarla, con arreglo a sus respectivos reglamentos.”

La imparcialidad es, sin embargo, una de las características esenciales de la función notarial; el Notario no puede ser “parte”, no puede tener interés propio —aunque sea legítimo— en el documento que autorice; las excepciones que, raspando los artículos 22 y 27 de la Ley del Notariado, se contienen en los artículos 139 y 140 del Reglamento, se refieren siempre a escrituras, nunca a actas; ¿qué pensar de esta excepción que supone el artículo 61?, ¿qué opinar de este “monstruo de triple copia”, como le llamé en otra ocasión? (34). En tanto que desaparece de nuestro Reglamento, sólo nos cabe afirmar que no es un acta de mera percepción de hechos, que no es un acta de presencia, ni puede serlo, sino que es una simple acta de manifestaciones del Notario, idónea para desencadenar las actuaciones de la Junta, del Juez y del Presidente de la Audiencia, pero que sólo acredita el hecho de que el Notario ha emitido esas manifestaciones, no su verdad intrínseca.

Augura la pronta desaparición de este acta el que haya sido suprimida en materia electoral, aquella en que precisamente había tenido origen; el art. 17 del Anexo Cuarto del Reglamento, “Del ejercicio de la fe pública en materia electoral”, actualmente dispone: “En el caso de que se impidiere o dificultare a los Notarios su actuación, se estará a lo establecido en las normas electorales y, en todo caso, podrán aquéllos reclamar el auxilio de los agentes de la autoridad, quienes vendrán obligados a prestarlo con arreglo a sus respectivos reglamentos.= Cuando la gravedad de los hechos, a juicio del Notario, así lo aconseje, éste, *por medio de un simple escrito*, lo podrá en conocimiento de la Junta directiva de su Colegio a fin de que la misma pueda ejercitar, si lo estimare oportuno, las actuaciones pertinentes, e in-

(34) “Las actas electorales en su perspectiva histórica”, citado en la nota anterior, pág. 299.

cluso interponer querellas en nombre propio y en el del Notario.”

Resolución de 20 de febrero de 1974: “una cosa es la negativa más o menos razonada, pero correcta a facilitar tal acceso (del Notario a determinadas oficinas o dependencias) y otra muy distinta es que tal negativa vaya acompañada de injurias, amenazas o cualquier forma de coacción o que, sin incurrir en delito, se falte al respeto y consideración debidos al Notario”, pues sólo en estos casos procede la aplicación del art. 61 del Reglamento. También la *Resolución de 25 de marzo de 1916* se muestra contraria a la aplicabilidad del actual art. 61, por estimar “que lo realizado por el repetido Agente tan sólo tiene el carácter de desconsideración personal” (35).

B) *El acta del artículo 769 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.* Para exigir responsabilidad penal a los Jueces y Magistrados, los artículos 757 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal —y actualmente también el artículo 410 de la Ley Orgánica del Poder Judicial— exigen un antejuicio, y para promoverlo es preciso acompañar determinados documentos; ante tal situación, el artículo 769 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone: “Si el que promoviere el antejuicio por cualquiera de los delitos expresados en los artículos anteriores, no pudiese obtener los documentos necesarios, presentará a lo menos el testimonio del acta notarial levantada para hacer constar que los reclamó al Juez o Tribunal que hubiese debido facilitarlos o mandar expedirlos.” Este precepto, dictado en 1882, veinte años después de que la Ley Orgánica del Notariado hubiese separado la fe pública extrajudicial de la judicial, ha sido rectamente interpretado por la *Resolución de 18 de marzo de 1985:* no se trata de una mera acta de manifestaciones ni de un acta de notificación, ni tampoco de un acta de requerimiento, “pues ni el particular puede ‘intimar’ como dice el artículo 202, párrafo 1.º del Reglamento Notarial, al órgano jurisdiccional, ni el Notario trasladarle esa intimación, ya que la res-

(35) No sé si por influencia española, existe una norma semejante en el art. 53 del vigente Reglamento Notarial italiano de 1914: “Quando il notaio nell’esercizio delle sue funzioni sia ingiuriato o trovi resistenza, ne fa processo verbale, invitando le persona presenti a sottoscriverlo, e lo trasmette senza ritardo al pretore del mandamento. = Può anche, in caso d’urgenza, richiedere direttamente e sotto la propria responsabilità l’assistenza della forza pubblica.”

puesta, positiva o negativa, del Juzgado o Tribunal a lo que es una 'petición' debe hacerse mediante la oportuna resolución judicial, con la correspondiente intervención del Secretario, único funcionario competente para dar fe de las actuaciones judiciales"; por lo que "cabe deducir que se trata de un acta de presencia en la que el Notario tiene que adoptar una postura puramente pasiva, limitándose a recoger en el acta la actuación de su requirente, o sea, que es el particular quien, actuando por sí o por medio de Procurador, tiene que solicitar los documentos de que se trate, y quien ha de estar presente, por tanto, en la diligencia y llevar su parte activa, mientras que el Notario, después de haber dado a conocer su condición y el objeto de su presencia, levantará acta de la reclamación del requirente concluyendo así su cometido toda vez que el acta sólo acredita el hecho de que se ha efectuado esa reclamación de los documentos, pero no acredita que los documentos no hayan sido entregados, ni las causas por las que se negaron".

Entendida así como acta de mera percepción de un acto del rogante, es interesante consignar que esta Resolución encuentra "su razonable fundamento basado en que cuando se pretende exigir responsabilidad penal a un Juez o Magistrado, la fe pública dependiente del mismo conviene sea completada en algún modo por la fe pública independiente, esto es, por la fe notarial".

C) *El acta sobre incidencias ocurridas en actos públicos.* Si el acta del artículo 769 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que acabamos de examinar, completa las conexiones entre las actas notariales y la esfera judicial, las actas de que pasamos a hablar cumplen el mismo papel respecto de la esfera administrativa. Están actualmente reguladas en el artículo 198.2 del Reglamento Notarial: "Los Notarios no darán fe de incidencias ocurridas en actos públicos presididos por autoridad competente sin ponerlo en conocimiento de la misma; pero ésta no podrá oponerse a que aquéllos, después de cumplido este requisito, ejerzan las funciones propias de su ministerio."

Estamos ante el acta más antigua de nuestros Reglamentos Notariales; fue introducida por el Reglamento de 1862, art. 51, y completada por el Reglamento de 1874, art. 30, en el sentido de que la Autoridad no puede oponerse a que los Notarios,

después de cumplido el requisito de poner en conocimiento su presencia, puedan ejercer las funciones propias de su ministerio; de él pasa literalmente a los Reglamentos ulteriores (arts. 129/1917, 133/1921 y 198.2/1944, vigente) sin otra excepción que la omisión del Reglamento de 1935.

El artículo 2.º de la *Ley del Notariado* establece la obligatoriedad de la prestación de funciones notariales en los términos siguientes: “El Notario que, requerido para dar fe de *cualquier acto público* o particular extrajudicial, negare sin justa causa la intervención de su oficio, incurrirá en la responsabilidad a que hubiere lugar con arreglo a las leyes”; si “deben” prestar su función es que “pueden” hacerlo, que la función notarial se extiende a “cualquier acto público o particular extrajudicial”. “Mas —preguntaba RUIZ GÓMEZ—, ¿están facultados para hacerlo del mismo *acto público oficial* a requerimiento de una persona cualquiera o interesado? Conforme a la letra de este artículo segundo parece que sí; nosotros, sin embargo —añade RUIZ GÓMEZ—..., creemos que han de limitarse los fedatarios a testificar los últimos; es decir, los de los particulares, ocurran o no en los actos públicos. Si en este punto se interpreta la disposición del art. 2.º por lo que dispone el 51 citado del Reglamento (de 1862; hoy 198.2 de que estamos tratando), debe entenderse circunscrita a las incidencias de dichos actos *oficiales*, no comprensiva de éstos; pues en otro caso también acerca de ellos se habría consignado la prohibición que contiene el art. 51 referido. En tal inteligencia creemos ha de obrar el notario cuando se reclame su testimonio por una persona interesada; mas no si se le requiere por la autoridad administrativa para autenticar más solemnemente un acto público que ella presida, una subasta por ejemplo; lo que podrá verificar, no extendiendo diligencia alguna, sino concretándose a levantar el acta o actas correspondientes” (36).

Esta temprana interpretación del artículo 2.º de la *Ley* es plenamente acertada, y ello explica que se haya mantenido en los sucesivos

(36) J. EUGENIO RUIZ GÓMEZ, *Comentarios a la Ley del Notariado y su Reglamento*, Málaga, 1865, 364 págs.; las palabras citadas, en págs. 37-38. = Cfr. TEODORO AZAUSTRE TORRECILLA, “Acta de presencia en acto público presidido por autoridad (en un pleno municipal). Criterios de actuación (Notas)”, en *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, enero 1981, págs. 218-219.

Reglamentos. Una cosa es el acta del “acto público oficial”, que será levantada por quien corresponda, y no por el Notario, salvo que éste fuese requerido por el presidente del acto para extenderla; y otra cosa muy distinta es el acta de las “incidencias” ocurridas en el acto que interesen al requirente, que es a lo que se tiene que limitar el Notario: entrega de documentos, manifestaciones del mismo, reservas de derechos, protestas, etc. En todo caso, la intervención del Notario debe quedar ceñida al ámbito jurídico, sin dejarse manipular o instrumentalizar para otros fines, por ejemplo políticos, “reventadores” del acto, etcétera, por lo que debe advertir expresamente en el acta de rogación que en tal caso interrumpirá inmediatamente su actuación.

Este acta sobre incidentes ocurridos en actos públicos es la que ha dado origen a la intervención notarial en materia electoral.

Otra aplicación aparece en la ocupación de los bienes expropiados por el procedimiento de urgencia: “Los interesados pueden hacerse acompañar de sus peritos y un Notario” (artículo 52.3.ª, *in fine*, de la *Ley de Expropiación forzosa de 16 de diciembre de 1954*).

No recuerdo Resoluciones modernas sobre la presente acta. La *Resolución de 27 de noviembre de 1915* se ocupa de un supuesto en que se impidió al Notario, requerido por uno de los asociados, asistir al acto de elección de Presidente del Consejo de una Asociación (“Los Previsores del Porvenir”) y dar fe de las incidencias que en ella ocurriesen; según el informe de la Junta Directiva, “la Asociación mencionada no tiene carácter público, ni el Presidente de la misma o de sus reuniones puede ser considerado como autoridad, no siendo, por tanto, aplicables a este caso las reglas especiales dictadas para la intervención notarial en actos presididos por autoridades, sino las que regulan la capacidad de los Notarios para dar fe a requerimiento de parte de cualquier hecho que presencien y les conste, y por tanto, es una cuestión que afecta al derecho del requirente, no al Notario»; la Dirección resuelve de conformidad con el informe de la Junta. La *Resolución de 25 de marzo de 1916* se refiere a otro supuesto, en el que se impidió al Notario la asistencia a la subasta realizada por el Agente ejecutivo de bienes embargados propios del requirente; la Junta directiva informa que “el Agente ejecutivo no ejerce autoridad alguna, y por lo tanto no son de aplicación a los actos presididos por el mismo los preceptos del artículo 30 del Reglamento general

del Notariado" (de 1874), aceptando también la Dirección el informe de la Junta. La *Resolución de 30 de diciembre de 1919* declara "que los Notarios, aun cuando se les nieguen medios para el desempeño de su cometido, deben agotar los recursos que su buen juicio les sugiera para cumplir su misión"; se refería, en consulta, a un acta para hacer constar las incidencias de la sesión de un Ayuntamiento o de la Junta municipal.

D) *Actas complejas: las actas de mera percepción y de manifestaciones.* Las actas, como ya hemos dicho, no siempre se limitan a un tipo puro, sino que frecuentemente se reúnen en un solo instrumento público varios tipos de actas; comprobados, por ejemplo, unos daños en la primera diligencia del acta, se pasa en la diligencia segunda a requerir al supuesto culpable para que repare los daños causados, participándole incluso aquella comprobación.

Una modalidad de acta muy conocida es la que combina la mera percepción del Notario —impedido de hacer juicios periciales—, con las manifestaciones de un perito; están expresamente aludidas en el artículo 207.1 del Reglamento: "diferenciando lo que resulte de su percepción de lo que manifiesten *peritos* u otras personas presentes en el acto".

Es una mera aplicación de lo que podríamos llamar la regla de oro en la redacción del instrumento público: que se sepa en todo momento quién es el que está declarando.

También aparecen en el *Derecho comparado*; *Entre Ríos*, art. 61: "En los casos en que el escribano sea requerido para autenticar hechos, existencia de cosas y personas, o el estado de aquéllas, podrá dejarse constancia, además, de las declaraciones y juicios que emitan peritos, quienes se identificarán con sus documentos." *Anteproyecto argentino*, art. 50: "En los documentos a que se refiere el artículo anterior, podrá dejarse constancia de las declaraciones y juicios que emitan peritos, profesionales y otros concurrentes sobre la naturaleza, características y consecuencias de los hechos comprobados. Dichas personas podrán ser identificadas mediante la exhibición de documentos extendidos con esa finalidad por autoridad competente, los que se individualizarán en el texto documental."

El precepto de nuestro Reglamento, al igual que el Anteproyecto argentino, no se limita, sin embargo, a las declaraciones de peritos,

sino que rectamente añade “*u otras personas*”, entre las que están incluidos los expertos o prácticos, y los testigos; por tanto, las declaraciones *testimoniales*, lo mismo que las periciales, pueden completar la percepción del Notario.

La diferenciación entre lo que declara el Notario de mera percepción y lo que declaran peritos y testigos tiene, sin embargo, una gran trascendencia en materia de efectos (37):

Sentencia de 16 de mayo de 1983; culpa extracontractual; averías de mercancías por filtración de aguas causadas por obras en la parte superior del edificio; la sentencia da lugar al recurso de casación: “Que el error de hecho en que incurrió el juzgador de instancia, es manifiesto si se observa que, con independencia del contenido de la pericia que la propia acta notarial citada recoge, el notario autorizante hace expresa constancia de la comprobación ‘personalmente’ realizada de la existencia de conducciones de agua adosadas al techo del almacén del demandante, con numerosas filtraciones ‘que al dejar caer el agua sobre parte de las mercancías allí depositadas han afectado a las mismas, así como formado charcos de considerables dimensiones en el piso, estando dichas filtraciones manando abundantemente agua en el momento de mi visita’, observaciones rotundas, ignoradas por la sentencia impugnada, no obstante la autenticidad derivada de un hecho que el fedatario público ha constatado de presencia dentro de su específico cometido, de modo que a su vista ya no es aceptable —al margen de si el agua caída de las tuberías manaba del interior de éstas o simplemente seguía el curso de las mismas pero procediendo de otro lugar—, la afirmación hecha en la sentencia impugnada, de que ‘no puede reputarse probada cuál sea la causa de los daños’, una vez que tal causación física de los mismos en el sentido inmediato, al menos, de la expresión, sí que aparece auténticamente acreditada, sin perjuicio de que alcance o no a la totalidad de los reclamados y de la reprochabilidad que haya de hacerse a los

(37) Puede verse JOSÉ A. ESCARTÍN IPIENS, “El acta notarial de presencia en el proceso”, en *Revista de Derecho Notarial*, enero-marzo 1976, págs. 399-433, especialmente los capítulos “La inspección ocular del Juez y el Acta de presencia” (págs. 407-417) y “La prueba pericial en el Acta de presencia” (páginas 417-423); la eficacia de las actas notariales, según decíamos al comienzo de esta Ponencia, queda en general fuera de nuestro estudio.

demandados o a terceros o al propio actor, por su originaria causación.”

Sentencia de 14 de mayo de 1985; cesión de permiso de investigación minera; el cesionario había comenzado la explotación de la mina, según acta notarial cuya eficacia se impugna, sin que se dé lugar a la casación: “error de derecho en la apreciación de la prueba, cometido en criterio del recurrente al conceder valor demostrativo al acta de presencia de 5 de agosto de 1977, en la que se recogen las manifestaciones de ‘quien dijo ser facultativo’ de la ‘Mina Maruja’, expresivas de que ‘sí se está extrayendo carbón de la mina repetida, y quien la explota es ‘Hullas del Coto Cortés’”; impugnación que no puede prosperar, pues si bien las declaraciones vertidas en documento de esa clase carecen de auténtico rango testifical si no son ratificadas en el proceso, como la jurisprudencia tiene indicado reiteradamente..., no existe obstáculo legal para que el Juzgador las tenga en cuenta como un elemento de convicción más, integrado en el conjunto proporcionado por las actuaciones, pero sobre todo no cabe desconocer que el acta levantada da fe de las percepciones sensoriales del Notario, cuyas observaciones de hecho no pueden ser ignoradas..., al captar directamente los pormenores fácticos que el fedatario narra *de visu et auditu suis sensibus*, y fue ya enseñanza del derecho histórico que ‘toda carta que sea fecha por mano de escrivano público vale para probar lo que en ella dixere’ (ley 114, título XVIII, Partida tercera), siendo de advertir que en el caso de la presente controversia el Notario no se limitó a recoger lo manifestado por el técnico de la explotación en la ocasión referida, sino que además da constancia de que ‘observa que hay una máquina que está extrayendo tierras del suelo y un camión junto a ella y que hay un montón de lo que parece ser carbón’”; de manera que “las declaraciones hechas en las actas notariales... no están desprovistas por completo de valor cuando no han sido desvirtuadas por otros medios, ni puede prescindirse de lo que el Notario ha presenciado y percibido por sus propios sentidos”.

Esta diferencia de efectos es la que exige la individualización del autor de las respectivas declaraciones.

8. *Los problemas de técnica notarial.* Podemos ya pasar al examen de algunos de los problemas técnicos que presentan estas actas de mera percepción, lo que nos permitirá abreviar su exposición más

adelante, al tratar de otras clases de actas, ya que bastará con indicar, en su caso, las diferencias.

A) *La rogación.* El Notario “no podrá actuar nunca sin previa rogación de sujeto interesado”, según el artículo 3.º-1 del Reglamento; tiene necesariamente que proceder “*a instancia de parte*”, como dice el artículo 197.1 y repite el artículo 198.1; no cabe, pues, en ninguna de las actas que hemos estudiado, ni la actuación de oficio del Notario, ni la actuación en su propio interés personal.

Actuación de oficio; suele considerarse como tal el acta del art. 61 del Reglamento Notarial, en los supuestos en que se le impida o dificulte al Notario el libre ejercicio de sus funciones con injurias, amenazas o cualquier forma de coacción o se le falte al respeto y consideración debida; pero, según hemos indicado, no se trata de un acta de mera percepción, sino de un acta de manifestaciones del Notario, y no creemos tarde en ser sustituida por un “simple escrito”, como ha hecho en materia electoral la reforma de 1982.

Actuación en el propio interés personal; tampoco es posible, según demuestran los arts. 139 y 140 del Reglamento; la *Resolución de 15 de septiembre de 1920* ya se ocupó de la “supuesta participación de éste —del Notario— en protestas contra subastas de la misma Corporación en que, como fedatario, había intervenido”, así como de “su actuación como Letrado” en tales asuntos.

La imparcialidad esencial del Notario impide todas estas modalidades; el Notario no podría “recibir y registrar con fría fidelidad (*‘fredda fedeltà’*) los hechos humanos y naturales”, como exige GIRINO (38).

Las *principales características* que ha de reunir esta rogación son las siguientes:

a) Ha de tratarse de una rogación *previa*, anterior al comienzo de la actividad notarial tendente a la percepción de los hechos, sin que el Notario pueda consignar en acta hechos en los que estuvo pre-

(38) GIOVANNI GIRINO, “Le funzioni del Notaio”, en *Rivista del Notariato*, 1983, págs. 1057-1089; las palabras citadas, en pág. 1079.

sente sin haber sido requerido para presenciarlos; así lo exigen la exactitud de la narración del Notario, el carácter "activo" de su actuación en la comprobación de los hechos, y el mismo tenor literal del artículo 197.1, que pone por delante la rogación: "Los Notarios, a instancia de parte..."; no estamos, en realidad, ante una peculiaridad de las actas de mera percepción, o de las actas notariales, sino de un requisito común a cualquier manifestación de la función notarial exigido, como hemos visto, por el artículo 3.º del Reglamento.

GONZALO DE LAS CASAS estimaba, sin embargo, que "la línea divisoria" entre el acta notarial y el *testimonio de hechos* se encontraba precisamente en que para este último no era preciso el requerimiento "previo" al acaecimiento de los hechos, y ponía el siguiente truculento ejemplo: "Un Notario se halla en una reunión a donde ha concurrido sin que nadie lo requiera: se encuentra allí como simple particular, como uno de tantos de los concurrentes; cuestionan algunos entre sí, y un atrevido descubre un puñal, teniéndole en la mano, amenaza con él de palabra a otro de los concurrentes; todo esto lo ha presenciado el Notario; se introduce la confusión, y como ambos contendientes tienen partidarios, los unos afirman y los otros niegan; la prueba testifical es imposible; el hecho ha existido, pero la verdad no puede descubrirse; mas el ofendido observa que estaba presente un Notario, se acerca a él y le requiere para que dé fe en el acto del hecho que ha presenciado y le consta, y de las circunstancias con que ha sucedido, y de las palabras que se han pronunciado. El Notario no debe negarse a ello. Expedirá, pues, su testimonio sin concurrencia de testigos, porque el testigo público lo es él, que vale por dos. De la expedición de este testimonio es de lo que el Notario debe levantar acta, conforme al artículo 101 (del Reglamento de 1862), haciendo constar en ella que en aquel día ha expedido testimonio de aquel *hecho*, para que en todo tiempo recuerde, o mejor dicho, compruebe, que aquel testimonio fue efectivamente autorizado por él" (39).

Actualmente esta posición no es defendible, y no sólo porque los testimonios de hechos han desaparecido en términos generales, conforme al art. 251.5 del Reglamento de que ya tratamos, sino porque toda actuación notarial exige la previa rogación.

(39) JOSÉ GONZALO DE LAS CASAS, "Las actas notariales", en *Gaceta del Notariado*, 1863, núms. 16, 17, 18 y 19; las palabras citadas, en núms. 18, pág. 285, y 19, pág. 299.

Alguna rara vez, quien se ha presentado en la Notaría para firmar una escritura, quiere que el Notario levante acta de que ello no ha sido posible por incomparecencia de la otra parte.

JOSÉ MARÍA SEGURA ZURBANO, que me ha planteado el tema al contestar a la encuesta convocada para la redacción de esta Ponencia, estima que el que está presente tiene interés legítimo, o para evitar sus responsabilidades o para exigir las a la otra parte, ya que pueden existir incluso importantes cláusulas penales; pero que la autorización del acta no es posible por falta de requerimiento previo; otra cosa sería si la rogación del acta la hubiera efectuado el día anterior.

Quizá sea posible menos rigor; el frustrado otorgante de la escritura en realidad ha requerido al Notario para su autorización al llegar al despacho; si la escritura llega a firmarse, esa rogación queda absorbida por la comparecencia de la escritura, y no es preciso levantar acta; en el caso contrario, de que la escritura no llegue a firmarse, aquella rogación —previa, aunque verbal— puede llevarse a un acta, en la que se haga constar su resultado; esto es, que la escritura no llegó a firmarse por incomparecencia de la otra parte en el período de tiempo en que se la haya esperado.

b) La rogación ha de ser *determinada*, para “actos u operaciones determinadas” (Resolución de 28 de mayo de 1919), referida “a un acto concreto, público o privado, y extrajudicial” (Resolución de 12 de julio de 1929); no son admisibles, por tanto, ni las rogaciones indeterminadas (Resolución de 28 de mayo de 1919, ya citada: “para que esté a su disposición en ese día desde las nueve a las doce y desde las dieciséis a las diecisiete”), ni las rogaciones ambiguas (Resolución de 21 de noviembre de 1980, que entiende que en tal caso la negativa del Notario no es definitiva, pues puede rectificarse en el caso de que se aclaren y precisen los términos del requerimiento).

Esta doctrina de la determinación de la rogación se formuló con motivo de los requerimientos electorales (Rs. de 3 de marzo de 1914, 5 de febrero y 18 de diciembre de 1920, 19 de abril de 1924 y 18 de mayo de 1925), en que los requerimientos genéricos y masivos pretendían dejar sin Notarios a los otros candidatos. Pero pronto pasó —en las Resoluciones antes citadas— a tener un alcance general.

Rogación indeterminada equivale, en efecto, a falta de rogación previa, y el Notario no puede aceptarla porque obraría totalmente a ciegas; no es admisible, por tanto, dejar para el acto de la diligencia la concreción de la rogación, ni ampliarla o modificarla durante el mismo; pero ello sólo debe exigirse con rigor en las actas de mera percepción referentes a actos humanos —y mucho más, claro es, en las de notificación y requerimiento—, pero no en las de mera percepción de cosas del mundo exterior.

GARCÍA-BERNARDO: "Por ser previa la rogación, no es viable que el requirente acompañe al Notario y le vaya diciendo lo que debe hacer constar o no en la diligencia,... ya que va rogando la función en la propia diligencia, o al menos, y esto es evidente, va matizando, va aclarando, va concretando, va precisando la rogación, la súplica, el *petitum*, en la diligencia y no previamente en el acta, en la comparecencia" (40). Ello es cierto en general; pero, por ejemplo, en las actas de mera percepción de cosas no hay ningún inconveniente en que el rogante acompañe al Notario y le concrete la rogación, sino que puede, incluso, ser ventajoso.

c) La *licitud* de la rogación viene exigida de una manera general por el artículo 145 del Reglamento, que al estar incluido en un capítulo general es también aplicable a las actas, según reiteradamente ha declarado la Dirección General; la *Resolución de 3 de julio de 1963*, por ejemplo, nos dice que el Notario "podrá negarse al requerimiento o autorización (se trataba del acta de mera percepción por el olfato, ya referida) cuando a su juicio existan causas legales o morales, con arreglo al artículo 145 del mismo Reglamento, quedando a los particulares interesados el derecho de entablar, al amparo del repetido artículo 145, el recurso ante el Centro Directivo". Ahora bien, dentro de las actas que estudiamos esta doctrina sólo es aplicable a las actas de mera percepción de actos humanos, que pueden ser, desde luego, ilícitos o inmorales, y en parte a las referentes a las personas, pero

(40) ALFREDO GARCÍA-BERNARDO LANDETA, "Las actas y los requerimientos notariales, sus problemas deontológicos y reglamentarios", en *Revista de Derecho Notarial*, LXXIX, enero-marzo 1973, págs. 261-348; las palabras citadas, en pág. 313.

no a las actas de percepción de cosas, porque las cosas, consideradas en sí mismas, son ajenas a tales juicios de valor.

En contra GIMÉNEZ-ARNAU: “Lo cierto es que el acto, aun ilícito, o sea, antijurídico, no deja de producir consecuencias jurídicas y en tal sentido es un hecho jurídico; por lo cual el deber del Notario será impedir la producción del delito, con los medios disuasorios o coactivos a su alcance; pero si el hecho ilícito se produce, pese a la oposición del fedatario, podrá consignarlo en acta, que será testimonio auténtico en que se apoye la denuncia a la autoridad competente, que el Notario vendrá obligado a formular.”

Esta doctrina tiene importantes precedentes; SANCHO-TELLO había escrito que las actas se referían a hechos presenciados por el Notario, “ya sea el hecho lícito o ilícito”; LÓPEZ PALOP le criticaba por “demasiado amplio”, pues “los actos ilícitos podrán ser... materia de acta, los ajenos, pero de ninguna manera los propios”, distinción que fue aceptada por SANAHUJA: “El notario no puede levantar acta de un hecho ilícito del requirente, pero sí de otras personas.” Estas opiniones sólo significan, posiblemente, un arrastre de la situación reglamentaria anterior; la doctrina del actual art. 145 no aparece hasta el Reglamento de 1921 (art. 249) y sólo para las escrituras; es el Reglamento de 1935 el que le da una colocación sistemática general, aunque su letra —lo mismo que el vigente— se refiere también solamente a las escrituras.

En la situación actual el requisito de la licitud parece claro; el Notario no puede aceptar una rogación para presenciar un acto ilícito, ni del rogante ni de un tercero; y si durante su actuación se produce un delito, tampoco podrá consignarlo en el acta, por caer fuera de los límites de la rogación y de su competencia; su obligación de denunciar se rige por las normas generales.

“Al Notario le queda —concluyen acertadamente GONZÁLEZ ENRÍQUEZ-MANRIQUE-MOLLEDA— la constatación de los resultados materiales, perceptibles por la vista, causados por el acto ilícito; por ejemplo, para fines de indemnización de daños y perjuicios” (41).

(41) GIMÉNEZ-ARNAU, *Derecho Notarial*, citado en nota 3, pág. 725; VICENTE SANCHO-TELLO Y BURGUETE, *Redacción de instrumentos públicos*, 2.^a ed., 1926, t. II, pág. 476; LÓPEZ PALOP, *Legislación Notarial*, citada en nota 4, pág. 315; SA-

d) El rogante deberá tener *interés legítimo*, según la norma general del artículo 197.2.1.^a, requisito que si en algunas actas especiales, y también en las de mera percepción relativas a las personas, puede proporcionar dudas y problemas, y hasta justificar, como indica SEGURA, una parte expositiva del acta (42), apenas tiene entidad en las actas de mera percepción de cosas, por lo que puede aceptarse en cuanto a ellas la postura de ESCOBAR DE LA RIVA, en términos generales rechazable: “entendemos en principio que el Notario debe ser amplio en punto a aceptar requerimientos, porque éstos, de por sí, son diligencias provisorias que nada prejuzgan” (43) o mejor, simples medios de prueba.

B) *El Notario y la rogación*. El Notario tiene que depurar la rogación que se le hace, averiguar cuáles son las finalidades prácticas que el rogante pretende, asesorarle sobre la idoneidad del acta solicitada para conseguirlas y sobre la mejor manera de lograrlas, realizar, en fin, sus tareas acostumbradas, si bien en términos mucho más elementales que lo que exige una escritura pública; el asesoramiento se hace más profundo respecto de algunas actas de mera percepción de documentos, a fin de que el rogante pueda obtener finalidades jurídicas concretas: cancelación de una hipoteca en garantía de títulos al portador, o de una condición resolutoria explícita de una compraventa, por ejemplo, solucionando los pequeños problemas que se planteen (pérdida de una letra, error en su numeración, etc.); o los problemas de más entidad; por ejemplo, cuando el procedimiento legal es de imposible aplicación y hay que idear otro que le sustituya —supuesto de la *Resolución de 24 de noviembre de 1982*, ya citada—, e incluso crear un acta adecuada a una necesidad práctica inatendida, acta que con el tiempo quizá adquirirá tipicidad social y hasta tipicidad legal; caso que comentaba la *Resolución de 28 de noviembre de 1978*,

NAHUJA, *Tratado de Derecho Notarial*, citado en nota 5, t. II, pág. 12, y GONZÁLEZ ENRÍQUEZ-MANRIQUE-MOLLEDA, “Comprobación notarial de hechos”, citada en nota 4, pág. 328.

(42) SEGURA ZURBANO, “Las actas y los requerimientos notariales”, citado en nota 18, págs. 512-513.

(43) ESCOBAR DE LA RIVA, *Tratado de Derecho Notarial*, citado en nota 9, página 465.

también citada con anterioridad. La rogación habrá quedado determinada, y su licitud y el interés legítimo del rogante, comprobados.

Las mismas actuaciones tendrá el Notario, según dispone el artículo 147.2 del Reglamento, “en los casos en que se pretenda un otorgamiento *según minuta*”, precepto que, dada su colocación sistemática, es también aplicable, aunque con las debidas adaptaciones, a las actas.

Así lo ha reconocido la Dirección General, si bien refiriéndose a la redacción anterior al Real Decreto 1209/1984; por ejemplo, *Resolución de 3 de julio de 1963*: “en el supuesto de que los interesados entreguen proyectos o minutas para el instrumento público, el Notario puede, conforme al artículo 147 del Reglamento Notarial, revisarlos o rectificarlos, y si se insistiera en la redacción propuesta, podrá negarse al requerimiento o autorización, cuando a su juicio existan causas legales o morales, con arreglo al artículo 145 del mismo Reglamento”.

La autorización conforme a minuta es recomendable en las actas prelitigiosas.

Entretanto, el Notario tiene que ir asegurándose de lo que el artículo 197.2.1.^a del Reglamento Notarial llama “*la licitud de la actuación notarial*”, cosa que pudiera ser distinta de la licitud de la rogación en sí; una rogación lícita deberá ser rechazada por el Notario si no le es a él lícito atenderla, por ejemplo, por estar fuera de los límites de su propia función. Aunque sean suficientes las consideraciones que hemos hecho al tratar de los casos concretos, quizá convenga insistir en algunos puntos.

a) La función notarial es extrajudicial; toda intromisión del Notario en la *esfera judicial* está vedada; a lo más que puede llegar es a sus puertas, en el caso, tan excepcional, del artículo 769 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Este ámbito extrajudicial, y su coexistencia con los actos de instrucción judicial preventiva ha determinado dudas en algunos países sobre las posibles aplicaciones de las actas notariales de mera constatación. En España esta aplicabilidad es general; porque no existen “diligencias preliminares” —que es como se llaman entre nosotros— que puedan desempeñar una función semejante, ni aunque las hubiera podrían tener la agilidad suficiente

para actuar en el momento, tantas veces fugaz, en que se precisa; y sobre todo, porque nunca habría incompatibilidad, sino concurrencia de medios probatorios para la mejor formación de la convicción del juzgador.

La excepción está constituida por la *instrucción judicial penal*; a ella sin duda se refiere OTERO PEÓN con las siguientes palabras: “el Notario no tiene competencia para intervenir con su actuación en actos o hechos que estén *sub-judice*”. Claro está que el Notario puede no conocer esta circunstancia porque no lo manifieste su requirente y porque no resulte, implícitamente, de los mismos actos o hechos. En este supuesto podría actuar, pero si en el curso de su actuación apareciera la justificación o la alegación, reconocida por el requirente, de que tal circunstancia existe, deberá suspender su actuación y remitir copia de lo actuado al Juez correspondiente”.

“En esta línea —añade—, el Colegio Notarial de La Coruña, en un conflicto de jurisdicción planteado por un Juez de Instrucción porque un Notario había autorizado un acta de presencia en relación con la posición de un determinado automóvil que había sufrido un accidente, siendo así que ya estaba actuando la Guardia Civil. El Colegio Notarial —y su doctrina fue expresamente reconocida como correcta por parte del Juez— resolvió que en cuanto al Notario le constara que las actuaciones de la Guardia Civil eran elevadas al Juzgado correspondiente, tenía que parar su actuación y remitir copia de todo lo actuado al Juez de Instrucción” (44).

Es bien conocido, sin embargo, el levantamiento de un acta notarial en un aeropuerto, a las pocas horas de ocurrido un accidente de aviación que causó numerosos muertos; se trataba de determinar dónde faltaba una línea amarilla, si estaban o no iluminados ciertos carteles —especialmente el cartel “NO ENTRY”— y si los puntos de luz tenían o no iluminación. El acta tuvo difusión periodística y fue aportada a la Comisión Investigadora del Congreso; nadie planteó el problema de la competencia o incompetencia del Notario.

También en *Italia*, donde la cuestión fue tan discutida, se admite actualmente que “los notarios tienen una competencia general para redactar actas” (FERRARA), “una competencia genérica”, “fuera de los casos expresamente previstos” (MORELLO-FERRARI-SORGATO), en virtud de las palabras finales del art. 2.700

(44) OTERO PEÓN, “Comunicación”, citada en nota 15, págs. 510-511.

del Códice: "*e degli altri fatti che il pubblico ufficiale attesta avvenuti in sua presenza o da lui compiuti*" (45).

b) Ya nos hemos referido a la actuación notarial en la *esfera administrativa* al tratar de las actas de percepción y de entrega de documentos y a las de incidencias en actos públicos. Hay una evidente tendencia restrictiva a partir de la *Orden de 24 de junio de 1880*, que negó competencia al Notario para dar fe de la protesta que su rogante y otras personas tenían que presentar al Administrador subalterno de la Aduana de Suances, porque las disposiciones administrativas "marcan los trámites que deben seguir todos sus expedientes..., y a esos trámites y no a otros han de sujetarse dichos expedientes"; esta tendencia acaba en exclusión en la *Resolución de 16 de marzo de 1963*, que advierte al Notario "que en lo sucesivo, se abstenga de aceptar requerimientos que excediendo de la competencia notarial se interfieran en las esferas judicial y administrativa"; la equiparación que, como vemos, hace esta Resolución entre la esfera judicial y la esfera administrativa es equivocada; y en este sentido, la *Resolución de 3 de mayo de 1984*, "sin enjuiciar el grado de acierto que para sus respectivas épocas supusieron la Orden Ministerial y la Resolución citadas", declara:

— "que en el momento actual no puede mantenerse el rigor con que aquellas disposiciones deslindaban la esfera administrativa y la privada a los efectos de la intervención notarial sin que, por otra parte, tampoco pueda admitirse hoy una equiparación total entre ambas";

— que "al autorizar a los Notarios el artículo 1.º de su Ley Orgánica para dar fe 'de los contratos y demás actos extrajudiciales', al mismo tiempo que les veda el acceso a la esfera judicial, implícitamente les permite actuar en la esfera administrativa, como extrajudicial que es, si bien con la importante limitación de que tal actuación, según el propio artículo 1.º de la Ley del Notariado, ha de ser 'conforme a las leyes'";

(45) FRANCESCO FERRARA, "Il verbale di assemblea delle società per azioni", en *Rivista delle Società*, 1957, págs. 1-67; las palabras citadas, en pág. 6; A. MORELLO, E. FERRARI y A. SORGATO, *L'atto notarile*, Milano, Giuffrè, 1977, 532 págs.; las palabras citadas, en pág. 306; véanse también los trabajos de JANMARINO, GIULIANI y SERPI citados en nota 25.

— que el Notario puede levantar actas de percepción de documentos expuestos al público y actas de entrega de documentos en la forma examinada; pero no proceden las notificaciones y requerimientos a personas determinadas de la Administración, según veremos al tratar de esta clase de actas;

— “que, asimismo, ha de extremarse la prudencia en aceptar la intervención notarial en los casos en que el requirente invoque su situación de indefensión ante la Administración, pues aunque tal alegación sea hoy particularmente atendible conforme a los principios constitucionales, la facilidad con que aquélla puede utilizarse y, de hecho, se utiliza, hace aconsejable, en evitación de abusos, que, como mínimo, el requirente declare en el acta bajo su responsabilidad, hallarse en situación de indefensión, con indicación de en qué consiste ésta y la actuación, órgano o funcionario específicos que la originan”; sería en otro caso demasiado sencillo dilatar el ámbito de competencia de la función notarial.

Esta Resolución recoge, en buena medida, las opiniones que prevalecieron en el *Simposio Notarial 83*:

Ponencia IV: “Más discutibles se presentan *otras actas* (actas de presencia en edificios públicos, p. ej.). Ante la imposibilidad de detallar, señalaremos que, en todo caso, el Notario, en su actuación, debe tener presente siempre el Ordenamiento Administrativo y procurar, en difícil síntesis, conjugar el interés del requirente con el escrupuloso respeto a los estrechos cauces legales que el Derecho administrativo le impone, siendo su prudencia y buen sentido quien en cada caso le dictará la forma de proceder.”

Ponencia VII: “estas actas son *procedentes* tratándose de actas típicas, en el sentido de que, como tales actas ‘notariales’, vengan impuestas por una disposición legal o reglamentaria para un determinado efecto; cuando la Administración actúa como persona jurídica de Derecho privado (como arrendatario, como comprador, etc.); y cuando se trate de Servicios que, aunque públicos, hayan adoptado la forma de Sociedad Anónima, o también de entidades paraestatales, sindicatos, confederaciones empresariales, Cámaras de la Propiedad, etc., y en general de cualquier ente o persona de Derecho público que no ejerza algún modo de soberanía o no participe de la potestad del Estado, integrado en cualquiera de sus órganos de administración. Es

también opinión generalizada que deben aceptarse los requerimientos que tengan por objeto presentar una instancia, escrito o documento en cualquier Oficina Pública, mediante su entrega en el Registro de Entrada, o en la dependencia y a la persona encargada de la recepción de documentos. Fuera de estos supuestos, empiezan a surgir las dudas en nuestros comunicantes”.

Conclusiones definitivas. Tema IV-2: “En el ámbito de las actas notariales en relación con la Administración Pública como requerida, se mantiene como regla general, la necesidad de que el Notario se ajuste en su actuación al ordenamiento administrativo aplicable; deberá propiciarse, no obstante, la intervención notarial, cuando lo exija así la salvaguarda de derechos de los particulares en evitación de perjuicios irreparables” (46).

c) El Notario tiene que examinar también su propia *competencia territorial*, que no le es posible traspasar; la libertad de elección de Notario queda por tanto restringida, e incluso suprimida, en todos aquellos supuestos en que el acta haya de levantarse en un determinado lugar. No hay aquí normas como la contenida en el artículo 288 del Reglamento Hipotecario respecto de las actas de notoriedad para la reanudación del tracto sucesivo interrumpido o para inscribir el exceso de cabida de las fincas inscritas: cuando la finca esté situada en más de un distrito o zona notarial, será competente, según dicho precepto reglamentario, cualquier Notario “del lugar donde radique la parte principal”; tampoco hay posible prórroga de jurisdicción; serán, pues, precisas dos o más actas de mera percepción, cada una de ellas levantada por Notario competente en el respectivo lugar.

El acta de notoriedad para la inscripción de aprovechamientos de aguas públicas adquiridos por prescripción, regulada en

(46) *Simposio Notarial 83*, citado en nota 15. Fue Ponente para la Ponencia IV, “Notariado y Estado” (págs. 673-707), ROBERTO PAREJO GAMIR, actuando de Secretario GREGORIO BLANCO RIVAS; las palabras citadas, en página 682. La Ponencia VII, “Reflexiones sobre el instrumento público” (páginas 821-944), fue debida a una pluralidad de colaboradores; las palabras citadas, pág. 871, pertenecen al punto 18, redactado por mí. Las “Conclusiones definitivas” están en págs. 1014-1022; las palabras citadas, en pág. 1017.

En la doctrina anterior, y como trabajo de índole general, destaca el de JOSÉ BATISTA MONTERO-RÍOS, “Notario y Administración Pública”, en *Revista de Derecho Notarial*, LX, abril-junio 1968, págs. 417-424.

el actual art. 65 del Reglamento Hipotecario (Real Decreto 3215/1982, de 12 de noviembre), contiene una parte de acta de presencia, que pudiera suponer una excepción; cuando son de distinta competencia los lugares donde se verifica la toma de aguas y donde existe el aprovechamiento; este último es el que determina la competencia del Notario para el acta de notoriedad, pero, ¿y si no tiene competencia territorial en aquél?; “Entendemos —comenta BUENAVENTURA CAMY— que la simple lectura de la regla 3.^a del artículo 70 (hoy 65) del Reglamento Hipotecario, que concibe esta acta como unitaria, y especialmente en cuanto a la inspección personal, nos debe llevar a la conclusión de que estamos ante una habilitación legal del Notario para realizar esta actuación concreta en lugares en los que legalmente no podría actuar, aplicando con ello la norma del procedimiento criminal, que autoriza el que, en ciertos casos, un Juez actúe en territorio de otro, si bien comunicándole, por cortesía, que lo ha hecho” (47).

No hace mucho se presentó un caso curioso, en el que el acta no llegó a autorizarse por razones distintas a la competencia territorial del Notario; se trataba de hacer constar en acta ciertos extremos relativos a las comidas servidas en un avión, durante un vuelo nacional; y también es curioso que la cuestión estaba resuelta hace setenta años en las adiciones, o “contraproyecto” de Ley del Notariado de TEZANOS, según el cual el Notario podría ejercer su función “en aeronave que haya salido de su territorio” (48).

d) El artículo 145.2 del Reglamento ordena al Notario denegar también su intervención cuando “*se prescinda por los interesados de requisitos necesarios para la plena validez de los mismos*” (*actos y contratos*); la norma, como hemos dicho, es aplicable a los instrumentos públicos en general, y por tanto también a las actas; pero está redactada pensando solamente en las escrituras, sin que pueda deducirse lo contrario de la utilización de la palabra “acto”, que hace en perfecto paralelismo con el precedente artículo 144.3; su aplicación

(47) BUENAVENTURA CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, *Comentarios a la legislación hipotecaria*, vol. IV, Pamplona, 1971, pág. 521.

(48) VICENTE TEZANOS ORTIZ, “Reformistas a defenderse”, en *Gaceta del Notariado*, 1930, núms. 11, 12 y 14 a 21; el texto citado, en núm. 14, pág. 107; no he encontrado la versión de 1917.

a las actas requiere siempre, por ello, alguna adaptación, y en este caso su verdadero sentido se encuentra en la *prohibición del abuso de la forma documental*, que puede tener lugar en dos direcciones a las que ya hemos hecho referencia:

— la *creación de una mera apariencia de legalidad*, fundada en la existencia de un documento notarial vacío de sentido, como vimos al tratar de la reproducción de conversaciones telefónicas;

— y el *respeto a las formas documentales típicas*, de especial importancia tratándose de actas de mera percepción, campo en el que han fructificado los tipos especializados de actas, y hasta me atrevería a decir que el instrumento público entero; el Notario tiene que rechazar la autorización de un acta de mera percepción para constatar la celebración de un contrato oral, y de la misma manera tiene que denegar su intervención para sustituir por actas de mera percepción las notificaciones y requerimientos, las actas de envío de cartas o documentos por correo o cualesquiera otras actas específicas, porque con ello se eludiría la reglamentación que en cada caso se ha considerado más adecuada.

e) Cae, finalmente, fuera de la función notarial la *investigación de hechos*, y la misma Dirección General, en *Resolución de 9 de febrero de 1968*, califica de “en cierto modo abusiva” una tendencia que se ha de reconocer existe “por parte de algunos abogados y particulares, especialmente en materia arrendaticia, de acudir al levantamiento de actas que más que constatar determinados hechos, implican determinados interrogatorios o indagaciones, sustitutivas de diligencias judiciales” o propias de detectives privados; el supuesto típico es, en efecto, el acta que tiene por objeto probar el no uso de una vivienda o local de negocio arrendados. A mi manera de ver, la investigación de hechos es desde luego ajena a la función notarial, y si se quiere que tales hechos consten en acta, tal investigación debe hacerla previamente el interesado, y en base de ella, y para comprobar hechos concretos, formulará al Notario una rogación perfectamente admisible, pero limitada a esos hechos, sin pedirle al Notario deducciones que no podría en manera alguna verificar.

En el acta —escribí en otro lugar— “se hacen constar una serie de hechos, como en cualquier acta de presencia (estado de abandono, datos del casillero de la correspondencia y de las placas anunciadoras, pintadas y carteles en el supuesto de local de negocio, etc.); pero bien entendido que solamente interesan como prueba, o como indicio, de otro hecho, el no uso, que el Notario no puede comprobar, ya que no es perceptible por sus sentidos; esta recogida de hechos, en acta de presencia, es perfectamente posible, pero limitadamente a los hechos mismos, sin que pueda el Notario deducir de ellos ningún juicio, ni de mera probabilidad, ni hacer ninguna presunción *hominis*, por obvia que parezca, cosas que son de la competencia del Juez”.

“Hay por tanto una diferenciación —concluía— entre los hechos que el acta consigna, y el hecho que a través de ellos se trata de acreditar (de ahí la expresión de ‘*investigación de hechos*’), que por ser hecho pasado, no ser susceptible de percepción sensorial, o por cualquier otra causa, no es objeto posible de comprobación notarial directa; ahora bien, el Notario tiene que conocer la finalidad pretendida —y consignarla en esencia en acta—, para poder juzgar de la legitimidad del interés; y precisamente esa finalidad le servirá para discernir cuáles son los detalles que debe recoger en el acta y cuáles los que ha de omitir por ser ajenos al asunto; y aquéllos, tiene que consignarlos tanto si son favorables como si son contrarios al interés del requirente, puesto que tiene que mantenerse imparcial, y ello aunque a éstos no se extienda la rogación” (49), por el principio de la integridad de ésta, que luego veremos.

Estas actas suelen ser complejas con las de recogidas de testimonios, de que hablaremos al tratar de las actas de manifestaciones.

En todos los casos que preceden, el Notario *deberá denegar* su intervención, conforme a los artículos 2.º de la Ley y 3.º-3 y 145.2 del Reglamento; pero aunque no incida ninguno de ellos, el Notario *puede excusarse* cuando tenga “imposibilidad física” (Reglamento, artículo 3.º-3) o de una manera más general “justa causa” (Ley, art. 2.º) para hacerlo.

(49) “Comunicación” al Tema VII del *Simposio Notarial 83*, citado en nota 15, págs. 541-542; las palabras citadas, en pág. 542; véase en págs. 886-890, el núm. 22 de la Ponencia, “Las actas, la investigación notarial de los hechos y la recogida de testimonios”, redactado por FRANCISCO MANUEL ORDÓÑEZ ARMÁN.

Enfermedad; es el supuesto más obvio, contemplado en la *Resolución de 29 de mayo de 1922*, sobre asuntos electorales; la enfermedad quizá fuera “diplomática”, dado el rigor de la Dirección: “ha de apreciarse en el oportuno expediente”.

Actuación preferente; el concurso de requerimientos, y consiguiente orden de prelación entre ellos, se debatió también mucho en épocas electorales; pero como informó la Junta Directiva en la consulta que motivó la *Resolución de 5 de diciembre de 1931*, informe aceptado por la Dirección, “los razonamientos del Sr. (el consultante) representan un ergotismo y una sutileza especulativa, nacidos de suponer que la Notaría es algo automático en orden al servicio; que el encargo, no requerimiento, de formalizar una relación jurídica, no excluye otros encargos ni establece orden de ningún género, sobrando poner un poco de buena voluntad para atender a todo”; también la *Resolución de 8 de junio de 1964*: “en la fecha en que se hizo el requerimiento, el Notario requerido era el único que se encontraba en condiciones de actuar en la misma población, por ausencia de sus dos compañeros, lo que motivó que en el mismo se concentrara todo el servicio notarial de la localidad” y, “por otra parte, dado el objeto del acta que se pretendía levantar, no aparece demostrada la urgencia del requerimiento, que fue practicado en el primer día hábil siguiente con resultado negativo por oposición de la parte requerida, y sin que parezca que se hayan irrogado perjuicios para el reclamante”; la otra parte no permitió al Notario la entrada en el local en que debía actuar.

Actuación simultánea; supuesto más claro que el anterior, porque no se trata ya de que una rogación deba ser preferida a otra, sino de que aquélla se está ya cumplimentando, y no debe ser interrumpida; *Resolución de 8 de agosto de 1955*: “el no estar las actas sometidas a unidad de acto en sentido técnico no impide que el Notario deba rechazar cualquier pretensión de tercero que signifique una intromisión indebida en el ejercicio de una actividad propia y legítima y que por el matiz especial que reviste la subasta dentro de los actos notariales, al ser un llamamiento dirigido al público bajo amparo oficial, sería contradictorio admitir cualquier clase de cautela amenazadora que —como la del caso a tratar— violaría la confianza que inspira la actuación calificadora del fedatario y exigiría que la subasta se hubiese de anunciar como relativa a bienes litigiosos, sin que por otro lado, una vez aceptado por el Notario el requerimiento dirigido a la celebración de la subasta, quepa obligarle a aceptar otro simultáneo y además contradictorio”; en

el caso, cuando el Notario “se disponía a celebrar la subasta, el denunciante —según sus palabras— le requirió en forma legal y en su propio despacho para que a su vez requiriese al único postor que había constituido el necesario depósito previo y le notificase la existencia de aquellas querellas, a efectos de negarle en su día la condición de adquirente de buena fe y atenerle a sus posibles consecuencias”.

C) *La documentación de la rogación.* La rogación tiene lugar generalmente mediante comparecencia del rogante ante el Notario, y se documenta en la impropia llamada “acta inicial” o “requerimiento inicial”, que no es la verdadera acta. Es preciso tener en cuenta sin embargo, que así como la rogación tiene necesariamente que ser “previa” al comienzo de la percepción de los hechos por el Notario, su documentación no es preciso que también sea “previa”, sino que es perfectamente posible una rogación verbal, documentada *a posteriori*, esto es, después de la percepción; hay, en efecto, rogaciones de carácter urgente, hay hechos a percibir de naturaleza fugaz, o que es preciso captar en el momento de su máxima virtualidad; hay, en suma, inmensa variedad de circunstancias a las que el Notario se tendrá que atemperar; la estructura adecuada será entonces muchas veces la del acta única con un texto también único, en el que vayan embebidas la rogación y la narración por el Notario de sus percepciones, y al final de este texto único firmará el rogante y autorizará el Notario; ¿y si el rogante se niega a firmar, por ejemplo porque el resultado del acta es contrario a lo que él pretendía?; el Notario autorizará el acta y no pasará absolutamente nada, porque la narración del Notario produce todos sus efectos, y sólo en las relaciones entre el rogante y el Notario podrá incidir la realidad o la ausencia de una rogación; en las actas de mera percepción, en efecto, la rogación es condición *sine qua non* de la puesta en marcha de una actuación que no puede iniciarse de oficio, pero no es condición de su eficacia; el Notario, supuesta la rogación, es el protagonista. También son posibles, en consecuencia, la rogación por carta y la rogación por telegrama.

El Reglamento Notarial contiene en sus *artículos 197.2 y 198.1 y 3* una regulación de las actas en general, que comienza declarando aplicables a las actas notariales los preceptos relativos a las escrituras matrices salvo las modificaciones que se establecen. Esta normativa

es extremadamente confusa, por no distinguirse la rogación y el acta propiamente dicha, ni sus dos dimensiones, de acto y de documento, ni las diversas clases de actas, en una mezcolanza que hace fácil la postura de GONZÁLEZ PALOMINO de que no hay diferencia entre escritura y acta tampoco en razón de sus formalidades (50), o la tesis de GONZÁLEZ ENRÍQUEZ y sus colaboradores, de que “lo que hay no son clases de instrumentos, sino muchos casos instrumentales, en cada uno de los cuales el Notario habrá de exigir cada uno de los requisitos que sustantivamente se exijan para que lo documentado tenga plena eficacia jurídica, traduciendo tales requisitos en las consiguientes formalidades instrumentales” (51); tratemos de poner un poco de orden en ese caos reglamentario, como antecedente de los requisitos del documento de la rogación.

Artículo 197.2-Primera: “En la comparecencia 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.”

El precepto se refiere claramente a la *rogación*, a la que llama “comparecencia”; pero mezcla la rogación como acto y su documentación.

Al *acto de la rogación* se contrae la *segunda parte* con los dos requisitos del *interés legítimo* del rogante y de la *licitud de la actuación notarial*, ya examinados. El inicio de la frase en que se establecen, “ni se precisará otro requisito”, y su contraposición a los términos inmediatamente precedentes, “la capacidad de los requirentes”, pone además de relieve que para el texto reglamentario la rogación no exige ninguna *capacidad* especial, aunque sí, claro es, la capacidad natural de entender y de querer, posición que estimamos en principio acertada porque no teniendo el acta por contenido un negocio jurídico no es precisa capacidad negocial alguna; de ahí resulta la admisibilidad, también en principio, del mandatario verbal.

(50) GONZÁLEZ PALOMINO, “Negocio jurídico y documento”, citado en nota 3, páginas 19-23.

(51) GONZÁLEZ ENRÍQUEZ-MANRIQUE-MOLLEDA, “Comprobación notarial de hechos”, citado en nota 4, pág. 316.

Bien conocida es la posición contraria de GONZÁLEZ PALOMINO: “también el Notario *ha de ‘calificar’ la capacidad del compareciente del acta notarial*, en razón a su *interés legítimo* y a la *finalidad* que se proponga. Ambas cosas debe estimarlas en función de su capacidad” (52).

De acuerdo con nuestra posición, CÁMARA: “No es necesario el juicio de capacidad... La capacidad en sentido técnico sólo puede referirse a declaraciones de voluntad. Y este tipo de actas (aquellas ‘cuyo objeto consiste en acreditar hechos que por su naturaleza no son actos jurídicos’) no contiene ninguna. La única capacidad exigible al requirente es la necesaria para impetrar la intervención notarial, que, por cierto, no está establecida en parte alguna. Debe estimarse, pues, que basta la capacidad de obrar general” (53).

Respecto al último punto, el de la capacidad mínima precisa, la *Resolución de 2 de agosto de 1985*, sobre la que volveremos al tratar de las actas de referencia, declaró “que el hecho de recoger en acta manifestaciones de un menor, de 11 años de edad... ni está vedado por la Ley o el Reglamento Notarial...”; y aunque el menor parece que no era el rogante, no deja de ofrecernos un criterio.

La *primera parte* de esta regla primera no está referida a la rogación como acto, sino a la *rogación como documento*, esto es, al documento de la rogación o acta inicial: “*no hará falta afirmar la capacidad de los requirentes*”; a diferencia de las escrituras, en que está exigida en los artículos 156.8.º y 167 del Reglamento. Y ello no solamente porque no haga falta “expresar” el juicio de capacidad, como ocurría en tiempos también con las escrituras, sino porque, como acabamos de ver, no es preciso —ni se puede— “formar” tal juicio.

Actualmente el juicio de capacidad es preciso en las escrituras públicas. *Art. 156*: “La comparecencia de toda escritura indicará: ...8.º La afirmación, a juicio del Notario, y no apoyada en el solo dicho de los otorgantes, de que éstos tienen la capacidad legal o civil necesaria para otorgar el acto o contrato a que la escritura se refiera.” *Art. 167*: “El Notario, en vista de

(52) GONZÁLEZ PALOMINO, “Negocio jurídico y documento”, citado en nota 3, página 19.

(53) CÁMARA, “El Notario latino y su función”, citado en nota 19, pág. 95.

la naturaleza del acto o contrato y de las prescripciones del Derecho sustantivo en orden a la capacidad de las personas, hará constar que, a su juicio, los otorgantes, en el concepto en que intervienen, tienen capacidad civil suficiente para otorgar el acto o contrato de que se trate.”

Pero no siempre ha sido así: “El juicio de capacidad... —escribí en otro lugar— ha llegado al documento mucho más tarde, y con mucho menos vigor —que el de identidad—; la misma Ley del Notariado no le exige, y su constancia deriva, como vimos, de las Instrucciones de 1861 y 1874 sobre la manera de redactar los instrumentos públicos sujetos a Registro, de donde pasó al Reglamento de 1921, al de 1935 y al vigente” (54).

Artículo 197.2-Segunda: “No precisan la intervención de *testigos*, salvo en los casos concretos en que el derecho vigente estatuya otra cosa.” Este precepto se refiere a la *dimensión acto*, pero lo mismo al *acto de la rogación* que al *acto de la percepción*; ni para la rogación, ni para levantar el acta que la cumplimenta, precisan las actas la intervención de testigos, ni siquiera en aquellos casos en que se exigen para las escrituras públicas: “cuando alguno de los otorgantes no sepa leer ni escribir” (Ley de 1 de abril de 1939, art. 1.º) o “cuando algunos de los otorgantes no sepa o no pueda leer ni escribir” (Reglamento Notarial, art. 180.1). La falta de presencia de los testigos en tales actos impone, claro es, su ausencia en su narración, esto es, en la *dimensión papel*.

Hay otros dos supuestos en que se precisan los testigos en las escrituras: cuando lo reclamen el Notario autorizante o cualquiera de las partes; el primer caso es igualmente aplicable a las actas; el segundo me parece mucho más dudoso, inclinándome por la negativa.

Artículo 197.2-Tercera: “No exigen tampoco la *dación de fe de conocimiento*, con igual excepción, y salvo el caso de que la identidad

(54) “Formación del instrumento público, validez, eficacia y libre circulación del negocio jurídico así documentado, incluso en las relaciones de Derecho Internacional Privado”, *Revista de Derecho Notarial*, núms. XCVII-XCVIII, julio-diciembre 1977, págs. 109-308; las palabras citadas, en pág. 212.

de las personas fuere requisito indispensable en consideración a su contenido.”

También en contra GONZÁLEZ PALOMINO: “La necesidad de la identificación (o de declarar expresa y paladinamente que no se identifica) es inevitable en las escrituras y en las llamadas actas notariales, porque el mero hecho de que el Notario diga que ante él comparece don Fulano de Tal y Cual, es una afirmación de identidad, capaz de surtir las más graves consecuencias como no se desvirtúe la afirmación de una manera terminante y clara, haciendo constar que el Notario no conoce al que dice que ante él ha comparecido” (55).

Y frente a la posición de GONZÁLEZ PALOMINO, VICENTE FONT BOIX: “En las escrituras 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: ‘Comparece el que dijo llamarse Fulano de Tal.’ Se explica así que no haya identificación en las actas, y que no sea necesario expresar documentalmente que no se identifica” (56).

El precepto se refiere al *documento*, a la dimensión papel; en todo caso a la expresión documental de la *rogación*, y también a la documentación del *acta* (diligencia) para aquellos casos en que el Notario, al tiempo de levantarla, tuviera que entrar en relación con terceras personas; en este último sentido, la *Real Orden de 2 de septiembre de 1915* ya indicó que en el acta de protesto no era necesario dar fe de conocimiento de la persona con la que se entendía la diligencia. El principio tiene, sin embargo, excepciones, que anuncia el artículo 23 de la Ley, al exigir la fe de conocimiento “*en aquellas actas que por su índole especial lo requieran*” (redacción de la Ley de 18 de diciembre de 1946) y que desarrolla el Reglamento: *con igual excepción*,

(55) GONZÁLEZ PALOMINO, “Negocio jurídico y documento”, citado en nota 3, página 20.

(56) VICENTE FONT BOIX, “Las variedades del instrumento público. Distinción entre escritura y acta”, en *Revista de Derecho Notarial*, XVI, abril-junio 1957, págs. 287-352; las palabras citadas, en pág. 318.

esto es, salvo en los casos concretos en que el Decreto vigente estatuya otra cosa, como ocurre en las actas de existencia, que acreditan “el hecho de la existencia de una persona, previa su identificación por el Notario (art. 200.2.º), sea esa misma persona la rogante del acta o aquella respecto de la cual ha de levantarse; y *salvo el caso de que la identidad de las personas fuere requisito indispensable en consideración a su contenido*, según ocurre, entre las actas de mera percepción, en bastantes de las que se refieren a actos humanos; por ejemplo, para determinar cuál es la persona que hace un pago a fin de subrogarse en los derechos del deudor. Tratándose de escrituras públicas, por el contrario, la fe de conocimiento es requisito indispensable (Ley, art. 23), bajo sanción de nulidad (Ley, art. 27.3.º), si bien su omisión es subsanable (Reglamento, art. 189.2).

En la dimensión *acto* (sea de la rogación o del acta que la cumplimenta) si el Notario, de conformidad a la regla general, no hubiese dado fe de conocimiento, ¿qué es lo que sucede? Nuestra opinión, que hemos expuesto en otro trabajo (57), es en cierta manera intermedia entre la de FONT BOIX y la de GONZÁLEZ PALOMINO; si el Notario no hace salvedad alguna, implica que ha identificado a la persona que designa; pero solamente que ha formado un juicio positivo acerca de su identidad, conforme a la verdadera naturaleza de juicio que la identificación tiene, y con el mero valor de presunción *iuris tantum*, sin haber elevado, por tanto, ese juicio a la categoría de hecho, con su mayor eficacia y mayor responsabilidad notarial, que es lo que la Ley quiere decir cuando habla de “fe” de conocimiento. Así ocurrirá normalmente respecto de la *rogación*; en cuanto al *acta* propiamente dicha, el Notario hará, generalmente, la salvedad correspondiente, “el que dice ser y llamarse”; la razón de la diferencia es evidente: el rogante insta la actuación notarial, y el Notario puede ponerle la “carga” de que se identifique; mientras que ello no es posible respecto de aquellas personas que el Notario encuentra al cumplimentar el acta, y que en realidad son sujetos pasivos de ella.

Artículo 197.2.4.ª: “No requieren unidad de acto ni de contexto,

(57) “Naturaleza jurídica del documento auténtico notarial”, en *Revista de Derecho Notarial*, núms. XLI-XLII, julio-diciembre 1963, págs. 71-183; especialmente, págs. 165-168.

pudiendo ser extendidas en el momento del acto o después.” También se mezclan aquí el documento y el acto.

La *innecesidad de la unidad de contexto*, y la consiguiente posibilidad de que el texto documental quede fraccionado en una pluralidad de textos, se refiere, claro es, al *documento*, a la dimensión papel; el segundo apartado de la regla cuarta, y la regla quinta, desarrollan esta idea, a la que ya nos hemos referido, y a la que volveremos al tratar de la documentación del acta.

La *innecesidad de la unidad de acto* de suyo va que no se refiere al documento, sino al *acto*, y lo mismo al acto de la *rogación* que al acto de la *percepción o comprobación*; el único dato que el precepto suministra, “pudiendo ser extendidas en el momento del acto o después”, se contrae generalmente a la percepción, a la diligencia, y solamente es aplicable a la rogación en aquellos poco frecuentes supuestos en que la previa rogación se documenta *a posteriori*, porque atendiendo a las circunstancias el Notario ha admitido una rogación verbal; en los casos normales, la rogación se documenta también previamente, pero ni aun en ellos creemos pueda hablarse en puridad de que se ha observado la unidad de acto.

Para GONZÁLEZ PALOMINO hay siempre unidad de acto: “El concepto de unidad de acto es esencial para comprender el instrumento público... los actos del Notario y de las partes anteriores a... la unidad de acto no forman parte del acto...” (58); por ello, “se trate de escrituras, se trate de actas, la unidad de acto es sustancial, necesaria, indefectible; porque *no es un requisito que se exija del instrumento público (acta o escritura) en cuanto documento notarial, sino en cuanto documento*”, ya que “*no hay documento hasta que se otorga y firma*”, y si el instrumento contiene “actas (diligencias) sucesivas y múltiples”, “*hay tantos documentos como actas (diligencias)*”, cada uno “*con su unidad de acto correspondiente*” (59).

FONT BOIX explica también el precepto mediante un concepto especial de unidad de acto; en las escrituras, la unidad de acto

(58) JOSÉ GONZÁLEZ PALOMINO, *Instituciones de Derecho Notarial*, t. I, Madrid, Reus, 1948, 530 págs.; las palabras citadas, en pág. 74.

(59) GONZÁLEZ PALOMINO, “Negocio jurídico y documento”, citado en nota 3, páginas 21 y 22.

“se contrae a la lectura, firma y autorización en presencia simultánea de todos los comparecientes y testigos. De esta unidad de acto no dispensa a las actas el Reglamento. Lo que parece ocurrir es que el artículo 197 integra en la unidad de acto *la redacción* (art. 199) *del acta —o de la diligencia— inmediatamente de ser presenciado o percibido el hecho por el Notario*. Por eso, al admitir que el acta se extienda *a posteriori* habla el Reglamento de que no es necesaria la unidad de acto” (60).

NÚÑEZ-LAGOS: “En las escrituras hay una preexistencia física del texto documental, que contiene el negocio jurídico proyectado... Este texto es el que, dentro de la formalidad elemental y sencilla de la audiencia, se lee en voz alta, íntegramente y en un solo acto, el que se aprueba, el que se consiente, con consentimiento negocial y *documental*, y el que se firma, todo ello, incluso la firma, dentro de la solemnidad de dicha audiencia, que lo abarca *todo*... En las actas, por el contrario, el acto documentador puede ser sucesivo y posterior al acto documentado ya completo, y por lo tanto no son esenciales ni la lectura, ni la aprobación de su texto, que pueden faltar; y si los hubiere, no significa más que una forma de asentimiento, circunscrito a afirmar la exactitud en la narración de los hechos, al margen de todo consentimiento sustantivo o negocial” (61).

No parece demasiado útil, al menos a nuestros efectos, un concepto de unidad de acto que necesariamente ha de darse en todo documento, ni parece lógico que el artículo 197 cree un concepto nuevo de unidad de acto sólo para decirnos que, en su consecuencia, las actas no requieren la unidad de acto. El concepto de NÚÑEZ-LAGOS, acertado, aparece un tanto desdibujado, al distraer la atención con la preparación previa o la redacción ulterior del texto documental, porque también en la rogación suele haber redacción previa, lectura, aprobación y firma, todo ello, vulgarmente en un solo acto, pero no técnicamente, porque falta el *consentimiento*, raíz última de la unidad de acto, que origina la integridad documental, especialmente en bene-

(60) FONT BOIX, “Las variedades del instrumento público”, citado en nota 56, página 318.

(61) RAFAEL NÚÑEZ-LAGOS, “Efectos sustantivos de las actas notariales”, en *Revista de Derecho Notarial*, XLVIII, abril-junio 1965, págs. 7-54; las palabras citadas, en págs. 10-11.

ficio de terceros, y cuya falta hace que las actas sean meros medios de prueba.

Así NÚÑEZ-LAGOS: “la unidad de acto formalista ha pasado del *negotium*, al *instrumentum*: se llama *integridad* del texto y contexto auténtico, integridad de la fe pública: *uno tempore, textus unus*” (62).

Y en cuanto al otro aspecto, el funcional, CÁMARA: “el único efecto jurídico que son susceptibles de producir (las actas) se refiere al tema de la prueba. Por el contrario, las escrituras operan en el campo de la forma de los negocios jurídicos... y, por consiguiente, y sin perjuicio de que sean también un medio de prueba del negocio que formalizan, surten, o son susceptibles de surtir, otros efectos además de los meramente probatorios” (63).

Muy importante, en materia de unidad de acto, es la *Resolución de 18 de marzo de 1986*: “la esencia de la unidad de acto formal, según se patentiza en las escrituras de un solo otorgante, consiste en que la lectura, *consentimiento*, firma y autorización del texto documental tengan lugar *in continenti*, sin que sea lícita ninguna interrupción, salvo la que pueda ser motivada por algún accidente pasajero, según establecen para el testamento abierto el artículo 699 del Código civil y la jurisprudencia que lo interpreta, así como el artículo 180 del Reglamento Notarial para las escrituras referentes a actos entre vivos”.

Artículo 198.1: “Las actas notariales a instancia de parte se firmarán por los interesados y se signarán y rubricarán por el Notario, salvo que alguno de aquéllos no pudiere, no supiere o no quisiere firmar, en cuyo caso se hará constar así.” AVILA ha criticado acertadamente estos “tres futuros de subjuntivo”, puesto que el tercero, “o no quisiere firmar” solamente es aplicable al *acta*, a la documentación de la percepción, pero no a la de rogación, supuestos que el precepto mezcla. En cuanto a esta última sería, pues, erróneo, y en cuanto a aquélla, basta el artículo 197.2.5.^a-2: “Cuando se extienda la diligencia en el lugar donde se practique invitará el Notario a que

(62) RAFAEL NÚÑEZ-LAGOS, “Los esquemas conceptuales del instrumento público”, en *Revista de Derecho Notarial*, núms. I-II, julio-diciembre 1950, páginas 49-151; las palabras citadas, en pág. 123.

(63) CÁMARA, “El Notario latino y su función”, citado en nota 19, pág. 90.

la suscriban los que en ella tengan interés, así como a cualquier otra persona que esté presente en el acto.”

“Al no distinguir —dice AVILA—, parece que el artículo 198 se refiere al acta y a la diligencia, y esta igualdad de tratamiento no puede admitirse. Bien está con que no se obligue a firmar a la persona con quien se entiende la diligencia, bastando con que el Notario afirme la voluntad o imposibilidad del requerido; pero en el acta es preciso que conste la aprobación del requirente o solicitante, es decir, el asentimiento de éste a los términos en que el Notario ha plasmado su solicitud y, siempre que sea posible, la firma del solicitante como una prueba más (además de la afirmación del Notario) de aquel asentimiento. Es decir, que no cabe que el requirente ‘no quisiera firmar’, por significar esto una disconformidad con el reflejo documental de su requerimiento, ante la cual debe el Notario negar su autorización” (64).

Artículo 198.3: “Los Notarios sólo podrán consignar en acta las manifestaciones que se hagan por personas a las que previamente haya dado a conocer su condición de fedatario.” Esta regla, introducida en el Reglamento de 1944, se refiere al *acta* propiamente dicha, que el Notario ha de levantar cumplimentando la rogación, en sus dos momentos, de *documento* (“consignar”) y *previo de acto* (“dado a conocer”).

En resumen, por tanto, y en cuanto a la documentación de la rogación de que estamos tratando, no hay verdadera unidad de acto —por no existir consentimiento— ni aun en los casos normales en que se lea, apruebe y firme un texto documental previamente preparado; no hay que afirmar la capacidad de los rogantes; no es precisa, como regla, la intervención de testigos ni la fe de conocimiento; pero sí es necesaria la firma del rogante, salvo que éste no sepa o no pueda firmar.

(64) PEDRO AVILA ALVAREZ, “Posibles reformas en la reglamentación del instrumento público”, en *Revista de Derecho Notarial*, LXXV, enero-marzo 1972, págs. 13-54; las palabras citadas, en pág. 33.

D) *El acto de comprobación.* Poco hay que añadir sobre el acto de comprobación a lo que ya hemos ido exponiendo al paso de nuestro trabajo: no es una actividad pasiva, sino que el Notario tiene que esforzarse en sus comprobaciones para evitar el dar como cierta una mera apariencia de realidad, incurriendo en responsabilidad si “no puso la debida diligencia en su función” (*Resolución de 3 de junio de 1963*).

a) La actuación del Notario viene delimitada por la rogación. “El Notario —dice, en efecto, el artículo 199.2 del Reglamento— redactará el concepto general en uno o varios actos, según lo que presencie y perciba por sus propios sentidos, *en los detalles que interesen al requirente*”; pero tampoco se trata de un principio absoluto. “La *rogación* —escribí en el Simposio Notarial 83—, ya que no limita la eficacia de la diligencia, legítima al menos la actuación del Notario frente al requirente; pero éste no tiene libertad absoluta, no puede dividir arbitrariamente la realidad misma que ha de ser recogida en el acta, porque en tal caso el Notario deberá negar su intervención y, si ya ha aceptado el requerimiento y al tiempo de cumplimentarlo se apercibiera de esos propósitos, tiene que extralimitarse de la rogación y narrar el hecho completo en aras de lo que algunos llamarían *imparcialidad*, y que quizá no sea otra cosa que *veracidad*. Podemos extender a nuestro supuesto lo que el Anteproyecto Miyar disponía respecto de la exhibición de actos públicos, artículo 197.2: ‘Sean cuales fueren los límites del acta de rogación, el Notario tendrá presente la integridad de la fe pública, y el hecho que motive dicha rogación deberá ser recogido por completo, así como cuanto presenciare el Notario que lo desvirtúe o modifique.’ La legitimidad del interés del requirente deberá llevar al Notario, por otra parte, a impedir cualquier manipulación fraudulenta o contraria a la buena fe del acta pretendida, aunque el hecho que se trate de acreditar sea cierto” (65).

b) El acto no requiere la *intervención de testigos* (art. 197.2.2.^a), y “el Notario describirá o relacionará las circunstancias que las identifiquen (a las cosas objeto de la exhibición), diferenciando lo que

(65) *Simposio Notarial 83*, citado en nota 15, pág. 860.

resulte de su percepción de lo que manifiesten peritos u otras personas presentes en el acto” (art. 207.1).

c) Especiales problemas presentan estas *actas en las que el Notario tiene que entrar en relación con otras personas* (distintas del rogante); el Reglamento no tiene más regla general que la del artículo 198.3 que ya conocemos: “Los Notarios sólo podrán consignar en acta las manifestaciones que se hagan por personas a las que previamente haya dado a conocer su condición de fedatario”, rechazándose por tanto toda clandestinidad; pero pueden tomarse algunas ideas de las actas de notificación y requerimiento:

— ha de guardar el Notario, ante todo, absoluta *corrección*; “el ejercicio de su función —dijo la *Resolución de 25 de noviembre de 1926*— exige en la práctica (a los Notarios) la mayor mesura y comedimiento, requiriendo en el funcionario que la desempeña gran prestigio, tacto y respetabilidad para salvar las dificultades o rozamientos que por su presencia pueden originarse, especialmente en la extensión de las actas notariales, atendido el fin que con éstas se suele perseguir; a su vez es merecedor aquél de toda consideración cuando, requerido por persona interesada, cumple un deber a veces penoso y desagradable del que no puede desentenderse sin incurrir en responsabilidad”;

— esta corrección tiene que empezar por la elección del *día y hora* en que efectúa su actuación; la función notarial, ajena a los órdenes administrativo y judicial, puede ejercitarse en todo momento; no hay días ni horas inhábiles; incluso en el protesto, que constituye la excepción, la Ley Cambiaria y del Cheque ha mantenido la inhabilidad de los días, pero ha suprimido la de las horas; las costumbres de la localidad y la prudencia del Notario deben ser suficientes para una adecuada determinación del tiempo en que la diligencia haya de practicarse, sobre todo, como digo, cuando en su virtud el Notario va a tener que relacionarse con terceras personas;

— consideraciones semejantes podrían hacerse respecto del *lugar*; la *Resolución de 10 de junio de 1976* entendió que la actuación notarial había sido correcta, y que, por el contrario, se había producido una “actitud totalmente obstructiva de la actuación notarial, no sólo por parte de la destinataria del requerimiento y promotora de la queja,

sino también de las distintas personas, presumiblemente aleccionadas por ella, con quienes el Notario inútilmente trató de practicar la diligencia requisitoria”; sin embargo, después de haber fracasado un primer intento en el domicilio de la requerida, el Notario se personó en el Sanatorio donde ella se encontraba atendiendo a su madre, lo que posiblemente resulta excesivo. El acceso del Notario a *locales cerrados* ya ha quedado suficientemente tratado; recordemos la *Resolución de 20 de febrero de 1974*: “una cosa es la negativa más o menos razonada, pero correcta, a facilitar tal acceso y otra muy distinta es que tal negativa vaya acompañada de injurias, amenazas o cualquier forma de coacción o que, sin incurrir en delito, se falte al respeto y consideración debidos al Notario”, incluso aunque haya “desconsideración personal” (*Resolución de 25 de marzo de 1916*);

— el Notario, según hemos dicho, no necesita identificar, en principio, a esas personas con las que entra en relación (art. 197.2.3.^a), pero si fuere conveniente para la mayor eficacia del acta las pedirá que se identifiquen, o al menos, que se individualicen, y si se negaren a dar su nombre y apellidos se hará constar así (cfr. art. 202.8). La regla especial del artículo 198.3 hay que entenderla con moderación: no es preciso que el Notario dé a conocer su condición de fedatario a aquellas personas a las que únicamente pide informaciones generales, que se dan a cualquiera, y que no hacen relación al fondo del asunto; no tiene, por ejemplo, que identificarse al portero, a quien sólo pregunta por el piso en que vive la persona a la que va a ver pero sí le tiene que dar a conocer su condición si el objeto del acta es precisamente comprobar si esa persona vive o no vive en el piso; y, en el extremo contrario, no parece bastante con la advertencia de la condición de Notario para consignar manifestaciones trascendentes, necesitadas de autoría auténtica (ejemplo, el dictamen de perito), sino que es más prudente exigir que éste se identifique (art. 197.2.3.^a: “salvo el caso de que la identidad de las personas fuere requisito indispensable en consideración a su contenido”) y que firme (art. 198.1, aplicando la misma interpretación que al rogante), pues en otro caso parece preferible no admitirle su manifestación.

¿Tiene que llevar a cabo el Notario una función de asesoramiento de esas personas?; en principio no, salvo que hagan en el acta alguna

manifestación, caso en que se aplicarán las reglas de esta clase de actas; y sin perjuicio del deber de asistencia que en todo caso incumbe al Notario.

E) *Su documentación.* No hace falta insistir en la aplicabilidad de los artículos 197 y 198; innecesidad de las unidades de acto y de contexto; no precisión de la intervención de testigos ni de la expresión del juicio de capacidad de las personas con las que el Notario haya entrado en relación al practicar la comprobación e inexigibilidad, en general, de su identificación y de su firma. También hemos hecho notar la regla de oro de la redacción del artículo 207.1: “diferenciando lo que resulte de su percepción de lo que manifiesten peritos u otras personas presentes en el acto”. Nos limitaremos a dos cuestiones concretas: la redacción *ex intervallo* y la utilización de *fotografías* u otros medios gráficos.

a) Los Reglamentos de 1935 y 1944 establecieron la norma que aún subsiste en el mismo *artículo 197.4.ª*: “No requieren unidad de acto ni de contexto, pudiendo ser extendidas en el momento del acto o después. En este caso se distinguirá cada parte del acta como diligencia diferente, y con cláusula de suscripción especial y separada.” Pero el Reglamento de 1935 no reguló la lógica consecuencia de este precepto, la documentación de la diligencia *ex intervallo*, que aparece, como excepción, en el artículo 199.3 del Reglamento de 1944: “Si por falta de sitio adecuado o de medios materiales, o por prohibición del dueño del local o cualquier otra justa causa, a juicio del Notario, no fuere posible extenderlas en el lugar de su actuación, se extenderán posteriormente con referencia a las notas tomadas sobre el terreno, haciéndose constar así expresamente.” Este precepto desaparece en la reforma de 1984, al ser sustituido por la nueva regla del *artículo 197.2.5.ª*: “Las diligencias, salvo que la persona con quien se entiendan pida que se redacten en el lugar habiendo medios para ello, las podrá extender el Notario en su estudio con referencia a las notas tomadas sobre el terreno, haciéndolo constar así, y podrá aquella persona comparecer en la Notaría para enterarse del contenido de la diligencia...”

Se conceden, pues, al Notario posibilidades mayores que las del anterior artículo 199.3 para extender *ex intervallo* la documentación del acto de percepción; en realidad puede hacerlo siempre, salvo que concurren, cumulativamente, dos circunstancias: que la persona con quien se entienda la diligencia pida que se redacte en el mismo lugar, y que en éste haya medios para efectuarlo.

El precepto omite señalar el plazo dentro del cual debe procederse a esa documentación; este plazo debería ser breve, porque por completas que sean las notas que haya tomado el Notario sobre el terreno, siempre habrá quedado algo confiado a su memoria.

Entre Ríos, art. 57-h): “Podrán extenderse costáneamente o con posterioridad a los hechos que se narren, pero dentro del mismo día.”

Este rigor tiene además la ventaja de evitar la duplicidad de fechas (la del acto y la del texto documental en que se narra), pero parece excesivo; piénsese que la actuación puede haberse terminado cerca de las doce de la noche.

A pesar de la inexistencia de plazo en nuestro Reglamento, si ha transcurrido un tiempo prudencial sin haberse extendido la diligencia parece que ya no podrá hacerse más que por vía de la subsanación de la omisión padecida, conforme al art. 153.

La posibilidad que tiene la persona con quien se ha entendido la diligencia de comparecer en la Notaría para enterarse de su contenido, es de toda evidencia, ya que hay que reconocerla interés legítimo en la comunicación del acta por cualquiera de los procedimientos admitidos; si se consigna expresamente se debe sólo a los avatares sufridos por el texto reglamentario a lo largo de su elaboración; esa ulterior comparecencia tenía una finalidad más trascendente que la mera comunicación, y al haber desaparecido, debió suprimirse, por superflua, toda referencia a la misma.

El Anteproyecto decía que «podrá aquella persona, dentro de dos días laborables, comparecer en la Notaría para enterarse del contenido de la diligencia y *hacer en otra las manifestaciones congruentes que estime oportunas*”.

La *Junta de Decanos* informó en contra: “con lo que esa persona, posterior y parcialmente asesorada, puede dejar mal-

parada en la misma acta la fe pública del Notario, obligándose a éste a consignarlo así"; en consecuencia, el inciso indicado fue suprimido.

El sistema que se pretendía introducir tiene un precedente en *Méjico, D.F., art. 85-II*: "Una vez que se hubiere practicado cualesquiera de las diligencias mencionadas en la fracción I del artículo anterior (*Notificaciones, interpelaciones, requerimientos, protestos de documentos mercantiles y otras diligencias en las que pueda intervenir el notario según las leyes*) el notario podrá levantar el acta relativa en la oficina de la notaría a su cargo, a la que podrá concurrir la persona que haya sido destinataria del objeto de la diligencia efectuada, dentro de un plazo que no exceda de cinco días a partir de la fecha en que tuvo lugar la actuación de que se trate, para hacer las observaciones que estime convenientes al acta asentada por el notario, manifestar su conformidad o inconformidad con ella y, en su caso, firmarla."

Las razones alegadas por la Junta de Decanos me parecen acertadas; otra cosa es la contestación sobre el fondo en un acta de notificación o requerimiento, pero en un precepto general, aplicable, por tanto, a las actas de mera percepción y a los actos del Notario en cualquier otra acta, no es admisible.

En el plano documental, el Notario narrará cada actuación en un texto independiente, con autorización individualizada, por orden cronológico y dentro de la misma acta.

El *orden cronológico* resulta del art. 197.2.4.^a, "con expresión de la hora"; explícitamente Ley de *Entre Ríos*, art. 57-d: "Cada diligencia podrá extenderse a continuación, como parte separada pero dentro de la misma escritura, observando estrictamente cronología"; también el Anteproyecto argentino, art. 42.6: "No requieren unidad de acto ni de contexto. Podrán extenderse coetáneamente o con posterioridad a los hechos que se narren y separarse en dos o más partes o diligencias, siguiendo el orden cronológico."

La *autorización individualizada* de cada diligencia viene exigida por el mismo art. 197.2.4.^a: "y con cláusula de suscripción especial y separada"; lo que no se opone a que en una misma diligencia se reúnan varias actuaciones llevadas a cabo por el Notario en distintos lugares, pero sin solución de continuidad.

b) Conforme al *artículo 207.1* el Notario "podrá completar la

descripción mediante planos, diseños, certificaciones, fotografías o fotocopias que incorporará a la matriz”. Es especialmente frecuente la *incorporación de fotografías*, a fin de completar la descripción literaria, e incluso que las fotografías pasen a primer plano, y el acta quede reducida a expresar su coincidencia con la realidad, situar claramente el objeto a que se refieren y añadir algún detalle complementario. A la copia se unirán otras fotografías idénticas, cada una de ellas con la diligencia de cotejo que regula el artículo 236.3.

El Notario habrá de comprobar que las fotografías coinciden exactamente con la realidad (salvo los elementos móviles, irrelevantes al objeto del acta: coches aparcados, personas que pasan, etc.) y que no han sido manipuladas; especialmente que no dan lugar a una impresión engañosa, por su perspectiva o por su enfoque.

También cabe aquí, según dijimos al principio, el testimonio de hechos, art. 251.5: “testimoniar al pie o al dorso de fotografías... que éstas corresponden a personas, cosas o documentos identificados por el Notario”; pero al no contener los datos complementarios, que pueden consignarse en el acta, y al no quedar asegurada la identidad de las fotografías mediante la incorporación al protocolo, este sistema es inferior, y ha caído en desuso.

Según una consulta de la *Revista del Notariado*, “cuando se ha levantado acta notarial comprobando la obtención de vistas fotográficas que, reveladas, se agregarán al protocolo, previa certificación sobre su identidad, indistintamente puede optarse entre proceder ulteriormente a su certificación e incorporación, consignando al dorso los extremos pertinentes, o, además, hacer constar esa circunstancia en nota marginal que firmará el autorizante, o proceder a aquellas operaciones y levantar un acta por separado en que conste tal actuación” (66). Estos tres procedimientos serían igualmente utilizables en-

(66) *Revista del Notariado*, Órgano del Colegio de Escribanos —Capital Federal—, República Argentina, núm. 763, enero-febrero 1979, págs. 131-132: Consultas Juridiconotariales: “Acta notarial de comprobación. Procedimiento a seguir para la certificación e incorporación al protocolo de un doble juego de

tre nosotros: incorporar las fotografías al acta sin más que hacer constar en el dorso de cada una de ellas, con la fecha de la recepción, que corresponden a las referidas en el acta; hacerlo constar en diligencia, que firmará el rogante, dentro de la misma acta; o levantar un acta de la recepción de las fotografías, con referencia a la primera acta, la de la obtención de las vistas fotográficas. Pero lo discutible es que quepa ese procedimiento; lo dudoso es que el Notario pueda dar fe de la coincidencia de unas fotografías con aquella realidad que “tuvo” a la vista hace unos días, pero que no “tiene” a la vista ahora, y de la que sólo puede guardar un recuerdo, limitado como es lógico a los rasgos fundamentales, sin descender a detalles. El procedimiento adecuado parece que debe ser el contrario; personarse el Notario ante la realidad con unas fotografías previamente obtenidas y comprobar la coincidencia exacta —salvo aquellos elementos móviles ajenos al acta— de esas fotografías que ve, con la realidad que también ve, al mismo tiempo, y que puede mirar y remirar. La incorporación de las fotografías al protocolo puede hacerse en la rogación inicial, o en el acta de comprobación (67).

vistas fotográficas tomadas”; las palabras citadas, que concretan la doctrina formulada, en pág. 131.

(67) No es procedente en una Jornada internacional hacer estudios de Derecho comparado, ya que éstos resultarán *a posteriori*, del contraste entre las Delegaciones de los distintos países. Séame permitido, sin embargo, destacar la Ley del Notariado para el *Distrito Federal de Méjico* (31-diciembre-1979), arts. 82-92, y la ya citada Ley 6200 de Organización del Notariado de la Provincia de *Entre Ríos*, arts. 57-65; así como el *Anteproyecto* de ley de los documentos notariales elaborado por el Instituto Argentino de Derecho Notarial, citado en nota 2, arts. 40-61. Cfr. sobre este importante Anteproyecto, OSVALDO S. SOLARI, “Apuntes sobre el Anteproyecto de Ley de los documentos notariales”, en *Revista Notarial*, 1979, núm. 845, págs. 1201-1208; para lo que se refiere a la provincia de *Buenos Aires* es especialmente interesante ANA MARÍA MERCADER DE BONILLA, “Actas notariales en nuestra legislación”, en la misma *Revista Notarial*, 1981, núm. 855, págs. 343-355. No he podido consultar la *Ley 9020*; pueden verse, también en la *Revista Notarial*, JUAN CARLOS VITERBORI, “Las actas notariales”, 1982, núm. 861, págs. 259-274; y EMA B. FERRARI DE SOLARI DEL VALLE, MARGARITA ADELA PIPINO y CLAUDIO A. SOLARI DEL VALLE, “Las actas en la *Ley 9020*”, 1982, núm. 864, págs. 1327-1348; cfr. también la *XXIX Jornada Notarial Bonaerense* (Necochea, 23 al 26 de septiembre de 1981), Tema III, en la misma *Revista*, 1981, núm. 859, págs. 2103-2104.

PARTE SEGUNDA

LAS ACTAS ESPECIALES

I. ACTAS DE CONTROL Y PERCEPCIÓN

9. *Caracterización. Las actas de sorteo y de muestreo.*—Estudias las actas de presencia, o de mera percepción, que son, como decíamos, las actas primarias, pasamos a ocuparnos, ya sumariamente, de algunas de las actas especiales, que han ido apareciendo a partir de aquéllas.

El primer grupo está constituido por las actas que hemos llamado “actas de control y percepción”; son actas de “percepción”, por lo que podrían incluirse en la categoría inicial, pero no son de “mera” percepción, sino que el Notario tiene que desarrollar una previa actividad de control, distinta de aquella actividad que siempre tiene que realizar para cerciorarse de sus propias percepciones, y por tanto, debe formarse con ellas un grupo diferenciado. El objeto de la percepción no es aquí una cosa, una persona o un acto, sino que es el resultado de una actuación que pudiera haber sido manipulada; si el Notario se limitara a autenticar aquel resultado, tal y como lo percibe por sus sentidos, se arriesgaría a crear una engañosa apariencia de legalidad y a defraudar la confianza que sus conciudadanos tienen depositada en el instrumento público; es, pues, preciso que desde su posición de imparcialidad, el Notario controle la actuación de quien precisamente es su rogante, para asegurarse de su corrección, e incluso de su legalidad, en el caso de que aquella actuación esté sujeta a normas legales o voluntarias de cualquier tipo.

Las *actas de sorteo* nos proporcionan un buen ejemplo para aclarar nuestro pensamiento; la actuación del Notario no puede limitarse a “ver” el número de la bola que ha salido del bombo o de la papeleta que se ha extraído de un recipiente, para consignarlo con toda exactitud en el acta que va a extender; el Notario tiene que comprobar que esta papeleta o aquella bola han sido obtenidas “a la suerte”, de manera

que todas las demás bolas o papeletas han tenido las mismas oportunidades; y también, ya sólo en la medida de lo posible, tiene que asegurarse de que las bolas o papeletas entre las que se ha verificado el sorteo son "todas" las que deben concurrir en el mismo; y, desde luego, que han sido observadas las reglas (legales, estatutarias, testamentarias, contractuales, de oferta unilateral al público, etc.) conforme a las cuales el sorteo ha sido anunciado o debe ser realizado.

En la medida de lo posible. El Notario, por ejemplo, puede ejercer un control absoluto de que han participado en el sorteo todos los que debían recurrir a él, cuando se trata de cumplir un contrato de decisión por suerte o una amortización parcial de títulos, pero no en los sorteos de premios que, con fines publicitarios, hacen las empresas entre sus clientes; en este último caso, en efecto, las cartas se han de remitir a la misma empresa, con lo que resulta patente que el Notario no puede garantizar que han entrado en sorteo todas las cartas recibidas, sino solamente que el sorteo se ha verificado de conformidad a las reglas anunciadas y que las que el rogante le dice son todas las cartas recibidas han entrado con igualdad de oportunidades en el sorteo.

Algo semejante ocurre con las *actas de muestreo*, en las que el Notario tiene que controlar la corrección de los actos de toma de las muestras representativas de la calidad media del todo de que se trate, o de las condiciones medias del mismo interesadas por el rogante.

Estas actas sólo pueden proporcionar un juicio de probabilidad —ajeno al Notario—, y por tanto pueden parecer lo más contrario a la función notarial; sin embargo alguna vez se autorizan a efectos fiscales u otros determinados, ante la imposibilidad material de comprobación de un número ingente de cosas o de documentos; antes de la *Resolución de 14 de octubre de 1976*, por ejemplo, se extendían en esta forma las actas de identificación de firmas impresas de títulos valores (Decreto de 21 de febrero de 1958) en emisiones masivas.

Fácilmente se comprende que la persona del rogante adquiere en estas actas una mayor importancia, en cuanto que tiene que completar, con sus manifestaciones, y con su responsabilidad, aquellos extremos

a los que no puede llegar el control del Notario (que no se han recibido más cartas para participar en el sorteo; que el todo que va a ser objeto de muestreo tiene las mismas características, en lo que se refiere al objeto del acta, etc.); el rogante, por tanto, habrá de ser identificado, y sus facultades representativas, comprobadas; el mandatario verbal no es admisible, sino en los términos establecidos para las escrituras.

El acta de sorteo podrá ser, con todo, relativamente sencilla cuando, en su caso, ha precedido un contrato de decisión por suerte, formalizado en escritura pública (de partición de herencia; de división de cosa común, etc.); en otro caso, la rogación adquiere una mayor complejidad, en su comparecencia (identificación, capacidad, representación) y una imprescindible exposición que fije las condiciones del sorteo (descripción de los lotes y, por ejemplo, si se trata de fincas rústicas, previsiones sobre diferencias de medición, estado de conservación, número de vides u olivos, elementos de explotación, frutos pendientes, gastos de personal o de titulación, etc.), a fin de asegurar la vinculación de los interesados al resultado del sorteo; no se está autorizando una escritura pública, sino un acta, que no va a sustituir a la escritura, pero que ha de tener todos los elementos precisos para lograr una efectividad.

10. *Actas de publicidad comercial.* El fenómeno publicitario trata de ser encauzado jurídicamente entre nosotros por el *Estatuto de la Publicidad* (Ley 61/1964, de 11 de junio) y, desde su punto de vista, por la *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* (26/1984, de 19 de julio); como antecedentes para el estudio de las actas notariales de publicidad comercial destacaremos, siguiendo a nuestros compañeros CRUZ LAGUNERO y CUENCA ANAYA (68), los puntos siguientes:

— *Proyección de la publicidad hacia el público*, destinatario del mensaje publicitario, considerado como clientela posible y, por tanto,

(68) JOSÉ MANUEL DE LA CRUZ LAGUNERO y FRANCISCO CUENCA ANAYA, "Influencia del Derecho público sobre el Derecho de contratación", Ponencia de la Delegación Española para el III Tema del XVIII Congreso Internacional del Notariado Latino (Montreal, 1986); Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, 1986, 133 págs.; véanse, especialmente, las págs. 78-88.

antes de haberse celebrado contrato alguno; debe regirse por los principios de autenticidad y de veracidad, consagrados en el Estatuto.

Art. 6.º: “En el ejercicio de toda actividad publicitaria deberán ser observados los principios de legalidad, veracidad, autenticidad y libre competencia.”

Principio de autenticidad, art. 9.º: “El público tiene derecho a que toda actividad publicitaria se identifique fácilmente como tal actividad. Los medios de difusión cuidarán de deslindar perceptiblemente las afirmaciones hechas dentro de su función general de información y las que hagan como simples vehículos de la publicidad.”

Principio de veracidad, art. 8.º: “En toda actividad publicitaria deberá respetarse la verdad, evitando que se deformen los hechos o se induzca a error.

Las afirmaciones que contengan alegaciones que se refieran a la naturaleza, composición, origen, cualidades sustanciales o propiedades de los productos o prestaciones de servicios objeto de publicidad serán siempre exactas y susceptibles de prueba en cualquier momento.”

— *La publicidad como fuente de sujeción para el anunciante, únicamente en el ámbito de aplicación de la Ley de Consumidores y Usuarios:*

Art. 8.º-1: “La oferta, promoción y publicidad de los productos, actividades o servicios, se ajustarán a su naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad, sin perjuicio de lo establecido en las disposiciones sobre publicidad. Su contenido, las prestaciones propias de cada producto o servicio y las condiciones y garantías ofrecidas, serán exigibles por los consumidores o usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, si el contrato celebrado contuviese cláusulas más beneficiosas, éstas prevalecerán sobre el contenido de la oferta, promoción o publicidad.”

Reitera este precepto de la Ley General para la Defensa de los Consumidores o Usuarios el principio de veracidad; pero además ordena la *integración del contrato* por la publicidad efectuada, según el precedente de la *Sentencia de 27 de enero de 1977* que declaró que “siendo muy parco el contrato privado suscrito

por las partes en elementos descriptivos, es lógico, como dice la instancia, que el adquirente del piso se atenga a lo prometido en los folletos de propaganda, de acuerdo con el principio de buena fe proclamado en el art. 1.258 del Código civil, al creerlos, con todo fundamento, vinculantes para la empresa" (69).

— La publicidad tiene, finalmente, que asegurar *la transparencia del mercado y la leal competencia entre los concurrentes*, según proclama también el Estatuto:

Principio de libre competencia, art. 10.º: "La publicidad, como servicio dirigido a los consumidores, constituye un instrumento ordenado para orientar su libertad de elección y favorecer la lícita concurrencia en el mercado, quedando sujeta a las Leyes, principios y normas que regulan la competencia desleal.

Se considera desleal la actividad publicitaria dirigida a provocar confusión entre bienes o servicios, la que tienda a producir el descrédito de los competidores o de los productos de los mismos y, genéricamente, la que sea contraria a las normas de corrección y buenos usos mercantiles."

Los tres supuestos más importantes de esa publicidad en descrédito de los competidores o de sus productos son los de competencia superlativa o excluyente, competencia denigrante y competencia comparativa, casos todos de competencia desleal.

La publicidad comercial venía intentando, cada vez más, apoyar sus afirmaciones en la fe del Notario, con los consiguientes abusos, lo mismo en prensa que en radio o televisión; ante esta situación, y dentro del marco legal que hemos trazado, la reforma reglamentaria de 1984 introdujo una normativa de las actas de publicidad comercial como actas de presencia, que todavía no ha sido suficientemente contrastada con la realidad.

(69) Pueden verse, MANUEL GARCÍA AMIGO, "La integración del negocio jurídico", en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, XXIII, Edersa, Madrid, págs. 77-106, especialmente pág. 92; y FRANCISCO RICO PÉREZ, "La responsabilidad civil del productor en Derecho español", en *Revista de Derecho Privado*, abril 1978, págs. 269-284; especialmente, págs. 277-278.

a) El Reglamento dedica a estas actas los *textos* siguientes:

— *Art. 199.3 y 4*: “En la autorización de actas de presencia que constaten hechos susceptibles de publicidad comercial, el Notario, al expresar el alcance concreto de la fe pública notarial, hará constar que ésta no puede extenderse a cosas o hechos distintos de los que han sido objeto de su percepción sensorial.

“Se prohíbe el uso publicitario de toda acta que no se haya instado expresamente con la finalidad de tal uso y, en su caso, será necesaria la aprobación previa, por parte del Notario autorizante, de los textos e imágenes en que la publicidad se concrete. El nombre del Notario no deberá aparecer en la publicación autorizada de dichos textos e imágenes.”

— *Art. 327.2*: “Especialmente son obligaciones de la Junta Directiva: ... 9.^a Adoptar las disposiciones y, en su caso, ejercitar las acciones oportunas contra quienes publiquen expresiones o signos que atribuyen el amparo de la fe pública a cosas o hechos distintos de los realmente comprobados en las actas notariales de presencia utilizadas con fines de publicidad comercial.”

El *art. 199.4* no figuraba en el Anteproyecto; se introdujo a consecuencia del *Informe de la Junta de Decanos*: “el propuesto artículo 199.3 no es suficiente para cortar los abusos que viene haciendo la publicidad comercial de las actas notariales; debería contener una prohibición de esos usos publicitarios de toda acta que no se hubiese instado expresamente con finalidad publicitaria, y la exigencia de la *aprobación previa*, por parte del Notario autorizante, de los textos e imágenes en que la publicidad se concrete.”

Defendiendo la misma posición, en la *Ponencia VII del Simposio Notarial 83* escribí: “Piénsese en que el abuso puede venir, en efecto, de la utilización del acta notarial fuera de su texto y de su contexto, dando por acreditados juicios genéricos cuando el acta sólo contiene hechos concretos; pero que, previamente, esos hechos han debido estar organizados, programados por el requirente y narrando su verdad no se dice ‘toda’ la verdad, de manera que al estar el acta dirigida a la publicidad el Notario tiene que remontarse a tales presupuestos, si es que para ello no se exige una pericia especial” (70).

(70) *Simposio Notarial 83*, citado en nota 15, pág. 860.

b) *La rogación* para el acta de publicidad comercial ha de ser una rogación específica; el principio de autenticidad, por el que el público tiene derecho a saber si está percibiendo una información o un mensaje publicitario, se extiende también al Notario, que igualmente tiene que saber si está autorizando un acta normal o un acta de fines de publicidad comercial; así resulta del artículo 199.4: “Se prohíbe el uso publicitario de toda acta que no se haya instado expresamente con la finalidad de tal uso...”, y las responsabilidades consiguientes podrán exigirse por el Notario y por su Junta Directiva; en consecuencia, la finalidad publicitaria tiene que consignarse expresamente en el acta.

Para los casos en que el Notario tema una finalidad publicitaria encubierta puede ser útil la fórmula de un Notario de Madrid que difundió la Junta Directiva el 14 de diciembre de 1977: “Yo, el Notario, acepto el requerimiento, advirtiendo al compareciente que la presente acta se extiende únicamente a efectos de prueba y, en su caso judiciales, pero sin que pueda en caso alguno su contenido ser transcrito en todo o en parte con fines publicitarios o de divulgación periodística, a lo que el compareciente se compromete bajo su responsabilidad.”

El rogante del acta de publicidad comercial adquiere un relieve que no tenía en las actas de mera percepción: ha de ser identificado, y ha de tener la capacidad y facultades para asumir expresamente la obligación de no utilizar el acta a fines publicitarios sin la autorización previa del Notario autorizante, bajo la responsabilidad consiguiente; no es admisible la actuación de un mandatario verbal, pues no hay otros “otorgantes” que puedan prestar a ello su conformidad (artículo 164.2).

El Notario deberá advertirle, en su caso, de los peligros que puede suponerle el art. 8.º-1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores o Usuarios.

c) *La percepción* del hecho objeto del acta es aquí especialmente delicada; su comprobación, especialmente detenida. Y ello porque no se trata de un hecho *in rerum natura* que el Notario ve, sino del resul-

tado de un proceso organizado, programado por el rogante, y que hay que evitar que haya sido manipulado por el mismo; al Notario no le basta con percibir el hecho, sino que ha de remontarse a sus presupuestos, porque sólo dentro de esos presupuestos el hecho es verdadero; la cualidad que quiere pregonar la publicidad para un determinado producto puede desaparecer si se modifica cualquiera de las condiciones del experimento, y si no nos elevamos a ellas estaremos diciendo “una verdad” que sólo lo es en determinada situación y que, por tanto, no es “toda la verdad”. Claro es que este control exigirá, en ocasiones, una pericia que el Notario puede no tener, y que, aunque la tenga, no le es dado usar; habrá que imponer entonces al rogante la carga de la intervención en el acta de peritos designados por el mismo Notario, y en otro caso, denegar la autorización; que es lo que hay que hacer a la menor duda. Por todo cuanto antecede, estas actas de publicidad comercial no pueden ser incluidas entre las actas de mera percepción; el principio de veracidad que debe imperar en materia publicitaria y la confianza social en la presencia del Notario, le atribuyen a éste una misión de control que no puede desatender.

Las observaciones de la *Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia* al Anteproyecto de reforma del Reglamento iban en otra dirección: “El ámbito de subjetividad que supone en este aspecto la intervención notarial sigue estando presente, de tal forma que debería limitarse a meros hechos y su simple descripción, tratando de evitar cualquier resquicio de valoración subjetiva por parte del Notario y aunque pudiera desprenderse un beneficio publicitario para el requirente.”

Más acertado estuvo el dictamen del *Consejo de Estado*, si bien referido a la autorización del uso publicitario, y no a la percepción: “Como remedio propone la Junta de Decanos que se prohíba el uso publicitario de toda acta que no se hubiese instado expresamente con finalidad publicitaria. Quizá podría añadirse que el Notario sólo permitirá el uso publicitario de un acta cuando juzgue que su comprensión de la serie de causas y efectos que presencié justifica el efecto publicitario que supone la publicación de su intervención. Todo dependerá, por tanto, de la transparencia de la mencionada serie causal.”

El Notario tiene, pues, que comprender la serie de causas y efectos que conducen al resultado que percibe; esta serie causal

tiene que ser transparente para él. Claro que, a mi manera de ver, en otro caso el Notario no debe autorizar el acta.

d) Según decíamos en otro lugar ocupándonos de estas actas, “hay que poner especial cuidado en su *redacción* determinando en concreto cuáles son las cosas o los hechos que el Notario ha percibido por sus propios sentidos y en qué condiciones; evitando, en suma, toda generalización, toda confusión” (71); para ello, lo mejor será dedicar un apartado especial del acta a expresar, en términos muy medidos, como los del *petitum* de una demanda, o el fallo de una sentencia, o la declaración de notoriedad en las actas de tal clase, qué es en concreto aquello que el Notario ha percibido y comprobado, separándolo de todos sus antecedentes, y terminando con la *advertencia* del artículo 199.3: “el Notario, al expresar el alcance concreto de la fe pública notarial, hará constar que ésta no puede extenderse a cosas o hechos distintos de los que han sido objeto de su percepción personal”, esto es, los consignados en ese apartado especial del acta.

e) La *aprobación del uso publicitario* resultará muy facilitada si se ha seguido el método de redacción preconizado; el Notario cotejará con ese apartado especial del acta los textos e imágenes en que la publicidad se concrete, y también el contexto en que se insertan, no vayan a incurrir en alguno de los supuestos de competencia desleal (superlativa, denigrante, comparativa) antes referidos.

Será muy conveniente que un ejemplar de esos textos e imágenes en que la publicidad se concreta quede protocolizado o, si no fuera posible, depositado mediante acta, a fin de que el Notario pueda demostrar en todo momento qué es lo que aprobó; incluso se puede prever ya así en la rogación inicial.

11. *Actas de determinación del saldo*. El artículo 207.2.4.º del Reglamento Notarial, redacción del Real Decreto 1209/1984, de 8 de junio, regula las actas de determinación del saldo líquido de una

(71) “La reforma de 1984 y el instrumento público”, citada en nota 28, página XIV.

cuenta entre las actas de exhibición de documentos, y por tanto, como actas de presencia (72).

El problema que estas actas tratan de resolver encuentra su origen en el artículo 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, “sólo podrá despacharse ejecución por cantidad líquida”; por tanto, si el título ejecutivo no determina esa cantidad líquida, deberá ser integrado, a efectos ejecutivos, con otro documento que la fije; en su defecto habría que acudir al juicio declarativo que por su cuantía corresponda, largo y dispendioso. Así ocurre especialmente con los contratos y operaciones de crédito, de los que puede servirnos como ejemplo más destacado la apertura de crédito en cuenta corriente hasta una cantidad máxima, efectuada por un Banco o Entidad de crédito a favor de un particular o una Sociedad: en el Debe del acreditado se irán anotando las disposiciones que éste realice, los intereses y comisiones a favor del Banco y los pagos que éste haga por aquél; y en su Haber, sus abonos; la cantidad efectivamente debida puede, pues, variar continuamente, y al proceder a la ejecución hay que determinar el saldo que se reclama mediante otro documento, integrativo del título ejecutivo, ya que éste, otorgado en el momento inicial, en modo alguno habría podido pre-determinarlo.

El documento integrativo más difundido consistió en una certificación del saldo expedido por la Entidad bancaria acreedora; este procedimiento que se abrió paso a través de la libertad de pacto que al respecto introdujo el artículo 153 de la Ley Hipotecaria de 1909 para la hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito, fue aceptado por la jurisprudencia, especialmente la hipotecaria, y pasó también al artículo 153 de la Ley Hipotecaria vigente; no otro es el sistema de la *Orden de 21 de abril de 1950*:

“Primero. En las pólizas de crédito intervenidas por Agentes de Cambio y Bolsa o Corredor de Comercio colegiado, con o sin garantía pignoraticia, que otorguen los Bancos, Cajas de Ahorro o Sociedades de Crédito, *podrá convenirse que la determinación del saldo del crédito al día de su vencimiento, por la*

(72) Véase la exposición que hice para el *Simposio Notarial 83* citado en nota 15, Ponencia VII, núm. 16, págs. 862-866.

entidad acreedora, hará fe en juicio y surtirá todos los efectos legales pertinentes, y a ella se someterá el deudor, los fiadores y avalistas, si los hubiere.

Segundo. A efectos del procedimiento ejecutivo ordinario de la Ley de Enjuiciamiento civil o del especial que establece el artículo 323 del Código de Comercio, *se considerará líquida la cantidad que de la certificación librada por la entidad acreedora resulte, después de la comprobación judicial, con los registros que lleve el Agente mediador que intervino la póliza.*

La expresada certificación deberá ser intervenida por Agente de Cambio y Bolsa o Corredor de Comercio colegiado, *haciéndose constar en la diligencia de intervención que el saldo que figura en la certificación coincide con el que aparece en la cuenta corriente abierta al deudor en los libros de aquella entidad.*"

Esta Orden ministerial, hoy derogada, se refería sólo a los Agentes mediadores de comercio, sin incluir a los Notarios, porque una situación fiscal discriminatoria les mantenía de hecho apartados de una contratación indiscutiblemente comprendida en su competencia funcional (73); en cuanto aquella discriminación desaparece, se dictan las disposiciones oportunas también con referencia a los Notarios, que han sido nada menos que tres en menos de dos años, grave defecto en el que se viene incidiendo.

Real Decreto 2680/1982, de 15 de octubre, hoy también derogado, pero al que corresponde el mérito de haber eliminado una tremenda injusticia.

"Artículo único.—Si en los contratos y operaciones de crédito de cualquier clase, otorgadas mediante escritura pública por Entidades de crédito, ahorro y financiación, se hubiese pactado que la cantidad líquida exigible en caso de ejecución sea determinada en acta notarial, el Notario, a requerimiento de los representantes legales de la Entidad, la levantará determinando y fijando el saldo de la cuenta, con incorporación de la certificación de la Entidad acreedora y referencia a la documentación que lo acredite."

(73) He estudiado ampliamente esta cuestión en mi trabajo *La fe pública en el ámbito mercantil. Competencia de los notarios y de los agentes mediadores colegiados*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1986, 151 págs.

Real Decreto 1209/1984, de 8 de junio, por el que se modifican determinados artículos del Reglamento Notarial; art. 207.2: "Este tipo de acta (de exhibición de documentos) será utilizable, entre otros supuestos: ...4.º Para fijar el saldo líquido exigible en los préstamos o créditos en cuenta corriente concedidos por entidades de crédito, ahorro o financiación, siempre que tales operaciones y esta modalidad de fijación hayan sido pactadas en escritura pública. En virtud de la documentación exhibida por la entidad acreedora y de su concordancia con certificación de ésta, que se unirá a la matriz, el Notario levantará el acta en la que quede determinado el saldo de la cuenta."

Este precepto reglamentario sólo puede considerarse vigente, como desarrollo de la Ley del Notariado, en cuanto no se oponga a la Ley de que pasamos a ocuparnos, y a fin de regular el "documento fehaciente" a que ella se refiere.

Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento civil, art. 1.435-4: "Si en los contratos mercantiles otorgados por Entidades de crédito, ahorro y financiación, en escritura pública o en póliza intervenida de conformidad con lo dispuesto en el número 6 del artículo 1.429 de esta Ley, se hubiere convenido que la cantidad exigible en caso de ejecución será la especificada en certificación expedida por la Entidad acreedora, aquélla se tendrá por líquida siempre que conste en documento fehaciente que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en el título ejecutivo, y que el saldo coincide con el que aparece en la cuenta abierta al deudor."

No vamos a estudiar ahora con detención este tipo de acta; sólo nos interesa comprobar que no se trata de un acta de mera percepción, porque el Notario tiene que llevar a cabo, además, un cierto control. A raíz de la publicación de la reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento civil de 1984, PÉREZ VALENZUELA se refería a "la insólita función enjuiciatoria atribuida a los fedatarios, que como menos resultarán así peritos" y a una "liquidación fehacientemente supervisada" (74); pero sin admitir posiciones de este tenor, y menos otras más

(74) JUAN PÉREZ VALENZUELA, "Régimen legal de la póliza tras la Reforma Urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil", en *Revista General de Derecho*, 1984, núms. 480, septiembre, págs. 1907-1915, y 481-482, octubre-no-

radicales que parecen encomendar al Notario algo así como una auditoría de la cuenta (75), hay que reconocer que tiene razón PÉREZ VALENZUELA al afirmar que “lo que el artículo 1.435 parece querer es que la certificación unilateral del acreedor no sea arbitraria”, por lo que no bastará que el acta “diga o conste lo meramente dicho por el acreedor, en punto a haberse practicado la liquidación conforme a lo pactado” (76); el artículo 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento civil, en efecto, encomienda al Notario dos funciones:

— comprobar que el saldo que resulta de la certificación coincide con el que aparece en la cuenta abierta al deudor por la Entidad acreedora; se trata de una mera percepción, de un acta de presencia; a esto se limitaba la Orden de 1950: “haciéndose constar en la diligencia de intervención que el saldo que figura en la certificación coincide con el que aparece en la cuenta corriente abierta al deudor en los libros de aquella entidad”;

— y además, comprobar que la liquidación se ha practicado en la forma pactada por las partes en el título ejecutivo, según la documentación exhibida por la Entidad acreedora, como añade el Reglamento, que el Notario rubricará y sellará; tiene, pues, que comprobar el Notario si se ha seguido el procedimiento establecido en la escritura de crédito para la fijación del saldo (determinación por la Entidad acreedora exclusivamente, de mutuo acuerdo, con previa notificación al deudor, con intervención de un tercero, etc.) y comprobar incluso si las partidas cargadas estaban previstas en la escritura (si el Banco podía cargar intereses, comisiones, recibos de contribución, etc.), pero sin entrar en la corrección de fondo (tipo de los intereses o comisiones,

viembre, págs. 2991-2302; las palabras citadas en núm. 480, pág. 1910 y 481-482, pág. 2299, respectivamente.

(75) Cfr. FERNANDO RON SERRANO, “La determinación de la liquidez en las pólizas bancarias a los fines de su ejecución”, en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 6, noviembre-diciembre 1985, págs. 79-88.

(76) PÉREZ VALENZUELA, “Régimen legal de la póliza...”, citado en nota 74, núms. 481-482, págs. 2297 y 2480, pág. 1910. Cfr. SALVADOR TORRES ESCÁMEZ, “Acta de determinación de saldo: fórmula”, en *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, agosto 1983, págs. 1189-1195.

etcétera), pues su misión se limita a acreditar que la liquidación se ha efectuado “en la forma” prevista en la escritura originaria.

Esta actividad notarial está coordinada con la del rogante, que ha de ser identificado, y cuyas facultades tienen que ser apreciadas por el Notario, sin admisión del mandatario verbal (“a requerimiento de los representantes legales de la Entidad”, que decía con acierto el Real Decreto de 1982), porque la Entidad acreedora es la responsable de la forma en que ha llevado a cabo la liquidación, y del saldo líquido que se propone exigir a su deudor; el Notario no es el que fija el saldo, como podría quizá deducirse del Real Decreto de 1982 (“la levantará —el acta—, determinando y fijando el saldo de la cuenta”), ya que se limita a controlar formalmente —no en el fondo— la fijación efectuada por el acreedor. La Ley de Enjuiciamiento Civil —y el Reglamento Notarial de 1984—, ha seguido un justo medio, entre la mera percepción de la Orden de 1950 y la fijación notarial del saldo que podría deducirse del Real Decreto de 1982.

12. *Actas de Juntas.* Tiene cierta importancia, y debiera tenerla más, el acta notarial de las juntas de los órganos colegiados de las personas jurídicas privadas o de las reuniones de los componentes de una comunidad sin personalidad; la Junta General de Accionistas de una Sociedad Anónima, y la Junta de Propietarios en propiedad horizontal pueden servirnos de ejemplos de uno y otro supuesto.

Los acuerdos tomados en estas Juntas y reuniones vinculan, no solamente a los que han votado a su favor, sino a todos los demás socios o comuneros (disidentes, abstenidos o ausentes), y pueden tener también importantes consecuencias para los terceros; de ahí resultan fuertes razones para procurar que el acta sea levantada por un Notario, e incluso para imponerlo en los casos que se consideren más trascendentes o conflictivos.

La cuestión ha sido especialmente estudiada en *Italia*, donde el *Codice civile de 1942* exige la redacción notarial del acta de las Juntas Generales Extraordinarias de las Sociedades Anónimas, y prevé que también lo sea el acta de las Juntas Ordinarias de tales Sociedades:

“Art. 2375: Las deliberaciones de la asamblea deben constar en acta suscrita por el presidente y el secretario o el notario. En el acta deben resumirse, a petición de los socios, sus declaraciones.

El acta de la asamblea extraordinaria debe ser redactada por un notario.”

“Art. 2371-2: La asistencia del secretario no es necesaria cuando el acta de la asamblea está redactada por un notario.”

“Art. 2421 (Libros sociales obligatorios): ...3) el libro de las reuniones y de las deliberaciones de la asamblea, en el que deben transcribirse también las actas redactadas por documento público notarial” (“atto pubblico”).

También en *Alemania, AktG de 1965, art. 130*: “Cada acuerdo de la Junta general constará en el acta de la sesión autorizada notarial o judicialmente (1). En el acta constará el lugar y fecha de la sesión, nombre del Juez o del Notario, así como la forma y resultado de la votación y la decisión del presidente sobre la toma de acuerdos (2). La lista de los participantes de la reunión, así como los justificantes de la convocatoria, se añadirán al acta como apéndices. Los justificantes de la convocatoria no precisan ser añadidos cuando su contenido se ha incorporado al acta (3). El acta será suscrita por el Notario o el Juez. No requiere la adición de testigos (4). Inmediatamente después de la reunión, el presidente tiene que enviar copia autorizada del acta y sus apéndices al Registro Mercantil (5).”

En tal sentido ASCARELLI se refiere a la “peculiar neutralidad y capacidad” del Notario, a “la tutela de cualquier socio respecto a la consignación en acta de sus declaraciones en la asamblea”, y a la “indirecta tutela de las minorías”, ya que el Presidente y el Secretario “pueden ser (y normalmente son) exponentes del grupo que tiene el control de la sociedad” (77). GIULIANI sostiene, con evidente exageración, que el Notario desempeña, al levantar estas actas, sus funciones ordinarias de control de legalidad y de adecuación, de manera que le compete “la indagación de la voluntad de las partes, lo mismo

(77) TULLIO ASCARELLI, “Sulla verbalizzazione delle deliberazioni assembleari nelle società di capitale”, en *Rivista del Notariato*, 1957, págs. 1-5; las palabras citadas en págs. 2 y 3.

si ha de considerarse esta voluntad la suma o bien la resultante del complejo procedimiento deliberante de un órgano colegial” (78). Y FERRARA, entiende que el acta no tiene una simple función informativa, sino que desempeña además una función de control, ya que “el control de la actividad de la asamblea no puede faltar nunca, siendo el inevitable contrapeso del principio de la mayoría”; si bien añade, con demasiada restricción, que la “mayor garantía” que la intervención notarial supone según la Relación Ministerial sobre el artículo 2.375 del Codice, proviene “no del hecho de que la intervención del Notario asegure directamente la observancia de la ley”, sino de “la seguridad, por la intervención del oficial público, de que toda o cualquier ilegalidad cometida resultará del acta” (79). El acta notarial conferiría la seguridad necesaria a los asientos de los Registros públicos (80), y desde luego acabaría con todas esas Juntas inexistentes, antedatadas y de tantas formas simuladas como se encuentra en la realidad.

Señalemos, de pasada, los continuos problemas que se plantean en la doctrina y en la jurisprudencia italianas por no distinguir consciente y paladinamente los dos géneros instrumentales, la escritura y el acta (81).

(78) ANDREA GIULIANI, “La funzione notariale di adeguamento nelle verbalizzazioni assembleari”, en *Contributi giuridici della Scuola di Notariato “A. Anselmi” nel suo primo decennio (1949-1958)*, Milano, Giuffrè, 1958, págs. 121-140; las palabras citadas, en pág. 133. Pueden verse también los trabajos del mismo autor, en la *Rivista del Notariato*, “Ancora sui verbali di assemblea delle società di capitali”, 1957, págs. 588-608, y “Valore probatorio della verbalizzazione assembleare per atto di Notaio e qualificazione giuridica dell'intervento del Notaio”, 1968, págs. 740-746.

(79) FERRARA, “Il verbale di assemblea delle società per azioni”, citado en nota 45, págs. 29 y 34.

(80) Cfr. ENRICO GALLO, “Verbale delle deliberazioni degli organi sociali e pubblicità immobiliare”, en *Rivista delle Società*, 1958, págs. 90-99.

(81) Además de los trabajos citados en las notas anteriores, pueden verse: AMILCARE LANZA, “Il notaio quale organo ausiliario dell'assemblea”, en *Rivista delle Società*, 1958, págs. 59-89; ROBERTO TRIOLA, “Verbale di assemblea straordinaria di società per azioni ed assistenza di testimoni”, en *Rivista del Notariato*, 1973, págs. 523-528; y ANDREA PACIELLO, “Il verbale di assemblea redatto da Notaio (Rassegna di dottrina e giurisprudenza e... qualche riflessione)”, en

Se discute, por ejemplo, desde el punto de vista práctico, si el Notario tiene que individualizar a todos y a cada uno de los asistentes a la reunión; consignar sus circunstancias personales; e identificarles; o bien solamente es “parte” el Presidente de la Junta; si tiene que reseñar y testimoniar los poderes de los que intervienen en nombre de otro; si son precisos testigos instrumentales; si se tiene o no que observar la unidad de acto; si hay que individualizar los que han votado a favor de cada acuerdo; si todos los presentes tienen que firmar el acta; si es preciso el Visto Bueno del Presidente; si el acta tiene que extenderse en el Libro de Actas de la sociedad o en el protocolo notarial, etc., etc.; cuestiones que, como puede verse, afectan en muchas ocasiones a la posibilidad misma del acta.

Teóricamente, y para huir de exigencias absurdas, se discute, en consecuencia, si se trata de un verdadero instrumento público, o de un instrumento público impropio, o bien hay que negarle terminantemente este carácter, a pesar del tenor literal del artículo 2421-3.

Merece destacarse el esfuerzo de FERRARA; el acta notarial de la asamblea es verdadero instrumento público, pero no pertenece a “los actos públicos negociales”, sino a aquellos otros que recogen “meras constataciones”, y a los que no se pueden aplicar las normas que la Ley Notarial contiene para los instrumentos públicos “no porque el acta no sea documento público, sino porque es un documento público diverso de aquél a que se refiere la ley notarial” (82); y así llega a establecer para el Derecho italiano la distinción entre escrituras públicas (“*atti pubblici negoziali*, o a *tipo negoziale*”) y las actas (“*mere constatazioni*”) (83).

En España no está legislativamente ordenada la intervención de Notario en estas Juntas, ni se reconoce tampoco a los socios o comuneros el derecho de hacerse acompañar a la sesión por un Notario, ni aun en el supuesto de que se trate de una minoría de cierta entidad;

Rivista del Notariato, 1982, págs. 1274-1279. Y, claro es, las obras generales, especialmente GIANCARLO FRE, *Società per azioni*. (Art. 2.325-2.461), 3.^a edición, 1962, 759 págs.; especialmente págs. 316-320.

(82) FERRARA, “Il verbale di assemblea delle società per azioni”, citado en nota 45, pág. 50.

(83) FERRARA, “Il verbale di assemblea delle società per azioni”, citado en la nota anterior, págs. 8-12.

sólo para los actos públicos presididos por autoridad competente rige el artículo 198.2, y ésta no puede oponerse, por tanto, a que el Notario ejerza sus funciones de levantar acta de las incidencias que ocurran, una vez que el Notario haya puesto su presencia en conocimiento de la misma. La consideración del carácter privado de estos entes prima sobre cualquiera de las razones antes aludidas.

Intentó establecer la doctrina contraria el *Anteproyecto Miñar, art. 200*:

“Igual advertencia (de ‘su oficio y su propósito’) formulará el Notario antes de comenzar el acto al Presidente de la Mesa en las subastas, asambleas y juntas generales de Sociedades y en los demás actos públicos o cuasi públicos a que tuviere acceso el Notario o su requirente.

El derecho de asistencia a asambleas, consejos u órganos colegiados como miembro, socio o con cualquier otro carácter, lleva en sí, como derecho accesorio, el de hacerse acompañar de Notario público que levante acta.”

Recordemos la *Resolución de 27 de noviembre de 1915*: “la Asociación mencionada no tiene carácter público, ni el Presidente de la misma o de sus reuniones puede ser considerado como autoridad, no siendo, por tanto, aplicables a este caso las reglas especiales dictadas para la intervención notarial en actos presididos por autoridades, sino las que regulan la capacidad de los Notarios para dar fe a requerimiento de parte de cualquier hecho que presencié y les conste, y por tanto, es una cuestión que afecta al derecho del requirente, no al Notario”.

La inaplicabilidad del artículo 198.2 a estas actas referentes a Juntas de entidades de carácter privado tiene como primera consecuencia que el Notario, para levantar acta a instancia de un socio, asociado o comunero, tiene que obtener la previa autorización del Presidente de la Junta; añádese una segunda consecuencia, que el acta no tiene por qué limitarse a aquellos “incidentes” que surjan en la reunión en que esté interesado su rogante, sino que puede extenderse a la reunión completa.

Esta acta por completa que sea, no es sin embargo “el acta” de la Junta, sino que es un acta de pura presencia o mera percepción en la que el Notario va narrando todo lo que ve y oye, pero sólo, claro es, en cuanto tenga un sentido, un significado, a efectos del acta,

puesto que su actuación no puede ser nunca meramente mecánica; y por tanto es un acta que no supone otra garantía que aquella que señalaba FERRARA de acreditar cualquier ilegalidad que hubiera podido cometerse y obtener así fácilmente la nulidad de la reunión y del acta —redactada por el Secretario de la Entidad—, en que se haya documentado.

El Notario sólo puede levantar “el acta” de la Junta cuando actúe a rogación de la Entidad misma, bien porque así esté previsto en los Estatutos o porque lo decida su órgano de Administración; y entonces es cuando llevará a cabo una actividad de control, dentro de ciertos límites, de la corrección y de la conformidad de la reunión a las normas (legales, estatutarias, etc.) por las que ha de regirse; porque sólo entonces tiene medios para hacerlo, consistentes en las cargas para la aceptación de la rogación, que sólo puede imponer al rogante, y no a los terceros. *La rogación*, en efecto, tiene que efectuarse por el órgano de administración competente; el Notario comprobará la autoría de la convocatoria, su publicidad, la antelación con que ésta ha tenido lugar y, en suma, su legalidad —en otro caso tendría que denegar su actuación—, y dejará constancia del Orden del día. Personado el Notario en el lugar, fecha y hora señalados, procederá a extender *el acta* correspondiente, manteniéndose siempre en su papel; el Notario, en efecto, no se convierte en órgano auxiliar de la asamblea, según la tesis que LANZA llevó al mismo título de su trabajo, sino que ha de mantener siempre la independencia de su función; el Notario no menoscaba ni disminuye la labor del Presidente, de manera que es el Presidente el que declara válidamente constituida la Junta y abierta la sesión, dirige los debates, pone a votación los asuntos, declara aprobados los acuerdos y levanta la sesión; y tampoco sule al Secretario, como permite para las Sociedades Anónimas el artículo 2.371-2 del Código civil italiano, puesto que, como dice DUQUE con referencia a la lista de asistentes, “el notario... ejerce durante el desarrollo de la reunión las funciones de documentación” (84), pero no las otras funciones del Secretario, como puedan ser las de asistencia al Presi-

(84) JUSTINO F. DUQUE, “La lista de los asistentes en la Junta General de la Sociedad Anónima”, en *Revista de Derecho Mercantil*, 1962, págs. 7-45 y 315-363; las palabras citadas, en págs. 32.

dente (lectura del acta de la sesión anterior, o del Orden del día de la reunión; recuento de votos, etc.).

El acta que ha de levantar el Notario en el ejercicio de esas funciones de documentación no ha de ser un acta “analítica”, para seguir la terminología italiana, sino un acta “sintética”, esto es, un acta limitada a recoger el texto literal de los acuerdos, sus presupuestos de validez, los previos presupuestos de validez de la Junta y las reservas o protestas hechas por los asistentes para que consten en el acta.

Parece, sin embargo, excesivamente sintético el actual *artículo 33.2 del Código de comercio* (redacción de la Ley 16/1973, de 21 de julio): “Las sociedades mercantiles llevarán también un libro o libros de actas, en los que constarán todos los acuerdos tomados por las Juntas generales y los demás órganos colegiados de la sociedad.”

Más acertado en términos generales, era el originario *artículo 40* de dicho Cuerpo legal: “En el libro de Actas que llevará cada Sociedad se consignarán a la letra los acuerdos que se tomen en sus Juntas o en la de sus Administradores, expresando la fecha de cada una, los asistentes a ella, los votos emitidos y demás que conduzca al exacto conocimiento de lo acordado, autorizándose con la firma de los Gerentes, Directores o Administradores que estén encargados de la gestión de la Sociedad o que determinen los Estatutos o bases porque ésta se rija.”

El acta ha de comenzar con la expresión del lugar y del día y hora de la reunión; pero estas indicaciones comunes a todo documento adquieren aquí un especial significado, en cuanto que en éstos y en los demás extremos —como pueda ser el Orden del día—, el acta de la Junta tiene que probar que la reunión se adapta plenamente a las condiciones de su convocatoria. A continuación, y como punto del mayor interés, el acta tiene que determinar quién es el Presidente de la Junta, identificarle y apreciar positivamente su carácter; todo ello es esencial porque una buena parte del acta estará luego dedicada a recoger auténticamente declaraciones del Presidente: de la apertura y levantamiento de la sesión y, sobre todo, declaración de quedar válidamente constituida la Junta, y con qué asistencia, personal y real, en

su caso, y declaraciones de que van siendo aprobados los sucesivos acuerdos y con qué mayorías, también personales y reales si procede.

Todo ello tiene la mayor importancia respecto al juicio de legalidad que el Notario ha de formar. El Notario tiene que negar de entrada su actuación, como vimos, si la convocatoria no cumple las normas legales y estatutarias que la regulan, y de la misma manera denegará su intervención si la reunión no se adapta a su convocatoria y a las demás normas por las que debe regirse. Lo que ocurre es que algunos de los datos de que depende ese juicio los puede comprobar el Notario por sí, mientras que otros le son suministrados por el Presidente; especialmente, el número de los asistentes o representados, y la participación de interés que reúnen.

Acreditado así, en la medida de lo posible, que la Junta ha quedado debidamente convocada y válidamente constituida, sus acuerdos son verdaderamente acuerdos de la sociedad o entidad de que se trate, y el Notario los recogerá en el acta sin calificar su legalidad o ilegalidad (salvo, claro es, el supuesto de delito, en que deberá interrumpir su actuación), porque el control de la legalidad o ilegalidad de los acuerdos está encomendado a los mismos asociados, mediante las correspondientes acciones judiciales y con la base de los hechos acreditados en el acta, entre los que se encuentran la especificación de los votantes en contra y de sus protestas o reservas, que también fundamentarán el ejercicio de los derechos que les confiera la ley ante acuerdos de especial gravedad. El Notario, ante acuerdos ilegales no delictivos deberá consignarlos en el acta, junto con la causa de su ilegalidad y la advertencia, no de esta ilegalidad, sino del alcance de su fe pública.

La Ley de Sociedades Anónimas, por ejemplo, reconoce legitimación para el ejercicio de las acciones de impugnación de los acuerdos sociales a los concurrentes a la Junta que hubiesen hecho constar en acta su oposición al acuerdo impugnado, a los accionistas ausentes y a los que hubiesen sido ilegítimamente privados de emitir su voto (art. 69); y concede derecho de separación a los accionistas que no hayan votado a favor del acuerdo en los casos de cambio de objeto (art. 85.4), transformación (art. 135) y fusión de la sociedad (art. 144).

No puede hablarse, por tanto, de que el Notario desempeñe en estas actas su propia función de adecuación, como sostiene GIULIANI.

En aplicación de las reglas generales sobre las actas que anteriormente hemos expuesto, si las sesiones se prolongan durante dos o más días consecutivos, la reunión de cada día se consignará como diligencia distinta en el mismo instrumento y por orden cronológico. En el supuesto de que la diligencia se extienda en el mismo lugar, el Notario invitará a que la firme el Presidente, y cualquier otra persona que esté presente y que lo desee; pero aunque no firmen, ni siquiera el Presidente, el acta tendrá todo su valor con la sola autorización notarial. Esto mismo ocurrirá si la diligencia se extiende *ex intervallo*. Tampoco necesita el acta notarial aprobación de la Junta; sería contradictorio con el concepto mismo de fe pública; recordemos el artículo 143.3 del Reglamento: “La fe pública, debida a la actuación notarial según las disposiciones del presente título, no podrá ser negada ni desvirtuada en los efectos que legalmente o reglamentariamente deba producir sin incurrir en responsabilidad.”

“El párrafo 3.º del artículo 143, nuevo en el Reglamento, contiene una disposición sumamente acertada, a la que es necesario dar fuerza de Ley”; así se pronunció el Consejo de Estado en su dictamen (núm. 582, 12 de mayo de 1944) sobre el Proyecto de Reforma del que iba a ser el Reglamento Notarial de 1944.

La grabación mecánica de la reunión es poco útil para un acta sintética; en todo caso debe hacerse para ayuda exclusiva del Notario.

La concurrencia de dos Notarios en una misma reunión debe evitarse, explicando a los interesados la imparcialidad notarial; si no fuere posible, parece procedente el texto único.

La exposición que precede se ha hecho pensando sobre todo en las Juntas Generales de las Sociedades Anónimas, y por ello es especialmente aplicable a ellas. La Ley sobre Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas, en efecto, no regula la forma de estas actas, por lo que pueden constar en documento privado (extendidas por el Secretario con el Visto Bueno del Presidente) o en documento notarial,

con la consecuencia, en este caso, de no ser procedente la aprobación del acta que regula el artículo 62; por lo demás, el artículo 61 dispone que “el Presidente estará asistido por un Secretario”, consecuencia de que el Notario no puede sustituir al Secretario, y el artículo 64 separa formalmente del acta la lista de asistentes (“Antes de entrar en el orden del día se formará la lista de los asistentes...”), corroborando que en esta materia el Notario se ha de limitar a autenticar las declaraciones del Presidente y las protestas de los accionistas. La doctrina mercantilista, y la jurisprudencia, mantienen tesis no demasiado alejadas de las expuestas.

GIRÓN TENA: “El carácter privado de la documentación, establecida por la Ley para los acuerdos, no parece que pueda ser eliminado mediante la solicitud de un solo socio, que deseara la incorporación de los acuerdos a documento público; sería preciso el consentimiento mayoritario, ya que el acuerdo, como acto unitario del órgano, parece que debe dar lugar a que sea éste quien esté facultado para decidir sobre la investidura que deba darse a su manifestación de voluntad. En tal caso, el Notario no sería miembro del órgano y habría que recoger la voluntad del mismo a través de la proclamación del Presidente, no pudiendo sustituir a éste en sus funciones” (85).

Muy acertadas me parecen estas últimas consideraciones; en cuanto a las primeras, hay serias razones (art. 56) para mantener que los socios que representen, al menos, la décima parte del capital desembolsado tienen derecho a que un Notario les acompañe a la Junta y levante acta de sus incidencias; la decisión para encomendar a un Notario el levantamiento del acta no puede venir de la Junta misma, porque estaría ya constituida y parte de la Junta quedaría fuera del acta, sino del Órgano de Administración que tiene la facultad de convocarla.

GARRIGUES-URÍA: “La intervención del Secretario es necesaria, en principio, para la validez de la reunión... la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 1960 declara con acierto que la falta de secretario no puede ser suplida o subsanada por la asistencia de un Notario que dé fe del acto, porque para ello hubiera sido precisa su designación como tal secretario... La

(85) JOSÉ GIRÓN TENA, *Derecho de Sociedades Anónimas* (Según la Ley de 17 de julio de 1951), Valladolid, 1952, 653 págs.; las palabras citadas, en página 307.

presencia de un solo Notario en la junta podría ser solicitada por cualquier accionista que en tal sentido se dirigiera al órgano que la hubiese convocado, al que correspondería decidir y hacer en su caso la designación del mismo" (86). "En ocasiones, sin embargo, se da la presencia del Notario en la junta. En este caso, cabe que la junta acuerde que su manifestación de voluntad se documente en el acta notarial... Pero por razón de la misma autonomía de la actividad notarial, no podrá decirse entonces que el Notario asiste como secretario al presidente (ver art. 61). De ahí que la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 1960 haya establecido que la presencia del Notario que dio fe del acta de la junta no puede suplir y subsanar la ausencia de secretario, pues para ello hubiera sido necesaria su designación como tal, y en el caso sólo resultaba su intervención como fedatario. Es indudable, no obstante, que si falta el acta redactada con el concurso del secretario, el acta del Notario permitirá probar el acuerdo adoptado u otra circunstancia de interés, con el privilegiado valor que resulta de su papel de documento público (art. 1.216 C.c.), y la fehaciencia que deriva de ser el documento fruto de una percepción inmediata de los hechos por parte del Notario (art. 199, párrafo primero del Reglamento Notarial de 2 de junio de 1944)" (87).

Hay, como se ve, cierta contradicción entre ambos textos; de acuerdo con el último, no creo que el Notario pueda ser nombrado Secretario de la Junta; pero sería el Notario y no el Secretario, el que levantaría "el acta" y una copia de la misma se transcribiría en el Libro de Actas de la sociedad.

El TRIBUNAL SUPREMO no se ha ocupado mucho de la cuestión. La *Sentencia de 19 de abril de 1960* declara, en efecto, "que el recurrente considera por su cuenta que la falta de intervención del Secretario de la Junta, que dejó de asistir a ellas, quedó suplida y subsanada por la presencia del Notario que dio fe del acto; mas para ello hubiera sido preciso su designación como tal Secretario, y no la tuvo sino como fedatario, según claramente resulta del acta levantada, lo que hace caer por su base misma el argumento contrario y muestra la ineficacia del

(86) JOAQUÍN GARRIGUES y RODRIGO URÍA, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, t. I, 3.^a ed., revisada, corregida y puesta al día por AURELIO MENÉNDEZ y MANUEL OLIVENCIA, Madrid, 1976, 800 págs.; las palabras citadas, en comentario al art. 61, págs. 694 y 695.

(87) GARRIGUES y URÍA, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, citado en la nota anterior; comentario al art. 62, pág. 706.

que habilidosamente se esgrime, pretendiendo confundir ambas funciones perfectamente delimitables”; pero faltaba por ver lo que el Tribunal Supremo hubiera dicho si el Notario hubiera sido designado Secretario de la Junta; aparte de que ésta era nula, según la Sentencia, porque faltaba “la pluralidad de personas”, “requisito esencial para la válida constitución de la Junta”, y porque ésta “no se convocó, ni celebró, en el tiempo fijado por la ley y por los estatutos”.

Según la *Sentencia de 22 de octubre de 1974*, “sí es de estimar en cambio la denuncia de la falta de Secretario interviniente en dichas Juntas al no figurar aquél designado en los Estatutos ni por los accionistas en el acto de la Junta conforme previene el art. 61 de la Ley, vicio que motiva la nulidad de las expresadas Juntas e ineficacia o invalidez de todos los acuerdos adoptados en las mismas»; pero aparte de que la Junta y sus acuerdos eran nulos por otros motivos (falta de claridad en la convocatoria y, sobre todo, no ser admisible una aprobación global de todos los balances, memorias y cuentas desde 1967 a 1972), no hubo acta notarial en la citada Junta, por lo que no cabe argumentar sobre la misma.

Es decisiva, por el contrario, la *Sentencia de 9 de noviembre de 1955*: “no puede soslayarse, cual pretenden los recurrentes, la intervención que el Notario ha tenido en la sesión... que es objeto de impugnación...; y como aparece consignado por dicho funcionario tanto los nombres de los señores presentes a la reunión, el número de acciones de que cada uno era poseedor, la dimisión del cargo de gerente presentada por el señor O.S. —no destitución, como era firme en la demanda—, la elección de los dos gerentes que los estatutos sociales establecen, referidos hechos fueron reflejados en el acta, y a ella, por la fe que le presta el Notario, hay de concedérsele el valor probatorio que su intervención le proporciona, ínterin no sea atacada de falsa...”.

En cuanto a la DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS es fundamental la *Resolución de 26 de febrero de 1953*, que declara no inscribible el acta notarial en la que se recogen los acuerdos de una Junta ordinaria, solamente porque “no consta la fecha de inserción de la convocatoria en el *Boletín Oficial* ni en el *Correo Catalán*”, faltas evidentemente subsanables, aparte de que la convocatoria, que no aparecía firmada, se había efectuado por quien a la sazón no ostentaba el cargo de Presidente; de todo lo cual se deduce que, en condiciones normales, el acta notarial es inscribible como tal acta de la Junta. Son también interesantes las *Resoluciones de 15 y 29 de*

noviembre de 1956, que declaran basta que el Presidente dé por legalmente constituida la Junta y ponga su visto bueno en la certificación expedida por el Secretario en donde éste hace constar el número de acciones representadas por cada accionista, porque para nuestro supuesto, aclaran las funciones del Notario y del Presidente, de conformidad a lo expuesto. Citemos, finalmente, la *Resolución de 24 de enero de 1964*: "cuando el Secretario, como persona autorizada para expedir certificaciones, expresa en ellas determinadas afirmaciones en relación con el libro de actas de la sociedad, no será necesario exigir en la calificación (del Registrador Mercantil) nuevos elementos de juicio que confirmen lo que en la certificación se declara bajo su fe; por lo que, en el caso cuestionado, al resultar del certificado adjunto que se convocó Junta General extraordinaria al efecto de excluir a determinados socios que no completaron su aportación social, por un lado, y de adaptar los estatutos (a la nueva Ley) por otro, no obstante la singularidad del caso y la inadecuación de sus resultados, habrían de estimarse cumplidos los trámites prescritos...", Resolución en la que quizá se incurre en la confusión entre certificación y fe pública.

13. *Actas de subasta*. También en las actas de subasta el Notario desarrolla una actividad que excede de la mera percepción, a fin de controlar en la medida de lo posible la seriedad, corrección y hasta legalidad del procedimiento, en beneficio, en mayor o menor medida, de todos los interesados en él: el dueño de la cosa subastada, el rematante, y también los demás postores, e incluso el público en general, al que se había hecho el llamamiento. Este control aumenta en una serie de verdaderos expedientes notariales, cuyo núcleo está constituido precisamente por una subasta. Ante la imposibilidad de estudiar una pluralidad de supuestos que tampoco son homogéneos, nos limitaremos poco más que a una enumeración.

a) *Las subastas voluntarias* pueden ser judiciales o extrajudiciales; en este último grupo se encuentran las subastas *notariales*. Las subastas voluntarias judiciales están reguladas, entre los actos de jurisdicción voluntaria, por los artículos 2.048 a 2.055 de la Ley de Enjuiciamiento civil; las subastas voluntarias notariales carecen de regulación en nuestro Derecho; prueba de que no son demasiado frecuentes en la práctica.

La rogación tiene una gran importancia, a fin de que el rematante

quede debidamente protegido. A este respecto, el artículo 2.048 de la Ley de Enjuiciamiento civil dispone: “El que solicite la celebración de alguna subasta judicial deberá acreditar, exhibiendo los documentos adecuados al objeto: 1.º Que tiene capacidad legal para el contrato que se propone celebrar. 2.º Que puede disponer de la cosa u objeto en la forma que intenta por medio de la subasta.” Las mismas cautelas deberá observar el Notario cuando la subasta voluntaria que se propone es notarial, pues en otro caso el rematante podría ser fácilmente burlado; en consecuencia, el rogante tiene que ser identificado, y el Notario tiene que apreciar su capacidad y su representación. La rogación tiene que contener, además, un pliego de condiciones suficientemente detallado para que quede suplido el vacío legal: descripción de la cosa, estado de cargas y de arrendamientos, tipo de subasta, depósito previo, plazo en el que el rematante deberá completarlo, posibilidad de una segunda subasta si la primera queda desierta, y en qué condiciones, otorgamiento de la escritura en su caso y, claro es, el lugar, día y hora de la celebración y anuncios de la subasta. Es fundamental aclarar si la adjudicación será automática a favor del mejor postor, o si el rogante se reserva el derecho de aprobar o no el remate, lo que convierte la subasta en una mera *invitatio ad offerendum*.

La *Resolución de 28 de marzo de 1936* estimó inscribible una escritura de venta de la Iglesia vieja o parroquial de la villa de La Estrada y sus terrenos anejos, hecha por el Arzobispado de Santiago con posterioridad al 2 de junio de 1933, fecha de la Ley de Confesiones y Congregaciones religiosas de la Segunda República, que atribuyó al Estado la propiedad de los edificios destinados al culto católico; la Dirección se fundó en que la escritura se otorgaba para ejecutar el resultado de una subasta anterior, en que se adjudicó el remate al comprador, y cumplir lo ordenado en sentencia dictada por el Juzgado de primera instancia: “su celebración —la de la subasta— evidencia acuerdo recíproco sobre la cosa y el precio en forma auténtica, que... hacen posible estimar que la escritura objeto del recurso formalizó un contrato válidamente celebrado, mediante subasta voluntaria extrajudicial, con anterioridad a la expresada Ley de Confesiones y Congregaciones, que debe surtir todos sus efectos”.

Dos observaciones: que ello constituye sólo la regla general, “a no ser que el que solicite la subasta se hubiere reservado

expresamente el derecho de aprobarla”, como dice para las subastas judiciales el art. 2.051-1 de la Ley de Enjuiciamiento civil; y que por mucha autenticidad que tenga el acta, no puede sustituir a la escritura pública que, en su caso, fuere necesaria; como ocurrió precisamente en el estudiado en esta Resolución.

El *acta* de la subasta ha de ser sintética, recogiendo sólo los momentos jurídicamente significativos y, entre ellos, el cumplimiento de los requisitos bajo los que ha sido convocada, las posturas presentadas conforme al procedimiento (sobres cerrados; pujas a la llana, etc.) que figure en el pliego de condiciones, y la adjudicación que hace el rogante a favor del rematante, así como las protestas o reservas presentadas por los otros postores.

Resolución de 8 de agosto de 1955: “las subastas públicas y notariales no están especialmente reguladas en el Reglamento, por lo que habrá que atender a los preceptos generales sobre actas y en especial a los dedicados a las de presencia, con arreglo a los cuales el Notario deberá consignar los hechos y circunstancias que presencie, relativos al acto de que se trate, así como todos los hechos o incidencias ocurridas que puedan ser productoras de efectos jurídicos”.

Según ya conocemos, esta Resolución declaró que “una vez aceptado por el Notario el requerimiento dirigido a la celebración de la subasta... (no cabe), obligarle a aceptar otro simultáneo y además contradictorio”, ya que “el no estar las actas sometidas a unidad de acto en sentido técnico no impide que el Notario deba rechazar cualquier pretensión de tercero que signifique una intromisión indebida en el ejercicio de una actividad propia y legítima”.

b) Hay también *subastas notariales necesarias*, en el sentido de que son exigidas por alguna disposición legal, en reconocimiento de la garantía que supone la intervención notarial; suelen estar reguladas en la propia disposición que las requiere.

La enajenación de bienes inmuebles no amortizados de la *beneficencia particular* precisa autorización previa del Protectorado (arts. 7.º-4.ª y 67-7.ª de la Instrucción aprobada por Real Decreto de 14 de marzo de 1899), “la cual se otorgará cuando proceda, con la condición expresa de que la enajenación se

verifique precisamente en subasta pública notarial" (RD de 29 de agosto de 1923, art. 1.º).

Por su parte, para poner otro ejemplo similar, el pliego general de condiciones para la venta en subasta de bienes pertenecientes a las *fundaciones culturales privadas* (aprobado como Anejo I por el Decreto 2930/1972, de 21 de julio) exige también que el acta de la subasta sea autorizada por un Notario (art. 16).

Contenido del acta, art. 30.1.2: "En el acta constarán las circunstancias personales y precio por el que se hagan las designaciones de los adjudicatarios"; art. 31: "Cualquier reclamación deberá formularse por el interesado en el momento de la celebración de la subasta y hacerse constar en el acta notarial correspondiente, sin admitirse las formuladas con posterioridad."

Perfección y formalización, art. 37: "1. El contrato de compraventa se perfecciona por la adjudicación definitiva. 2. Cuando el objeto de la venta sea un bien inmueble, el contrato se formalizará en escritura pública..."

En la *contratación administrativa* la autorización notarial de las actas de subasta y de concurso-subasta, que regía desde la primera regulación de 1852, fue suprimida por la Ley de 20 de diciembre de 1952, que modificó el capítulo V de la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública de 1 de julio de 1911, art. 52; la supresión se mantiene: Ley de Contratos del Estado, texto articulado aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril, art. 33, y Reglamento General de Contratación del Estado aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, art. 102.

La Administración Central fue precedida por la Local: Ley de Bases de Régimen Local de 17 de julio de 1945 y texto articulado, aprobado por Ley de 16 de diciembre de 1950, art. 318: "Las actas de los concursos, de las subastas y de los concursos-subastas serán autorizadas por el Secretario de la Corporación"; actualmente, Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, art. 124.3: "Las actas de los concursos y de las subastas serán autorizadas por el Secretario de la Corporación."

Son factibles, claro es, las actas de incidencias en actos públicos del art. 198.2 del Reglamento Notarial.

c) *Enajenación de la prenda en subasta pública notarial*. El Código civil, en su artículo 1.858, entre las disposiciones comunes a la

prenda y a la hipoteca, dispone: “Es también de esencia de estos contratos que, vencida la obligación principal, puedan ser enajenadas las cosas en que consiste la prenda o hipoteca para pagar al acreedor”; el *ius distraendi* es, en efecto, “de esencia” de la prenda, pero hay que velar por su ejercicio para no incidir en el pacto comisorio, que el Código prohíbe rigurosamente en el artículo 1.859: “El acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas.” Para evitar este resultado comisorio el Código no considera indispensable un procedimiento judicial, sino que admite, en su artículo 1.872-1, la enajenación de la prenda por el acreedor en subasta pública notarial: “El acreedor a quien oportunamente no hubiese sido satisfecho su crédito, podrá proceder por ante Notario a la enajenación de la prenda. Esta enajenación habrá de hacerse precisamente en subasta pública y con citación del deudor y del dueño de la prenda en su caso. Si en la primera subasta no hubiese sido enajenada la prenda, podrá celebrarse una segunda con iguales formalidades; y si tampoco diere resultado, podrá el acreedor hacerse dueño de la prenda. En este caso estará obligado a dar carta de pago de la totalidad de su crédito.”

Se trata de una innovación del Código; el Proyecto de 1851, art. 1.775, exigía que la venta se efectuase “en subasta pública”, y GARCÍA GOYENA comentaba: “la subasta pública y judicial (porque judicial ha de ser siempre) es el único medio posible para evitar fraudes o confabulaciones, y alzar el precio de la cosa” (88).

Pero no se trata de una enajenación “ante Notario” como dice el texto legal, esto es, de una actuación notarial de mera percepción, porque al Notario, mediante la citación y mediante la subasta, se le atribuyen unas funciones de control de la corrección y de la legalidad de la enajenación en beneficio del deudor y, si fuere distinta persona, del dueño de la cosa pignorada. El Notario tiene que comprobar que la enajenación se efectúa en los términos previstos en el contrato de prenda y además ha de tomar todas las medidas que juzgue precisas

(88) FLORENCIO GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, t. IV, Madrid, 1852, comentario al art. 1.775, pág. 178.

en protección de los intereses que se le encomiendan, llenando el vacío resultante de la falta de desarrollo reglamentario del acta del artículo 1.872 del Código.

Puede servir de orientación lo que decía la *Resolución de 12 de noviembre de 1924* respecto de la pública subasta que para la enajenación de bienes del tutelado exigía el hoy desaparecido art. 272 del Código: “pero en todo caso debe exigirse un mínimo de requisitos que garanticen la valoración elemental de la finca, la publicidad de la licitación, el concurso de los postores y la seriedad del acto”.

d) Tomando como base este artículo 1.872 del Código civil se desarrolló, por vía de pacto, el *procedimiento extrajudicial* “o más específicamente notarial”, como le llama SANAHUJA (89), de *ejecución hipotecaria*, que admitido por la jurisprudencia, fue regulado en el artículo 201 del Reglamento Hipotecario de 1915. Este procedimiento fue consagrado por el artículo 129.2 de la Ley Hipotecaria de 1944 (que conserva el mismo número en la redacción vigente de 1946), “aun en el caso de que existan terceros”, y actualmente se rige por los artículos 234 a 236 del Reglamento Hipotecario de 1947, cuya exposición nos llevaría demasiado lejos.

José Luis NÚÑEZ-LAGOS ROGLÁ presenta en la Encuesta una serie de sugerencias sobre esta regulación reglamentaria, que ha venido a convertir en algo casi inútil y olvidado un procedimiento de ejecución de indudable utilidad para los acreedores hipotecarios.

El procedimiento, en efecto, pocas veces deja de pactarse en la escritura de hipoteca, pero luego no se acude a él; frente a la abundante jurisprudencia de antaño, solamente recuerdo en épocas modernas la *Resolución de 18 de septiembre de 1974*, declarando que suspendido por mandato judicial un procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria iniciado hace más de diecisiete años, no es posible proceder a su reanudación sin más pruebas que la simple petición del recurrente.

La postura adoptada por los redactores del Reglamento Hipotecario fue, sin embargo, consciente, según se deduce de las palabras de LA RICA: “a través de su minuciosa y acertada re-

(89) SANAHUJA, *Tratado de Derecho Notarial*, citado en nota 5, t. II, pág. 463.

gulación, parece adivinarse algo así como un oculto deseo de que tal procedimiento carezca de frecuente aplicación práctica" (90).

El mismo LA RICA había escrito con anterioridad: "Parece plausible que la ley dé carta de naturaleza a la ejecución extrajudicial admitida ya por el Reglamento y que con gran frecuencia se viene pactando en los títulos constitutivos de hipoteca. No lo es, en cambio, que se pretenda aplicar este procedimiento cuando existan terceros, pues se corre el riesgo de desnaturalizar la función notarial, obligándola a invadir campos acotados reservados hasta ahora para la judicial. Planteándose en las ejecuciones problemas arduos de rango de derechos, liquidación de cargas, cancelación de gravámenes e inscripciones posteriores, etcétera, cuya resolución es impropia en decisiones de jurisdicción voluntaria, como ha de ser por fuerza la de procedimientos no judiciales. Por otra parte, facilitar extraordinariamente la ejecución paccionada de fincas hipotecadas con supresión de trámites que siempre implican garantías para todos los intereses en juego, equivale a favorecer las combinaciones de la usura y, en suma, a limitar el crédito territorial, por lo difícil que será constituir segundas hipotecas cuando en la primera se haya pactado un procedimiento ejecutivo de esa naturaleza" (91).

e) Inspirándose en este procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria, la Ley de 16 de diciembre de 1954, de *hipotecaria mobiliaria y prenda sin desplazamiento* regula también un procedimiento extrajudicial, notarial, de ejecución de la hipoteca mobiliaria (artículos 86-88) y de la prenda sin desplazamiento (art. 94).

f) Y la Ley 50/1965, de 17 de julio, sobre *venta de bienes muebles a plazos* dispone en su artículo 19.6: "Si el deudor no pagare, pero entregare la posesión de los bienes, el Notario procederá a la enajenación de éstos en la forma prevenida en el artículo 1.872 del Código civil." De la enajenación "ante" el Notario hemos pasado a que el Notario mismo proceda a la enajenación; entre ambas dicciones

(90) RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL, *Comentarios al Reglamento Hipotecario*, primera parte: *Innovaciones*, Madrid, 1948, 383 págs.; las palabras citadas, en página 249.

(91) RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL, *Comentarios a la Ley de Reforma Hipotecaria*, Madrid, 1945, 268 págs.; las palabras citadas en págs. 125-126.

legales, la virtud está en el justo medio; el que enajena es siempre el acreedor, pero el Notario no se limita a la dación de fe, sino que tiene que ejercer una cierta actividad de control.

II. ACTAS DE HECHOS PROPIOS DEL NOTARIO

14. *Caracterización.* La generalidad de la doctrina se expresa como si la fe pública viniera limitada a las percepciones que el Notario realiza con sus sentidos corporales; es la fuerza del “ante mí”, el arrastre del “*de visis et auditis suis sensibus*”; así COUTURE —sin plantear la cuestión de que vamos a tratar— nos dice que la fe pública es “una atestación calificada”, pues el Notario “asevera lo que ante él ha ocurrido”, “los hechos que han ocurrido bajo los sentidos del escribano” (92). La fe pública tiene, sin embargo, otra dimensión; se extiende también a los hechos que el Notario mismo ha realizado en el ejercicio de su función, de los que tiene una certeza incluso superior a los meramente percibidos por él; la escritura pública contiene, en efecto, afirmaciones del Notario sobre sus propios hechos (que está presente; que es el autor del documento; que advierte; que lee, etc.), cubiertas por la fe pública; y lo mismo sucede en las actas notariales sin que ello suponga una ampliación de la función, sino aplicación autónoma de uno de sus aspectos, integrado, como todos, en el género instrumental superior que es precisamente la escritura pública. Es mérito del Código civil italiano de 1942 el haber puesto de relieve esta dimensión de la fe pública: “*L'atto pubblico fa piena prova... e degli altri fatti che il pubblico ufficiale attesta avvenuti in sua presenza o da lui compiuti*” (art. 2700), “*ocurridos en su presencia o realizados por él*”; y precisamente en materia de actas la Ley de Entre Ríos, artículo 65.º: “Las afirmaciones del escribano *sobre hechos cumplidos por él mismo o pasados en su presencia*, harán plena fe, hasta la argución de falsedad, conforme al Código Civil.”

(92) EDUARDO J. COUTURE, *El concepto de fe pública. Introducción al estudio del Derecho Notarial*, Montevideo, 1947, 101+6 págs.; las palabras citadas, en págs. 24 y 37, respectivamente.

NÚÑEZ-LAGOS ha sentado, entre nosotros, la verdadera doctrina, en tema de requisitos y en tema de efectos, aunque sus frases puedan pasar fácilmente desapercibidas entre la inmensa obra.

Requisitos: “La fe pública, para ser tal, exige ciertos requisitos: 1) *Una fase de e-videncia...* b) Que el autor *vea* —acto de vista— el hecho ajeno o que narre hecho propio” (93).

Efectos: “A) *Verdad impuesta...* ‘Son las narraciones hechas por el Notario, bien de lo que ve y oye por sus propios sentidos, bien por sus propias actuaciones y diligencias’” (94).

Todavía la *Resolución de 12 de diciembre de 1934* expresaba que la alegación del “supuesto error padecido por el Notario al proceder al sorteo de los títulos a amortizar”, implicaba el “desconocimiento de la naturaleza de la función notarial en actos como el de que se trata, en los que toda parte activa que tome el funcionario llamado únicamente a dar fe de lo que pase a su presencia, constituye una intervención ajena a su ministerio”.

Esta observación de que la fe pública se extiende no solamente a los actos ocurridos en presencia del Notario, sino a los realizados por él, tiene una gran importancia teórica para la función notarial, al suponer el arrumbamiento definitivo —también en materia de actas— de la vieja conceptualización del Notario como “*testis publicus*”; “sería un sin sentido jurídico para el testigo: el hecho propio”, “la figura del Notario como testigo privilegiado ha desaparecido”, comenta CURTI-PASINI (95); y tiene igualmente una gran importancia práctica, porque sólo al romper el encorsetado del acta de presencia, se consigue el desarrollo de las actas notariales que demandan las necesidades sociales, al mismo tiempo que se logra una mejor protección de todos los interesados en ellas.

(93) RAFAEL NÚÑEZ-LAGOS, “La fe pública”, en *Revista de Derecho Notarial*, XVII-XVIII, julio-diciembre 1957, págs. 7-44; las palabras citadas, en pág. 15.

(94) RAFAEL NÚÑEZ-LAGOS, “Documento auténtico y autenticidad de fondo”, en *La Notaría*, primero y segundo trimestres de 1984, págs. 69-97; las palabras citadas, en pág. 87.

(95) G. B. CURTI-PASINI, “La funzione essenziale del Notaio”, en *Rivista del Notariato*, 1951, págs. 15-26; las palabras citadas, en págs. 19 y 24, respectivamente.

Parece, pues, conveniente hacer un grupo especial con aquellas actas que tienen, como contenido fundamental, la narración por el Notario de hechos que él mismo ha realizado al ejercitar su función. Grupo diferenciado del de las actas de presencia —de percepción— porque aquí no hay otra presencia que la que cualquier persona tiene al realizar sus propios actos, y que el Notario ha de observar siempre en el ejercicio de su función, porque la función notarial es personalísima. El Notario no está aquí presente, sino actuante. No da fe de las percepciones de sus sentidos, sino de sus propios hechos.

En este sentido ya AVILA: “Atendiendo a la clase de hechos que recogen las actas, éstas pueden agruparse según que aquéllos sean: ...Hechos que el Notario ‘produce’, como las actas de notificación, de requerimiento y de protocolización” (96).

Claro es que en ocasiones un mismo asunto podrá ser objeto de acta de percepción o de acta de hecho propio del Notario; el sorteo, por ejemplo, y en contra de la Resolución de 12 de diciembre de 1934 que acabamos de citar, puede verificarse de las dos maneras: extrayendo el Notario mismo las bolas o papeletas o limitándose a comprobar cómo lo hace un tercero.

Nos referiremos, dentro de este grupo, a una serie de actas que el Reglamento trata como actas de presencia, aunque reconociéndolas una cierta individualidad: las actas de remisión de documentos por correo, las actas de notificación y requerimiento y los ofrecimientos; y también a dos actas típicas a las que el Reglamento da sustantividad: las actas de protocolización y, quizá con cierto esfuerzo, las actas de depósito.

15. Actas de notificación y de requerimiento. Las actas mejor reguladas, y las más estudiadas por la doctrina, son precisamente las actas de notificación y de requerimiento; nuestras referencias serán, por ello, más fragmentarias.

A) *Unidad documental.* La Reforma de 1984 ha introducido, en el artículo 202.1 del Reglamento, los conceptos de las actas de noti-

(96) AVILA, *Derecho notarial*, loc. cit. en nota 13.

ficación y de las actas de requerimiento: “Las actas de notificación tienen por objeto dar a conocer a la persona notificada una información o una decisión del que solicita la intervención notarial, y las de requerimiento, además, intimar al requerido para que adopte una determinada actitud.”

Este art. 202.1 recoge la opinión dominante, inspirándose directamente en la *Resolución de 17 de noviembre de 1978*: “la diferencia que existe entre el acta de notificación y la de requerimiento radica, a juicio de la mayor parte de la doctrina, en que en la primera sólo se trata de dar a conocer a la persona notificada el contenido de una información o decisión adoptada por quien solicitó la actuación notarial, mientras que en la segunda, que tiene un carácter más complejo, el destinatario, una vez enterado del contenido de la misma, es intimado a adoptar una determinada actitud”.

Al mismo tiempo que sentía la necesidad de recoger la distinción conceptual entre actas de notificación y actas de requerimiento, esta reforma de 1984, paradójicamente, *unificaba el régimen* de unas y otras actas, borrando las no grandes diferencias existentes en la regulación anterior, de 1944 y, en cuanto al artículo 202, de 1967: se aclara, de acuerdo con la doctrina dominante, que también el notificado tiene derecho de contestación y se regula de manera uniforme para las notificaciones y para los requerimientos la posibilidad de acudir al correo, que en las redacciones precedentes de 1967 y 1944 sólo se admitía para “las notificaciones que no tengan carácter requisitorio”.

Esta unificación tiene, a mi manera de ver, un fundamento evidente, porque *notarialmente constituyen un solo tipo de acta*; desde el punto de vista sustantivo hay participaciones de representación y de previsión y hay participaciones de exigencia y, por tanto, hay actas de notificación y actas de requerimiento; pero desde el punto de vista documental, para el Derecho Notarial, que es aquí lo que nos interesa, *todas estas actas son actas de notificación*, porque la actividad del Notario es siempre la misma, trasladar a la otra parte el contenido de la rogación; *notarialmente no hay actas de requerimiento*, porque el Notario no es Autoridad y no puede “intimar” a nadie; la expresión no es más que una reliquia de la situación anterior a 1862, cuando

requería el Juez o su Escribano, porque el Juez puede requerir y el Notario no; al pasar a los Notarios la función actuaria en su proyección extrajudicial, según ha estudiado GARCÍA-BERNARDO (97) debería quizá haber sido eliminado el término.

Recordemos el *Diccionario* de GONZALO DE LAS CASAS: "REQUERIMIENTO: leg. El acto judicial, por medio del que se amonesta o invita a una persona para que cumpla algún mandato haciendo o dejando de hacer alguna cosa, y la intimación, aviso o noticia que se pasa a alguna persona por consecuencia de algún acto." "La forma de redactar esta diligencia varía según los casos, pues cuando el requerimiento se hace por el Juez en los actos que autoriza con su presencia, se consigna en la misma acta o documento; y cuando por el Escribano, varía también según su objeto" (98).

PALÁ MEDIANO tiene una postura semejante, aunque más moderada, pero desde el punto de vista sustantivo, en el que no me parece defendible: "La distinción española entre notificaciones y requerimientos no tiene gran trascendencia ni demasiado interés doctrinal. La notificación que se limita a dar noticia de un hecho, sin esperar una reacción volitiva o declarativa del notificado, es siempre un requerimiento a otra persona para que conozca; y, aun tratándose de una simple noticia o narración, puede ser contradicha, refutada o puede ser rechazada por intempestiva, tardía, incompleta o mal hecha. El requerimiento da a conocer a otra persona una petición, exigencia o pretensión del notificante; y generalmente va precedido de una narración que pretende justificarla. Por otra parte, la exigencia va implícita muchas veces en la simple noticia" (99).

En contra GARCÍA-BERNARDO, refiriéndose a la reforma de 1967: "Se está confundiendo la naturaleza de la intimación u oposición, del requerimiento positivo o negativo a una persona,

(97) GARCÍA-BERNARDO, "Las actas y los requerimientos notariales...", citado en nota 40, págs. 276 y ss.

(98) JOSÉ GONZALO DE LAS CASAS, *Diccionario General del Notariado de España y Ultramar*, t. IX, 1857, pág. 169.

(99) FRANCISCO PALÁ MEDIANO, "Las notificaciones notariales y sus efectos en la relación jurídica sustancial", *Centenario de la Ley del Notariado, Sección Segunda, Estudios de Derecho Notarial*, vol. II, Madrid, Reus, 1965, páginas 189-343; las palabras citadas, en pág. 212.

con la notificación, citación, aviso" (100), posición que concuerda con sus estudios sobre el acto jurídico no negocial (101), que lógicamente tenía que conducir a una sobrevaloración de los aspectos sustantivos.

Esta absorción documental del acta de requerimiento por el acta de notificación cuenta, por lo demás, con algunos precedentes positivos.

El mismo *concepto reglamentario*, art. 202.1, parece considerar el requerimiento como una notificación especial: "Las actas de notificación..., y las de requerimiento, además .."

La *Resolución de 18 de marzo de 1985*, que vimos al tratar del acta del art. 769 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, distingue perfectamente la actuación del rogante y la actuación del Notario en el acta de requerimiento: "pues ni el particular puede 'intimar'... al órgano jurisdiccional, ni el Notario trasladarle esa intimación".

El más claro es el Anteproyecto MIYAR, que no se refiere a las actas de requerimiento como categoría independiente (art. 189: "Las actas de presencia, comprenden las siguientes: a) Las de exhibición. b) Las de notificación. c) Las de protocolización. d) Las de depósito"), sino que las regula en la subsección correspondiente a las "Actas de notificación" (arts. 221 y ss.) y las conceptúa como tales: art. 222: "El requerimiento es aquella notificación que intima al destinatario para que haga o entregue lo pretendido por el requirente."

B) *Acta de notificación y acta de presencia*. Vamos a contraponer ahora las actas de notificación (y las de requerimiento, para quienes no acepten la doctrina que precede) de un lado, y las actas de presencia —de mera percepción— de otro, para comprobar cómo y por qué las actas de notificación fueron incluidas entre las de presencia y para considerar, desde el punto de vista práctico, si es hoy po-

(100) ALFREDO GARCÍA-BERNARDO LANDETA, "Comentarios a la reforma del Reglamento Notarial (Decreto de 22 de julio de 1967)", en *Revista de Derecho Notarial*, LX, abril-junio 1968, págs. 55-214; las palabras citadas, en página 178.

(101) ALFREDO GARCÍA-BERNARDO LANDETA, "Formalismo jurídico y documento notarial", en *Revista de Derecho Notarial*, XXXVI, abril-junio 1962, págs. 15-195; especialmente, págs. 50-62.

sible llevar a cabo una notificación o un requerimiento notarial por medio de una verdadera acta notarial de presencia.

a) Fue el Reglamento de 1921 el que reguló por primera vez estas actas, en sus artículos 290 a 299 y bajo la rúbrica “De las notificaciones y requerimientos”, sin incluirlas en una categoría superior; pero desde que aparece el concepto de acta de presencia, en el Reglamento de 1935, quedan comprendidas pura y simplemente dentro de él las notificaciones y los requerimientos, y es el Reglamento de 1944 el que las concede alguna individualidad, con subrúbrica independiente, pero dentro también de las actas de presencia.

Esta absorción de las notificaciones y requerimientos por las actas de presencia es una clara consecuencia de la conceptualización pasiva de la función notarial, como mera percepción sensorial de hechos ajenos, sin actividad propia por parte del Notario, que tendía a imponerse sobre la forma “activa” de actuación de los Escribanos judiciales; así puede rastrearse en NOVOA SEOANE y comprobarse en el Reglamento de 1921.

NOVOA SEOANE: “Los requerimientos notariales pueden hacerse en dos formas: haciéndolos el mismo interesado a la persona requerida en presencia del Notario que da fe del hecho del requerimiento y de la contestación, *procedimiento, sin duda, más notarial*; o extendiendo acta el Notario del requerimiento que le haga el interesado, para que a su vez se entienda con la persona que se ha de requerir notarialmente, extendiéndose a continuación la diligencia del requerimiento a la persona indicada y su contestación” (102).

Reglamento de 1921, art. 291: “El requerimiento del interesado se hará constar por medio de acta, que firmarán el requirente y el Notario, y éste, *acompañado de aquél*, practicará las diligencias interesadas en cuanto sea factible.”

b) Hay un segundo aspecto que es el que tiene importancia actual; una vez aclarados los conceptos, y perfiladas las actas de notificación y requerimiento como actas de hechos propios del Notario, ¿será posible un requerimiento, o una notificación mediante una verdadera acta de presencia?

(102) NOVOA, *El progreso del instrumento público*, citado en nota 6, páginas 726-727.

Una Circular del Ilustre Colegio Notarial de La Coruña, de 23 de marzo de 1973, planteaba, y resolvía afirmativamente, esta importante cuestión:

“Sucede en ocasiones que el que requiere la actuación del Notario para hacer un requerimiento, pretende que no conste de antemano cuál va a ser el contenido de las preguntas a formular, aduciendo que éstas se formularán en el acto mismo del requerimiento por el propio requirente u otra persona que le asista en aquel acto.

No es correcta la actitud de algunos Notarios que, por principio, se niegan a atender estos requerimientos. Lo que ocurre es que esas actas no son de requerimiento y nunca se las calificará como tales; y el Notario advertirá, al que solicite su actuación, de ese extremo y de cuál ha de ser su conducta en el acto de hacerse las preguntas.

Tales actas son de presencia y en ellas el Notario habrá de hacer las siguientes advertencias:

a) Que está requerido para presenciar y consignar en acta lo que las personas presentes se digan entre sí, sin que su presencia aumente ni disminuya los derechos y obligaciones que tengan para hacerse y contestar las preguntas que recíprocamente se hagan; y

b) Que, a partir de esta advertencia, consignará cuantas manifestaciones se hagan.”

También AVILA: “Limito el objeto de este estudio a las actas de notificación o requerimiento en general y desde el punto de vista del Derecho Notarial. Por ello quedan excluidas: ...4) Las actas en que el Notario hace constar el requerimiento efectuado a su presencia por una persona a otra, que son puras actas de presencia, a las que se refiere el artículo 200 del Reglamento Notarial” (103).

No creemos, sin embargo, que el problema se resuelva mediante una calificación jurídica distinta; no sólo es que semejante acta no pueda llamarse acta de notificación o de requerimiento; es que, a mi parecer, no debe autorizarse; que el Notario debe denegar su actuación. Toda acta exige, en efecto, una rogación previa y determinada; y

(103) AVILA, “Teoría y práctica del acta de notificación o requerimiento”, citada en nota 7, pág. 391.

como dice GARCÍA-BERNARDO, la rogación “previa” “excluye el requerimiento directo del requirente al requerido, pues ya consta en el acta, y de acuerdo con ella lo hace el Notario en la diligencia”; y sin rogación “determinada”, “sin conocer la pretensión de los requirentes, no puede el Notario calificar la legitimidad del interés, concretamente su moralidad y licitud, es más, tampoco puede saber su posibilidad, ni su competencia” (104). Recordemos, sobre todo, el respeto debido a las formas documentales especializadas y a las causas a que obedecen; a través de requerimientos o notificaciones documentados en actas notariales de mera percepción, la persona requerida o notificada se vería privada, según ya hemos dicho, del plazo reglamentario que tiene para contestar, de su posibilidad de pensar y de consultar su contestación; y se podría ver envuelta en las habilidades de la parte contraria sin que el Notario pudiese hacer nada para impedirlo; no se trata de un mero derecho reglamentario: la posición de paridad entre las partes se podría ver irremediabilmente rota, y la imparcialidad del Notario tendría el triste papel de cubrir una desigualdad sustancial entre ellas.

La Circular del Colegio de La Coruña antes citada resolvía a mi parece acertadamente la cuestión cuando se planteaba dentro de un acta de notificación o de requerimiento, como si lo decisivo fueran las calificaciones formales y no la realidad: “Más frecuente resulta la pretensión de requirentes y personas asistentes a los mismos (Letrados o Procuradores) de acompañar al Notario a una verdadera acta de requerimiento; y, ya en el curso del acto del requerimiento, con el pretexto de puntualizar o concretar el alcance de las preguntas o de las respuestas, pretender intervenir formulando las preguntas del requerimiento en otra forma o estableciendo otras nuevas. El Notario deberá abstenerse de consignar estas interferencias y, con toda firmeza, advertirá que él está realizando el requerimiento aceptado en los términos en que lo aceptó y que es él, únicamente, el que ha de formular la pregunta que se contiene en el acta y pedir o hacer las aclaraciones que estime oportuno, únicamente para explicar el alcance de los términos técnicos o ambiguos que contenga la pregunta o la contestación, en su caso. Ello sin per-

(104) GARCÍA-BERNARDO, “Las actas y los requerimientos notariales...”, citado en nota 40, págs. 314 y 315, respectivamente.

juicio —vuelve la Circular a la doctrina que hemos criticado— del derecho de las partes a requerir su actuación para un acta de presencia que no podrá confundirse con la de requerimiento, aunque de hecho forme parte del mismo instrumento”; *ius variandi* que tampoco creemos de recibo.

La cuestión parece hoy decidida con la *Resolución de 3 de mayo de 1984*: “máxime si se tiene en cuenta la posibilidad de que, so pretexto de requerir el levantamiento de un acta de presencia, los interesados intenten que el Notario recoja las manifestaciones que verbalmente pudiera hacer el requirente al requerido y la contestación de éste”, argumento utilizado en favor de la denegación de funciones del Notario.

También GONZÁLEZ ENRÍQUEZ-MANRIQUE-MOLLEDA se plantearon “si cabría la posibilidad de que el Notario autenticara requerimientos verbales de persona a persona como ‘actas de presencia’, sobre la base, por supuesto, de un texto requisitorio previamente determinado y conocido por el Notario... = Cuando se trate de requerimientos que podríamos denominar confesorios (dirigidos a la parte interesada) por la trascendencia que la confesión extrajudicial puede tener en un hipotético proceso, parece difícil admitir tales requerimientos verbales de persona a persona, como no sea por la vía de la forma documental tipificada, o cuando menos advirtiendo el derecho a contestar en el plazo indicado. = Por el contrario, tratándose de requerimientos que pudiéramos denominar testificales (dirigidos a las personas que no son estrictamente parte interesada) parece más factible admitir tales requerimientos verbales, sin ajustarse al esquema reglamentario de ‘actas de requerimiento’ e incluso prescindiendo del plazo de contestación, dado el carácter de declaraciones de mera ciencia y el valor sumamente relativo que las declaraciones testificales tienen en el seno del proceso” (105). Para nosotros, éstos no son verdaderos requerimientos; y aquéllos, si es que no requieren escritura, constituyen una pequeña parte de los requerimientos posibles, en general dirigidos a la obtención de un *comportamiento del requerido*.

(105) GONZÁLEZ ENRÍQUEZ-MANRIQUE-MOLLEDA, “Comprobación notarial de hechos”, citado en nota 4, págs. 329-330.

C) *Acta de notificación y escritura pública.* Dentro del mismo principio de respeto a las formas documentales típicas, plantearémos ahora el problema contrario; si un acta de notificación podrá contener una declaración de voluntad que, complementada con su aceptación en la diligencia de contestación, daría origen a un contrato, en un documento notarial que podría cuestionarse si seguía siendo acta o se había convertido en escritura pública. Quizá con arreglo a los puros principios teóricos habría incluso que negar la posibilidad del supuesto de hecho; pero, aparte de que también cabe la notificación de una oferta contractual, la vida presenta siempre una riqueza de matices que sobrepasa a toda teoría.

Negó ya esa posibilidad SANAHUJA: “No puede equipararse el contrato con el requerimiento aceptado. En la perfección de aquél intervienen dos momentos genéticos: la oferta y la aceptación. Y una oferta o proposición no es lo mismo que una exigencia, ni por tanto la aceptación de ésta surte igual efecto que la aceptación de aquélla. En primer término, la proposición tiene un valor propio como acto generador del contrato; en cambio, la pretensión se halla subordinada a la existencia de un derecho y, por sí, carece de valor jurídico. Sólo la causa —el derecho en que se funda— puede haberle dado ese valor; no puede comunicárselo la aceptación del requerido. Pero, además, no hay congruencia entre el requerimiento y la aceptación: lo que en aquél se persigue es que el requerido realice la prestación, no que diga que ya lo hará. Falta, pues, la concurrencia, la convergencia de voluntades: no hay contrato” (106).

También PALÁ: “En el concepto de notificación no entra la comunicación de una propuesta negocial (oferta de contrato). Esta tiende a provocar en el destinatario su aceptación, no su conocimiento.” “En nuestra opinión, pues, la transmisión de la propuesta negocial no es propiamente una notificación. Puede adoptar esta forma, pero el simple conocimiento por el destinatario, por sí solo, no producirá efectos”; en consecuencia, PALÁ nos habla del “acta de propuesta negocial” (107), con lo que, bajo este nombre, el problema planteado subsiste.

(106) SANAHUJA, *Tratado de Derecho Notarial*, citado en nota 5, t. II, pág. 45.

(107) PALÁ, “Las notificaciones notariales”, citado en nota 99, págs. 213, 214 y nota 49, en esta misma página, respectivamente.

La posición más abierta fue defendida por GONZÁLEZ ENRÍQUEZ y sus colaboradores, en perfecta consonancia con su doctrina negadora de la distinción entre escritura y acta: “Si, por el contrario, el requerido se presta a firmar, es deber del Notario, como tantas veces se ha repetido, procurar su identificación y leerle sus manifestaciones, después de redactadas por el Notario para que éste las otorgue. Repetimos una vez más que es deber del Notario procurar el máximo de efectos, y no le es lícito en ningún caso limitarlos.” Y añaden: “En efecto, si en el caso últimamente contemplado el requerido se presta a firmar sus manifestaciones después de leídas por el Notario, y éste lo identifica, la relación contractual puede quedar documentada en el instrumento, que podrá contener la oferta, su traslado, la aceptación e incluso la notificación de ésta al oferente” (108).

Creemos, por el contrario, de conformidad con la opinión dominante, que hay que separar los aspectos sustantivos y los puramente documentales; podrá haber contrato; pero no existirá escritura pública.

“La contestación del requerido podrá perfeccionar —conforme a las normas sustantivas de la contratación entre ausentes—, el negocio jurídico”, nos dice en cuanto a la primera cuestión VICENTE FONT (109). Por ello nunca se pudo tomar completamente en serio el artículo 205.3 del Reglamento de 1944, hoy derogado.

“Las manifestaciones contenidas en un requerimiento y en su contestación tendrán solamente el valor probatorio que los Tribunales aprecien dentro del conjunto de la prueba; pero, por sí solas, no establecerán nunca una relación contractual, ni producirán efecto ejecutivo.”

El precepto, suprimido el inciso “no establecerán nunca una relación contractual”, no era tan desacertado como solía decirse.

Una cosa es, sin embargo, que en virtud del principio espiritualista exista, efectivamente, un contrato, del que el acta proporciona la prueba, y otra cosa muy distinta sería que ese contrato se haya for-

(108) GONZÁLEZ ENRÍQUEZ-MANRIQUE-MOLLEDA, “Comprobación notarial de hechos”, citado en nota 4, págs. 333 y 334, respectivamente.

(109) FONT BOIX, “Las variedades del instrumento público”, citado en nota 56, pág. 317.

malizado en escritura pública, con todos los efectos formales, traditorios, registrales, ejecutivos, etc., que ella comporta. Sencillamente porque la escritura no llegará a otorgarse, ya que el Notario no puede proceder en la forma que describía GONZÁLEZ ENRÍQUEZ. “A mi entender —comenta CÁMARA—, y conforme ha quedado destacado anteriormente, si la finalidad del requirente es exclusivamente saber a qué atenerse sobre si su oferta es o no aceptada, sobra el juicio de capacidad (no así la identificación si es posible hacerla), y, aunque lo emita, no por ello el documento queda convertido en escritura, pues la finalidad perseguida por el requirente no es formalizar el contrato por medio del acta, sino establecer la posición del requerido en relación con la oferta que se le ha cursado. En tanto el Ordenamiento permite que los particulares se valgan del Notario para cumplir estas finalidades, el Notario no debe extremar oficiosamente su celo para convertir en escritura un documento que no responde a la función de instrumentar un contrato” (110). Y es que, en efecto, el Notario tiene que procurar el máximum de efectos para su actuación, pero su función tiene carácter rogado, por lo que sólo puede ejercerse dentro de los límites de esa rogación, sin que éstos puedan ser ampliados por el requerido; y menos hasta el punto de efectuar un otorgamiento negocial sin empezar en hoja o pliego distinto y bajo número de protocolo independiente, y de acabar siendo notificado el notificante.

Por ello, el actual *art. 204.3*, redacción de 1984, dispone: “Las manifestaciones contenidas en una notificación o requerimiento y en su contestación tendrán el valor que proceda conforme a la legislación civil o procesal, pero el acta que las reoja no adquirirá en ningún caso la naturaleza ni los efectos de la escritura pública.”

En el mismo sentido, el *Anteproyecto argentino, art. 45*: “Sin perjuicio de operarse los efectos jurídicos legales o contractuales, en orden al carácter de la intimación o contenido de la notificación, el documento no perderá su calidad de acta ni será asimilado a la escritura pública cuando sea menester esta forma para la validez de actos o negocios jurídicos.”

La aceptación de la donación de un bien inmueble, por ejem-

(110) CÁMARA, “El Notario latino y su función”, citado en nota 19, páginas 141-142.

plo, que exige *ad solemnitatem* la escritura pública (art. 633.2 y 3 del Código civil), carece de validez si solamente se ha efectuado en la contestación a un acta de notificación. Tampoco se producen los efectos ejecutivos, en que tanto insisten GONZÁLEZ ENRÍQUEZ-MANRIQUE-MOLLEDA (111), y no por la letra del artículo 1.429-1.º de la Ley de Enjuiciamiento civil, sino por la cuestión de fondo aquí debatida. Claro es que, si a pesar de todas las infracciones reglamentarias que se quieran, los actos han ocurrido de la manera que estos queridos compañeros dicen, la realidad prevalecerá sobre el *nomen* de acta, y habrá, en efecto, una escritura pública, con todos sus efectos.

Quizá el que haya expuesto con mayor claridad la cuestión sea JOAQUÍN SAPENA; terminaremos con sus palabras: “A modo de guía, fijémonos en un tipo concreto, en la compraventa entre ausentes. El vendedor puede requerir la intervención notarial para que recoja su voluntad de vender de tal forma que, si de igual manera el comprador, conocida la oferta y dentro de los límites por la misma fijados, declara ante Notario su voluntad de comprar, el negocio es perfecto...: escritura de oferta y escritura de aceptación... = Pero el vendedor pudo dirigirse al Notario no para que plasmara, encauzara y diera eficacia instrumental a su voluntad de vender, sino simplemente para que trasladara su declaración al destinatario o con el fin de que quedara constancia para su público conocimiento. Y el comprador, en adecuada correlación, en diligencia integrada en el propio instrumento o en otro aparte, plasma también su voluntad de comprar. Con lo cual, si se han cumplido los requisitos legales, ha nacido el negocio. Pero, y esto es lo fundamental, *no en el instrumento y dentro de él*, sino aparte, como si no hubiere intervenido Notario alguno, pues su actuación se ha constreñido a reflejar y transmitir manifestaciones, sin dar constancia ni garantía alguna de su conjunción y de los efectos de ésta” (112).

El problema ha de resolverse en el campo de los efectos,

(111) GONZÁLEZ ENRÍQUEZ-MANRIQUE-MOLLEDA, “Comprobación notarial de hechos”, citado en nota 4, págs. 307-308.

(112) JOAQUÍN SAPENA TOMÁS “La escritura inscrita como forma del negocio: su destrucción”, en págs. 117-242 del volumen del *Centenario de la Ley del Notariado*, citado en nota 7; las palabras citadas, en págs. 190-191.

no en el de las prohibiciones, porque aquí no es posible poner puertas al campo sin perjudicar gravemente las maniobras, los tratos y, en suma, la libertad de los particulares. Por ello nos parece equivocado el *Anteproyecto Miyar*, art. 224: "Los actos de notificación no podrán tener por objeto, ni en el acta de rogación ni en la contestación, aquello que fuere materia de escritura pública con arreglo al artículo 47."

La denegación procederá, desde luego, cuando aparezca que se trata de un acta de notificación y contestación convenidas, conforme a las últimas palabras del art. 145.2 y al art. 144.2.

D) *La competencia funcional.* Otra causa de denegación de funciones se encuentra en la prohibición de traspasar los límites de la propia función notarial. Aunque quizá fuera suficiente con lo ya dicho, convendrá añadir algunas precisiones desde el punto de vista de estas actas de notificación y de requerimiento de que ahora tratamos.

La función notarial es extrajudicial, conforme a los artículos 1.º y 2.º de la Ley Orgánica. *La esfera judicial* queda, en consecuencia, totalmente fuera de ella; así lo entienden las Resoluciones de 16 de marzo de 1963 y de 20 de septiembre de 1962, siendo equivocada, según hemos dicho, la doctrina de la Resolución de 25 de noviembre de 1926.

Resolución de 16 de marzo de 1963: "Considerando que en este caso el requerimiento se había de practicar en la esfera judicial, en relación con los procedimientos derivados de la denuncia de varios delitos formulada por la requirente, y por ello se trataba de manera (sic) extraña a la competencia notarial, puesto que la información, reclamación y recursos sobre las tramitaciones judiciales tiene su alcance adecuado dentro de las Leyes de Enjuiciamiento."

Resolución de 20 de septiembre de 1962: "Considerando que, por tratarse de acreditar en un acto notarial las vicisitudes sufridas con motivo de la notificación de una sentencia, el acto cae de lleno dentro de la materia propia de los Tribunales de Justicia, a los que corresponde la potestad de aplicar las leyes, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado."

La única acta en la que el Notario llega a los umbrales de la esfera judicial es la del artículo 769 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal,

de que ya hemos tratado, excluyéndose terminantemente, según la *Resolución de 18 de marzo de 1985*, todo aspecto de notificación o de requerimiento:

“Considerando que tampoco puede ser, en el extremo opuesto, un acta de requerimiento, pues ni el particular puede ‘intimar’ como dice el artículo 202, párrafo 1.º del Reglamento Notarial, al órgano jurisdiccional, ni el Notario trasladarle esa intimación, ya que la respuesta, positiva o negativa, del Juzgado o Tribunal a lo que es una ‘petición’ debe hacerse mediante la oportuna resolución judicial, con la correspondiente intervención del Secretario, único funcionario competente para dar fe de las actuaciones judiciales.”

“Considerando, igualmente, que tampoco puede tratarse de un acta de notificación, pues su contenido no es un ‘dar a conocer’, que dice el mismo precepto reglamentario, y, que, por otra parte, presentaría los mismos problemas en cuanto a la contestación.”

Distinto planteamiento exige la *esfera administrativa*, como extrajudicial que es, sin que tampoco pueda equipararse a la privada, al estar regida por su propia normativa. Han quedado expuestas la *Real Orden del Ministerio de Hacienda de 24 de junio de 1880*, la misma *Resolución de 16 de marzo de 1963*, la *Resolución de 14 de diciembre de 1978*, y como doctrina vigente, la *Resolución de 3 de mayo de 1984* que, en cuanto a las actas que ahora tratamos, declara: “que cuanto se dice en el Considerando anterior (sobre actas de presencia) ha de entenderse sin mengua de la prudencia con que procede analizar cada requerimiento concreto y, en consecuencia, rechazar aquellos que envuelven la pretensión de utilizar la intervención notarial para la práctica de notificaciones o, peor aún, por su carácter intimatorio, requerimientos a personas determinadas de la Administración”.

La doctrina de esta *Resolución* ha sido confirmada, según ya hemos anticipado, por la *de 31 de julio de 1985*, desestimando el recurso de queja por denegación de funciones consistentes en la práctica de un requerimiento a la Presidencia de la Generalidad de la Comunidad Valenciana para tener libre acceso a los Centros Públicos donde ejercer la función religiosa o pastoral que, según sus propias manifestaciones, desempeñaba el requi-

rente como jerarquía de la Iglesia de Dios Universal (reformada): el recurso “no admite otra solución que la negativa adoptada por el Notario, la cual tiene su apoyo en la doctrina de este Centro Directivo, particularmente en la Resolución de 3 de mayo de 1984, según la cual, el Notario debe rechazar aquellos requerimientos que envuelvan la pretensión de utilizar la intervención notarial para la práctica de notificaciones o, peor aún, requerimientos a personas determinadas de la Administración”. Recurrida esta Resolución, fue confirmada por *Orden Ministerial de 7 de octubre de 1985*: “cabe señalar la legalidad de la resolución objeto de impugnación toda vez que la negativa adoptada por el Notario de Valencia tiene su apoyo jurídico en la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, y particularmente en la Resolución de 3 de mayo de 1984, según la cual, el Notario debe rechazar aquellos requerimientos que envuelvan la pretensión de utilizar la intervención notarial para la práctica de notificaciones o requerimientos a personas determinadas de la Administración, no aportándose ni alegándose ningún elemento de prueba nuevo que desvirtúe el criterio mantenido en la resolución combatida”.

Una cierta forma de confirmación puede verse en la desestimación por el *Congreso de los Diputados* de la proposición no de ley presentada por el Grupo Parlamentario Popular para que se regulara la intervención notarial, permitiendo consignar en acta notarial de presencia el contenido de los expedientes administrativos sometidos a información pública; la desestimación se basó en que la cuestión estaba bien regulada en la legislación notarial y en la doctrina de la Dirección, con cita de la Resolución de 3 de mayo de 1984, y sin que la proposición se extendiera a las actas de notificación y requerimiento (*Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, Comisiones núm. 235, 30 de octubre de 1984, págs. 7356-7360).

Esta doctrina, tan asentada, no nos deja del todo satisfechos, cierto es que la defensa de los derechos de los ciudadanos están especialmente encomendados a los Tribunales de Justicia y al Defensor del Pueblo, pero el Notariado, al que compete la fe pública general siempre ha acudido a esa defensa. Por eso acabamos resaltando un Considerando de la *Resolución de 3 de mayo de 1984*: “que, asimismo, ha de extremarse la prudencia en aceptar la intervención notarial en los casos en que el requirente invoque su situación de indefensión ante

la Administración, pues aunque tal alegación sea hoy particularmente atendible conforme a los principios constitucionales, la facilidad con que puede aquélla utilizarse y, de hecho, se utiliza, hace aconsejable, en evitación de abusos, que, como mínimo, el requirente declare en el acta, bajo su responsabilidad, hallarse en situación de indefensión, de en qué consiste ésta y la actuación, órgano o funcionario específicos que la origina”; bien están todas estas precauciones, pero no consentir la indefensión.

E) La intimidad del destinatario. Las actas de notificación constituyen el prototipo de aquellas actas cuya cumplimentación exige que el Notario entre en relación con otras personas, en concreto con la persona del destinatario, ya estudiadas en términos generales. Y ello tiene importantes consecuencias en la práctica de la notificación, pero también las produce antes, *en la rogación*, pudiendo incluso originar la denegación de funciones, como un supuesto más de contrariedad a las leyes, a la moral o a las buenas costumbres.

“Entre los sujetos activo y pasivo de la notificación —nos dice en este sentido PALÁ—, ha de existir una relación jurídica que permita al primero introducirse en la esfera jurídica del segundo para provocar en éste el conocimiento de ciertos hechos jurídicos... Si esa relación no existe, la notificación no tiene razón de ser;... La relación puede ser personal (directa) o real (mediata, a través de una cosa); y puede tener origen en un *status* (conjunto de situaciones jurídicas), en una situación jurídica (de la que resulte la posibilidad de relaciones jurídicas futuras o de obtener las consecuencias de una norma legal), o en una específica y actual relación obligatoria (conjunto de derechos y deberes)” (113). Si no preexiste cierta relación, en tan amplio sentido entendida, no puede haber acta de notificación o requerimiento; no estimamos posibles esos “requerimientos... testificales” de que hablaban GONZÁLEZ ENRÍQUEZ y sus colaboradores (114) porque, como nos dice SEGURA, “la rogación por un tercero... no transforma el acta de referencia en otra de requerimiento, pues nunca contendrá

(113) PALÁ, “Las notificaciones notariales”, citado en nota 99, pág. 238.

(114) GONZÁLEZ ENRÍQUEZ-MANRIQUE-MOLLEDA, “Comprobación notarial de hechos”, *loc. cit.* en nota 105.

una intimación para hacer algo en *favor del rogante*, sino para hacer algo, aunque ese algo pueda redundar indirectamente en beneficio del rogante: el testigo actúa para el Derecho, a través del mecanismo de la prueba, y es el Derecho el que puede proteger luego al rogante” (115); habrá, pues, que denegar la autorización de un acta de notificación o requerimiento, y según los casos, podrá autorizarse o no, por el respeto debido a la persona, un acta de referencia de manifestación provocada, cuyas diferencias con aquélla expondremos a su debido tiempo.

El respeto a la intimidad de la persona del destinatario deberá estar siempre presente en la práctica de la diligencia. Ya nos hemos referido a “la mayor mesura y comedimiento” que el Notario ha de observar (Resolución de 25 de noviembre de 1926); a la elección del día y hora en que podrá realizarse; al lugar adecuado (recuérdese la Resolución de 10 de junio de 1976, intentada en un Sanatorio); al acceso a locales cerrados (Resoluciones de 20 de febrero de 1974 y 8 de junio de 1984) y de manera muy especial al domicilio ajeno, que la Constitución declara inviolable (art. 18.2). El artículo 202.3 del Reglamento, para las actas de que ahora tratamos, dispone que si la diligencia se entendiera con persona distinta del destinatario, la cédula, copia o carta por medio de la cual se cumplimenta la notificación “podrá entregarse bajo sobre cerrado”, precepto que entronca con el derecho a la intimidad personal que el artículo 18.1 de la Constitución garantiza; en consecuencia, una Circular del Ilustre Colegio Notarial de Valencia de 15 de septiembre de 1986, recomienda “cuando la diligencia se entienda con persona distinta del destinatario, aun cuando aquél sea cónyuge, hijo o pariente, lo siguiente: 1.—Expresar de palabra solamente el carácter de Notario y el objeto de la presencia notarial consistente en la práctica de un requerimiento o notificación, sin manifestación ninguna de su contenido. 2.—Entregar la cédula, copia o carta en sobre cerrado. 3.—Hacerlo constar así en la diligencia”; el “podrá” entregarse bajo sobre cerrado tiende así a convertirse en “deberá” hacerse precisamente así, y no sólo cuando el contenido del requerimiento o notificación sea especialmente delicado, porque también existe una intimidad “económica”. Recordemos, desde un

(115) SEGURA ZURBANO, “Las actas y los requerimientos notariales”, citado en nota 18, pág. 530.

punto de vista convergente, la *Resolución de 2 de mayo de 1933*, en la que se desestimaba la queja contra un Notario por haber violado el secreto notarial... con el mismo destinatario, dándole supuestamente a conocer el contenido del requerimiento antes de la práctica de la diligencia; pero quizá otra cosa habría que resolver a veces respecto de un mero receptor.

F) *Notificación oral y notificación documental*. La finalidad de la notificación es precisamente que el notificado tome conocimiento de los hechos que se le notifican; y para ello existen dos procedimientos, la comunicación oral y la comunicación escrita. La *Resolución de 1 de abril de 1965*, ocupándose de una notificación notarial de la venta de un piso, efectuada al arrendatario por correo certificado con acuse de recibo, decía que “este tipo de notificaciones deberían en rigor ser practicadas con inmediatez del notificado o sujeto pasivo, ante la presencia del Notario”, pero reconocía que el sistema “ofrece una serie de inconvenientes”, para concluir: “que cuando la Ley de Arrendamientos Urbanos habla de ‘notificaciones fehacientes’ no entiende que necesariamente hayan de hacerse inmediatamente a la persona notificada, pues esto, en la mayoría de los casos, sería prácticamente imposible de verificar, incluso aunque no hubiere conducta maliciosa en el requerido, sino que lo que pretende es que objetivamente se hayan adoptado todas las medidas que prudencialmente sean necesarias para que llegue a su poder”. “En la vida jurídica —escribe en el mismo sentido PALÁ MEDIANO—, la seguridad del tráfico exige que este elemento subjetivo de la comunicación en el destinatario (percepción, información, apreciación, etc.) sea sustituido por un elemento objetivo; la posibilidad de conocer por los medios o instrumentos idóneos utilizados en el procedimiento de notificación. = Esta necesidad no se satisface si la recepción (hecho que ha de cuidarse y probar el comunicante) se admite solamente como presunción de perceptibilidad, que se dará en circunstancias normales, y que el Juez ha de valorar en cada caso. = Tampoco se satisface, aunque se establezca una presunción de conocimiento, si se admite prueba en contrario; la de que el destinatario no pudo conocer. = Todavía será necesario precisar más el concepto de *recepción* en la comunicación de hechos jurídicos... el concepto de *recepción* se reduce al de *entrega* de la

comunicación y aun al de *llegada* a su lugar de destino” (116). “La *llegada* debe entenderse aquí como la *presentación* de la comunicación en el lugar de destino... = El comportamiento del destinatario o receptor que obstaculiza la recepción, negándose sin justa causa a recibir la comunicación o destruyéndola después de recibido el escrito o cédula —añade PALÁ—, es juzgado unánimemente por la doctrina y la jurisprudencia como un caso de dolo, culpa o negligencia y sancionado con la declaración de que la notificación ha quedado cumplida” (117). Se trata, en realidad, de exigencias del principio de buena fe, de la buena fe objetiva que cuando escribía PALÁ se recogía solamente en tema de contratos por el artículo 1.258 del Código, y que ahora tiene una consagración general en el artículo 7.º-1 (redacción 1973-1974): “El notificante ha de hacer todo lo necesario para que su declaración penetre en la esfera del destinatario en tal grado de seriedad y certeza que no impida a éste el conocimiento efectivo de ella ni la valoración de sus efectos jurídicos. = El destinatario ha de hallarse dispuesto a recibir la declaración que se le notifica en cumplimiento de un deber o en ejercicio de un derecho” (118).

Este concepto que de la notificación en general formula PALÁ, como “*llegada*” o “*presentación*” de la comunicación en el lugar de destino, haciendo abstracción de su “*recepción*” e incluso de su “*entrega*”, es, creemos, más perfecto que el que, ya en concreto respecto de la notificación notarial en las actas de “*conformación jurídica*”, expone NÚÑEZ-LAGOS, para el que la “*recepción*” es la “*entrega*” sin ulteriores precisiones. “La notificación notarial es un verdadero proceso notificativo, en el que, cumplidos todos sus trámites, la *recepción formal* produce *todos los efectos del conocimiento efectivo por parte del destinatario*, aunque éste no llegue a tenerlo (muerte o incapacidad antes de recoger la cédula de notificación) o lo tenga mucho tiempo después de (sic) regresar de sus vacaciones. Lo característico de estas actas es que producen todos sus efectos extrajudicialmente, *por y desde* el momento de la recepción del consignatario. = Por eso, porque la

(116) PALÁ, “Las notificaciones notariales”, cit. en nota 99, págs. 267-268.

(117) PALÁ, “Las notificaciones notariales”, cit. en la nota anterior, pág. 269.

(118) PALÁ, “Las notificaciones notariales”, cit. en las dos notas anteriores, página 242.

toma de conocimiento efectivo puede tener lugar *después* del acto de notificación oficial, la notificación formal es un acto de *entrega al consignatario* de un documento, de una cosa que es corporal y permanente, la 'cédula' que contiene copia literal de la *rogatio*, para que de rebote llegue al destinatario ausente. Se rechaza en términos absolutos la posibilidad de una notificación verbal. Tenemos así una característica negativa: queda rechazada la oralidad en la notificación", con lo que la notificación es un "acto formal", un "acto real de entrega documental" (119).

Nuestro Derecho Notarial ha sufrido al respecto una interesante evolución histórica. El Reglamento de 1921 partía de la comunicación oral, y casi del acta de mera percepción o presencia, según veíamos, esto es de la notificación directa del notificante al notificado ante el Notario ("y éste, acompañado de aquél", que decía el artículo 291), si bien en el caso de hacerse la notificación a un tercero por no encontrar al destinatario en su domicilio, había que acudir a la notificación escrita. En los Reglamentos de 1935 y 1944 la cuestión queda a la libre elección del Notario: "Las expresadas diligencias podrán efectuarse mediante cédulas", decían los artículos 202.2 de ambos Reglamentos, y ese arbitrio perdura en la reforma de 1967, artículo 202.2: "Las expresadas diligencias pueden efectuarse mediante cédulas" (120). En cambio, la reforma de 1984, esto es, nuestro Derecho vigente, adopta claramente la comunicación documental: "La diligencia se cumplimentará mediante entrega de cédula, copia o carta",

(119) NÚÑEZ-LAGOS, "Efectos sustantivos de las actas notariales", citado en nota 61, págs. 35-36.

(120) "El acto de comunicar, en buenos principios —decían GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, MANRIQUE y MOLLEDA en ese momento de nuestra evolución reglamentaria— debe ser un acto de entrega. Lo entregado será la cédula o copia expedida por el propio Notario, que es quien realiza el acto de entregarla. = En la legislación española se admite la oralidad del acto de comunicación por el Notario, por lectura del documento que contiene lo que es objeto de ella. Y la comunicación por cédula aparece como pura facultad del propio Notario. Si se reflexiona sobre el particular, la regla de conducta debe ser siempre la entrega de cédula, ante la sola posibilidad de que la comunicación se realice, no a su destinatario precisamente, sino a la persona que se encuentre en el lugar en que la comunicación se realiza (receptor, consignatario)"; cfr. *Comprobación notarial de hechos*, citado en nota 4, pág. 332.

dice el actual artículo 202.3; y lo hace con tal energía que en el artículo 202.6 dispone: “Cuando, por excepción, la diligencia sólo haya podido practicarse mediante la lectura al destinatario del contenido íntegro del acta, la cédula, copia o carta se remitirán a aquél por correo, en la forma prevista en el párrafo que precede. En ambos casos, el plazo de contestación previsto en el artículo 204 correrá desde el recibo del envío postal”; no le parece suficiente, pues, al precepto la lectura por el Notario “al destinatario del contenido íntegro del acta”; exige, además, que el documento notificadorio se le remita a continuación por correo certificado con aviso de recibo; y, sobre todo, el plazo de contestación no corre desde la comunicación oral, sino desde el recibo del envío postal, prueba palmaria de que la definitiva notificación ha sido ésta y no aquélla.

Esta postura del Reglamento es, como hemos visto, la única admisible; al notificante hay que exigirle todo, absolutamente todo, lo que dependa de él a fin de que la comunicación llegue a su destino, pero nada más; porque también al notificado hay que exigirle una receptibilidad para las notificaciones que le lleguen y una mínima organización (la familia, el portero, el vecino) que supla sus ausencias; y ello sin aludir al obstruccionista, al que tiene esa organización precisamente para lo contrario, para que no se abra la puerta al Notario encargado de efectuar la notificación que espera y se devuelva como “ausente” o “desconocido” el sobre de correos en que presuntamente viene la correspondiente cédula.

El conocimiento efectivo por parte del notificado no es, pues, un requisito de la notificación; pero sí opera como subsanador de la notificación defectuosa o no realizada, porque probado ese conocimiento se ha logrado el fin que la notificación perseguía. En este sentido, la *Sentencia de 1 de febrero de 1985* da lugar a la resolución de una compraventa por falta de pago del precio aplazado, aunque el requerimiento del artículo 1.504 del Código civil se había hecho por correo certificado y no personalmente por el Notario cuando al tiempo de efectuarlo no estaba en vigor la reforma de 1984 y, por tanto, el correo sólo podía utilizarse para las notificaciones que no tuvieran carácter requisitorio; el Tribunal entiende que “admitido y reconocido por el comprador renuente al pago haber recibido la carta requisitoria o conminatoria de pago en cuarenta y ocho horas y la

notificación, en defecto de abono, de dar por resuelto el contrato, es claro y evidente que no puede ahora dicho contratante escudarse en una interpretación rigorista y formal del artículo 202 del Reglamento Notarial (redacción, repetimos, de 1967) so pena de atentar contra el principio de buena fe (artículo 7.º del Código civil) en una de sus manifestaciones, tal la del atenuamiento a los actos propios, pues a ello equivaldría sostener que no se ha cumplido dicha norma cuando él mismo reconoce y admite que sí se ha llenado el fin que persigue, o lo que es lo mismo, que supo y se dio por requerido, bien que de todo hiciera caso omiso”.

En línea en cierto modo paralela cabe recordar la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la necesidad, derivada del art. 24.1 de la Constitución, de emplazamiento personal de los legitimados como demandados o como coadyuvantes en un proceso contencioso-administrativo, y por consiguiente la insuficiencia del anuncio de la interposición del recurso en el *Boletín Oficial del Estado*; pero sin que ello sea aplicable cuando existe plena certeza de que tuvieron conocimiento oportuno del proceso y, por ejemplo, la *Sentencia 2/1985, de 10 de enero*, denegando por esa razón el amparo solicitado; el conocimiento de los afectados quedó demostrado por una acta notarial de manifestaciones que en su día habían firmado.

G) *La rogación: notificación simple y notificaciones cualificadas.* A todo lo largo de esta Ponencia hemos procurado seguir nuestro propósito de ceñirnos a los aspectos documentales, y más en concreto a los de técnica notarial, sin extendernos a los aspectos sustantivos que, en materia de actas de notificación, fueron magníficamente estudiados por SANAHUJA y más modernamente, al mismo tiempo y con independencia, por PALÁ MEDIANO y por NÚÑEZ-LAGOS (121); pero al llegar al momento de la *comparecencia del rogante* ya resulta imposible seguir manteniendo esa separación; hay que distinguir, en

(121) Cfr. SANAHUJA, *Tratado de Derecho Notarial*, citado en nota 5, t. II, págs. 25 y ss.; PALÁ, “Las notificaciones notariales”, citado en nota 99, págs. 317 y ss.; y NÚÑEZ-LAGOS, “Efectos sustantivos de las actas notariales”, citado en nota 61, págs. 17 y ss.

virtud del contenido, la notificación simple y las notificaciones cualificadas.

a) *Notificación simple.* Es frecuente que las notificaciones notariales —tengan un contenido notificadorio o requisitorio—, no pretendan unos efectos jurídicos concretos, sino que se agoten en finalidades simplemente prácticas; son aplicables entonces a la comparecencia del rogante las normas generales del artículo 197 del Reglamento: no hará falta afirmar la capacidad del rogante ni, en general, proceder a su identificación, y será ampliamente admisible la figura del mandatario verbal; el artículo 205 del Reglamento funcionará sin dificultades.

Art. 205: “En caso de tratarse de requerimientos o notificaciones de carácter urgente, por referirse a plazos próximos a terminar, revocación de poderes u otros de carácter perentorio, el Notario, si fuere requerido por medio de carta cuya firma le sea conocida o aparezca legitimada, podrá prestar su intervención.
«Si la aceptare, levantará el acta correspondiente, uniendo la carta recibida a la matriz, actuando en los términos que resulten de su texto, pero sin responsabilidad alguna por lo que se refiere a la identidad del firmante de la carta y a su capacidad.”

El precepto tiene aquí para nosotros el interés de demostrar que a pesar del artículo 197, hay actas de notificación en que el Notario tiene que asegurarse de la capacidad del rogante, y por tanto también de su identidad.

b) *Notificaciones cualificadas.* Hay, en efecto, otras notificaciones que persiguen sobre todo un efecto jurídico determinado en las normas legales correspondientes, bien sea para la conservación de los derechos, como obligación o carga del notificante o como requisito para el ejercicio facultativo de aquéllos; y en estas actas habrá que estar a lo que dispongan aquellas normas que, de una manera u otra, las prevén. La variedad es aquí inmensa, por lo que hay que hablar en plural de “notificaciones cualificadas” e intentar de alguna manera perfilar aquellos grupos que parecen más interesantes para el tratamiento de la comparecencia del rogante en el acta de notificación.

a') *La notificación conservatoria de derechos.* La notificación, especialmente aquella que tiene contenido requisitorio, aparece con

frecuencia como un acto de conservación de los derechos del notificante, especialmente apto para eliminar los efectos de la inercia jurídica. La reclamación extrajudicial del acreedor en acta notarial, por ejemplo, interrumpe la prescripción de acciones (art. 1.973) y pone al deudor en mora (art. 1.100).

La conservación de los derechos es un acto de administración; el rogante deberá tener, en consecuencia, la capacidad para administrar, y su representante voluntario escritura pública de poder (artículo 1.280-5.º); ni que decir tiene que el compareciente deberá ser identificado por el Notario.

b') *La notificación como ejercicio de derechos potestativos.* El ejercicio de los derechos de tanteo o retracto legales, del derecho de retracto convencional, y del derecho de opción; la resolución de la compraventa de bienes inmuebles conforme al artículo 1.504 del Código civil en caso de impago del precio aplazado; la revocación del mandante y la renuncia del mandatario; la rescisión unilateral de un contrato cuando fuera procedente; la denegación de prórroga al arrendatario; y en general, el ejercicio de una amplia gama de facultades y poderes jurídicos, la mayor parte de los cuales pueden encuadrarse en la figura de los derechos potestativos, exigen una notificación a la otra parte, notificación que en forma alguna puede ser claudicante. El Notario tiene que identificar al rogante y calificar su capacidad, exigiendo los consentimientos o autorizaciones que fueren precisos.

c') *Las denuncias.* Lo mismo cabe decir, viceversa, de aquellas notificaciones de intento que abren al notificado un plazo preclusivo, de caducidad, para el ejercicio de un derecho potestativo propio, que suele ser un derecho de adquisición preferente (tanteo o retracto legal).

Como escribí para el Simposio Notarial 83, "hay un grupo especial de actas de requerimiento y de notificación sobre el que queremos llamar la atención: aquellas que suponen el ejercicio de un *derecho potestativo*, o más ampliamente de una potestad jurídica, o bien abren al destinatario un plazo preclusivo para que ejercite aquél o ésta. = Suele afirmarse que en las actas de notificación y requerimiento el Notario es "protagonista", limitándose la rogación a poner en marcha en proceso. Ello se debe a una sobrevaloración de la diligencia sobre el requerimiento inicial. Pero precisamente en esas actas con contenido

de derecho potestativo es el acta inicial, en que éste se ejercita, la que pasa a primer plano. Nos encontramos con la mayor proximidad a la escritura pública, y por tanto, en cuanto a ellas, tienen plena razón algunas comunicaciones:

— Es peligroso el abuso de la figura del *mandatario verbal*.

— La *fe de conocimiento del requirente* debe darse siempre, pues es preciso que sea auténtica la autoría de esas declaraciones de voluntad, aunque sean no negociales.

— También es preciso el *juicio de capacidad del requirente*, incluida la legitimación; por ejemplo, hace falta el consentimiento del consorte en el acta de notificación de la decisión de traspasar un arrendamiento de local de negocio ganancial, porque abre el plazo preclusivo durante el cual el dueño del local puede ejercitar sus derechos de tanteo o retracto, sin que sea admisible ponerle ante una situación claudicante” (122). Mi pensamiento, desde entonces no se ha suavizado; porque si el Notario tolera un mandatario verbal, por ejemplo, se expone a que el destinatario, con toda la razón, lo rechace.

La aproximación a la escritura de estas actas no se limita, por lo demás, a los requisitos formales —de lo que ya hemos visto muchos ejemplos a lo largo de esta Ponencia—, sino que se extiende en parte a la estructura misma; el *texto de la rogación* ha de contener una *declaración del rogante*, que es la que va a ser objeto de notificación; “se concreta normalmente —dice la *Resolución de 18 de noviembre de 1966*—, en un texto preparado por el requirente o redactado por el Notario y aprobado por aquél”, por lo que “tienen un valor decisivo los términos... consignados textualmente”. A ello se añadirán la determinación de la *persona del notificado* y la del *lugar* en que la notificación habrá de efectuarse. En los casos especiales en que así interese podrá consignarse también el *tiempo* (día; hora).

Claro es que si previamente se ha otorgado una escritura (por ejemplo, la compraventa que da origen al retracto), la notificación ulterior tendría el carácter de simple.

(122) “Las actas de notificación y de requerimiento. 18.—Algunas cuestiones generales”, *Simposio Notarial 83* citado en nota 15 (Ponencia VII); las palabras citadas, en págs. 869-870.

H) *La práctica de la notificación.* La notificación consiste, según ya hemos adelantado, en un acto real, en un acto de entrega documental efectuado por el Notario, complementado o no —especialmente, según se entienda con el destinatario o con un simple receptor—, con una comunicación oral (lectura, resumen o explicación). La comunicación puramente oral sólo se permite, en el artículo 202.6 que ya hemos transcrito, cuando no fuere posible la comunicación documental —piénsese en razones de urgencia, que impiden detenerse a confeccionar la cédula—, y tiene que ir seguida de una comunicación real por medio del correo. La regulación reglamentaria, contenida en el artículo 202, redacción de 1984, es en esencia la siguiente (123):

a) *Documento que se entrega.* Conforme a los párrafos 3 y 4 del artículo 202, el objeto de la entrega es una “cédula, copia o carta”, que puede “ir extendida en papel común”, debe contener “el texto literal de la notificación o el requerimiento” y “el derecho de contestación del destinatario y su plazo”, e “indicar el carácter con que se expide y su fecha”, siendo “suscrita por el Notario con media firma al menos”; “no será necesario dejar en la matriz nota de su expedición”; en la cédula deberá consignarse la “fecha... de su entrega”.

Texto que ha de ser notificado, Sentencia de 14 de marzo de 1956: La sentencia de instancia “niega validez a la notificación notarial”, “siendo forzoso reconocer su ineficacia al fin propuesto, ya que la diligencia se limita a decir que se hace la notificación prevenida en la cláusula quinta, enterándole de su contenido y dándole además cédula de notificación, pero no consta si en la cédula se da copia de la escritura o al menos de sus cláusulas fundamentales para que el notificado quede enterado suficientemente”.

Advertencia del derecho de contestación, Resolución de 10 de junio de 1976: “resulta inviable cuando, como en el caso presente, la resistencia activa o pasiva de los requeridos... hace imposible evacuar normalmente la diligencia requisitoria”; la doctrina está justificada cuando se ha rehusado la recepción de la cédula, que es donde la advertencia tiene que figurar.

(123) Cfr. PEDRO AVILA ALVAREZ, *El instrumento público en la reforma de 1984*, Madrid, Montecorvo, 1985, 169 págs.

Suscripción del Notario, Resolución de 10 de marzo de 1978: “aun dando por cierta la omisión de la media firma del Notario en la cédula de notificación —omisión ésta que, sin duda, constituye un defecto reglamentario de la misma según lo previsto en el artículo 202, 2.º (hoy 3.º) del Reglamento Notarial que justifica plenamente la advertencia formulada por la Junta Directiva al Notario señor...—, tal omisión resulta intrascendente en el caso concreto porque cabe, igualmente al amparo del artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo entender saldado el defecto tanto por el hecho de haberse presentado el señor... a contestar y haber contestado, como por el hecho ulterior de haber recurrido, primero en queja y luego en alzada”. *Resolución de 17 de noviembre de 1978;* nota del Registrador: “No constar si la copia simple entregada como cédula de notificación se hallaba debidamente autorizada por el fedatario”; Consideración... en cuanto que la copia simple entregada como cédula de notificación al portero del inmueble, no es documento sujeto a la calificación registral, al no tener que presentarse en el Registro, y a que en principio hay que presuponer que reuniría todos los requisitos formales exigidos por la legislación notarial y a los que daría cumplimiento el Fedatario”.

b) *Lugar en que ha de entregarse.* “A tal fin —el de practicar la notificación—, el Notario se personará en el domicilio o lugar en que la notificación o el requerimiento deba practicarse, según la designación efectuada por el requirente”, dispone el artículo 202.2; el lugar sobre todo cuando la entrega se hace a un consignatario, “es trascendental”, nos dice NÚÑEZ-LAGOS, porque “es el local, más que el consignatario, el que vincula al destinatario” (124); el Notario cumplirá con practicar la notificación donde le ha sido solicitado, pero tendrá que advertir al rogante de que el acierto en su designación es fundamental para que la notificación sea efectiva. Excepción, artículo 202.7: “La diligencia podrá practicarse en cualquier lugar distinto del designado, siempre que el destinatario se preste a ello y sea identificado por el Notario”; prueba evidente de que el lugar actúa como subrogado de la persona del destinatario.

(124) NÚÑEZ-LAGOS, “Efectos sustantivos de las actas notariales”, citado en nota 61, págs. 53 y 54.

El Notario deberá ser *territorialmente competente* para actuar en el mencionado lugar, y si no lo fuere no podrá salvar su incompetencia acudiendo a la notificación por correo, sino que tendrá que efectuar la notificación *por medio de otro Notario* (exhorto notarial).

Junta de Decanos, acuerdo de 13 de septiembre de 1986:
“El Notario que autorice un acta de notificación o de requerimiento que haya de cumplimentarse fuera del territorio de su competencia no podrá acudir, por tanto, al envío de cédula, copia o carta al destinatario por correo certificado con aviso de recibo, sino que habrá de acudir necesariamente al llamado exhorto notarial, a fin de que el acta que ha autorizado sea cumplimentada por otro Notario, con competencia territorial en el lugar en que deba ser practicada la diligencia.”

Se funda este acuerdo en que “en otro caso (el Notario) estaría realizando en alguna forma una notificación o un requerimiento ‘notariales’ fuera del territorio de su propia competencia”; y en que el derecho de contestación del destinatario “se vería muy dificultado y en ocasiones imposibilitado, si tuviera que acudir en el breve plazo reglamentario a un Notario con despacho muy distante”.

En el mismo sentido se había pronunciado el *Ilustre Colegio Notarial de La Coruña, circular de 23 de marzo de 1973*: “esta facultad (de practicar la notificación por correo) debe usarse con mucho comedimiento cuando el notificado resida fuera del Distrito Notarial del notificante o, aun dentro de él, en Ayuntamiento en que la competencia notarial esté reservada a otro Notario, no sólo porque se puede privar al compañero de una legítima actuación, sino porque se dificulta la contestación fehaciente dentro de la misma acta y por cuenta del que requirió la actuación notarial; pues aun cuando el derecho a contestar se reconoce en el mismo precepto, se obliga al notificado a desplazarse a la Notaría del notificante, lo que prácticamente cierra la posibilidad de tal contestación si los gastos de desplazamiento son superiores a los de contestación por medio de otra acta notarial”.

“Este tipo de actas —dice el citado acuerdo de la Junta de Decanos respecto al exhorto notarial—, viene funcionando en la práctica sin dificultades; únicamente cabe insistir en la consulta previa al Notario a quien pretenda encargarse de cumplimentar el acta, cuando

el objeto del requerimiento sea de admisibilidad dudosa (esfera administrativa, por ejemplo), o cuando su práctica tenga carácter urgente, por referirse a plazos breves (como la notificación del traspaso), próximos a terminar, revocación de poderes, etc.”

Resolución de 21 de enero de 1982: “del mero hecho de tratarse de un requerimiento de funciones practicado a través de otro Notario, no dimana la ineludible necesidad de aceptarlo si, en opinión del Notario que ha de actuar, el requerimiento es improcedente, sin perjuicio, claro está, del recurso de queja previsto en el artículo 145 del Reglamento Notarial”.

Resolución de 28 de febrero de 1984: “tampoco cabe imputar incorrección alguna, o lo que es igual, falta de diligencia, al Notario Sr..., con ocasión de la realización del requerimiento que se le formuló a través del Notario de... Sr..., toda vez que de la propia documentación incorporada al expediente se desprende que la copia del acta remitida por el Sr... no pudo llegar a poder del Sr... antes del día 19 ó 20 de octubre y el requerimiento fue cumplimentado el día 24 de dicho mes”.

El procedimiento merecería ser utilizado en el ámbito internacional.

c) *Persona a la que ha de hacerse la entrega.* “En el caso de no hallar al destinatario, (el Notario) entenderá la diligencia con cualquier persona que allí encuentre, y, en su defecto, podrá practicarla con el portero o conserje del inmueble o con un vecino del mismo o de los más próximos, si se prestare a ello”, dice el artículo 202.2.2 del Reglamento. Existe, pues, un orden, una prelación:

— En primer lugar, y como es lógico, la entrega ha de hacerse al mismo notificando o destinatario.

— En su defecto, a cualquier persona que se encontrare en el domicilio o lugar en que la diligencia de notificación se practique, aunque “se negare a dar su nombre” o “a indicar su relación con el destinatario” (art. 202.8), y sin prelación alguna reglamentaria si se encontraran en el mismo lugar varias personas.

— Y “en su defecto, podrá practicarla con el portero o conserje del inmueble o con un vecino del mismo o de los más próximos, si se prestare a ello”. Hay aquí una facultad (“podrá”), no una obligación para el Notario, sin que exista tampoco prelación reglamentaria

entre las personas comprendidas en este tercero y último grupo, ni siquiera de los vecinos del mismo inmueble sobre los de los inmuebles más próximos.

Los Reglamentos de 1921 (art. 292), de 1935 (art. 200.1) y de 1944 (art. 202.1) no hacían referencia alguna a este tercer grupo, produciéndose las divergencias jurisprudenciales que denunció CAMÓN AZNAR (125) cuando a pesar de ello se había entendido la diligencia con el portero o con un vecino.

La reforma de 1967 ya comprende “al portero del inmueble o a un vecino cualquiera del mismo”; y a pesar del silencio reglamentario, según la *Resolución de 10 de marzo de 1978*, “en el caso concreto debatido no procede impugnar la validez de la notificación practicada en la persona de un vecino no perteneciente al inmueble porque, además de existir razones para entender que el artículo 202.1.º del Reglamento Notarial debe interpretarse en el sentido de que, si bien debe intentarse primero la diligencia con vecinos que lo sean del mismo inmueble del domicilio o lugar designado por el requirente del acta, ello no invalida la diligencia practicada con otro que no lo sea cuando existan o no se encuentren otros vecinos en el inmueble, no se presten a recibir la notificación o en cualquier otro caso similar, es lo cierto que, a tenor del artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo, las notificaciones defectuosas surtirán, sin embargo, efecto a partir de la fecha en que se haga manifestación expresa en tal sentido por el interesado o se interponga el recurso pertinente”.

La reforma de 1984 introduce expresamente entre los posibles consignatarios al vecino de los inmuebles más próximos, en virtud del informe de la *Junta de Decanos*: “al limitar al vecino del mismo inmueble aquel con quien puede entenderse supletoriamente la diligencia de notificación o requerimiento, no resuelve acertadamente el problema de las casas unifamiliares, tan frecuentes en pueblos y urbanizaciones, en que debería permitirse acudir al vecino del inmueble contiguo”; así lo entendió también, en su dictamen, el *Consejo de Estado*: “Cabe acoger la indicación de la Junta de Decanos..., precisando que podrá acudir al vecino del inmueble continuo (sic) más cercano.”

(125) LEONARDO CAMÓN AZNAR, “Requerimientos y notificaciones notariales”, en *Revista de Derecho Notarial*, XXXV, enero-marzo 1962, págs. 303-306.

d) *Modo de efectuar la entrega.* Se aplican las reglas ya expuestas, sobre las actuaciones en que el Notario tiene que entrar en relación con terceras personas. En sede de actas de notificación y requerimiento, el Reglamento dicta algunas reglas especiales, que con frecuencia son también generalizables a las actuaciones referidas:

— “dando a conocer su condición de Notario y el objeto de su presencia”; es la manera de presentarse el Notario; el objeto de la presencia sólo puede indicarlo de una manera genérica, pues aún no ha podido determinar la persona con la que va a entender la diligencia; que es lo que tiene que hacer a continuación, preguntando por el destinatario, y sólo en su defecto por la persona más calificada para que se practique con ella la notificación;

— si la diligencia se entiende con el que manifiesta ser el mismo destinatario, el Notario le entregará la cédula, copia o carta; puede también leerle el acta, o por lo menos resumírsela o explicársela, para que se dé cuenta de su alcance y trascendencia; pero ello queda “al arbitrio del Notario, sin necesidad de comentario, ampliación o apostilla de ninguna clase, ya que, como queda dicho, la virtualidad del requerimiento radica en las mismas palabras con que se solicitó la intervención del Notario” (*Resolución de 18 de noviembre de 1966*); y también puede advertirle de su derecho de contestación y su plazo, aunque ya figura en la cédula (*Resolución de 10 de junio de 1976*);

— si la diligencia se entiende, en defecto del destinatario, con otra persona presente en el lugar, el Notario le preguntará por su relación con el destinatario, a fin de determinar, también, la persona más adecuada en el supuesto de que existan varias; le entregará la cédula preferiblemente en sobre cerrado, como antes vimos; y le preguntará finalmente por su nombre y apellidos; no es obstáculo el que el consignatario o receptor se niegue a manifestar los anteriores datos; “el Notario advertirá en todo caso al receptor de su obligación legal de hacer llegar a poder del destinatario el documento que le entrega”; a la mayor brevedad posible;

Obligación legal; GARCÍA-BERNARDO: “No es necesario crear esta obligación legal, cuando la cédula se entregue a persona que está en el domicilio del requerido o notificado, y ello, por la misma naturaleza jurídica del domicilio y los efectos inherentes

a esta institución, que la Ley explícitamente le atribuye. La entrega de la cédula es una cuestión resuelta por el artículo 40 del C.c., con la figura del domicilio; sin necesidad de indagar la índole y complejidad de las relaciones que en él se cobijan" (126); en todo caso, la obligación sería legal, como derivada del artículo 1.888 del Código civil.

— no es en manera alguna necesario que el Notario identifique a la persona (destinatario; receptor) a la que hace entrega de la cédula; así resulta expresamente del texto reglamentario en cuanto que considera la identificación un requisito exigido sólo excepcionalmente, para que la diligencia pueda practicarse en lugar distinto del designado (art. 202.7) y en cuanto que admite la diligencia con un consignatario que se niega a dar su nombre e indicar su relación con el destinatario (art. 202.8). Esta posición reglamentaria tiene un evidente fundamento práctico, en cuanto que la identificación (salvo conocimiento previo del Notario) no puede conseguirse sin la colaboración del identificado, y en el presente caso ni el destinatario ni el consignatario son rogantes de la actuación notarial y el Notario no puede imponerles la carga de aquella colaboración; más bien —sobre todo el destinatario— sufren la actuación de la función notarial y estarían deseando verla fracasar por esa falta de identificación. Teóricamente, ya hemos visto que es el lugar en que la diligencia se practica el que pasa a primer plano y sustituye a la persona con que ella se entiende.

NÚÑEZ-LAGOS: "*Fe de conocimiento*.—Es opinión común que el Notario o funcionario público competente no tiene que dar fe de conocer al requerido destinatario o consignatario, ni de la cualidad o carácter con que interviene. Por otra parte, la identidad y cualidad del destinatario o consignatario, no son hechos, ni circunstancias de hecho, y a lo más podrían ser objeto de un juicio del Notario. De todas maneras, ni en la práctica es posible, ni ninguna ley lo exige (127).

La *Sentencia de 9 de diciembre de 1964* parece dar a entender la necesidad de la fe de conocimiento del destinatario, por-

(126) GARCÍA-BERNARDO, "Comentarios a la reforma del Reglamento Notarial", citado en nota 100, págs. 185-186.

(127) NÚÑEZ-LAGOS, "Efectos sustantivos de las actas notariales", citado en nota 61, pág. 51.

que frente al motivo del recurso, “en un acta de requerimiento el notario no da fe de conocer al demandado”, responde: “siendo inexacta la falta de fe de conocimiento de dicho demandado, ya que consta al final del acta, apreciada ésta junto a todo el acervo probatorio”, sin añadir que en manera alguna era exigible.

— el artículo 203 regula el supuesto de imposibilidad de cumplir la diligencia:

“Cuando por no encontrar el lugar, hallar cerrado el portal, no serle permitida la entrada en el domicilio o sitio designado, no encontrar en él a nadie o por resistencia activa o pasiva de la persona con quien haya de entenderse la diligencia, no le fuere posible al Notario entregar la cédula, copia o carta, lo hará constar así.

No obstante, podrá el Notario, en tales supuestos y a instancia del interesado, utilizar el procedimiento de remisión por correo a que se refiere el artículo anterior, salvo que la resistencia procediere del mismo destinatario.”

Párrafo primero. La reforma de 1984 ha suprimido la expresión final, “a los fines que al requirente convengan” que contenían sus precedentes (arts. 293/1921, 201/1935 y 203/1944); el problema fundamental es si el acta ha resultado eficaz o no, y ello sólo lo pueden decidir los Tribunales según las circunstancias de cada caso concreto.

Párrafo segundo. Tiene razón EMILIO CASASÚS HOMET en su colaboración en la Encuesta: no se plantea en esta remisión postal problema alguno de competencia territorial, y es práctica notarial útil dejar prevista esta posibilidad en el requerimiento inicial, si el requirente está conforme.

e) *Documentación de la actuación.* Refiriéndose conjuntamente a la entrega personal por parte del Notario y a la remisión por correo, el artículo 202.8 dispone: “En el acta se expresará la manera en que la notificación o el requerimiento se haya realizado; si la persona con la que se hubiere entendido la diligencia se negare a dar su nombre, a indicar su relación con el destinatario o a hacerse cargo de la cédula, copia o carta, se hará constar así; y si se hubiere utilizado el correo, se consignarán sucesivamente las diligencias correspondientes”; en el

supuesto de entrega a un mero receptor, en el acta, según el artículo 202.3, habrá que consignar “este hecho (que se ha efectuado, en su caso, la entrega bajo sobre cerrado), la advertencia (de la obligación legal de hacer llegar la cédula a poder del destinatario) y la respuesta que recibiere”; también consignará la respuesta que diere el destinatario mismo, en su caso, generalmente sin referencia al fondo del asunto (como la reserva del plazo para contestar). Recordemos el *artículo 198.3*: “Los Notarios sólo podrán consignar en acta las manifestaciones que se hagan por personas a las que previamente hayan dado a conocer su condición de fedatario”; y el *artículo 204.2.2*: “No se consignará en el acta ninguna contestación que diere el destinatario antes de haber sido advertido por el Notario de su derecho a contestar y del plazo reglamentario para ello.” Por lo demás, la diligencia puede extenderse *in continenti* o *ex intervallo*, de conformidad con las reglas generales (arts. 197.2.4.^a y 5.^a y 198.1).

Resolución de 18 de noviembre de 1966: “en el acta de requerimiento se distinguen *dos momentos*, el de petición al Notario para que practique una determinada diligencia, que se concreta normalmente en un texto preparado por el requirente o redactado por el Notario y aprobado por aquél y en la aceptación por el fedatario de llevar a cabo lo solicitado, y otro momento posterior, en el que, practicada la diligencia, el Notario la incorpora al acta relatando la forma en que se ha desarrollado su actuación y la del requerido”.

Sentencia de 12 de junio de 1963: “aunque no conste en forma escrita la *advertencia* notarial al receptor y dependiente para que hiciera llegar el requerimiento al demandado, lo cierto es que tal hecho se realizó”.

Resolución de 14 de febrero de 1917: “los requeridos por un acta notarial, aun cuando se hayan negado a firmarla, tienen derecho a pedir de ella las copias que estimen convenientes”; con lo que se sienta que la *firma* de la persona con quien se entiende la diligencia es innecesaria, de conformidad con las normas generales.

Resolución de 17 de septiembre de 1985: “frente a la afirmación de la nota que indica que la notificación se hizo mediante *comunicación verbal*, el texto del acta notarial levantada hace

constar que a la requerida se le entregó cédula en la que se inserta el contenido literal del acta, advirtiéndole de la obligación que tiene de hacerla llegar a poder del comprador, a lo que contesta que así lo hará, por lo que, en tanto no se declare la falsedad de lo aseverado por el Notario, habrá de estar al contenido del documento público y a la veracidad de la declaración recogida en presencia del fedatario público”.

I) *La remisión por correo.* La concepción del acto de notificación como un acto real, de entrega documental, hace posible la utilización del servicio de correos, de manera que junto a una entrega inmediata, por el Notario mismo, hay una entrega mediata, a través del correo; las necesidades de la práctica han contribuido decisivamente, por otra parte, a la difusión del procedimiento, en el ámbito notarial y fuera de él.

En el *ámbito notarial* la notificación por correo era lógicamente desconocida en el Reglamento de 1921, en que la notificación era un acto personal; pero también lo era en el Reglamento de 1935, que conocía la notificación real. Es, pues, el Reglamento de 1944 el que introduce este tipo de notificación con carácter discrecional y solamente para las notificaciones que no tuvieran carácter requisitorio, regulación que conservó la reforma de 1967.

Art. 202.3/1944: “Los Notarios, discrecionalmente y siempre que la ley no lo prohíba, podrán efectuar las notificaciones que no tengan carácter requisitorio por medio de cédula o copia remitida por correo certificado con acuse de recibo, y en este caso el plazo para la contestación comenzará a contarse desde el recibo de aquélla.”

Art. 202.4/1967: “Los Notarios, discrecionalmente, y siempre que la Ley no lo prohíba, podrán efectuar las notificaciones que no tengan carácter requisitorio, por medio de copia, cédula o carta remitida por correo certificado, con acuse de recibo, y, en este caso, el plazo para la contestación comenzará a contarse desde el recibo de aquéllas. Se hará constar por sucesivas diligencias la imposición en el correo y la devolución del acuse de recibo, reseñando siempre los datos o números que identifiquen el envío.”

GARCÍA-BERNARDO: "*El correo*.—Me interesa dedicar dos palabras intencionadas a justificar la fehaciencia de la notificación hecha por correo certificado con acuse de recibo, pues alivia el trabajo del Notario en la notificación personal y los gastos del requirente. El fundamento está, creo, en la eficiencia del Servicio público de Correos, que traduce el refrán: sólo se pierden las cartas que no se echan en el buzón; cuya eficiencia la hace eficaz, jurídicamente, el domicilio, como lugar de localización de una persona. La regulación legal de notificaciones, emplazamientos, citaciones y requerimientos está en la LEC, que admite a *nuntius* como alguaciles (art. 273), auxiliares o subalternos (art. 280), y en el artículo 504.2.2.^a del Código de Comercio (hoy art. 52.3 de la Ley Cambiaria), que también admite el *nuntius*. Todo es congruente, pues la función actuarial del Escribano la heredaron los Secretarios judiciales y los Notarios, y no debe el Estado ser más riguroso con unos herederos que con los otros" (128).

Fuera del ámbito notarial la notificación postal está admitida en la Ley de Procedimiento Administrativo y en la Ley de Enjuiciamiento civil, texto de 1984.

Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, art. 80: "1. Las notificaciones se realizarán mediante oficio, carta, telegrama o cualquier otro medio que permita tener constancia de la recepción, de la fecha y de la identidad del acto notificado, de cartas por correo certificado con acuse de recibo", Comentarios a la Sentencia y se dirigirán en todo caso al domicilio del interesado o al lugar señalado por éste para las notificaciones. Si se tratase de oficio o carta, se procederá en la forma prevenida en el núm. 3 del art. 66, uniéndose al expediente el resguardo del certificado." *Art. 66:* "3. Las Oficinas de Correos recibirán también las instancias o escritos dirigidos a los Centros o dependencias administrativas, siempre que se presenten en sobre abierto, para ser fechados y sellados por el funcionario de Correos antes de ser certificados." Estos preceptos han sido desarrollados, en sus aspectos postales, por *Orden de 20 de octubre de 1958*.

(128) GARCÍA-BERNARDO, "Las actas y los requerimientos notariales", citado en nota 40, pág. 339. Cfr. JOSÉ MANUEL DE TORRES PUENTES, "Actas de remisión del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de junio de 1977; *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, mayo 1981, págs. 963-970.

Ley de Enjuiciamiento civil, art. 261.1 y 2 (redacción de la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma urgente): “Las notificaciones, citaciones y emplazamientos que se practiquen fuera de la sede del Juzgado o Tribunal, se harán por correo certificado con acuse de recibo, dando fe el Secretario en los autos del contenido del sobre remitido, y uniéndose a aquéllos el acuse de recibo. = De no recibirse el acuse de recibo en el Juzgado o Tribunal dentro de los quince días siguientes a su remisión, o haber resultado negativa la comunicación, se practicará de nuevo en la forma ordinaria salvo que la persona notificada, citada, requerida o emplazada se hubiera dado por enterada personalmente. Sin embargo, si el Juez o Tribunal lo estima conveniente, podrá acordar que se practiquen por el Secretario o, en sustitución del mismo, por el personal del Juzgado que éste designe.”

El *Reglamento vigente*, aparte de utilizar el correo para las notificaciones en vía complementaria, cuando la comunicación ha sido efectuada sólo oralmente, y en vía supletoria, cuando no se ha conseguido la notificación personal, según preceptos que ya conocemos (arts. 202.6 y 203.2, respectivamente), regula su utilización en vía principal en el *artículo 202.5*:

“El Notario, discrecionalmente, y siempre que de una norma legal no resulte lo contrario, podrá efectuar las notificaciones y los requerimientos enviando al destinatario la cédula, copia o carta por correo certificado con aviso de recibo.”

Es necesario, ante todo, y según ya hemos expuesto, que el Notario sea competente territorialmente en el lugar de destino, pues en otro caso tendrá que acudir el exhorto notarial; su competencia territorial en el lugar correspondiente a la Oficina de remisión es una exigencia obvia. Ha sido suprimida, por otra parte, la exclusión de las notificaciones que tuvieran “carácter requisitorio”, esto es, de los requerimientos; con toda razón, pues parecía implicar que el Notario desempeñaba una función, que tenía que ser personal, de “intimación”, cuando no hace otra cosa, en todo caso, que notificar un texto, y es ese texto el que contendrá o no una intimación. De manera que la utilización del correo se permite ahora “discrecionalmente”, “siempre que de una norma legal no resulte lo contrario”.

El adverbio “*discrecionalmente*” parece que se refiere al Notario,

de manera que es el Notario el que tiene que decidir, según las circunstancias del caso, la forma, personal o postal, en que va a cumplimentar la notificación. Ello no es óbice, claro es, para que el rogante haga una solicitud concreta sobre este punto.

La exclusión, “*siempre que de una norma legal no resulte lo contrario*”, es evidentemente más amplia que la anterior “*siempre que la Ley no lo prohíba*”, ya que “*lo contrario*” puede resultar de una prohibición, de un mandato o sencillamente de una regulación incompatible con la utilización del envío postal. En todos aquellos supuestos en que la Ley exige una notificación “fehaciente”, cualquiera que sea la forma verbal empleada, de acuerdo con la *Resolución de 1 de abril de 1965*, ya citada, no creemos que ello suponga, sin más, la exclusión del correo, porque generalmente se referirá a la fehaciencia del texto notificado, que aquí sí se da por estar recogido en el acta notarial y la fehaciencia de la fecha de recepción queda en cierto modo suplida por la de la fecha del recibo de la tarjeta de aviso de recibo por el Notario; y aunque es preciso reconocer que la persona que ha recibido la carta no queda determinada fehacientemente, lo mismo ocurre con la generalidad de las notificaciones que practica el Notario, ni hace falta, porque basta con la fehaciencia del lugar en que se realizan; la entrega, en el caso del correo, ha sido verificada por un funcionario en el ejercicio de su cargo, y si bien ello no la cubre con la fe pública, porque el cartero no la tiene, es suficiente para dotarla de una presunción “*iuris tantum*”.

NÚÑEZ-LAGOS la atribuye unos menores efectos: “En cuanto al cartero, fuera de algunos preceptos especiales, no produce acto de recepción auténtica, entre otras razones, porque en el acuse de recibo, aunque conste normalmente la firma del consignatario, no se expresa el concepto en que éste interviene, ni la relación que tiene con el destinatario, que no tiene por qué apreciar, ni siquiera por lo que le dicen, el cartero. Por otra parte, éste no firma el acuse de recibo al lado del consignatario, ni menos legitima la firma de éste, por lo que la *schaedula* de acuse de recibo es documento privado que necesita el reconocimiento de firma del destinatario, o en su caso, la asunción por éste del acto de recepción por el consignatario. Más que una prueba, es un principio de prueba por escrito. Sin embargo, en algunos procesos especiales (laborales, por ejemplo) se admite

por razones de simplicidad y de urgencia, pero sin otorgarle efectos definitivos" (129).

En el extremo opuesto, aunque sin trascendencia práctica en el caso concreto, la *Sentencia de 20 de octubre de 1965*: "cubierto el acto de la recepción con la fe administrativa"; "pleno cumplimiento de la fe pública notarial en cuanto a la aseveración del Notario de haber remitido la notificación y pleno cumplimiento de la fe administrativa en cuanto a su entrega en el domicilio del notificado". Al principio de esta Ponencia, comentando el art. 1.216 del Código civil, poníamos de relieve que no es documento público todo documento producido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, sino solamente los autorizados por aquellos funcionarios públicos que tienen atribuida por Ley la fe pública. Bien es verdad que la Sentencia sólo habla de "fe administrativa", sin calificarla de "pública".

Este criterio inicialmente favorable no solamente ha de ser contrastado con la disposición legal correspondiente, para determinar si existe o no la contrariedad a que se refiere el precepto reglamentario, sino que en el caso de que esa contrariedad no aparezca, para una decisión prudente hay que tomar en consideración los efectos dañosos, provisionales o definitivos y más o menos graves, que se producirían si al final, y en contra de nuestra opinión, se declarara que la notificación estaba mal hecha, por el Juez o, en la esfera registral, por la Dirección General. Piénsese, finalmente, en que una cosa es que determinada notificación pueda hacerse por medio del correo y otra muy distinta que se haya logrado la notificación intentada por ese conducto; hay que examinar, cuando llegue, la tarjeta de acuse de recibo, para quedarnos tranquilos, o para repetir un nuevo envío postal, o incluso para practicar una diligencia personal; porque lo mismo que ante una notificación personal fallida el artículo 203.2 permite acudir supletoriamente al correo, también ante un envío postal fallido (tarjeta perdida, en blanco, etc.) es posible una notificación personal por el Notario. Recuérdense las previsiones del artículo 261.2 de la Ley de Enjuiciamiento civil para el supuesto de no recibirse el acuse de recibo en los quince días siguientes a la remisión.

(129) NÚÑEZ-LAGOS, "Efectos sustantivos de las actas notariales", citado en nota 61, págs. 44-45.

Parece que en una Jornada internacional deberíamos pararnos en estas consideraciones generales; sin embargo, creo que debo hacer algunas aplicaciones concretas de Derecho español, *siempre a título provisional y sin mi responsabilidad*, porque al fin todo dependerá de las circunstancias del caso concreto.

Requerimiento del art. 1.504 del Código civil. La *Sentencia de 25 de junio de 1977* se mostró totalmente contraria a la remisión por correo, por pensar que se había “convenido” la “esencial formalidad” *ad solemnitatem*, del requerimiento notarial que “no puede ser suplido por el mero depósito, por conducto notarial, en correos, de carta certificada con solicitud de acuse de recibo”; los conceptos que utiliza están evidentemente anticuados; parece, no obstante, que se trataba de un acta de remisión de carta por correo, y no de un acta de notificación o requerimiento en que se utilizara el correo. La jurisprudencia moderna —*Sentencias de 1 de febrero y 27 de mayo de 1985*—, se muestra partidaria de la admisibilidad, incluso contemplando situaciones anteriores a la reforma de 1984 del Reglamento Notarial; a la primera de ellas ya hemos tenido ocasión de referirnos. El envío por correo me parece, pues, admisible; pero por la importancia del supuesto me quedo más tranquilo con la actuación personal.

Actas de la Ley de Arrendamientos Urbanos:

— *Cesión de arrendamiento de vivienda*, art. 24.2, “notificada de modo fehaciente”; creo puede hacerse por correo, pero las consecuencias que se producirían si fuera ineficaz (resolución del arrendamiento a instancia del arrendador, art. 114.5.^a) me hacen preferir la notificación personal; claro es que si el arrendador no reconociera la notificación por conducto postal tendría que demostrar el hecho de la cesión y su fecha con independencia de ella.

— *Traspaso de local de negocio*, art. 32, notificación de la decisión de traspasar (núm. 4.º: “fehacientemente”) y de la escritura otorgada (núm. 6.º: “de modo fehaciente”). La consecuencia del último párrafo del art. 32 (“La falta de cualquiera de estos requisitos facultará al arrendador a no reconocer el traspaso”) y sobre todo la consiguiente resolución del arrendamiento (art. 114.5.^a), junto con la terrible lucha de los intereses en juego, me deciden a la notificación personal, cualquiera que sea la opinión teórica que se sostenga.

— *Subrogación en el arrendamiento de vivienda*, art. 58.4, “fehacientemente”; no veo inconveniente en practicarla mediante envío postal, sobre todo desde la introducción del párrafo segundo de ese mismo número.

— *Circunstancias de posposición*, art. 64.3, “fehacientemente”; también creo puede hacerse esta notificación por medio del correo.

— *Denegación de prórroga*, art. 65.1, “en forma fehaciente”; en la práctica se suele hacer mediante envío postal y no hay mayor inconveniente porque con seguridad el inquilino se opondrá a la denegación en el plazo de los treinta días hábiles siguientes; en el caso de que no lo hiciera, habría que pensar si sería prudente una nueva notificación personal, aunque comenzara a correr de nuevo el plazo para el ejercicio de la acción.

— *Oposición a la denegación*, art. 65.3, “de modo fehaciente”; puede hacerse por remisión postal.

— *Venta de finca urbana arrendada. A efectos registrales*, esto es, para el cumplimiento del art. 55 de la Ley y obtener la inscripción a favor del comprador, es suficiente la notificación cumplimentada por medio del correo según la *Resolución de 1 de abril de 1965* que ya hemos citado. A efectos *sustantivos* no veo inconveniente en hacer por medio del correo la notificación para el tanteo del art. 47 (“en forma fehaciente”), que siempre cabe subsanar mediante nueva notificación a efectos del retracto; y también juzgo factible la utilización para éste del envío por correo (art. 48.2: “en forma fehaciente”) por las razones inicialmente expuestas y porque en último caso la ineficacia de la notificación no produciría otro efecto que la subsistencia del derecho de retracto del arrendatario de vivienda o local de negocio hasta que éste tuviera por otro medio conocimiento de la venta (cfr. *Sentencia de 22 de junio de 1962* y *Resolución de 17 de enero de 1958*, además de la *Sentencia de 1 de febrero de 1985* y de la *Sentencia de 10 de enero de 1985* del Tribunal Constitucional, ya citadas). Añadamos que la *Sentencia de 20 de octubre de 1965*, que también hemos citado, admitía el uso del correo, en principio, precisamente en este tema del retracto arrendaticio urbano, aunque en el caso concreto estimaba que la notificación estaba mal efectuada; lo cierto es que el Notario había faltado por carta de menos (“Recibido en esta Notaría el acuse de recibo a que se refiere la precedente diligencia”) y la Sentencia lo hace por carta de más: “sin acre-

ditar seguidamente el recibo de ella por aquél (el inquilino) o en su defecto por alguna de las personas a quienes la Ley señala, especificándolas con sus nombres y circunstancias, única forma de tener por bien hecha y cumplida la diligencia exigida”.

Estas consideraciones pueden aplicarse a las actas de notificación que para caso de enajenación de fincas arrendadas regula la *Ley de Arrendamientos Rústicos*. La notificación practicada a través del correo será suficiente, a los efectos del art. 91.1, *in fine*, para que el Notario pueda autorizar la escritura de compraventa.

Téngase finalmente en cuenta que el *art. 206 del Reglamento* deja fuera las notificaciones y requerimientos previstos por Leyes o Reglamentos que establezcan una regulación específica. En este sentido, y para poner un ejemplo, el requerimiento de pago exigido a efectos del procedimiento judicial sumario por el *artículo 131-3.ª-3.º de la Ley Hipotecaria* tiene que ser un requerimiento personal, sin que parezca admisible el uso del correo; así lo entendió la *Sentencia de 30 de octubre de 1982*, cuya doctrina creemos sigue vigente, despojada de su referencia a las notificaciones que no tengan carácter requisitorio del anterior art. 202 del Reglamento; basta tener en cuenta las palabras del párrafo segundo del citado número: “El requerimiento deberá haberse practicado en el domicilio que resulte vigente en el Registro, bien personalmente si se encontrare en él el deudor o el tercer poseedor que haya de ser requerido, o bien al pariente más próximo, familiar o dependientes mayores de catorce años que se hallaren en la habitación del que hubiere de ser requerido, y si no se encontrare a nadie en ella, al portero, o al vecino más próximo que fuere habido.” Nada de ello se puede encomendar al cartero; y aunque fuera factible, el art. 206 excluye este requerimiento de la regulación del Reglamento Notarial, y por tanto del uso del correo, del art. 202.5.

J) *El derecho de contestación*. Al evidente interés del rogante de que el destinatario acceda a sus pretensiones y lo manifieste así en el acta, puede corresponder un interés del destinatario para que también en la misma acta se recoja su posición, a fin de que ni el Juez ni nadie pueda verse influenciado por una presentación unilateral de los hechos. Entre ambos intereses, en principio legítimos, la legislación notarial debe guardar el oportuno equilibrio, para que a su vez el Notario pueda proceder “con la propia esencia de la función notarial,

que se desenvuelve con imparcialidad e independencia, en un plano superior al de los contrapuestos intereses de los particulares”, según reconoció la *Resolución de 18 de noviembre de 1966*, del Ministro de Justicia.

En nuestro Derecho, el Reglamento de 1921 introdujo una detallada regulación del derecho de contestación, base de la actual, en la que son de destacar la concesión al destinatario de un plazo para contestar (art. 294: “tendrá derecho a contestar al requerimiento o intimación en el acto o dentro del término de dos días laborables”), que le permita pensar y consultar su contestación y le coloque así en una posición equivalente a la de su requirente, y la prohibición de “librar copia del acta de requerimiento sin que conste en ella la contestación que diere el requerido si hiciese uso de aquel derecho, o sin que haya transcurrido el indicado plazo, dejando incontestado el requerimiento o notificación” (art. 295.1).

La reforma de 1984 ha refundido en un solo artículo, el 204, los tres preceptos que con anterioridad estaban dedicados, en todo o en parte, a la regulación del derecho de contestación, los artículos 204, 205 y 206, y la ha mejorado considerablemente.

a) El derecho de contestación está formulado en las palabras iniciales del artículo 204.1: “*El requerido o notificado tiene derecho a contestar ante el Notario dentro de la misma acta*”, principio que merece algunos comentarios:

— se trata de un *derecho*, no de una obligación del destinatario del acta;

Resolución de 21 de septiembre de 1966: con la práctica de la diligencia “se ha de entender cumplida la misión confiada al fedatario, sin que dependa del mismo, el que el requerido conteste en el acto o en el término de dos días o deje incontestado el requerimiento, conforme a lo dispuesto en los artículos 204 y 205 del Reglamento Notarial” (hoy sólo 204).

Resolución de 18 de noviembre de 1966, del Ministro de Justicia, confirmatoria de la anterior: “mal podía el Notario hacer constar en la diligencia del requerimiento una negativa del requerido, que éste no había expresado, ya que se limitó, como tenía derecho, a darse por notificado, sin que el fedatario pudiera, en tal momento, hacer una conminación que pugnaría

con el precepto reglamentario —artículo 204— que no obliga al requerido a contestar en el mismo acto” (ni tampoco, claro es, en el plazo reglamentario).

— tienen este derecho *el requerido y el notificado*, resolviendo así, en sentido positivo, las dudas que respecto a este último se presentaban en la legislación precedente, de acuerdo con la doctrina dominante y en contra de la *Resolución de 10 de marzo de 1978*.

GONZÁLEZ ENRÍQUEZ: “Como en la realidad tampoco es fácil, en muchas ocasiones, distinguir entre notificación y requerimiento, parece preferible aplicar a ambos supuestos, tanto la posibilidad de contestación (que muchas veces está plenamente justificada aun en las meras notificaciones)...” (130).

— tienen este derecho el notificado y el requerido lo mismo si la notificación se hizo *personalmente* por el Notario que si la diligencia se hizo por medio del *correo*, según resulta expresamente de las normas sobre cómputo del plazo (arts. 202.6 y 204.2) que luego veremos;

— la *función del Notario* respecto del derecho de contestación es triple: *advertirlo* al destinatario, con indicación del plazo, en la misma cédula (art. 202.3, ya examinado), *protegerle* de una contestación improvisada y *facilitar* su práctica.

Art. 204.2.2: “No se consignará en el acta ninguna contestación que diere el destinatario antes de haber sido advertido por el Notario de su derecho a contestar y del plazo reglamentario para ello”, precepto que amplía la norma general del *art. 198.3*: “Los Notarios sólo podrán consignar en acta las manifestaciones que se hagan por personas a las que previamente hayan dado a conocer su condición de fedatario.”

Resolución de 10 de marzo de 1978: “la circunstancia de haber contestado y firmado el señor... la diligencia de contestación del acta objeto del presente recurso, impide entrar en el análisis de las coacciones denunciadas por el recurrente y ello no sólo porque la condición de profesional, Abogado en ejer-

(130) MANUEL GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, “Notas sobre la reforma del Reglamento Notarial establecida por el Decreto de 22 de julio de 1967”, en *Revista de Derecho Notarial*, LXV-LXVI, julio-diciembre 1969, págs. 153-219; las palabras citadas, en págs. 196-197.

cicio, del recurrente hace difícilmente concebible la existencia de verdaderas coacciones, sino también, y sobre todo, porque de haber existido éstas, el cauce adecuado para su denuncia sería, más que el presente recurso, el ejercicio de las acciones judiciales pertinentes”.

b) *El derecho de contestación está sometido a unos límites, objetivos, temporales y formales.*

— *Límites objetivos:* “sin introducir en su contestación otros requerimientos o notificaciones que deban ser objeto de acta separada” (art. 204.1).

Resolución de 17 de febrero de 1987: “Considerando, que existe en el Reglamento Notarial un precepto claro que contempla el hecho que motiva la presente queja —el artículo 204—, según el cual no cabe introducir en la contestación al acta de requerimiento un nuevo requerimiento. = Considerando que el medio adecuado para el logro del fin perseguido por la recurrente es una nueva acta de requerimiento dirigida a quienes en la primera son requirentes, con lo que se evita la confusión que pudieran producir en un mismo documento la sucesión de indefinidas contestaciones.”

El nuevo requerimiento que la contestante había pretendido introducir en su contestación era el siguiente: “Asimismo, les requiero a mi vez, para que en el plazo de cuatro días a contar desde la fecha de la notificación del mismo me faciliten la oportuna documentación exigida por la entidad de crédito para proceder a concederme un crédito hipotecario como forma de pagar el resto del precio tal y como establece la letra c) estipulación 2.ª del referido contrato y que consiste en: escriturar dicho piso a nombre de los vendedores. = Si transcurrido dicho plazo no han procedido a regularizar la propiedad en el Registro de la Propiedad, entenderé incumplida su obligación contractual a tenor de lo dispuesto en el art. 1.114 y 1.124 del Código civil, daré por resuelto el derecho de compraventa existente, y con derecho a la percepción del 1.000.000 de pesetas que les fue entregado, así como a reclamar en la vía procedente la correspondiente indemnización por daños y perjuicios”; caso claro de nuevo requerimiento.

El artículo 298 del Reglamento de 1921 disponía: “No tendrá el Notario obligación alguna de comunicar al requirente la contestación

que acaso diere el requerido, puesto que en todo caso dicho requirente deberá constituirse en la Notaría por sí, o por apoderado especial, para conocer aquélla”; esta doctrina continúa fundamentalmente vigente; no existe una nueva diligencia de notificación de la contestación al rogante inicial; no habría, por tanto, constancia auténtica de que el rogante conoce tal contestación; y ello impide que ésta comprenda nuevos requerimientos, que en todo caso habría que rechazar por razones prácticas de claridad.

— *Límites temporales.* “La contestación deberá hacerse... en el plazo improrrogable de los dos días laborables siguientes a aquel en que se haya practicado la diligencia o recibido el envío postal” (artículo 204.2); no cabe, en efecto, dejar pendiente el acta durante demasiado tiempo.

El plazo no es natural, sino civil (“dos días laborables siguientes a aquél”); no se trata, pues, de cuarenta y ocho horas, como suele decirse no sé por qué, ya que el Reglamento de 1921, que lo estableció, ya hablaba de los dos días laborables.

Para determinar si un día es laborable o festivo hay que atender al calendario oficial; los sábados son, pues, laborables, aunque en la práctica no se tengan en cuenta.

Presenta problemas la determinación del día inicial en los supuestos de entrega al *consignatario* o por el servicio de correos:

Resolución de 19 de enero de 1983: “el citado plazo debe contarse desde el momento en que el Notario practica la diligencia de entrega de la cédula, y ello por la simple consideración de que así como tal momento se refleja en la propia diligencia y su certidumbre queda amparada por la fe pública de que está investida la actuación notarial, en cambio, la entrega de la cédula por el vecino al requerido escapa a la posibilidad de cualquier comprobación inmediata y fiable, lo que, de prosperar la tesis de la recurrente, haría absolutamente inseguras las relaciones jurídicas entre requirentes y requeridos”; dos precisiones: no es “el momento”, sino “el día”; y el verdadero fundamento se encuentra en el concepto mismo de notificación, que queda cumplida con la entrega al consignatario.

Utilización del correo; el plazo es también el de dos días laborables, siguientes al recibo del envío postal (arts. 202.6 y 204.2) “esto es, a la entrega de la carta por el funcionario de correos, aunque tenga que hacerla a persona distinta del desti-

notario; lo mismo que puede sucederle al Notario cuando cumplimenta personalmente la diligencia" (*Junta de Decanos, acuerdo de 13 de septiembre de 1986*).

— *Límites formales*: "La contestación deberá hacerse de una sola vez, bajo la firma del que contesta" (art. 204.2). En cuanto el notificado o requerido ha contestado sobre el fondo del asunto, el acta queda cerrada y ya no caben adiciones ni precisiones. Y si el que quiere contestar no quiere firmar su contestación, ésta no se le admite. Para todo ello es indiferente que la contestación se haga en el mismo acto de la práctica de la diligencia o en acto distinto.

c) *Los efectos documentales de la contestación*, de conformidad con el artículo 204.3, ya fueron comentados al tratar del acta de notificación y la escritura pública: "Las manifestaciones contenidas en una notificación o requerimiento y en su contestación tendrán el valor que proceda conforme a la legislación civil o procesal, pero el acta que las recoja no adquirirá en ningún caso la naturaleza ni los efectos de la escritura pública."

d) *Y los demás preceptos complementarios, artículo 204.4 y 5*, no requieren comentario especial:

Art. 204.4: "Los derechos y gastos notariales de la contestación serán de cargo del requirente, pero si su extensión excediera del doble del requerimiento o notificación iniciales, el exceso será de cargo del que contesta."

Art. 204.5: "El Notario no podrá librar copia de un acta de notificación o requerimiento sin hacer constar en aquélla la contestación, si la hubiere. Tampoco podrá expedir, antes de caducar el plazo, copia del acta pendiente de contestación, salvo que lo solicite, bajo su responsabilidad, quien tenga interés legítimo para ejercitar desde luego cualquier acción o derecho, todo lo cual se hará constar en la cláusula de suscripción de la copia y en la nota de expedición que ha de consignarse en la matriz, entendiéndose reservado el derecho a contestar mientras no caduque el plazo."

K) *El asesoramiento del Notario*. Una vez visto el derecho de contestación del requerido o notificado, es cuando podemos ocuparnos

del asesoramiento del Notario en este tipo de actas, notablemente mediatizado por el superior principio de la imparcialidad.

En una Comunicación al Simposio Notarial 83, MEZQUITA DEL CACHO centró magníficamente la cuestión: “En las actas notariales, el deber de asesoramiento debe ser formulado con matizaciones especiales para cohonestarlo debidamente con el principio esencial de imparcialidad. = En efecto, la imparcialidad exige que el consejo no pueda ser utilizado frente a otro (presente o ausente) sin que el mismo dispensador del consejo pueda equilibrar su efecto advirtiendo de sus consecuencias a quien puede sufrirlas en su interés. = Entiendo, por tanto, que en las actas unilaterales el consejo no presenta problema alguno; pero si el objetivo del acta es servir de arma del interés del requirente frente a otro interés ajeno, el Notario debe *limitar su asesoramiento* a la revisión de los términos del requerimiento mismo, para asegurarse de que no se incurre en el mismo en defectos legales que lo enerven o inutilicen; pero debe abstenerse de asesorar al requirente acerca de aspectos de estrategia, o de matices especiales, que ayuden a hacer prevalecer su interés jurídico sobre el de aquel a quien apunta la acción reforzada con el acta notarial. Y es que la *imparcialidad* del notario debe serlo no sólo entre partes, sino *también frente a terceros*” (131).

El asesoramiento propio del Notario es, en efecto, un asesoramiento imparcial, que funciona de manera típica en la escritura pública con dualidad o pluralidad de partes; el Notario, un solo Notario, ha de atender, al mismo tiempo a los contrapuestos intereses de todas ellas a fin de aclarar sus respectivas posiciones y ayudarlas a conseguir un punto de equilibrio, estable y lo más justo posible. En cuanto los interesados no están al mismo tiempo y en igualdad de plano ante el Notario, el esquema típico se disloca; pero el consejo a prestar por el Notario tendrá que seguir siendo, en la medida de lo posible, un consejo *notarial*, y por tanto, *imparcial*, sin equipararse nunca al consejo que pudiera proporcionar un Abogado, que no es ni tiene por qué ser un asesoramiento imparcial.

(131) JOSÉ LUIS MEZQUITA DEL CACHO, “El deber de asesoramiento en las actas de requerimiento”, *Comunicación al Simposio Notarial 83*, citado en nota 15, página 531.

Hay, ante todo, un nivel en la actuación profesional del Notario del que éste no puede nunca prescindir, y que ha de aplicar igualmente a todos los que se acercan a él, lo mismo al rogante de su actuación que al requerido o notificado; es el nivel de *asistencia* en que insiste especialmente el artículo 147.3 del Reglamento: “y prestará asistencia especial al otorgante (o al requirente, o al requerido) necesitado de ella”; el Notario no puede prestarse a ser utilizado como “una trampa tendida a la buena fe de las partes”, como ya decía la antigua jurisprudencia francesa, sino que tiene que asistir al ignorante, al inexperto, al precipitado, al compareciente “débil”, para seguir la expresión consagrada, porque la imparcialidad del Notario ha de ser también en las actas una imparcialidad “sustancial”.

En cuanto traspasamos este nivel, y llegamos al asesoramiento y al consejo, se plantean mayores dudas. Habrá que examinar separadamente las posiciones del requirente y del requerido.

El Reglamento impone al Notario una serie de deberes frente al *notificado o requerido* de que ya nos hemos ocupado: dar a conocer su condición de Notario; advertir del derecho de contestación y de su plazo; no consignar en el acta ninguna contestación que pudiere haber dado antes de esta advertencia. Pero aparte de ello, y según el espíritu del Reglamento y de la práctica, el Notario, siempre que tenga presente al destinatario, en el acto de la práctica de la notificación o después, debe enterarle de la función del Notario en las actas y consiguientes límites de la fe notarial; del alcance de la notificación o requerimiento que se le hace; de su trascendencia; de la conveniencia de pensar —y en su caso consultar— la contestación, sin hacerla imprevistamente. Y llegado el momento de la contestación, el Notario debe proporcionar al destinatario informaciones legales e incluso redactarle materialmente su contestación, pero en modo alguno aconsejarle sobre el sentido y contenido de ella; también debe aclararle el alcance de la minuta de contestación que en su caso presente, advirtiéndole según quedó dicho al tratar de la asistencia. Pero debe detenerse aquí, sin proporcionarle un verdadero asesoramiento.

Circular del Ilustre Colegio Notarial de La Coruña de 23 de marzo de 1973: “10.º.—Es contrario a elementales principios de corrección, que un Notario que acepta un requerimiento de

actuación, luego coopere activamente para que el que ha requerido su función no obtenga el resultado que él desea y precisamente como él lo desea; aunque tal cooperación tenga como disculpa la alegación de que el requerido está desasistido de todo consejo jurídico y es, por tanto, la parte más débil. Ciertamente el Notario no es Abogado del requirente, pero tampoco puede convertirse en defensor del requerido.”

Al *rogante* de la actuación notarial también hay muchas veces que explicarle cuál es la función del Notario y cómo éste la va a desempeñar; que no va a sorprender a nadie; que va a advertir al destinatario de su derecho de contestación. Y en lo que respecta al asesoramiento, el Notario tiene que indagar la voluntad del rogante a fin de determinar la clase de acta que pretende (si es una verdadera notificación notarial o una mera remisión de carta, por ejemplo), pero sin descender a sus motivaciones, propósitos ulteriores y demás aspectos que podrían poner a prueba su secreto profesional en las relaciones con la otra parte; tiene que proporcionarle informaciones legales, especialmente sobre los requisitos del acta proyectada cuando se trata de un acta típica, y comprobar si los reúne la minuta que acaso presenta; informarle también sobre los requisitos de eficacia formal del acta (domicilio, uso del correo, etc.), e incluso redactarle materialmente su rogación cuando se trata de un acta típica, con tipicidad legal o social. Pero el Notario no debe aconsejar al rogante sobre los problemas de fondo, ni, como decía MEZQUITA, “asesorar al requirente acerca de aspectos de estrategia, o de matices especiales, que ayuden a hacer prevalecer su interés jurídico”, ni intervenir en la redacción de actas atípicas, no corrientes, o de índole prelitigiosa, en que es preferible la redacción conforme a minuta revisada por el Notario.

OTERO PEÓN: “Por eso estimo, y sé que hay muchos compañeros que sostienen lo contrario y respeto sus opiniones que *el Notario no debe redactar las minutas de las notificaciones y requerimientos que contengan alguna dificultad*, porque si lo hace tendrá forzosamente que hacer suya la actitud mental del compareciente para prestarle una propia asistencia jurídica, y luego será muy difícil prescindir de tal actitud a la hora de ser imparcial en el ejercicio de su propia función; pero además, si resulta que el notificado o requerido mantiene una inter-

pretación distinta de los hechos o de las consecuencias, el Notario no podrá defender, en la vía judicial, aquella tesis que resulta de la minuta del requerimiento o notificación, ya que, aunque pudiera actuar como Letrado, padecería su imparcialidad" (132).

La *Dirección General de los Registros* no ha formulado excesiva doctrina sobre la materia.

Asesoramiento notarial, Resolución de 1 de septiembre de 1977 (anterior, por tanto, al vigente art. 147 del Reglamento, redacción de 1984): "que también resulta infundada la afirmación del recurrente dirigida a resaltar la omisión por parte del Notario de su deber de asesoramiento a la recurrente, toda vez que si bien es cierto que, con carácter general, según proclama el artículo 2 del Reglamento Notarial, los Notarios, 'como profesionales del Derecho, tienen la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio...', no es menos cierto que, en el caso concreto, la recurrente contaba con el asesoramiento específico, propio del pleito judicial de separación pendiente con su esposo, de un Letrado en ejercicio"; en realidad la queja no fue interpuesta por la esposa, requirente de la actuación notarial, sino por el esposo, requerido en el acta.

Redacción según minuta, Resolución de 24 de mayo de 1977: "en este supuesto concreto y según resulta de la exposición de hechos relatada por el propio Notario, la postura de éste, rechazando su intervención para levantar el acta de requerimiento, se ha basado en los antecedentes confusos del caso, en las dudas sobre el autor de la minuta, en las inexactitudes e, incluso, imprecisiones de la misma y, en fin, en un razonable escrúpulo sobre la utilidad práctica del requerimiento de ajustarse a los términos literales en que aparece redactado, pero todos estos motivos no constituyen, según lo antes razonado, fundamento suficiente para negar la autorización, sino solamente para salvar su responsabilidad en la forma indicada por el último párrafo del artículo 147" (de 1944). *Resolución de 21 de enero de 1982*: "que de los términos en que aparece formulado el requerimiento... se desprende la absoluta corrección y atendibilidad de aquél, afirmación ésta que se refuerza a la vista de las endeble alegaciones hechas en su preceptivo informe por el señor...

(132) MANUEL OTERO PEÓN, "Comunicación" al *Simpósio Notarial 83*, citado en nota 15, pág. 513.

ninguna de las cuales justifica la denegación de la prestación de funciones, especialmente la imprecisión y ambigüedad invocadas, que no son sino una mera forma de eludir los inconvenientes de la posible abundancia de detalles a consignar en la diligencia, y mucho menos la presunta situación conflictiva entre los interesados, pues aparte de que tal conflictividad es frecuente entre requirentes y requeridos, cualquier manifestación de violencia que pudiera temer el Notario, bien pudo éste soslayarla mediante los procedimientos arbitrados por el artículo 61 del Reglamento Notarial y, en particular, reclamando la intervención de los agentes de la autoridad, si ello fuese necesario”.

16. *Actas de ofrecimiento real.* “Serán también materia de las actas de presencia —dispone el artículo 200 del Reglamento—: Primero. La entrega de documentos, efectos, dinero u otras cosas y toda clase de requerimientos, así como los ofrecimientos de pago. El texto de estas actas comprenderá, en lo pertinente, la transcripción del documento entregado, la descripción completa de la cosa, la naturaleza, características y notas individuales de los efectos, las palabras del requerimiento y, en su caso, la contestación del requerido.” Dentro de estas actas de entrega se encuentran, por tanto, las actas de ofrecimiento real, y como variedad más importante de las mismas, los *ofrecimientos de pago*.

Es dudoso si estas actas constituyen un tipo independiente de acta notarial, o más bien deben incluirse entre las notificaciones y requerimientos; aun reconociendo su estrecho parentesco con éstas, me inclino por reconocer cierta independencia a las actas de que ahora tratamos no solamente por sus peculiaridades sustantivas (mora *creditoris*, extinción de la obligación siempre que el ofrecimiento vaya seguido de la consignación y ésta se declara bien hecha por el Juez, etc.), sino por sus especialidades formales, ya que el hecho del Notario que documentan no es solamente el de la entrega de una cédula (aquí de contenido ofertorio), sino además, el hecho de la recepción por el Notario de la cosa que va a ser ofrecida y también, en su caso, el hecho de la entrega de la misma por el Notario al destinatario.

La *rogación* resulta por ello algo más compleja; tiene que contener la individualización o descripción de las cosas que van a ser ofrecidas, y el concepto en que lo sean, así como su recepción por el Notario.

En este momento surge, y en virtud de esa recepción, una obligación de custodia a cargo del Notario, que es distinta de la causada por el acta de depósito de la que luego trataremos; el acta de depósito es, en efecto, una modalidad de adecuación facultativa y, en consonancia, el artículo 216.2 del Reglamento dispone que “la admisión de depósitos es voluntaria por parte del Notario, quien podrá imponer condiciones al depositante”; en cambio, en los supuestos de acta de ofrecimiento, y, en general, de acta de entrega, rige el principio general de obligatoriedad de la prestación de funciones, que se extiende a la accesoria recepción de las cosas que han de ser entregadas u ofrecidas; esta recepción es, pues, obligatoria para el Notario, sin que pueda imponer condición alguna. Pero si se pretende que en caso de no ser aceptado el ofrecimiento las cosas queden en poder del Notario, estaremos ya ante un depósito voluntario y condicionable.

La *práctica de la diligencia* se desarrolla en la forma ya estudiada de las actas de notificación; la única particularidad consiste en que así como la entrega de la cédula puede hacerse también a un consignatario, si no se encuentra al destinatario mismo, la entrega de las cosas ofrecidas solamente puede hacerse al destinatario en persona (o su representante legal o voluntario), que debe ser identificado por el Notario, y apreciar su capacidad, y representación en su caso.

17. *Actas de remisión por correo* (133). Las actas notariales de remisión de cartas o documentos por medio del Correo están muy difundidas desde hace muchos años en la práctica española, como medio de acreditar el contenido del sobre, que no puede garantizar el Servicio de Correos ni en la correspondencia certificada; pero no se ha sentido la necesidad de reglamentarlas hasta la reforma de 1984, que bajo la subrúbrica “a) *Actas de remisión de documentos por correo*”, evidentemente estrecha, porque también cabe la remisión de paquetes postales, las ha dedicado el artículo 201:

(133) Puede verse JOSÉ MANUEL ENCISO SÁNCHEZ, “Las actas de remisión de documentos (o de cartas) por correo”, *Ponencia VII*, número 17, del *Simposio Notarial* 83 citado en nota 15, págs. 867-869; y mi trabajo “La reforma de 1984 y el instrumento público”, citado en nota 28, págs. XV-XVI. También TORRES PUNTES, “Actas de remisión de cartas por correo certificado con acuse de recibo”, citado en nota 128.

“El simple hecho del envío de cartas u otros documentos por correo podrá hacerse constar mediante acta, que solamente acreditará el contenido de la carta o documento, la fecha de su entrega en la oficina postal o al funcionario de correos y, en su caso, la expedición del correspondiente resguardo de imposición como certificado y la recepción por el Notario del aviso de recibo.

El Notario únicamente estará obligado a comprobar que el contenido de la carta o del documento no es contrario a la Ley penal, al orden público o a las buenas costumbres.

En la carta o documentos remitidos quedará siempre constancia de la intervención notarial.

Las sucesivas actuaciones notariales a que se refiere el párrafo primero se harán constar por diligencias.”

La regulación venía exigida por la necesidad de separar estas actas, que con frecuencia tienen un contenido notificadorio o requisitorio, de las propias actas de notificación y requerimiento, que siguen siéndolo aunque para cumplimentarlas se haya acudido al correo, con carácter principal, complementario o supletorio.

El Reglamento incluye estas actas de remisión por correo entre las actas de presencia (arts. 199 y siguientes), y dentro de ellas parece considerarlas como una modalidad de las actas de entrega (art. 200.1.º), que tiene la particularidad de que la entrega de las cartas o documentos no se hace personalmente por el Notario al destinatario, sino utilizando los servicios del correo. Sin perjuicio de aceptar esta última ubicación, creemos que la *naturaleza* de las actas de remisión por correo queda inicialmente mejor precisada situando su momento esencial en la documentación del hecho propio del Notario de su entrega en la oficina postal o al funcionario de correos, el “simple hecho” de ese envío, como dicen las palabras iniciales del precepto, y no encuadrándola en esa difusa y criticable categoría de las actas de presencia.

La *rogación* sólo puede ser efectuada al Notario por el remitente, pero puede procederse en este punto con gran amplitud; no es precisa identificación del *rogante* ni juicio de capacidad, y cabe perfectamente la figura del mandatario verbal; incluso parece innecesaria la comparecencia del *rogante* ante el Notario si en el mismo texto de la carta se dice que se envía por conducto notarial, y desde luego es la innece-

saría una segunda comparecencia para determinar una nueva dirección cuando el primer envío ha sido devuelto por ser desconocido el destinatario en la dirección primeramente indicada, haber cambiado de domicilio u otra semejante. El rogante compareciente debe firmar, de acuerdo con las reglas generales.

En el acta de rogación tiene que constar "*el contenido de la carta o documento*" (o la descripción de la cosa) cualquiera que sea la forma en que se efectúe: inserto en la matriz, por transcripción literal o por fotocopia, o unido a ella de copia idéntica a la carta o documento original. Excepcionalmente podrán remitirse documentos accesorios solamente reseñados, sin transcripción literal, en la carta o en el acta, especialmente si son documentos públicos (certificaciones del Registro Civil, por ejemplo). Cuando mediante una sola acta se remiten una pluralidad de cartas idénticas a diversos destinatarios, sin otra diferencia que su nombre y dirección y algún extremo concreto, o al mismo destinatario a diversas direcciones, cabe incorporar al acta solamente el modelo, o un ejemplar, dejando constancia de los datos específicos o divergencias de los demás.

También deberá indicarse en el cuerpo del acta la *clase de remisión* que se solicita; el texto reglamentario, al referirse a "su entrega en la oficina postal o al funcionario de correos y, en su caso, la expedición del correspondiente resguardo de imposición como certificado y la recepción por el Notario del aviso de recibo", pone de manifiesto que la remisión puede efectuarse por correo ordinario o por correo certificado, sin o con acuse de recibo, y figurando en el sobre como remitente el Notario o el mismo remitente de la carta. Pero observando en todo caso lo que dispone el párrafo tercero del precepto: "*En la carta o documentos remitidos quedará siempre constancia de la intervención notarial*", bien mediante nota y media firma, o sencillamente con el sello y la rúbrica del Notario; toda actuación clandestina está vedada; por suponer fraude a esta disposición reglamentaria y por el principio de respeto a las formas documentales típicas, no es admisible el acta de presencia o de mera percepción, en la que el Notario ve cómo el rogante remite por correo la carta cuyo texto transcribe, sin dejar en ella constancia de la intervención notarial.

El *asesoramiento* del Notario no tiene que descender al fondo del asunto, porque la rogación no se extiende a él; pero, aparte de su deber

de asistencia, del que nunca puede prescindir, el Notario tiene que examinar la idoneidad de la clase de acta pretendida y la concurrencia de los requisitos legales en el supuesto de actas típicas, para lo que a su vez necesita determinar la finalidad perseguida por el remitente. Si la carta presenta un contenido notificadorio o requisitorio, por ejemplo, el Notario tendrá que averiguar si el remitente pretende una verdadera notificación o requerimiento notariales, o solamente quiere el envío de la carta por conducto notarial; y si su voluntad es esta última, y persiste en ella tras el asesoramiento por parte del Notario (especialmente, repetimos, tratándose de actas típicas), la *calificación del acta* por el Notario será terminantemente “de remisión de carta (o documento) por correo” y la rogación quedará redactada en el sentido de que exclusivamente a tales fines el rogante solicita la intervención notarial.

El *control de legalidad* queda también muy disminuido en el párrafo segundo: “El Notario únicamente estará obligado a comprobar que el contenido de la carta o del documento no es contrario a la Ley penal, al orden público o a las buenas costumbres”; no se exige, pues, la no contrariedad “a las leyes”, en general, sino solamente “a la Ley penal” —amenazas, coacciones, injurias—, porque no se está solicitando la intervención del Notario para un acto jurídico, sino para la remisión de una carta. El Notario tendrá también que examinar su *propia competencia*. No hay problemas de competencia *territorial*, siempre que la Oficina de Correos esté dentro de su propio ámbito; “pueden dirigirse a cualquier destino”, como dice la Circular de la Junta de Decanos de 24 de septiembre de 1986 ya citada; a cualquier punto de España o del extranjero. El ámbito de competencia *funcional* es más dudoso; parece que cabe la remisión notarial de cartas o documentos a cualquier persona, sin expresión del cargo que ostente, salvo las supremas autoridades de la Nación; si se expresara el cargo, pudieran aplicarse por analogía las normas que hemos expuesto respecto de notificaciones y requerimientos; también es posible la remisión notarial de los documentos mediante los que se ejercite el derecho de petición individual reconocido en el artículo 29 de la Constitución.

Estas actas *no tienen unidad de acto*; el acto de la rogación será seguido del acto de la remisión por correo y, generalmente, de un tercer acto, el de la recepción del aviso de recibo. Y en consecuencia,

no tienen unidad de contexto, sino que el texto documental aparece separado en tantas actas (diligencias) como actos efectuados, por su orden cronológico. “Las sucesivas actuaciones notariales a que se refiere el párrafo primero —dispone el artículo 201.4—, se harán constar por diligencias.” Estas podrán ser extendidas *ex intervallo* conforme a la regla general del artículo 197.2.5.^a.

El destinatario *no tiene derecho de contestación* dentro de la misma acta, aunque el contenido de la carta fuera notificadorio o requisitorio, porque la rogación del acta está limitada al “simple hecho” de la remisión de la misma, al que no cabe contestación alguna, y no a la práctica de un requerimiento o una notificación notariales.

Las *diferencias* que presentan estas actas de remisión por correo, *frente a las de notificación y requerimiento, subsisten cuando la carta o documento remitido tienen contenido notificadorio o requisitorio y el acta de notificación o requerimiento se ha cumplimentado mediante envío postal*, y en resumen, son las siguientes:

— el control de legalidad del Notario es mínimo; que el contenido de la carta o del documento no es contrario a la Ley penal, al orden público o a las buenas costumbres; mientras que en las notificaciones y requerimientos notariales, el Notario tiene que actuar conforme a las normas generales y comprobar la concurrencia de todos los requisitos legales de la notificación o del requerimiento de que se trate;

— el Notario no tiene por qué tener competencia territorial en el lugar de destino, porque allí no se va a efectuar, ni indirectamente, ninguna actuación notarial;

— el destinatario no tiene derecho de contestación dentro de la misma acta.

Todo ello es resultado de la diferente rogación de uno y otro tipo de acta: remitir una carta o documento en este caso, o practicar una notificación o requerimiento en las actas de tales clases.

De ello se deduce que a través de un acta de remisión por correo no se llegará a producir nunca una notificación o un requerimiento notarial, aunque el contenido de la carta o documento remitido sea notificadorio o requisitorio; pero no cabe duda de que a través de la recepción de esa carta o documento remitido el destinatario puede llegar a obtener un conocimiento —y el acta así lo probará—, y este conocimiento tendrá las consecuencias que ya hemos expuesto (Reso-

lución de 17 de enero de 1958; Sentencias de 22 de junio de 1962 y de 1 de febrero de 1985; Sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de enero de 1985), porque de hecho se habrá logrado el fin que con las actas de notificación y requerimiento se pretende.

18. *Actas de protocolización.* El Reglamento Notarial regula las actas de protocolización bajo rúbrica independiente, en los artículos 211 a 215; pero las palabras iniciales del primero de estos preceptos vienen a emparentarlas con las actas de presencia: “Las actas de protocolización tendrán las características generales de las de presencia...”

Este criterio reglamentario nos parece desacertado, aun en el caso de que se admitiese la categoría de las actas de presencia; el contenido esencial del acta de protocolización, según el mismo artículo 211, es la expresión, en el texto documental, del “hecho... de quedar unido el expediente al protocolo”, y este hecho no puede ser realizado por otra persona “ante el Notario”, sino que forzosamente tiene que ser efectuado por el Notario mismo, que es el responsable, según el artículo 279.1, “de la integridad y conservación de los protocolos”; parece, pues, claro que las actas de protocolización deben ser incluidas entre las actas que *documentan un hecho propio del Notario.*

En este sentido ya RUIZ GÓMEZ: “en ella se consigna este acto del notario” (134).

También GONZÁLEZ PALOMINO: “Las actas de protocolización documentan una declaración del Notario respecto a una actividad ‘activa’ suya: el recibo del documento y su incorporación al protocolo” (135).

Y AVILA: “Atendiendo a la clase de hechos que recogen las actas, éstas pueden agruparse según que aquéllos sean: ... — Hechos que el Notario ‘produce’, como las actas de notificación, de requerimiento y de protocolización” (136).

(134) RUIZ GÓMEZ, *Comentarios a la Ley del Notariado y su Reglamento*, citado en nota 36, pág. 102.

(135) GONZÁLEZ PALOMINO, “Negocio jurídico y documento”, cit. en nota 3, página 26.

(136) AVILA, *Derecho Notarial*, loc. cit. en nota 13.

a) *Concepto y necesidad.* Son, pues, actas de protocolización las específicamente concretadas a recoger el hecho por el que el Notario incorpora un documento al protocolo, bajo el número que le corresponda.

Específicamente porque la protocolización puede ser también efectuada mediante *otras actas*, dirigidas a cumplir diversas finalidades (acta de mera percepción con incorporación de fotografías; acta de manifestaciones periciales con incorporación de dictamen, etc.) y mediante *escrituras públicas*, bien se trate de documentos unidos sobre los que ha de recaer el consentimiento de los otorgantes (cuadernos particionales, estatutos sociales, certificaciones de acuerdos sociales cuyo contenido se da por reproducido en la matriz, etc.) o de otros documentos (certificaciones del Registro Civil, copias autorizadas de poderes, testimonios de autos judiciales, etc.); mención aparte merece la *escritura de elevación a público de documento privado*, en la que la protocolización no es el fin perseguido, sino el medio de efectuar tal elevación.

Hechas estas salvedades, el acta de protocolización es *necesaria* para que esa incorporación al protocolo pueda verificarse; “toda incorporación al protocolo... se hará por medio de acta”, decía el artículo 287 del Reglamento de 1921 con referencia a la de documentos privados, y actualmente el “acta” viene expresamente exigida en todos y cada uno de los cinco preceptos reglamentarios que según dijimos regulan esa protocolización. No está, pues, permitida actualmente la protocolización por simple nota o diligencia al pie del mismo documento que se protocoliza, procedimientos que en tiempos se utilizaron, especialmente respecto de la protocolización de expedientes judiciales.

RUIZ GÓMEZ: “Las particiones de bienes, declaraciones de testamento y otros expedientes instruidos ante la autoridad judicial, aprobados por la misma con las solemnidades que la ley establece, y mandados protocolar, se unen al protocolo respectivo, extendiendo con el número correspondiente una nota, que se dice de protocolización” (137).

(137) RUIZ GÓMEZ, *Comentarios a la Ley del Notariado y su Reglamento*, loc. cit. en nota 134. Puede verse el “Modelo núm. XXXVII. Nota de protocolización de expedientes”, en págs. 338-339.

FERNÁNDEZ CASADO: “La mera protocolación suele hacerse por algunos mediante una simple nota puesta al final del documento protocolado; otros levantan un acta notarial haciendo constar la entrega del mismo, la persona que verifica dicha entrega, la fecha de la disposición que manda protocolarlo, la naturaleza del expediente, el número de folios y el que le corresponde en el protocolo. Lo que no podemos admitir es que, como hemos visto practicar, se dé a la protocolización la forma de escritura...” (138).

NOVOA SEOANE: “En su consecuencia, para quedar de derecho protocolados los expedientes judiciales que requieran esta solemnidad, el Notario tiene que levantar un acta de protocolización, a que una los dichos expedientes, para que al expedir las copias o testimonios de los mismos tengan la consideración de Instrumentos públicos autorizados por Notario (artículo 17 LN, 78, 79 y 81 RN) (de 1874).

En la práctica, a falta de disposición expresa referente al particular, se siguen dos métodos para la protocolización de expedientes judiciales: el acta o la diligencia.

El acta consiste en la narración del hecho de que el requirente hace presentación al Notario de las actuaciones a que se refiera, contenidas en tantos folios, y que en cumplimiento del auto judicial de tal fecha, con que terminan dichas diligencias, se unen al protocolo corriente con el número que les corresponde de orden.

La diligencia se pone a continuación de la última de las actuaciones, expresando que, en cumplimiento del auto que lo haya ordenado, se une el expediente al protocolo.

Esta fórmula es la más corriente, sin que tenga defensa científica, pues el Notario no debe autorizar diligencias sino en los casos en que taxativamente la Ley se lo ordena” (139).

b) La protocolización produce, como *efecto connatural inmediato*, la incorporación al protocolo del documento protocolizado; éste pasa a formar parte del protocolo; “es” ya protocolo: “El protocolo notarial—dispone el artículo 272.1 del Reglamento— comprenderá los instru-

(138) FERNÁNDEZ CASADO, *Tratado de Notaría*, citado en nota 22, t. I, página 627.

(139) NOVOA, *El progreso del instrumento público*, citado en nota 6, páginas 282-283.

mentos públicos y demás documentos incorporados al mismo en cada año...”; y es protocolo a todos los efectos legales:

— queda sometido a todas las reglas sobre la integridad y conservación de los protocolos: encuadernación, obligaciones del Notario a cuyo cargo esté, etc.

— queda sometido a tales reglas para siempre, de manera que ya no podrá ser extraído nunca del edificio en que se custodie “ni aun por decreto judicial u orden superior” (de la Administración), y sólo podrá ser desglosado del protocolo cuando aparezcan “indicios o méritos bastantes” para considerarlo “cuerpo de un delito”, todo ello según el artículo 32 de la Ley;

Ni aun por decreto judicial, salvo el citado supuesto de existir indicios o méritos bastantes para considerarlo cuerpo de un delito; *Resolución de 21 de enero de 1932*, por tener “las matrices de las actas notariales y documentos complementarios incorporados al protocolo notarial por este medio, el carácter de instrumentos públicos al igual que las escrituras propiamente tales; e integrando todos ellos el protocolo notarial”.

Ni orden superior, *Resolución de 15 de febrero de 1969*: “esta Dirección General carece de facultades para ordenar lo que se interesa (el desglose de un expediente de matrimonio de conciencia, protocolizado por acta), ya que el artículo 32 de la Ley del Notariado sólo permite el desglose del protocolo de la escritura matriz contra la cual aparezcan indicios o méritos bastantes para considerarla cuerpo de un delito”.

— y, finalmente, queda también sometido a la dicotomía matriz-copia; él mismo se ha convertido en matriz, de la cual se sacarán las copias que procedan conforme a las normas específicas de la Legislación Notarial, copias que a su vez podrán ser cotejadas con su matriz, esto es, con el documento protocolizado.

Las normas a aplicar para la expedición de copias no son las referentes a las actas —documento protocolizante—, sino las correspondientes al documento protocolizado mismo, según su naturaleza: testamento, partición, etc.; así parece también deducirse en cuanto a las operaciones particionales del art. 1.092-2 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Esta aplicación del conjunto normativo del protocolo notarial es lo que origina lo que en otra ocasión denominaba “*seguridad protocolar*” (140).

Especial consideración merecen las dificultades que pueden surgir de la *irreversibilidad de la protocolización*, esto es, del hecho de que el documento no podrá nunca ser desglosado —salvo el supuesto de cuerpo del delito— de ese protocolo a que ha sido unido. La Ley de Enjuiciamiento civil dispone que deben necesariamente acompañarse a los escritos iniciales, de demanda y contestación, aquellos documentos básicos, en que los interesados fundan su derecho (art. 504), de manera que, salvo casos excepcionales, no pueden presentarse después; así se posibilita su estudio, *in limine litis*, por la parte contraria; pero hay una diferencia esencial, al respecto, entre los documentos públicos y los documentos privados; en cuanto a los documentos públicos basta presentar su copia autorizada, o sencillamente designar el archivo en que se encuentran; los documentos privados deben ser presentados “originales”, salvo que la parte, sin su culpa, no los tuviera en su poder y a su disposición; ¿y los documentos privados protocolizados?, porque es evidente que la mera protocolización no les ha convertido en documentos públicos, que siguen siendo documentos privados; y de la misma evidencia es que, incorporados al protocolo, no podrán ser llevados originales al Juzgado; NÚÑEZ-LAGOS, que estudió detenidamente la cuestión en sus *Hechos y derechos en el documento público*, concluía: “El Tribunal Supremo no ha llegado hasta ahora a sentar como doctrina legal el principio de que la protocolización prueba el hecho auténtico de que una parte tiene en su poder y a su disposición el documento privado y se desprende de él voluntariamente, por lo que no se puede estimar que no lo tiene a su disposición. Sin embargo, esto está implícito, porque es indispensable (sic) a la parte no acompañar el documento básico a su primer escrito cuando por razones independientes de su voluntad y distintas de su actividad no está en su tenencia material; pero no lo es cuando por un acto voluntario y a ella sólo imputable, hace imposible a la parte adversa el ejercicio

(140) “El documento notarial y la seguridad jurídica”, en págs. 41-80 del volumen *La seguridad jurídica y el Notariado*, publicado por la Academia Sevillana del Notariado (Edersa, 1986, 158 págs.); especialmente, págs. 45-46.

de la facultad de control” (141). Esta consecuencia habría de ser tenida muy en cuenta por el Notario para intentar que los interesados desistieran de su propósito de protocolizar un documento privado, incluso consignando en el acta expresamente la oportuna advertencia; pero no me parece que nuestra jurisprudencia siga una postura tan radical; la *Sentencia de 4 de abril de 1942*, en que especialmente se apoyaba NÚÑEZ-LAGOS, más parece corregir un caso claro de mala fe procesal: “esta incorporación tuvo efecto a los cinco años de la fecha del documento y cinco días antes de la presentación de la demanda, cuando ya se había celebrado el acto de conciliación preliminar del juicio”, lo que unido a otras circunstancias “autoriza a deducir que la protocolización más que el ejercicio de un derecho, como afirma la sentencia recurrida, fue el medio escogitado para la contravención subrepticia de un precepto legal claro y terminante, que los Tribunales no pueden amparar”.

El problema adquiere otra dimensión, más trascendente, cuando lo que se demanda judicialmente es la elevación a escritura pública de ese documento privado protocolizado; no estaríamos aquí ante un mero vicio *in procedendo*, sino que, como dice la *Sentencia de 27 de mayo de 1960*, sería “una cuestión esencial para que alcance vida el derecho material reconocido por el artículo 1.279” del Código civil, de manera que si se exigiera su presentación original “se privaría al documento privado protocolizado de su elevación a escritura pública en los casos en que hubiera que reclamarla judicialmente y se le despojaría de la plena fuerza de los documentos públicos, mayor de la que a los privados protocolizados da el artículo 215 del Reglamento del Notariado”.

Todo ello demuestra que si bien el hecho de la incorporación al protocolo es irreversible, el concepto en que tal incorporación se ha producido sí puede ser alterado. Y en este sentido cabe perfectamente que se eleve ulteriormente a escritura pública, *per relationem*, el documento privado que ya estaba unido al protocolo mediante acta anteriormente autorizada; y de la misma manera es posible que la proto-

(141) RAFAEL NÚÑEZ LAGOS *Hechos y derechos en el documento público*, Madrid, 1950, 414 págs.; las palabras citadas, en pág. 398.

colización *simpliciter* de un documento privado se transmute mediante nueva acta en una protocolización especial.

Supongamos que al protocolizar mediante acta un testamento ológrafo figuraba dentro del expediente judicial otro escrito testamentario de la misma persona, que de hecho ha quedado unido al protocolo; y que anulado aquel testamento, este escrito es considerado verdadero testamento ológrafo del causante, y mandado protocolizar; pudiera ser el caso de la *Sentencia de 19 de enero de 1973*; el mandato del Juzgado no se podría cumplir materialmente, porque el testamento ya estaba incorporado al protocolo, pero mediante nueva acta se podría alterar jurídicamente el concepto de esa unión.

Ello nos indica, por otra parte, la heterogeneidad de las actas de protocolización, y nos exige tratar brevemente de sus clases.

Los *efectos generales* de las actas de protocolización, en los que como siempre no entramos, están resumidos en la importante *Resolución de 13 de diciembre de 1985*: "Considerando que el examen del documento notarial presentado pone de relieve que se trata de un acta de protocolización de un documento de carta de pago y que ha sido extendida a instancia del deudor, y, por tanto, no puede producir mayores efectos que los propios de este tipo de acta, es decir, *asegurar su conservación e identidad y dar autenticidad a su fecha, si es que ya no la tuviera, todo ello de acuerdo con el artículo 1.227 del Código civil.*"

c) *El artículo 211* del Reglamento Notarial nos dice: "Las actas de protocolización tendrán las características generales de las de presencia, pero el texto hará relación al hecho de haber sido examinado por el Notario el documento que deba ser protocolado, a la declaración de voluntad del requirente para la protocolización o cumplimiento de la providencia que la ordene, al de quedar unido el expediente al protocolo, expresando el número de folios que contenga y los reintegros que lleve unidos." Todos estos problemas, como decíamos, deben ser estudiados en las distintas *clases de actas de protocolización*, que pasamos a resumir alterando el orden de los preceptos reglamentarios:

a') *Protocolización de expedientes judiciales; artículo 213*: "La protocolización de los expedientes judiciales se efectuará por medio

de un acta extendida y suscrita por el Notario a requerimiento de cualquier persona que entregue el expediente con el auto judicial en que se ordene la protocolización.”

— *Suscrita*: Reliquia de los tiempos en que no era preciso signar las actas; no basta, pues, con suscribir, sino que es preciso signar el acta.

— *A requerimiento de cualquier persona* que entregue el expediente con el auto judicial en que se ordene la protocolización; ello no es imprescindible; estas actas *pueden carecer de rogante*; así, el Reglamento de 1921, art. 288: “Los expedientes judiciales que hayan de protocolizarse se incorporarán también por medio de acta que firmará y extenderá el Notario, sirviéndole de requerimiento el mandato judicial que haya ordenado la protocolización”; y también el Reglamento vigente, art. 211: “la declaración de la voluntad del requirente para la protocolización o cumplimiento de la providencia que la ordene”.

La jurisdicción voluntaria atribuida a los Jueces tiene a veces como finalidad el control, generalmente de mérito y alguna vez de legalidad de la documentación otorgada por los particulares en uso de su autonomía privada, o el apoyo o ayuda judicial para que ellos mismos arreglen sus problemas sin acudir a la vía contenciosa; lo normal es, por tanto, que una vez cumplida su misión por el Juzgado esa documentación privada —que no es documentación judicial— vaya a su natural ámbito, que es el protocolo notarial; a ello se unen razones institucionales, como la separación de la fe pública judicial de la extrajudicial, y razones prácticas, relacionadas con la conservación de los documentos y expedición de sus copias, que lógicamente tiene que regularse por la Legislación Notarial. Los supuestos de protocolización de expedientes judiciales en nuestro Derecho pueden reducirse a tres grupos: testamentos, operaciones particionales y otros expedientes.

Testamentos; como regla general tienen que ser aprobados judicialmente después de la muerte del testador, y protocolizados, todos los testamentos que no han sido otorgados en escritura pública; así resulta de los siguientes artículos del Código civil:

— *Testamento ológrafo*, art. 693;

— *Cédulas o memorias testamentarias*, art. 672, que remite al testamento ológrafo;

- Testamentos abiertos excepcionales, art. 704, y en concreto los otorgados en peligro inminente de muerte (art. 700) o en caso de epidemia (art. 701);
- Testamento cerrado, art. 714;
- Testamento militar, art. 718;
- Testamento marítimo, art. 727;
- Testamento ológrafo o cerrado otorgado en el extranjero (art. 736).

Las normas procesales están contenidas en los arts. 690 y ss. del C.c. para el testamento ológrafo, y en los arts. 1.956 y ss. de la LEC para todos los demás supuestos.

Operaciones particionales; deberán igualmente protocolizarse las operaciones particionales llevadas a cabo en acto de jurisdicción voluntaria por los contadores, o por el contador dirimente, aprobadas por auto judicial, mandándolas protocolizar, por haber mediado la conformidad de los interesados o por no haber efectuado éstos la oposición en el término legal; así lo dispone la Ley de Enjuiciamiento civil para el juicio voluntario de testamentaría (arts. 1.081, 1.083, 1.085 y 1.087), al que se remite el juicio necesario de testamentaría (art. 1.095) y el juicio para la adjudicación de bienes a que estén llamadas varias personas sin designación de nombres (art. 1.123).

Otros expedientes judiciales que deben protocolizarse son las informaciones para perpetua memoria (art. 2.007) y los de deslinde y amojonamiento (art. 2.069).

b') *Protocolización de otros documentos públicos españoles.* “También pueden ser protocolizados mediante acta los documentos públicos de todas clases...”, dispone el artículo 214 del Reglamento; hay incluso protocolizaciones de documentos administrativos que son necesarias, a la manera de los expedientes judiciales, especialmente en materia agraria y urbanística.

Concentración parcelaria, Ley de Reforma y Desarrollo Agrario (texto aprobado por Decreto 118/1973, de 12 de enero), artículo 223: “El Acta de Reorganización de la Propiedad será protocolizada por el Notario que haya formado parte de la Comisión Local o por el que le haya sustituido, y las copias parciales que expida, que podrán ser impresas, servirán de título de dominio a los participantes en la concentración, correspondiendo al Instituto promover la inscripción de dichos títulos en

el Registro de la Propiedad. Para su protocolización con el Acta, se remitirá al Notario un plano de la zona concentrada autorizado por el Instituto. Otro igual se remitirá al Registro de la Propiedad.”

En estas actas no hay compareciente, aunque sí rogante, y las facultades del Notario, según la *Resolución de 18 de enero de 1961* se reducen “a la simple protocolización del Acta”, sin calificación del fondo.

Reparcelación urbanística, Reglamento de Gestión Urbanística para el desarrollo y aplicación de la *Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana* (aprobado por Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto), art. 113.2: “La escritura pública o el documento administrativo previsto en el número 1 de este artículo, protocolizado notarialmente, será inscrito en el Registro de la Propiedad.”

c) *Protocolización de documentos públicos autorizados en el extranjero; artículo 212*: “Los documentos públicos autorizados en el extranjero, una vez legalizados en forma, podrán ser protocolados en España mediante acta que suscribirá el interesado, si se hallare presente. = En otro caso, bastará la afirmación del Notario de haberle sido entregado el documento a tales efectos.”

Puede autorizarse, por tanto, incluso *sin rogante*, y no sólo sin compareciente.

Esta protocolización carece del significado que tiene, por ejemplo, en México (142), y apenas se practica.

d) *Protocolización de documentos privados cuyo contenido sea materia de contrato, artículo 215.1*: “Los documentos privados cuyo contenido sea materia de contrato podrán protocolizarse por medio de acta cuando alguno de los contratantes desee evitar su extravío y dar autenticidad a su fecha, expresándose en tal caso que tal protocolización se efectúa sin ninguno de los efectos de la escritura pública

(142) Cfr., especialmente, el art. 92 de la *Ley del Notariado para el Distrito Federal de México*: “Los poderes otorgados fuera de la República, hecha salvedad de los que fueren ante cónsules mexicanos en el extranjero, una vez legalizados, deberán protocolizarse para que surtan sus efectos con arreglo a la ley.”

y a los solos efectos del artículo 1.227 del Código civil.” El Reglamento de 1935, y el Reglamento vigente, abandonan el criterio prohibitivo absoluto que había adoptado el Reglamento de 1921, artículo 289.2: “Queda prohibida toda protocolización de documentos privados cuyo contenido sea materia de contrato, salvo que se haga para elevarlos a instrumento público”; y en su lugar adoptan un criterio permisivo también absoluto, ya que se admite la protocolización de toda clase de documentos privados cuyo contenido sea materia de contrato, incluidos, por tanto, los relacionados en el artículo 1.280 del Código civil; criterio contrario al que el mismo Reglamento sigue en materia de legitimación de firmas (art. 258) y de testimonios (artículo 251.2) de documentos privados.

El art. 1.280 del Código civil contiene una enumeración, no exhaustiva, de los contratos que deben constar en escritura pública; y en virtud del principio de defensa del sistema (art. 145: “o se prescinda por los interesados de los requisitos necesarios para la plena validez de los mismos”) se prohíbe, en cuanto a ellos, otras actuaciones notariales menores; pero no queda prohibida la protocolización por acta.

El acta habrá de limitarse en los supuestos del art. 1.280, a la mera protocolización, sin añadir, por ejemplo, el reconocimiento por el rogante de la firma que puso en el documento privado que se protocoliza, porque se infringiría el art. 258, o la descripción de la finca, o cualquier otro extremo.

El Reglamento únicamente exige que el rogante del acta quede perfectamente enterado de que se trata de una mera incorporación al protocolo del documento privado, y que esta protocolización no altera su naturaleza, si bien su fecha adquirirá fehaciencia *ex nunc*, desde la fecha del acta de protocolización, que es la fecha en que ha sido incorporado a un registro público —el protocolo—, según exige el artículo 1.227 del Código civil. El documento, por tanto, sigue siendo documento privado, no se convierte en documento público, y en consecuencia no se produce ninguno de los efectos propios de la escritura pública (formales, registrales, ejecutivos, etc.); así ha de expresarse en el acta de protocolización.

Anteproyecto argentino, art. 54: “Cuando se trate de documentos privados que versen sobre actos o negocios jurídicos

para cuya validez se haya ordenado o convenido la escritura pública, la protocolización no tendrá más efectos que asegurar su fecha y su autenticidad de las firmas si concurrieren los interesados a reconocerlas”; esto último no es posible entre nosotros en los casos comprendidos en el art. 258, según ya hemos indicado.

La excepción que ello supone, en su caso, a la prohibición contenida en el artículo 145.2 del Reglamento queda circunscrita a su inciso final, de manera que el Notario deberá negar la protocolización “cuando el acto o el contrato en todo o en parte sean contrarios a las leyes, a la moral o a las buenas costumbres”.

Méjico, Distrito Federal, art. 90.2: “No podrá protocolizarse el documento cuyo contenido sea contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres.”

El *rogante* es descrito en el artículo 215.1 como “alguno de los contratantes”; ello impone un criterio restrictivo en la apreciación del interés legítimo, pero sin que quepa negarlo siempre a otras personas; por ejemplo, al que actuó en el contrato en representación legal o voluntaria de alguno de los contratantes, al adquirente ulterior del bien objeto del contrato, etc. El acta exige, pues, compareciente, y éste debe ser identificado; su capacidad sólo habrá de ser la genérica para instar un acta notarial, y no la requerida para el negocio de que se trate.

El acta de protocolización, en resumen, como escribió NÚÑEZ-LAGOS, es “otro rumbo notarial, en más bajo nivel que el anterior”, el de la elevación a público de documento privado. “En la mera protocolización de documentos privados —concluye—, la función del Notario frente a la contratación ha sufrido un cambio de naturaleza. En las escrituras públicas, redactando el contrato, el Notario desempeña una función interna, endógena y coetánea al contrato, aun cuando este contrato, como sucede en la elevación a escritura pública de documentos privados, tenga por objeto un *consensus* sobre una conversión documental. En la protocolización, el Notario, respecto del contrato, tiene una postura externa, posterior y superpuesta. Su actividad y la fe pública se concretan en sus “declaraciones de verdad”

en el texto del acta, que como tal acta se circunscribe a la esfera de los "hechos" (143).

e') *Protocolización de documentos privados cuyo contenido no sea materia de acto o contrato, artículo 215.2*: "Cuando no sean materia de acto o contrato se podrán protocolizar mediante acta a los efectos que manifiesten los interesados"; estos "efectos" no pueden ser los efectos jurídicos, que los determina la Ley; quizá quiera aludir el precepto reglamentario a las finalidades perseguidas por los interesados o a los motivos que les impulsan a instar la protocolización.

f') *Otras protocolizaciones, artículo 214*: "También pueden ser protocolizados mediante acta... los impresos, planos, fotograbados, fotografías o cualesquiera gráficos cuya medida y naturaleza lo consienta, al efecto de asegurar su respectiva identidad y su existencia respecto de tercero en la fecha de la protocolización." Esta norma permisiva, como las ya estudiadas, era imprescindible; sin ella el Notario no podría protocolizar estos objetos, pues toda la materia relativa al protocolo es de orden público. Están aquí incluidas las fotocopias, lo que permite devolver al rogante el documento original a fin de salvar los inconvenientes derivados de la irreversibilidad de la protocolización.

Entre Ríos, art. 63-b)-2: "En los supuestos en que sea necesario su devolución, será indistinto transcribirlos o agregar al protocolo copia autenticada." *Anteproyecto argentino, art. 53*: "En los supuestos en que fuera necesaria la devolución de los documentos, indistintamente se transcribirá o agregará al protocolo copia autenticada..."

19. *Actas de depósito*. También las actas de depósito pueden encuadrarse —quizá con cierto esfuerzo, como decíamos—, entre aquellas actas que documentan un hecho del Notario: el hecho de recibir en depósito, en condiciones determinadas, los documentos, dinero u objetos de que se trate.

La doctrina dominante entiende, sin embargo, que estamos ante

(143) NÚÑEZ-LAGOS, *Hechos y derechos en el documento público*, citado en nota 141; las palabras citadas, en págs. 387 y 398-399; también pág. 388: "Basta y sobra con la capacidad mínima para comparecer ante Notario en acta notarial."

una de aquellas actas meramente “formales”; que es un acta solamente porque “la legislación notarial establece el acta como manifestación formal adecuada”, para seguir la dicción del artículo 144.3 del Reglamento; pero que materialmente, de conformidad a su contenido y a las normas generales, debiera ser una escritura pública, en cuanto que documenta un contrato de depósito —y por tanto un contrato— entre el Notario y el depositante.

SANAHUJA: “Las actas de depósito constituyen una excepción de las actas en general, por cuanto no se limitan a consignar un hecho, sino que contienen un negocio jurídico”; en consecuencia, cita “el acta de depósito ante notario” entre las “actas que podríamos llamar *formales*” (144).

GONZÁLEZ PALOMINO: “Las *actas de depósito* no son actas en sentido propio, pues si bien es verdad que documentan una actividad y una declaración del Notario, el Notario formula su declaración *como parte*, y la declaración tiene carácter negocial, porque el depósito es un contrato hecho y derecho como el más pintado. Estas dos anomalías: el *Notario ‘parte’* y el *contenido ‘contractual’*, hace que estas actas deban ser calificadas de escrituras y deban ser *descalificadas* de escrituras públicas, ya que una de las *calidades del instrumento público* es la de que sea ‘hecho’ *por quien no sea parte*” (145).

CÁMARA: “Respecto de estas llamadas actas, comparto plenamente la opinión de GONZÁLEZ PALOMINO en el sentido de que no se trata de actas, sino de escrituras, puesto que su único objeto es *formalizar un contrato, el contrato de depósito*. Deben, pues, cumplir los requisitos propios de las escrituras” (146).

GIMÉNEZ ARNAU: “Su especialidad radica en que aunque su *función sea consignar un hecho* (el material de haberse realizado el depósito) constituyen también un contrato entre el Notario (depositario) y el requirente (depositante). El Notario formula una declaración negocial como parte...” (147).

(144) SANAHUJA, *Tratado de Derecho Notarial*, citado en nota 5, t. II, páginas 23 y 9, respectivamente.

(145) GONZÁLEZ PALOMINO, *Negocio jurídico y documento*, citado en nota 3, página 27.

(146) CÁMARA, “El Notario latino y su función”, citado en nota 19, pág. 137.

(147) GIMÉNEZ-ARNAU, *Derecho Notarial*, citado en nota 3, pág. 769.

Se hace muy difícil aceptar, sin embargo, que bajo el disfraz del acta notarial el Reglamento haya dado paso a una escritura pública en la que, con quiebra total del principio de imparcialidad (148), la documentación pública se haya encomendado a una de las partes del contrato. Hay que tener en cuenta que el depósito es un contrato real, que “se constituye” “desde que uno recibe la cosa ajena con la obligación de guardarla y de restituirla”, como dice el artículo 1.758 del Código civil, y que “salvo pacto en contrario” “es un contrato gratuito”, según el artículo 1.760, y por tanto unilateral, del que sólo surgen obligaciones para el depositario. No parece absurdo, en consecuencia, que la documentación se contraiga solamente al hecho de la recepción de una cosa en depósito —y por tanto en un acta, y no en una escritura—, puesto que de este hecho derivan las dos obligaciones fundamentales del depositario, la de guardarla y la de restituirla; que se permita su documentación por el mismo Notario depositario mientras de esa relación de depósito sólo obligaciones dimanan para él, lo que puede ser muy conveniente por razones de accesoriaidad a otras actuaciones; y que incluso se consignen las condiciones en las que el depósito se verifica, no como cláusulas de un contrato que no se está escriturando, sino como “actos propios” del depositante, que vinculan a éste, aunque en su origen se tratara de cargas impuestas por el Notario para su aceptación del depósito.

Resolución de 5 de diciembre de 1961 (Ministerio de Justicia): “las condiciones fijadas por la señora recurrente y las limitaciones que se impuso en el acta de constitución le obligan y vinculan con la fuerza de los actos propios a su más estricta observancia”; bien es cierto que la Resolución le llama “un negocio jurídico de custodia”, pero si fuera éste el contenido del acta no se comprende que acuda a la doctrina de los actos propios.

CÁMARA: “Lo que no cabe es que el Notario autorice un acta de depósito si del mismo derivan derechos a su favor, y concretamente el de percibir remuneración. El pacto que así lo

(148) Cfr. ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS, LUIS ROJAS MONTES e IGNACIO SOLÍS VILLA, “Necesidad social de la imparcialidad del redactor del contrato”, en *Revista de Derecho Notarial*, CXVI, abril-junio 1982, págs. 227-402.

establezca será lícito (cfr. art. 1.760 del Código civil), pero inhabilita al Notario para actuar como tal (cfr. art. 139 del Reglamento). El depósito en tal caso deberá formalizarse ante otro Notario, o por medio de simple recibo privado, tal como autoriza el artículo 220 del Reglamento” (149).

a) *Regulación.* Los primitivos Reglamentos Notariales de 1862 (art. 102) y de 1874 (art. 92) admitieron los depósitos en el Notario mediante “recibo o documento de resguardo”. Fue el Reglamento de 1917 el que dispuso que el depósito “se hará constar por acta” (art. 286.2), produciendo la falsa impresión de que así tendría que ser en todo caso, dada su absoluta falta de referencia a los depósitos sin acta. El Reglamento de 1921 persiste en este silencio, y bajo la rúbrica “De los depósitos” regula las actas de depósito en cuatro artículos (arts 283-286), que pasan literalmente a los Reglamentos de 1935 y de 1944 (arts. 216-219). Estos vuelven a regular, en el artículo 220, los depósitos sin acta y anteponen una rúbrica, “Actas de depósito ante el Notario”, en la que no caben tales depósitos sin acta y que además es incorrecta, pues no se deposita “ante” el Notario, sino “en” el Notario. El Reglamento de 1944 no ha sido modificado en esta materia.

La regulación vigente data, pues, en casi su totalidad, de 1921, y en buena medida se inspira, también para los depósitos con acta, en la reglamentación de 1862.

Reglamento Notarial de 1862, art. 102: “Los Notarios pueden recibir en depósito los documentos, valores y cantidades que los particulares quieran depositar en la Notaría, bien como prenda de sus contratos, bien para su custodia.

La admisión de estos depósitos es voluntaria, y el Notario podrá imponer condiciones al depositante, las cuales se expresarán en el recibo o documento de resguardo que el Notario expida.”

RUIZ GÓMEZ: “Los depósitos de que habla este artículo constituyen el contrato a que da ese nombre nuestra legislación civil; de manera que se rigen en todo por las prescripciones de la misma” (150).

(149) CÁMARA, “El Notario latino y su función”, citado en nota 19, pág. 138.

(150) RUIZ GÓMEZ, *Comentarios a la Ley del Notariado y su Reglamento*, citado en nota 36, pág. 264. El *Reglamento de 1874* suprimió la absurda referen-

b *Delimitación.* Quedan fuera de nuestra consideración los depósitos *sin acta* del artículo 220 y las obligaciones de custodia o, si se quiere *depósitos, que son accesorios* a otra actuación notarial, y por tanto obligatorios para el Notario según las normas generales de los artículos 2.º de la Ley y 145.1 del Reglamento, sin que sean posibles ni la denegación de funciones ni la imposición de condiciones; los supuestos son variadísimos y heterogéneos: entrega al Notario de documentos para preparar una escritura, o para remitirlos mediante un acta, o de letras para su protesto; entrega de cantidades para un ofrecimiento de pago; cobro del importe de letras protestadas, etc. “Lejos de toda voluntariedad —comentaba ENCISO—, lo que a veces hay son las características del depósito necesario” (151). Hay también, claro es, supuestos complejos, de distinto predominio: depósitos que se notifican al favorecido, y ofrecimientos de pago rehusados que quedan en depósito.

c) *Naturaleza.* “La admisión de estos depósitos —dice el artículo 216.2 del Reglamento— es voluntaria por parte del Notario, quien podrá imponer condiciones al depositante”; estamos, por tanto, en el campo de la *adecuación facultativa*, pues, como dice D’ORAZI FLAVONI,

cia a la Notaría y amplió a las Corporaciones la posibilidad de constituir los depósitos, *art. 92*: “Los Notarios pueden recibir en depósito los documentos, valores y cantidades que los particulares y corporaciones quieran confiarles, bien como prenda de sus contratos, bien para su custodia. = La admisión de estos depósitos es voluntaria y el Notario podrá imponer condiciones al depositante, las cuales se expresarán en el recibo o documento de resguardo que el Notario expida.” RUIZ GÓMEZ matiza su comentario: “Los depósitos que este artículo autoriza constituyen el contrato a que da el mismo nombre el derecho común; cuyas leyes les son aplicables para todos sus efectos”; cfr. JUAN EUGENIO RUIZ GÓMEZ, *Últimas Leyes, Decretos y Ordenes sobre Notariado, o sea, los que, desde 1 de enero de 1866 hasta 31 de diciembre de 1874, se han dictado acerca de la organización, régimen y ejercicio notarial, explicados y comentados (Apéndices a los Comentarios a la Ley del Notariado y su Reglamento)*, t. I, Málaga, 1874, 268 págs. (comprende hasta 1869 inclusive); t. II, Málaga, 1875, 303 págs. (comprende años 1870-1874 inclusivos); las palabras citadas, en t. II, pág. 260.

(151) JOSÉ MANUEL ENCISO SÁNCHEZ, “Problemas sobre las actas de depósito y los depósitos sin acta”, *Ponencia VII*, número 21, del *Simposio Notarial 83*, citado en nota 15, págs. 880-886; las palabras citadas, en págs. 882.

“la función de adecuación puede también perfilarse con un carácter de posibilidad y de eventualidad, que requiere el encargo *ad hoc* conferido por las ‘partes’ (o por una de ellas) al notario y ser aceptado por éste” (152).

La *voluntariedad* de esta actuación notarial, frente a la normal obligatoriedad de la prestación de funciones, ha sido repetidamente confirmada por la jurisprudencia, que ha deducido de la misma el *carácter civil* de la relación de depósito y, en consecuencia, la *incompetencia* del Centro Directivo y de la Jurisdicción contencioso-administrativa, y la *competencia* de la Jurisdicción ordinaria para entender de cuantas cuestiones dimanen de estos depósitos entre el Notario y el depositante o terceros interesados.

Sentencia de 6 de febrero de 1964: “no hallando en la legislación específica del Notariado base ni fundamento comunicador de facultad administrativa para terciar en el discutido punto de vista de la relación jurídica determinada por el acto de custodia libremente ejercitado por la señora recurrente y más libremente aceptado por el Notario autorizante del Acta de depósito bajo condiciones, también fijadas por la primera y aceptadas por el segundo, sin otro vínculo que el de esa mera concurrencia de voluntades para hacerlo nacer a la vida del Derecho; es por demás evidente que como negocio jurídico que es, ajeno a toda razón de subordinación jerárquica del funcionario autorizante a la Administración superior al mismo, constituye un problema exclusivamente de Derecho común cuanto a dicho negocio concierne, así se mire el momento de constituirse el acto de custodia encomendado al funcionario, como se contempla cuanto a la vida y fin de dicha custodia corresponda deducir en el futuro; siendo por lo mismo acertada la resolución recurrida (la Resolución de 5 de diciembre de 1961, de que ya hemos tratado y sobre la que volveremos) que de esta manera lo estima y califica, con fundamento en cuanto disponen los arts. 145 y 216 del

(152) MARIO D'ORAZI FLAVONI, “Sul contenuto della prestazione notarile”, en *Il Foro Italiano*, LXXXII, 1959, págs. 154-162 (nota a la Sentencia del Tribunal de Roma de 3 de abril de 1958); las palabras citadas, en pág. 157. Puede verse mi trabajo “El Notario: función privada y función pública. Su inescindibilidad”, en *Revista de Derecho Notarial*, CVII, enero-marzo 1980, págs. 255-409; especialmente núms. 12 y 13, págs. 337-49.

Reglamento del Notariado de 2 de junio de 1944, determinantes de la absoluta voluntariedad de la autorización del Acta y de la admisión del depósito que la misma prevé, relaciona y condiciona; todo lo cual son facetas de interés jurídico privado y, por lo mismo, de naturaleza claramente no administrativa”.

Resolución de 5 de julio de 1958, cantidad depositada —sin acta— que por formar parte del haber hereditario fue entregada al contador-partidor: “Considerando que la competencia de este Centro Directivo está determinada en el artículo 313 del Reglamento Notarial y sin que precepto legal alguno permita extenderla a otros supuestos... Esta Dirección General ha acordado no admitir el presente recurso, por no ser materia de la competencia de este Centro directivo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 313 del Reglamento Notarial, sin perjuicio de que por Doña... se acuda a la jurisdicción ordinaria si así lo estima oportuno en defensa de sus derechos.”

Resolución de 5 de diciembre de 1961 (dictada por el Ministerio de Justicia, en el recurso de alzada contra la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 15 de julio de 1961, que no he encontrado, y contra la cual se interpuso a su vez el recurso que dio lugar a la Sentencia de 6 de febrero de 1964): “la aceptación del depósito es acto voluntario para el Notario autorizante, originándose con su aceptación un negocio jurídico de custodia, de contenido ordinario, regido exclusivamente por el Derecho Común, conforme al cual las condiciones fijadas por la señora recurrente y las limitaciones que se impuso en el acta de constitución le obligan y vinculan con la fuerza de los actos propios a su más estricta observancia, por lo que, en definitiva, se trata de un problema de índole civil ajeno a la competencia del Centro directivo”; “refuerza la anterior consideración la simple conjugación del artículo 145 del Reglamento Notarial con el 216 del mismo Cuerpo legal, pues mientras en el primero la autorización del instrumento público se impone al Notario con carácter preceptivo, en el segundo se declara voluntario la autorización del acta y admisión del depósito, facultándole expresamente para imponer condiciones al depositante”.

Resolución de 26 de noviembre de 1975: “el Notario puede admitir voluntariamente depósitos”; el “Notario, como depositario voluntario”; “la reclamación de la recurrente se refiere al presunto incumplimiento de las obligaciones del señor... como

Notario depositario y esta es cuestión que cae fuera del artículo 145 del Reglamento Notarial...”.

Resolución de 24 de mayo de 1977, ordenando a un Notario la práctica del requerimiento solicitado: “todo lo anterior no prejuzga el resultado del requerimiento, ni ha de coartar, desde luego, la libertad del Notario, conforme a los artículos 216 y 220 del Reglamento, para denegar la aceptación en depósito de los documentos que quisiera, quizás, entregarle la requerida como consecuencia de la diligencia del acta”.

Otra importante consecuencia de esa voluntariedad es la posibilidad de establecer *condiciones* (plazo, limitaciones de responsabilidad, etc.) que, según ya hemos indicado, revisten la forma de actos propios del depositante (Resolución de 5 de diciembre de 1961), y no pueden consistir en una *remuneración u otros derechos a favor del Notario depositario*.

Todo lo que antecede es cierto; pero tampoco conviene entenderlo en términos absolutos, porque, aunque el depósito quede fuera de la función propiamente notarial, es evidente que el depositante ha elegido como depositario a un Notario precisamente por ser Notario; es lo que sucede siempre en los supuestos de adecuación facultativa; y ello no deja de producir algunas consecuencias jurídicas, como las del artículo 219 del Reglamento, que no legitima para abrir la caja de seguridad en que se guardan las cosas depositadas a los representantes legales o voluntarios o a los herederos del Notario, en sus respectivos casos, sino al Notario sustituto o mediante orden de la Junta Directiva del Colegio o de la Dirección General.

Art. 219: “Siempre que el Notario lo considere conveniente para su seguridad, podrá conservar los depósitos que se le confíen en un Banco, y en caja de alquiler arrendada a su nombre como tal Notario, advirtiéndolo así al depositante y consignándolo en el acta. Dicha caja sólo podrá ser abierta por el Notario o su sustituto legal, o mediante orden escrita de la Junta directiva del Colegio Notarial respectivo o de la Dirección General, en su caso.”

d) *Finalidades*. Desde 1862, las finalidades que el depositante persigue son descritas con las mismas palabras: “bien como prenda

de sus contratos, bien para su custodia” (art. 216.1); la primera de estas expresiones, “prenda”, es incorrecta, porque se trata en tal caso de un depósito “en garantía”, como dice el artículo 218.4, pero sin que esta garantía se obtenga a través de la constitución de un derecho real de prenda; el orden tampoco parece correcto, pues tratándose de depósitos hay que poner en primer término la finalidad de custodia, pero sobre todo, y para acabar esta crítica, la enumeración es incompleta, y falta precisamente el supuesto de que se pretendan unos efectos jurídico-documentales.

— El fin de *custodia* es, como decimos, la causa típica del contrato de depósito, por lo que no deberían calificarse con propiedad de depósitos aquellos otros supuestos en que la obligación de custodia es accesorio.

Existen, evidentemente, depósitos en el Notario que tienen como finalidad única, o como finalidad esencial, su custodia; especialmente depósitos de documentos, para los que es natural que se elija un depositario entre cuyas obligaciones institucionales está la de guardar secreto. Pero hay que reconocer que estos depósitos están en franca minoría, pues cuando sólo se pretende la conservación de la cosa depositada parece que debe preferirse, por ejemplo, la caja de seguridad de un Banco.

— Por ello, con mayor frecuencia lo que el depositante quiere son unos *efectos documentales*, que solamente la intervención del Notario puede proporcionarle; estos efectos son los ya examinados respecto de las actas de protocolización; asegurar frente a terceros la existencia e identidad de la cosa depositada en la fecha de constitución del depósito, según resulta de la presunción de cumplimiento, por parte del Notario, de su obligación de fidelidad en la conservación del depósito y de la nota, diligencia o acta de su devolución. En tal sentido las actas de depósito se utilizan en supuestos semejantes a los de las actas de protocolización, cuando éstas resultan imposibles —por no poderse unir la cosa al protocolo, art. 214, por ejemplo— o excesivamente gravosas dado el número de folios, o cuando se trata de problemas meramente temporales.

— Los depósitos *en garantía* de contratos se pretenden también con frecuencia; pero en principio parece que el Notario debe limitarse

a los que garanticen obligaciones surgidas de escrituras públicas por él mismo autorizadas, y desde luego negarse a aceptar el depósito cuando se intenta constituir en garantía de obligaciones que le son desconocidas y que solamente le cabe intuir de la disyuntiva que se establece para devolver la cosa depositada a una o a otra de las partes. Los depósitos notariales son una forma de adecuación facultativa para el mejor cumplimiento de la función notarial, y no una forma atípica de garantía al servicio de la imaginación de los particulares.

El artículo 218.4 recuerda: “El Notario rechazará todo depósito que pretenda constituirse en garantía de un acto o contrato contrario a las leyes, a la moral o a las buenas costumbres”; es mera aplicación del artículo 145.2.

En el caso concreto de depósito de documentos, tampoco éstos podrán ser contrarios a las leyes, a la moral o a las buenas costumbres, por aplicación de dicha norma general.

e) *La conservación del depósito.* El artículo 1.758 del Código civil indica, al dar su definición del depósito, las dos obligaciones del depositario: “Se constituye el depósito desde que uno recibe la cosa ajena con la obligación de guardarla y de restituirla.” “El depositario está obligado a guardar la cosa y restituirla...”, repite el artículo 1.766. Nos referiremos, en cuanto a la conservación del depósito, a dos cuestiones concretas:

a’) *El protesto de letras depositadas.* La responsabilidad del depositario en cuanto a la guarda y pérdida de la cosa depositada se rige, según el artículo 1.766 del Código civil, por el Título I del Libro de las Obligaciones, y por tanto, fundamentalmente, por el artículo 1.094: “El obligado a dar alguna cosa lo está también a conservarla con la diligencia propia de un buen padre de familia.” En plena concordancia, el artículo 308 del Código de Comercio dispone: “Los depositarios de títulos, valores, efectos o documentos que devenguen intereses, quedan obligados a realizar el cobro de éstos en las épocas de sus vencimientos, así como también a practicar cuantos actos sean necesarios para que los efectos depositados conserven el valor y de-

rechos que les correspondan con arreglo a las disposiciones legales.” Por tanto, en el depósito de letras de cambio emitidas con anterioridad al 1 de enero de 1986, regidas, en consecuencia, por el Código de comercio, el Notario está obligado a protestar tales letras para que no se perjudiquen (arts. 502 y 509), ya que de otra manera incurrirá en responsabilidad.

En el año 1975, sin embargo, un Notario fue procesado por este motivo como autor de un delito de infidelidad en la custodia de documentos; pero el auto dictado por la Audiencia de Málaga el 16 de julio de dicho año, que dejó sin efecto el procesamiento, sentó la verdadera doctrina: “el Notario depositario de los efectos venía obligado a practicar cuantos actos fueren necesarios para que los mismos conservaran el valor y derechos que les correspondían con arreglo a las disposiciones legales, entre otros el protesto por falta de pago, a fin de que las letras conservaran su eficacia”.

Lo mismo ocurrirá si las letras depositadas han sido emitidas con posterioridad a dicho día, y se rigen por la Ley Cambiaria y del Cheque, siempre que el protesto sea necesario para el ejercicio de las acciones de regreso (art. 63-b), esto es, cuando la letra no contenga la cláusula de “devolución sin gastos”, “sin protesto” o cualquier otra indicación equivalente conforme al artículo 56 de la misma Ley (153).

b') *El embargo del depósito.* El artículo 1.775 del Código civil dispone que la restitución de la cosa depositada al depositante “no tendrá lugar cuando judicialmente haya sido embargado el depósito en poder del depositario”, y este precepto puede plantear problemas al Notario cuando el embargado no es el propietario de la cosa depositada, porque si en su día se niega a entregarla al Juzgado podría equivocadamente pensarse que incurría en desobediencia, y si la en-

(153) Puede verse mi trabajo “El protesto y otras manifestaciones de la fe pública en la Ley Cambiaria y del Cheque”, en *Revista de Derecho Notarial*, CXXIX-CXXX, julio-diciembre 1985, págs. 289-319; especialmente págs. 310-312 y 307-310.

trega incumple sus obligaciones de conservación y de restitución e incurre en responsabilidad.

La *Resolución de 23 de junio de 1972* contempló precisamente este supuesto. El arrendatario de un local de negocio había notificado a la Sociedad propietaria del mismo su propósito de traspasarle; la Sociedad propietaria intenta ejercitar su derecho de tanteo mediante acta notarial de ofrecimiento del precio; rechazado el tanteo —por haber ofrecido un cheque, y no dinero, como exige el art. 1.170 del Código civil—, el dinero queda depositado en poder del Notario y cuando la Sociedad arrendadora depositante solicita su restitución, el Notario no puede efectuarla porque, tras muchas resistencias, había pagado a diversos Juzgados embargos que tenía trabados el arrendatario.

La Dirección nada dice, puesto que se trataba de un problema de responsabilidad civil en el que son competentes los Tribunales. Pero si el tanteo no se había perfeccionado, la cantidad depositada seguía siendo del depositante, y no del arrendatario embargado.

f) *La restitución del depósito.* También sobre esta obligación fundamental del Notario depositario nos referiremos solamente a dos puntos concretos:

a') *Depósito constituido bajo alguna condición convenida con un tercero.* Está regulado en el artículo 218.2 del Reglamento: "Cuando el depósito estuviese constituido bajo alguna condición convenida con un tercero, el Notario no efectuará la devolución mientras no se le acredite suficientemente el cumplimiento de la condición estipulada." Este precepto tiene muy amplia aplicación en aquella modalidad de garantía, constituidos, en la expresión del Reglamento, "como prenda de sus contratos". Su aplicación es fácil cuando ambas partes son rogantes del acta notarial de depósito y cuando constituida unilateralmente por una de ellas, la otra haya hecho saber al Notario la aceptación de esta estipulación a su favor, de conformidad al artículo 1.257-2 del Código civil.

Aun sin ello, la *Resolución de 5 de diciembre de 1961* y la *Sentencia de 6 de febrero de 1964*, que ya hemos expuesto, entendieron que el Notario no estaba obligado a devolver a la

depositante los documentos depositados mientras no se le acredite el cumplimiento de la condición consignada en el acta: “en ningún caso podrá la dicente levantar el depósito constituido, sin obtener previamente el consentimiento fehaciente de su esposo”.

b) *Consignación judicial del depósito.* Dispone el artículo 1.776 del Código civil: “El depositario que tenga justos motivos para no conservar el depósito, podrá, aun antes del término designado, restituirlo al depositante; y, si éste lo resiste, podrá obtener del Juez su consignación”; precepto de evidente aplicación al Notario depositario.

Resolución de 26 de noviembre de 1975: “el hecho de no haberse cumplido el término ni las condiciones previstas en el acta de depósito, no impide al Notario, como depositario voluntario, su consignación judicial, al amparo del artículo 1.776 del Código civil, por mediar justos motivos para no conservar el depósito, los cuales, aparte de haber sido apreciados por la autoridad judicial al aceptar la consignación, se deducen de las desavenencias existentes entre los herederos de Don... acreditadas en este recurso y en el que ha motivado otra Resolución de la Dirección General de esta misma fecha” (declarando justificada la denegación de autorización de un acta de inventario).

Parece que entre esos justos motivos están el traslado y la jubilación del Notario.

g) *El depósito en sobre cerrado.* Un supuesto muy llamativo está constituido por el depósito en sobre cerrado, del que ya me ocupé en otra ocasión (154).

El depósito en sobre cerrado, en su forma pura, “cuando la cosa depositada se entrega cerrada y sellada” que dice el artículo 1.769 del Código civil, me parece notarialmente inadmisibile; el Reglamento, en efecto, siempre habla de depósito de “documentos” (arts. 216, 217

(154) “La autenticación de fotocopias y otras cuestiones”, en *Revista de Derecho Notarial*, LXXXIV, abril-junio 1974, págs. 357-423; véase el núm. 10, págs. 378-386. Recientemente, TOMÁS RAMOS OREA, “Deontología y hermenéutica: argumentos y aspectos en los artículos 145, 147 y 216 del Reglamento Notarial”, en *Revista de Derecho Notarial*, CXXXII, abril-junio 1986, páginas 395-431; especialmente págs. 410-420.

y 220), nunca de depósito de “sobres”. Especialmente significativo es, al respecto, el artículo 217.2: “Los depósitos en metálico y los de los objetos en que fuese necesaria su identificación se entregarán al Notario, *cerrándolos y sellándolos a su presencia*, en forma que ofrezca garantía de no ser abiertos”; de esta manera se corrigió, ya en el Reglamento de 1921, lo que había dispuesto el artículo 266.1.2 del Reglamento de 1917: “Los depósitos en metálico y los de objetos en que fuese necesaria su identificación, se entregarán al Notario *cerrados o sellados* en forma que tenga garantía de no ser abiertos.” Esta postura del Reglamento es acertada; el Notario tiene derecho a conocer el contenido del sobre, porque no puede dejar su identificación a la otra parte cuando es él quien responde de los daños y perjuicios si hubiere sido forzado el sello o cerradura por una culpa que el artículo 1.769 presume ser suya, salvo prueba en contrario, con la agravante de que en cuanto al valor de lo depositado se estaría a la declaración del depositante, a no resultar igualmente prueba en contrario; aunque el depósito de sobre cerrado fuera admisible, la más elemental prudencia aconsejaría, pues, al Notario, como primera condición a imponer para la admisión del depósito, su examen del contenido del sobre. Pero es que no se trata de un derecho del Notario, sino de una obligación del mismo, porque también actúa aquí la norma general del artículo 145.2 del Reglamento, que impone la denegación de funciones “cuando el acto o el contrato en todo o en parte sean contrarios a las leyes, a la moral o a las buenas costumbres” junto con la norma especial del artículo 197.2.1.^a, que requiere para toda acta “la licitud de la actuación notarial”; la práctica nos enseña la abundancia de casos en que el depósito de documentos en sobre cerrado tiene precisamente por finalidad burlar esas normas prohibitivas que delimitan la autonomía de la voluntad de los particulares.

Es admisible, por el contrario, el depósito de documentos (u otros objetos) que se cierran y sellan a presencia del Notario después de que éste los haya examinado, comprobando que, a su juicio, no contienen nada contrario a las leyes, a la moral o a las buenas costumbres y haciéndolo constar así en el acta. Ciertamente no quedan satisfechos con ello de una manera absoluta los deseos del rogante, que se dirigen, más que a obtener un secreto superior al del protocolo, a dotar

al documento de fecha cierta desde el momento del depósito, a través de su transcripción literal en el acta al tiempo de su devolución y de la presunción de cumplimiento, por parte del Notario, de su deber de custodia; pero esta transcripción constituye el objeto de un acto notarial distinto, alejado incluso años del acta de depósito, cuya rogación no es posible aceptar en ésta, sino que tendrá que ser objeto, en su día, de una rogación distinta, apreciada por el Notario que entonces tenga a su cargo el sobre depositado, y de conformidad al Ordenamiento que esté vigente —no sólo se modifican las leyes, sino que evolucionan también la moral y las buenas costumbres—, de manera que aunque se tratara del mismo Notario su juicio podría haber variado. El juicio favorable en el momento del depósito prepara, sin embargo, este otro juicio del momento de su devolución.

No nos satisface el criterio puramente negativo del Anteproyecto italiano GONELLA 1968, artículo 103: "*Il notaio non può ricevere in deposito o allegare ai propri atti pieghi chiusi... salvo che non si tratti di testamenti segreti od olografi*"; ni el aséptico sistema de que el sobre que se depositó cerrado deberá devolverse cerrado. Porque, si bien con carácter excepcional, estos depósitos que se cierran en un sobre pueden basarse en un interés, no ya solamente legítimo, sino especialmente ligado a la intimidad del rogante, a las delicadas situaciones (personales, familiares, profesionales, literarias, políticas, etc.) que le han tocado vivir.

h) *Los aspectos documentales.* Dedicar el Reglamento algunos preceptos al acta del depósito y a la de su devolución.

a') *El acta del depósito.* El Reglamento pone su atención en el contenido: "En dicha acta se consignarán las condiciones impuestas por el Notario al depositante para la constitución y devolución del depósito, así como también todo cuanto fuere preciso para la identificación del mismo" (art. 217.1.2), y en su caso la advertencia de que el Notario "podrá conservar los depósitos que se le confíen en un Banco, y en caja de alquiler arrendada a su nombre como tal Notario" (art. 219); y en la *firma y autorización*: "habrán de firmar el depositante o persona a su ruego, si no supiera o no pudiera firmar, y el Notario" (art. 217.1.1); el sistema del firmante a ruego es mucho

más sencillo que el de los dos testigos instrumentales, que para ese caso rige todavía en las escrituras; y por firma del Notario hemos de entender su autorización completa, signo, firma y rúbrica, según ya hemos advertido.

Más importancia tiene la *estructura del acta*. De conformidad con la postura teórica defendida, el acta deberá tener un único texto, con comparecencia del rogante, que será identificado, exposición de las condiciones del depósito y solicitud del mismo; el Notario, que no es parte, no intervendrá “por mí y ante mí”, sino solamente como Notario, limitándose a aceptar la rogación que se le hace y al hecho de que recibe en depósito las cosas de que se trate en las condiciones expuestas. En los depósitos constituidos bajo alguna condición convenida con un tercero, es preferible que el *tercero* también comparezca, sea identificado, y muestre su conformidad con las condiciones del depósito.

b') *El acta de devolución*. Está regulada por el artículo 218.1 y 3, en paralelismo con el acta del mismo depósito.

Art. 218.1: “Cuando proceda la devolución de un depósito se extenderá en la misma acta nota expresiva de haberlo efectuado, firmada por la persona que haya impuesto el depósito o por quien tenga de ella su derecho u ostente su representación legal o voluntaria, o por un testigo a su ruego si la que recogiese el depósito no supiere o no pudiese firmar; por un testigo de conocimiento si el Notario no conociese al depositante o a quien le represente, y por el Notario mismo.”

Art. 218.3: “Cuando la devolución se solicite por persona distinta de la que constituyó el depósito, la que sea tendrá que acreditar al Notario el derecho que le asiste para la devolución o la representación legal o voluntaria que tenga del depositante.”

El sistema preconizado, la nota en la misma acta del depósito, solamente podrá utilizarse en los casos más sencillos. En cuanto surja una mayor complejidad (representación legal o voluntaria; sucesión hereditaria, etc.) será precisa una diligencia independiente en el acta de depósito, o un acta distinta, que se anotará en la de depósito.

III. ACTAS DE CALIFICACIONES JURÍDICAS

20. *Caracterización.* Es imposible encerrar la función notarial en el mundo de los hechos sensibles; partiendo de su raíz sensorial, la actividad del Notario se expande hasta la esfera del Derecho, donde ya no puede emitir afirmaciones, sino juicios, calificaciones. En la escritura pública, género que integra, como hemos dicho, todas sus actuaciones, el Notario formula juicios sobre la realidad de los hechos no sensibles o sobre su notoriedad, sobre la capacidad de los comparecientes, e implícitamente, también sobre la legalidad del acto o contrato sometido a su autorización, al que califica con su *nomen iuris* si lo tiene conocido en Derecho; cuando alguna de estas actividades —sin extralimitación, por tanto, de la función notarial— constituye el contenido fundamental de un acta, estamos ante una categoría especial de acta notarial, sin que para su identidad sea abstráculo el que actuaciones notariales correspondientes a otras clases de actas (percepciones, hechos del Notario, manifestaciones del rogante, y de testigos o peritos, etc.) hayan sido precisas para que el Notario forme aquel juicio cuya expresión es el momento esencial de las actas que ahora vamos a estudiar. En aquella encuesta preparada para el Congreso de Roma, cuando RAFAEL NÚÑEZ-LAGOS era Presidente de la Unión, a que repetidamente nos hemos referido, se denominaba a este grupo actas de calificaciones jurídicas, terminología que seguimos; pero no estamos de acuerdo con la enumeración que de ellas se hacía (las de vigencia de leyes, certificados de capacidad y certificados de validez formal de documentos que han de surtir efectos en el extranjero), especialmente porque se omitían las más importantes actas de calificaciones jurídicas, las actas de notoriedad, incluidas entre las actas de manifestaciones, con evidente sobrevaloración de lo que no es más que uno de los medios para que el Notario llegue a formar su juicio de notoriedad, en cuya expresión radica la esencia de tales actas.

21. *Las actas de notoriedad.* El Reglamento Notarial estima, en su artículo 164.1, que no es necesario que la representación legal se justifique documentalmente si consta “por notoriedad” al autorizante; y en su artículo 168-3.^a, que tampoco es preciso que las autoridades

y funcionarios públicos le justifiquen su cargo cuando al Notario le conste “por notoriedad”; sin acudir a éstas y otras disposiciones concretas, baste recordar la fecha y la identidad de las personas que intervienen —empezando por la misma identidad del Notario— para dejar demostrada la constante presencia en las escrituras públicas de esa notoriedad que constituye el objeto esencial de las actas que vamos a estudiar.

La fecha del documento: “en sí no es un hecho, sino una medida y, por tanto, un juicio pericial, y para el Notario, carente de los conocimientos e instrumentos adecuados para efectuarla, un juicio de notoriedad” (155); estamos ante la notoriedad absoluta, lo que explica el art. 1.218 del Código civil: “y de la fecha de éste”.

Identidad de las personas: “no es en sí un hecho *in rerum natura*, sino un juicio, y, en concreto, un juicio de notoriedad, porque, como escribió CARNELUTTI, se resuelve en una *comparatio personarum*, a través de lo que MESSINEO llamó ‘posesión de identidad’” (156); aquí la notoriedad ya es relativa, por lo que no es posible tratar sin más a la identidad de las personas como hecho.

A) *Concepto en nuestro Derecho.* Actas de notoriedad son las que tienen por contenido esencial la *narración por el Notario de un juicio suyo acerca de la notoriedad de un hecho.*

Este juicio de notoriedad funciona muchas veces como *complementario* de una insuficiente o inoperante acumulación de pruebas sobre la realidad del hecho mismo, de manera que el acta reúne, en sus diversas diligencias, una serie de antecedentes y elementos, algunos dirigidos a probar el hecho, y otros a que el Notario forme su

(155) “Naturaleza jurídica del documento auténtico notarial”, citado en nota 57, págs. 165-166.

(156) “Formación del instrumento público...”, citado en nota 54, pág. 160; cfr. FRANCESCO CARNELUTTI, “Recognitio e comparatio personarum”, recogido en el volumen tercero de sus *Studi di Diritto Processuale*, Padova, Cedam, 1937, págs. 295-336, especialmente pág. 301; y FRANCESCO MESSINEO, “Problemi dell’identità delle cose e delle persone nel diritto privato”, en *Analisi del Seminario Giuridico dell’Università di Catania*, IV, 1950, separata, 21 págs.; las palabras citadas en el texto, en pág. 16.

juicio de notoriedad. En otras ocasiones no existen pruebas sobre el hecho en sí, y el acta se limita a acreditar su notoriedad, de manera que el juicio de notoriedad tiene entonces carácter *autónomo*.

Estas dos actuaciones, complementaria y autónoma, del juicio de notoriedad explica que no haya contradicción —aunque sí confusión— entre los textos reglamentarios que se refieren al hecho y aquellos que lo hacen a su notoriedad. El mismo artículo 201.1 del Reglamento vigente comienza llegando hasta el hecho: “Las actas de notoriedad tienen por objeto la comprobación y fijación de hechos notorios”, cuando el acta puede tener, en efecto, ese objeto, pero para ser tal acta de notoriedad además de comprobar el hecho notorio tiene que comprobar la notoriedad del hecho; por el contrario, el art. 209.2-4.º se fija exclusivamente en la notoriedad: “El Notario, si del examen y calificación de las pruebas y del resultado de las diligencias estimare justificada la notoriedad pretendida, lo expresará así, con lo cual quedará conclusa el acta”; y en el párrafo segundo de este mismo número 4.º insiste en la idea: “comprobar la notoriedad”.

Ya en el Reglamento de 1935, también art. 209, el número 5.º hablaba de la “notoriedad del hecho”, mientras que el número 6.º parecía indicar que era el hecho mismo el que resultaba comprobado precisamente por la notoriedad, que no es medio de prueba: “expresión de que a juicio del Notario autorizante el hecho por notoriedad resulta suficientemente comprobado”; el número 1.º, por su parte, se refería al “hecho que el requirente somete a notoriedad” como si la notoriedad no existiera, sino que se creara mediante el acta.

El concepto de acta de notoriedad tiene que partir, por tanto, del *concepto de notoriedad*. La notoriedad no es un medio de prueba, sino una circunstancia en virtud de la cual un hecho —el hecho notorio— no necesita prueba, y ni siquiera opera, respecto de él, la carga de la afirmación; pero un *concepto absoluto* de notoriedad, referida a aquellos hechos que se tienen como ciertos e indiscutibles según el conocimiento humano general —como el día en que se vive— carece aquí de utilidad, porque para nada se precisa su consignación en un acta; hay que perfilar, por tanto, un *concepto limitado o relativo* de noto-

riedad, porque de lo que se trata es de que en virtud del acta notarial la notoriedad pueda surtir sus efectos fuera de esos límites; el hecho es, efectivamente, notorio, ya que el acta no le dota de notoriedad, sino que se limita a comprobar una notoriedad preexistente; pero solamente es notorio en el territorio que guarda con él conexión, o lo es sólo dentro del círculo de personas más directamente interesadas en él o más relacionadas con los sujetos a los que afecta; con lo cual no hacemos otra cosa que recoger la mejor doctrina.

CHIOVENDA: “se habla, además, de una notoriedad más restringida, a saber: la de los hechos comúnmente sabidos en un determinado distrito, de suerte que toda persona que lo habite esté en condiciones de conocerlos” (157).

NAVARRO AZPEITIA: “aquellos otros cuyo conocimiento se basa en la apreciación de la generalidad de las personas de una comarca, de una localidad o de un círculo social cualquiera” (158).

CÁMARA: “Estimamos que puede también llamarse hecho notorio a aquel que es tenido por cierto por todas o la gran mayoría de las personas que mantienen relaciones habituales con aquella a que se refiere o afecta el hecho de que se trata y habida cuenta de la naturaleza del mismo” (159).

B) *Historia reglamentaria*. Prescindiendo de sus entronques con la “fama pública” y de aplicaciones concretas, la historia de las actas

(157) GIUSEPPE CHIOVENDA, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, traducción de la segunda edición italiana y notas de Derecho español por E. GÓMEZ ORBANEJA, vol. III, Madrid, 1940, 490 págs.; las palabras citadas, en pág. 64.

(158) FAUSTO NAVARRO AZPEITIA, “Actas de notoriedad”, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Año I, 2.^a ed., Madrid, Reus, 1945, págs. 45-94; las palabras citadas en pág. 56.

(159) MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ, “Valor jurídico y aplicaciones de las actas notariales de notoriedad en el Derecho español”, trabajo presentado al II Congreso Internacional del Notariado Latino, Madrid, 1950, recogido en págs. 429-506 del volumen primero de las *Ponencias presentadas por el Notariado Español a los Congresos Internacionales del Notariado Latino*, Junta de Decanos, Madrid, 1975; las palabras citadas en pág. 443. Había sido publicado con anterioridad en el tomo IV, págs. 19-103, de los trabajos del *Segundo Congreso Internacional*.

de notoriedad, entre nosotros, es muy corta, y conviene exponerla brevemente ya que, como maestra de la vida, puede evitarnos algunos errores.

Aparecen mencionadas por primera vez las actas de notoriedad en el Anteproyecto de Ley del Notariado que en 1915 redactó el Ilustre Colegio Notarial de Madrid (art. 2.º); no son recibidas por los Reglamentos de 1917 y de 1921; y reaparecen en los primeros trabajos para lo que habría de ser el Reglamento de 1935: ponencia de MATEO AZPEITIA y anteproyecto de la Comisión de 1930 (en ambos, Base 2.ª).

Es, pues, el *Reglamento de 1935* el que contiene la primera regulación de las actas de notoriedad, en sus artículos 209 y 210; aunque dotadas de independencia, se las entronca con las actas de referencia —“En las actas de notoriedad se observarán los requisitos preceptuados para las de referencia”, comienza diciendo el artículo 209—, y en consecuencia se coloca en primer término, como elemento para la comprobación de la notoriedad, a “las declaraciones de los testigos juradas o prestadas por su honor” (número 2.º), al que se añaden los anuncios, las notificaciones o requerimientos y los documentos (números 3.º, 4.º y 5.º); la regulación es sencilla, aunque, como vimos, no exenta de confusiones.

Especial atención conviene fijar en el número 5.º: “Relación de los documentos presentados como comprobantes de la notoriedad del hecho y su calificación legal”, porque de la notoriedad se pasa a un concepto distinto, el de “*su calificación legal*” por el Notario, del que arrancan las regulaciones ulteriores de estas actas.

“Las actas de notoriedad tienen una doble finalidad —podía afirmar, en consecuencia, SANAHUJA, el mejor comentador del Reglamento de 1935—: comprobar la certeza de hechos que no se perciben directamente por los sentidos, ... y declarar, no existiendo contención, el derecho aplicable a la situación que se ofrece como notoria” (160).

El *Reglamento de 1944*, en efecto, y aparte de otras innovaciones, contiene un párrafo primero y un párrafo segundo del número 4.º, del mayor interés:

(160) SANAHUJA, *Tratado de Derecho Notarial*, citado en nota 5, págs. 111-12.

— Párrafo primero: “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.”

— Número 4.º, párrafo segundo: “Cuando, además de la comprobación de la notoriedad, se pretendiese el reconocimiento de derechos fundados en la misma, se pedirá así en el requerimiento inicial, y el Notario los hará constar, si resulta su evidencia de la aplicación directa y en conjunto de los preceptos legales atinentes al caso.”

El Decreto 2310/1967, de 22 de julio, que ha dado a los artículos 209 y 210 del Reglamento Notarial la redacción vigente, continúa por el camino emprendido; el artículo 209, sustituye en el párrafo primero “cualidades” por “legitimadas situaciones personales o patrimoniales”; se reforma, paralelamente, el párrafo segundo del número 4.º y se añade un párrafo final:

— Párrafo primero: “Las actas de notoriedad tienen por objeto la comprobación y fijación de hechos notorios sobre los cuales puedan ser fundados y declarados derechos y legitimadas situaciones personales o patrimoniales, con trascendencia jurídica.”

— Número 4.º, párrafo segundo: “Cuando además de comprobar la notoriedad se pretenda el reconocimiento de derechos o la legitimación de situaciones personales o patrimoniales, se pedirá así en el requerimiento inicial, y el Notario emitirá juicio sobre los mismos, declarándolos formalmente, si resultaren evidentes por aplicación directa de los preceptos legales atinentes al caso.”

— Párrafo último: “Por acta de notoriedad podrán legitimarse hechos y situaciones de todo orden, cuya justificación, sin oposición de parte interesada, pueda realizarse por medio de cualquier otro procedimiento no litigioso. La declaración que ponga fin al acta de notoriedad será firme y eficaz, por sí sola, e inscribible donde corresponda, sin ningún trámite o aprobación posterior.”

Detrás de todas estas reformas reglamentarias se encontraba el problema de la integración de la función, trayendo al Notariado, de manera potestativa, una parte de la jurisdicción voluntaria que la Ley de Enjuiciamiento Civil atribuye a los Jueces, y en concreto, la posibilidad de acreditar mediante acta notarial de notoriedad quienes son

ios herederos del causante, a fin de inscribir a su nombre las adjudicaciones hereditarias en el Registro de la Propiedad.

Esta posibilidad fue ampliamente defendida por NAVARRO AZPEITIA, y combatida por CÁMARA; a raíz de la reforma de 1967 se inclinó por la afirmativa GARCÍA-BERNARDO y más moderadamente GONZÁLEZ ENRÍQUEZ (161).

La *Circular* de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 1970 cortó radicalmente la práctica que se estaba iniciando, especialmente por su instrucción segunda: "Si además, los hechos y declaraciones contenidas en esta clase de actas y su inscripción en el Registro de la Propiedad, infringen algún precepto penal (el Ministerio Fiscal), previas las comprobaciones que se estimen procedentes, preparará el escrito ejercitando la acción penal y la civil derivada del delito, comprensiva del daño y perjuicio causado y la declaración de nulidad del acta", instrucción evidentemente desorbitada que no sufrió la prueba de fuego del caso concreto; recordemos que hay disposiciones que hablan textualmente de "declaración administrativa de herederos", como el Real Decreto 2635/1979, de 16 de noviembre, sin que haya habido al respecto ningún cambio de legalidad; ya en 1970 existían procedimientos no judiciales, por ejemplo en materia de cartillas de la Caja Postal de pequeña cuantía.

C) *Aplicaciones concretas*. Introducidas las actas de notoriedad en 1935, van a encontrar múltiples aplicaciones en el *Derecho de excepción* que se establece a partir de 1936; como siempre, al quebrar las relaciones normales del Estado de Derecho, se acude a la función notarial para llenar los vacíos producidos.

ANGEL SANZ, en un artículo póstumo recientemente publicado, cita como primera aplicación en la esfera registral de las actas de notoriedad la que hizo la Ley sobre reconstrucción de Registros de 5 de julio de 1938, y a continuación: "el D.

(161) NAVARRO AZPEITIA, "Actas de notoriedad", citado en nota 158, páginas 73-81; CÁMARA, "Valor jurídico y aplicaciones de las actas notariales de notoriedad...", citado en nota 159, págs. 470-476; GARCÍA-BERNARDO, "Comentarios a la reforma del Reglamento Notarial", citado en nota 100, pág. 203; GONZÁLEZ-ENRÍQUEZ, "Notas sobre la reforma del Reglamento Notarial establecida por Decreto de 22 de julio de 1967", citado en nota 130; especialmente, páginas 204-207.

de 10 de noviembre de 1938 sobre reconstrucción de protocolos destruidos, los DD. de 7 de agosto de 1939 y 10 de noviembre de 1942 sobre entrega de valores en los Comités de Depósitos quebrantados y Cajas de seguridad expoliadas, la Ley de 11 de julio de 1941 sobre apertura de bultos de alhajas y valores procedentes de Bancos, el D. de 15 de junio de 1939 sobre recuperación de empresas colectivizadas, la Ley de 17 de mayo de 1940 sobre prenda industrial sin desplazamiento, la de 5 de diciembre de 1940 sobre contratación en zona roja y la de 11 de julio de 1941 sobre sustitución de copias de escrituras de préstamos" (162). La práctica ideó otra serie de aplicaciones durante el período bélico (163).

La reforma hipotecaria 1944-1947 hizo un uso abundante de las actas de notoriedad; sus preceptos continúan vigentes:

— Acta de notoriedad para la reanudación del tracto registral sucesivo interrumpido (Ley Hipotecaria, arts. 200.1, 203 y 204; Reglamento Hipotecario, arts. 288-97).

— Acta de notoriedad para la registración de excesos de cabida de las fincas inscritas (Ley Hipotecaria, arts. 200.2, 203 y 204; Reglamento Hipotecario, arts. 288-294 y 296-297);

— Acta de notoriedad para la inmatriculación de fincas a base de documento privado de adquisición (Reglamento Hipotecario, art. 298.10).

— Acta de notoriedad complementaria del título público de adquisición inmatriculador (Ley Hipotecaria, art. 199-b) y Reglamento Hipotecario, art. 298.9).

— Acta de notoriedad para la inscripción de aprovechamientos de aguas públicas adquiridos por prescripción (Reglamento Hipotecario de 1947, art. 70; actualmente y en virtud de la reforma introducida por el Real Decreto 3215/1982, de 12 de noviembre, art. 65).

Esta última acta ha dado lugar a abundante doctrina de la Dirección General (Resoluciones de 8 de noviembre de 1955,

(162) ANGEL SANZ FERNÁNDEZ, "Actas de notoriedad para la reanudación del tracto sucesivo interrumpido y la inscripción de excesos de cabida", en *Revista de Derecho Notarial*, CXXIX-CXXX, julio-diciembre 1985, págs. 7-61; véanse las págs. 12 y 13; las palabras entrecomilladas, en nota 5, pág. 13.

(163) Cfr. JOSÉ GONZÁLEZ PALOMINO, "La Legislación notarial del Nuevo Estado", en *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto 1941, págs. 332-342; especialmente págs. 333-335, y las notas 1 y 2 en pág. 334.

2 de mayo de 1958, 6 de febrero de 1960, 29 de diciembre de 1962 —Sección de Notarías— y 8 de octubre de 1984) y sólo regirá durante el plazo de tres años a partir de la entrada en vigor de la Ley de Aguas, 29/1985, de 2 de agosto, según su Disposición transitoria 1.^a-2, esto es, como Derecho transitorio, porque según el art. 50.2 de dicha Ley “no podrá adquirirse por prescripción el derecho al uso privado del dominio público hidráulico”.

La legislación más moderna también recurre con frecuencia a las actas de notoriedad. Es de destacar el nuevo artículo 82.3 y 4 del Reglamento Hipotecario, redacción del Real Decreto 3215/1982, de 12 de noviembre, que admite el acta de notoriedad para la determinación de los sustitutos no designados nominativamente, en toda clase de sustituciones hereditarias, y para hacer constar en el Registro la extinción de la sustitución o la ineficacia del llamamiento sustitutorio.

Art. 82.3: “En las sustituciones hereditarias de cualquier clase, cuando no estuvieren designados nominativamente los sustitutos, podrán determinarse por acta de notoriedad tramitada conforme al Reglamento notarial, siempre que de las cláusulas de sustitución o de la Ley no resulte la necesidad de otro medio de prueba.”

Tiene su precedente en la *Resolución de 24 de febrero de 1950*, que declaró que el acta de notoriedad constituye medio adecuado para acreditar fehacientemente quien es el pariente, más cercano y más joven del testador, por línea paterna o materna, y, en consecuencia, determinar el heredero instituido por éste en el testamento, “por lo que es absolutamente injustificado exigir declaración judicial de herederos abintestato de quien instituyó el suyo en testamento válido”. La *Resolución de 16 de septiembre de 1947*, no exige declaración judicial de herederos ni acta de notoriedad para determinar quiénes sean los reservatarios, cuando al extinguirse la reserva del art. 811, resulta con evidencia de los documentos aportados quienes son las personas favorecidas con la reserva.

Art. 82.4: “El acta de notoriedad también será título suficiente para hacer constar la extinción de la sustitución, o la ineficacia del llamamiento sustitutorio, por cumplimiento o no cumplimiento de condición, siempre que los hechos que los produzcan sean susceptibles de acreditarse por medio de ella.”

Entre otras disposiciones modernas que hacen referencia al acta de notoriedad, podemos citar las siguientes:

— Real Decreto 2635/1979, de 16 de noviembre, para la aplicación y cumplimiento de la Ley 5/1979, de 18 de septiembre, sobre concesión de derechos a los familiares de los españoles fallecidos como consecuencia u ocasión de la pasada guerra civil; menciona entre los medios de prueba “acta de notoriedad en la que se refleje la fecha y circunstancias del fallecimiento” (art. 2.º-2).

— Real Decreto 1733/1985, de 24 de septiembre, sobre solicitud no personal de voto por correo, permitida, “en caso de enfermedad o incapacidad” que lo impida, por el art. 72-c) de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General; uno de los medios de prueba es “un acta de notoriedad en la que se dé por probada la enfermedad o incapacidad del poderdante o autorizante que le impida la presentación personal de la solicitud” (art. 1.º-1).

— Real Decreto 1917/1986, de 29 de agosto, de modificación de determinados artículos del Reglamento del Registro Civil, art. 363.2: “La vida se acredita también por comparecencia del sujeto o por acta notarial de presencia, y el estado de soltero, viudo o divorciado, por declaración jurada o afirmación solemne del propio sujeto o por acta de notoriedad.”

Se recoge así la Circular de 16 de noviembre de 1984, que consideró aplicable al estado de divorciado, lo que el art. 363.2 del Reglamento del Registro Civil, en su redacción originaria (Decreto de 14 de noviembre de 1958) establecía respecto de la soltería y la viudez.

En la *práctica*, aunque se ven aplicaciones de gran interés, el acta de notoriedad es un instrumento muy poco frecuente; si exceptuamos las actas complementarias de título público de adquisición hasta su sujeción fiscal, siguen vigentes las palabras de BARAHONA: “y yo tengo que declarar que hasta ahora los Notarios le han sacado muy poco jugo a las actas de notoriedad” (164); de ahí que la *jurisprudencia* no sea tampoco abundante.

Me envían, como ejemplo brillante, un acta de notoriedad “de topo”. El rogante había vivido, desde la terminación de

(164) CASTO BARAHONA HOLGADO, “Algunos matices del Notariado español”, conferencia recogida en págs. 5-21 del volumen *Temas varios de Derecho público y privado*, Barcelona, 1943; las palabras citadas, en pág. 11.

la guerra, bajo nombre supuesto; en 1977 va a jubilarse, y para poder percibir las pensiones de la Seguridad Social, necesita acreditar que es la misma persona a cuyo nombre se habían hecho las cotizaciones. El acta acumula una prueba documental de importancia (Documento Nacional de Identidad, certificaciones del Registro Civil, de nacimiento y de matrimonio, Libro de Familia, Cartillas antigua y actual de la Seguridad Social, etc.) que demuestra que esas supuestas dos personas nacieron en el mismo lugar, el mismo día, de los mismos padres, se casaron con la misma mujer, etc.; se añade la prueba testifical de dos personas muy calificadas, una por la antigüedad de su relación con el rogante y la otra por razón de su cargo de Secretario del Consejo de Administración de la Sociedad para la que trabajaba el rogante, y conocido del Notario como de completa credibilidad hacía muchos años; y finalmente, como golpe de efecto, el Notario, sin haber dado a conocer a persona alguna su propósito, se presenta en las oficinas donde trabaja el rogante, pregunta por un empleado, por el nombre y apellidos supuestos, y aparece el mismo rogante, identificado en el acta por su nombre y apellidos verdaderos.

En la *jurisprudencia hipotecaria* las *Resoluciones de 19 de octubre de 1949* y *de 8 de mayo de 1954* estimaron que las actas de notoriedad “son suficientes —según el texto literal de la última de ellas— para rectificar los errores debidos a faltas ortográficas, unión, separación o uso de distintos apellidos; equivocaciones materiales o causas análogas”, si bien después de la regulación introducida por el art. 153, redacción de 1984, no será frecuente tener que acudir al acta de notoriedad; quizá por ello la *Resolución de 6 de noviembre de 1980*, en un supuesto de subsanación de omisión de vecindad civil del comprador, declara que el acta de notoriedad “no puede tener más valor que el que las propias certificaciones ya proclaman”, certificaciones del Registro Civil en virtud de las cuales se admite la subsanación de la omisión padecida con la importante consecuencia de que el bien adquirido no será ganancial, sino privativo. La *Resolución de 1 de abril de 1980* admitió el acta de notoriedad para acreditar la cualidad de cooperador habitual en el cultivo, a efectos de sucesión en la explotación familiar agraria. En cambio, no ha sido considerada suficiente el acta de notoriedad para “acreditar que el otorgante que aparece en el título inscrito casado con una determinada persona lo estaba en realidad con otra distinta” (*Resolución de 8 de mayo de 1954*), ni para acreditar la muerte del declarado fallecido a efectos de

ulterior matrimonio de su cónyuge (*Resolución de 18 de marzo de 1969*), supuesto actualmente fuera de lugar, puesto que la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges produce la disolución del matrimonio (art. 85 del C.c., redacción de la Ley 30/1981, de 7 de julio).

D) *Consideraciones críticas.* La regulación de las actas de notoriedad en el Reglamento de 1935, y sus primeras aplicaciones de Derecho excepcional, fueron recibidas incluso con alborozo, como medio de integración de la función notarial.

BARAHONA: "yo afirmo que las actas de notoriedad, quizá con algún nuevo desenvolvimiento, pueden ser, como decíamos antes, un venero feliz para la ampliación de la función notarial... porque para mí no hay duda que los Notarios debían tener toda clase de actas donde no existiera contienda, es decir, donde no hubiera oposición de las partes en los actos de la vida civil, lo más insignificante, lo mismo en materia de relaciones patrimoniales, donde el cometido del Notario debería tener un gran desarrollo" (165).

Resolución de 19 de octubre de 1949: "Considerando que las actas de notoriedad, a las cuales asignan numerosas aplicaciones las progresivas legislaciones de varios países y tienen seculares precedentes en España, han sido expresamente incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico por el Reglamento Notarial anterior y reguladas con ciertas modificaciones por el actual; y las opiniones de autorizados comentaristas, basadas en la función autenticadora que legalmente incumbe al Notariado, y en los requisitos que se observan en su tramitación, coinciden en sostener que pueden ser objeto de tales actas, entre otras muchas materias, la demostración de la identidad de personas y todos o casi todos los asuntos que vienen siendo objeto de las informaciones para perpetua memoria, sin perjuicio de que los interesados puedan utilizar también el procedimiento de la denominada jurisdicción voluntaria establecida en el título décimo del Libro tercero de la Ley de Enjuiciamiento civil."

La crítica de las actas de notoriedad, como extrañas a la función notarial típica, fue iniciada con vigor por GONZÁLEZ PALOMINO, y continuada por MANUEL DE LA CÁMARA.

(165) BARAHONA, "Algunos matices del Notariado español", citado en la nota anterior, págs. 11-12.

“En las actas de notoriedad *normales* —escribió GONZÁLEZ PALOMINO— la actuación del Notario no es una actuación notarial. *La actuación notarial consiste en la afirmación de hechos evidentes para el Notario. La notoriedad no es un hecho evidente.* Lo evidente son las declaraciones de los testigos que aseguran que para ellos ha sido evidente el hecho, o es evidente el hecho, o de que por todos se admite la evidencia del hecho. Cuando el Notario declara justificada la notoriedad de los hechos, no emite la afirmación de la evidencia personal de un hecho, sino *un juicio de valoración de pruebas*” (166). Y más adelante: “*Las actas de notoriedad desde todos los puntos de vista tienen la particularidad de que, en lo que tengan de actas, no son actas de notoriedad, sino de presencia: ‘percepción’ de declaraciones, o de documentos o de la notoriedad*” (167).

Por su parte CÁMARA, en su trabajo para el Congreso de Madrid, sentó las siguientes “dos conclusiones”:

“*Primera.*—El contenido propio de las actas de notoriedad no encaja dentro de lo que hemos llamado función notarial típica y objetiva. La atribución al Notario de la facultad de autorizarlas constituye sólo función notarial en sentido subjetivo.”

“*Segunda.*—Las facultades concedidas al Notario en relación con las actas de notoriedad no se fundan en una aplicación analógica de las potestades que se le conceden para el cumplimiento de su función típica” (168).

Por nuestra parte, compartimos plenamente estas posturas críticas si las limitamos a aquellas deformaciones del acta de notoriedad que arrancan de la “calificación legal” del hecho por el Notario, que decía el Reglamento de 1935, siguen con el “reconocimiento de derechos” fundados en la notoriedad, del Reglamento de 1944 y terminan, en la reforma de 1967, con la declaración de tales derechos y con la legiti-

(166) GONZÁLEZ PALOMINO, *Instituciones de Derecho Notarial*, citado en nota 58, pág. 84.

(167) GONZÁLEZ PALOMINO, “Negocio jurídico y documento”, citado en nota 3, pág. 26.

(168) CÁMARA, “Valor jurídico y aplicaciones de las actas notariales de notoriedad”, citado en nota 159, págs. 499-500.

mación de hechos y situaciones; no es función notarial la declaración de derechos, ni formalmente ni sin formalidad, por muy evidentes que resulten de la aplicación directa de los preceptos legales atinentes al caso, lo cual constituye, como dice CÁMARA, “un ‘postizo’ o añadido a la función notarial” (169), que en mi opinión debiera prontamente desaparecer; y más todavía si se piensa que no añaden ninguna eficacia a la que resulta de la mera comprobación de la notoriedad del hecho.

En el mismo sentido GARCÍA-BERNARDO: “la declaración de derechos y la legitimación de situaciones jurídicas fundadas en la notoriedad es un apéndice extraño a la función notarial y estéril en todo el ámbito del Derecho positivo” (170).

GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, aunque disiente desde el punto de vista teórico, prácticamente viene a coincidir: “La posibilidad de declarar derechos o situaciones jurídicas, ni amplía la esfera de la competencia notarial (el párrafo final del artículo 209 no pasa de ser un buen deseo, a la vista de su frecuente colisión con normas de superior rango) ni añade gran cosa a la eficacia del acta, puesto que la simple prueba del supuesto de hecho de la norma por vía de notoriedad, aun sin declaración formal del derecho, puede servir de título de ejercicio si la aplicación de la norma resulta evidente” (171).

Estas últimas palabras de MANOLO GONZÁLEZ, puestas en conexión con la declaración de herederos, sirven muy bien para explicar mi parecer; si un Notario, a pesar de la fuerza de las razones de la Circular 1/1970, de 9 de marzo, y del riesgo que supone el principio de igualdad de filiaciones de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, se decidiera a autorizar un acta de notoriedad de ese contenido, no creo que pudiera “declarar” herederos, sino expresar solamente la notoriedad del hecho de quiénes son los parientes más próximos del causante; y esto es suficiente para aplicar, en la partición de la herencia, las normas Código civil que regulan la sucesión intestada.

(169) CÁMARA, “El Notario latino y su función”, citado en nota 19, pág. 91, nota 13.

(170) GARCÍA-BERNARDO, “Comentarios a la reforma del Reglamento Notarial”, citado en nota 100, pág. 202.

(171) GONZÁLEZ-ENRÍQUEZ, “Notas sobre la reforma del Reglamento Notarial establecida por Decreto de 22 de julio de 1967”, citado en nota 130, página 207; teóricamente, cfr. págs. 206-207: “no parece haber inconveniente en

Dentro de su ámbito, es lo que hace la *Orden de 28 de febrero de 1986* sobre cobro de las prestaciones económicas devengadas y no percibidas de la Seguridad Social, que regula un expediente administrativo para acreditar a esos solos efectos la condición de herederos, pero no una declaración de herederos.

En contra CÁMARA, porque pone la declaración de herederos en relación con la doctrina del heredero aparente: “La finalidad que cumple, pues, la declaración de herederos *abintestato* es, a nuestro entender, la siguiente: señalar los herederos intestados de un causante, legitimándolos para el tráfico, satisfaciendo así una exigencia del comercio jurídico” (172).

Pero las críticas de GONZÁLEZ PALOMINO y de CÁMARA no se limitan a esas deformaciones del acta de notoriedad, sino que se extienden al acta misma de notoriedad; a los textos ya citados, añadiremos las tres primeras conclusiones de *lege ferenda* que sentaba CÁMARA en su trabajo para el Congreso de Madrid:

“*Primera.*—Siempre que se trate de hechos no negociales, cuya prueba documental no pueda aportarse, es conveniente admitir, a efectos extrajudiciales, la posibilidad de obtener su demostración por medio de un expediente notarial, siempre que las leyes no hayan establecido procedimientos especiales.”

“*Segunda.*—La justificación se realizará mediante información testifical prestada ante Notario, debiendo anunciarse en forma la pretensión del requirente, sin perjuicio de que para supuestos determinados se exijan otras diligencias.”

“*Tercera.*—El Notario limitará su actuación a dar fe de haber prestado los testigos las declaraciones contenidas en el acta y de haberse cumplido las diligencias ordenadas por la ley” (173). Y esta posición

admitir un título derivado de una declaración notarial, apto para producir efectos mientras una disposición expresa no exija otra cosa, y subordinado siempre al título judicial”.

(172) CÁMARA, “Valor jurídico y aplicaciones de las actas notariales de notoriedad”, citado en nota 159, pág. 475.

(173) CÁMARA, “Valor jurídico y aplicaciones de las actas notariales de notoriedad”, citado en nota 159, pág. 503.

triunfó en las *Conclusiones del Segundo Congreso Internacional del Notariado Latino (Madrid, 1950)*.

“Comisión VI: ‘Notoriedad y fórmulas’... Temario II. c): *Valor jurídico y aplicaciones de las actas de notoriedad... III. Requisitos del acta de notoriedad...* A) Cuando se trate de hechos cuya certeza no consta directamente al Notario, el acta de notoriedad se basará en declaraciones de testigos, aseveradas con juramento, sin perjuicio de cumplir los demás requisitos y formalidades que en cada caso exija la legislación de cada país... V. *Contenido del acta*. El Notario se limitará a dar fe de que los testigos reúnen las circunstancias exigidas y de sus declaraciones, así como de que se han cumplido todas las diligencias exigidas por las Leyes. VI. *Responsabilidad...* B) Del Notario. El Notario será responsable de todo aquello que deba apreciar personalmente, como es: 1.º Lugar, fecha y demás requisitos del instrumento público. 2.º Identidad de los testigos. No será responsable en ningún caso de las declaraciones de dichos testigos” (174).

Con ello lo que se hace, en realidad, es acoger el acta de notoriedad franco-italiana, en que el Notario se limita a recibir las declaraciones de los testigos, a los que controla en cierto modo, pero sin emitir un juicio propio acerca de la notoriedad del hecho.

Así, en Francia, AMIAUD: “*Acta de notoriedad*. Es un documento autorizado por un notario o por un juez de paz, por el cual dos o más testigos certifican que tal hecho es exacto o al menos que es *notoria y públicamente* reconocido como tal” (175).

Y en Italia, BERNASCONI: “El acta de notoriedad, con la cual en esencia varias personas declaran y atestiguan bajo el vínculo del juramento la verdad y la subsistencia real de hechos y de circunstancias conocidas por ellos segura y personalmente...” (176).

(174) Cfr. trabajos del *Segundo Congreso Internacional del Notariado Latino* citado en nota 159, tomo I, págs. 456-458.

(175) ALBERT AMIAUD, *Traité-Formulaire général alphabétique et raisonné du Notariat*, 7.ª ed., t. 1.º, 1924, 1.002 págs., especialmente págs. 108-122; las palabras citadas, en pág. 108.

(176) AUGUSTO BERNASCONI DE LUCA, “L’atto di notorietà e sue applica-

Así lo reconoce también CÁMARA: “En síntesis, la esencia del acto notorio francés e italiano consiste en una acumulación de testimonios” (177).

Estas *actas de notoriedad*, que podemos denominar *meramente testimoniales*, constituyen, en efecto, un tipo de acta notarial de indudable utilidad; pero no pueden incluirse entre las actas de calificaciones jurídicas del Notario, puesto que éste no expresa juicio propio, sino entre las actas de manifestaciones, y en concreto entre las actas de manifestaciones de terceros, donde volveremos a encontrarnos con ellas. Y también con las *declaraciones sustitutorias del acta de notoriedad*, que son actas de manifestaciones de la parte.

Ahora bien, la admisibilidad de la figura de las actas de notoriedad meramente testimoniales, siguiendo los precedentes francés e italiano, no implica en modo alguno la desaparición del acta de notoriedad según el modelo español, que finaliza con la declaración de notoriedad por parte del Notario; acta de notoriedad evidentemente más perfecta, más eficaz, y que debe ser preferida en cuanto sea posible; en esta dirección el belga DECHAMPS preconizaba “combinar el acta de notoriedad actual (se refiere a la de tipo francés) con el certificado notarial antes visto. El Notario, dada la declaración bajo fe de juramento hecha ante él por dos o más testigos, y en vista de ciertos actos o documentos, entregaría a las partes interesadas un certificado notarial, cuya autoridad sería incontestablemente mayor que la del acta de notoriedad actual” (178), y que no sería otra cosa que nuestra acta de notoriedad; también ZURPELE se ha hecho eco, en el mismo país, de los “deseos de reforma, que intentan dar al Notario un más amplio papel certificador” (179).

zioni secondo la legislazione italiana”, en trabajos del *Segundo Congreso Internacional* del Notariado Latino citado en nota 159, t. IV, págs. 3-8; las palabras citadas, en pág. 4.

(177) CÁMARA, “Valor jurídico y aplicaciones de las actas notariales de notoriedad”, *loc. cit.* en nota 173, pág. 147.

(178) RENÉ DECHAMPS, “De l’acte de notoriété en Droit belge”, en trabajos del *Segundo Congreso Internacional* del Notariado Latino citado en nota 159, t. IV, págs. 105-116; las palabras citadas, en pág. 115.

(179) SABINE VAN ZURPELE, *Le certificat de propriété immobilière. Un nouvel acte notarié*, Cabay, 1979, 198-XXI págs.; las palabras citadas en página 140.

Estas actas de notoriedad creemos quedan dentro de la función notarial, según demuestra la utilización que se hace de la idea de notoriedad en las mismas escrituras públicas.

22. *Los expedientes probatorios.* “La notoriedad desarrolla su función —nos dice BUTTITTA— en donde, con los medios comunes, falta la documentación de la verdad” (180). Para llegar a la declaración de notoriedad por parte del Notario es preciso instruir verdaderos expedientes notariales (181), en los que se acumulan las pruebas, unas dirigidas a acreditar la notoriedad del hecho, y otras a comprobar su realidad; y el Notario tiene que proceder al “examen y calificación” de tales pruebas, como dispone el artículo 209.2.4.º. Hay algunos supuestos, desde luego excepcionales, en nuestro Derecho, en los que se prescinde de la idea de notoriedad y de las pruebas encaminadas a establecerlas, de manera que el expediente notarial se limita a las pruebas sobre la realidad o verdad del hecho mismo y a su examen y calificación por el Notario.

Así ocurre especialmente en las actas de notoriedad para la reanudación del tracto sucesivo interrumpido y para hacer constar en el Registro la mayor cabida de fincas ya inscritas; la regla séptima del artículo 203 de la Ley Hipotecaria, en efecto, dispone: “Practicadas estas diligencias y las pruebas que el Notario considere convenientes para comprobación de la notoriedad pretendida, hayan sido o no propuestas por el requirente, (el Notario) dará por terminada el acta, haciendo constar si, a su juicio, está suficientemente acreditado el hecho”; los hipotecaristas discuten cuál sea ese “hecho”, intentando trasponerlo a la “notoriedad del hecho”; pero al menos con referencia al exceso de cabida todos los intentos fracasan y hay que reconocer con SANZ que “se trata de acreditar el hecho de que la finca inscrita tiene una super-

(180) GIACOMO BUTTITTA, “Valore giuridico e applicazioni dell'atto notorio”, en trabajos del *Segundo Congreso Internacional del Notariado Latino*, citado en nota 159, t. IV, págs. 9-17; las palabras citadas en pág. 13.

(181) Cfr. NAVARRO AZPEITIA, “Actas de notoriedad”, citado en nota 158, pág. 67: “Ahora bien, dentro de las actas, ha introducido nuestra práctica notarial, por lo que se refiere a la forma y al trámite, un tipo nuevo de actuación; el expediente formado acumulativamente y protocolizado al tiempo de su ultimación.”

ficie mayor que la que consta en el Registro" (182), lo que nos basta para demostrar que existen actas cuyo contenido esencial es el juicio del Notario acerca de la suficiencia de la prueba acumulada sobre la realidad de un hecho.

No es obstáculo que las actas concretas antes referidas precisen de aprobación judicial, conforme al mismo artículo 203-8.^a; porque el juicio del Notario ya está expresado, aunque sea revisable por el Juez; y porque también hay actas de este tipo que no necesitan la homologación judicial, como ocurre con las actas de notoriedad para la inmatriculación de aprovechamientos de aguas públicas adquiridos por prescripción, según el artículo 65-6.^a del Reglamento Hipotecario: "El Notario, practicadas estas diligencias y las pruebas que estime convenientes para la comprobación de los hechos, hayan sido o no propuestas por el requirente, dará por terminada el acta, haciendo constar si a su juicio están o no suficientemente acreditados." El Reglamento no las llama "actas de notoriedad", y su texto se concreta a la "comprobación de los hechos" y a la constancia de "si a su juicio (al del Notario) están o no suficientemente acreditados" (los hechos); el aspecto de notoriedad solamente hace relación a la posesión base de la prescripción, y por ello la *Resolución de 8 de octubre de 1984*, que sí las encuadra entre las actas de notoriedad, nos dice en uno de sus considerandos que son "verdaderas actas de presencia y referencia", lo que solamente es cierto si con ello se alude a su complejidad, a los diversos elementos de la instrucción del expediente, pero no a su momento decisivo, porque toda esa instrucción no tiene otra finalidad que la formación del juicio del Notario sobre la realidad (no sobre la notoriedad) del hecho.

Estos expedientes son excepcionales; decía LA RICA comentando el artículo 203-7.^a de la Ley Hipotecaria antes transcrito: "Estas reglas parecen más propias de órganos jurisdiccionales que de simples fedatarios. Recibir exposiciones de hechos, alegaciones jurídicas, admitir y practicar pruebas —es de presumir que de toda clase e incluso sin petición de parte— y pronunciar un juicio sobre todo lo actuado, rebasa las atribuciones notariales y constituye una interferencia en funciones distintas. El acta de notoriedad, tal como se ha concebido y

(182) SANZ, "Actas de notoriedad...", citado en nota 162, pág. 20.

desarrollado, implica no poco de confusionismo entre las funciones judiciales y las notariales y da lugar a una especie jurídica híbrida, que se acentúa todavía más por los preceptos de la ley que a continuación se exponen” (183), esto es, por la necesidad de la aprobación judicial que ha conducido al “fracaso práctico” (184) de estas actas; “puede afirmarse que el legislador ha engendrado un fruto sin vida, un instrumento que desde su cuna está herido de muerte”, escribió LA RICA (185), y SANZ concluye: “Las actas de notoriedad debieron: o ser admitidas sin aprobación judicial o ser rechazadas en absoluto. La fórmula legal intermedia ha dado lugar a la introducción de preceptos absurdos, prácticamente inaplicables” (186). Claro es que todo esto se refiere a los expedientes probatorios, y más a los que precisan aprobación judicial, no a las actas de notoriedad reguladas en los artículos 209 y 210 del Reglamento Notarial.

23. *Actas de subsanación.* La reforma de 1984 ha regulado en el artículo 153 del Reglamento la subsanación mediante acta de los errores materiales, las omisiones y los defectos de forma padecidos en los documentos notariales intervivos. Se trata de un precepto de un gran rigor técnico y de una gran importancia práctica, en cuyo examen no es posible entrar ahora (187); pero sí hemos de llamar la atención sobre la regulación que hace del documento subsanatorio, párrafo tercero: “La subsanación podrá hacerse por diligencia en la propia escritura matriz o por medio de acta notarial en las que se hará constar el error, la omisión o el defecto de forma, su causa y la declaración que lo subsane.”

En el acta de subsanación, un poco a la manera del acta de notoriedad, el Notario ha de reunir una serie más o menos larga de medios

(183) LA RICA, *Comentarios a la Ley de Reforma Hipotecaria*, citado en nota 91, págs. 232-233.

(184) LA RICA, *Comentarios al Reglamento Hipotecario. Innovaciones*, citado en nota 90, pág. 293.

(185) LA RICA, *Comentarios a la Ley de Reforma Hipotecaria*, citado en nota 91, pág. 228.

(186) SANZ, “Actas de notoriedad...”, citado en nota 162, pág. 61.

(187) Cfr. “La reforma de 1984 y el instrumento público”, citado en nota 28, páginas VIII-X.

de comprobación, que el Reglamento, como es lógico, admite con mayor amplitud cuando la subsanación se hace por el mismo Notario autorizante de la matriz a subsanar, y más restringidamente si lo efectúa su sustituto o sucesor; pero todos esos medios son sólo antecedentes del momento esencial, que está constituido por la declaración subsanatoria del Notario; declaración que en manera alguna es una declaración de voluntad —el Notario no hace nunca declaraciones de voluntad en el documento—, de manera que estamos de nuevo ante la expresión de un juicio del Notario, ahora acerca de que la subsanación ha quedado realizada. Las actas de subsanación deben ser incluidas, por tanto, entre las actas de calificaciones jurídicas efectuadas por el Notario.

24. *Certificados notariales.* En las actas de subsanación de que acabamos de tratar no interviene, en general, ninguna otra persona, sino que el Notario, por sí solo, lleva a cabo la subsanación. Una conclusión paralela podría llevarse al acta de notoriedad. “Para paliar los efectos ciertos del acta de notoriedad, algunos preconizan —nos dice DECHAMPS— reemplazarla por el certificado notarial. El Notario atestiguaría él mismo el hecho notorio, sin intervención de testigos” (188), siempre, claro es, que al Notario le constara de ciencia propia la notoriedad del hecho.

Esta dirección (que entre nosotros podría pretender apoyarse en el tradicional “que presencien o *les consten*” del actual art. 197.1), fue acogida en el Segundo Congreso Internacional del Notariado Latino, que distingue en sus conclusiones los requisitos del acta de notoriedad cuando se trate de hechos cuya certeza no conste directamente al Notario, de que en su momento tratamos, y “B) Cuando se trate de hechos cuya certeza conste directamente al Notario, bastará la afirmación de éste de que el hecho es cierto y le consta así de ciencia propia. En este caso el acta se llamará certificado notarial”; y en tema de responsabilidad, concluye: “En los certificados notariales responderá (el Notario) de la falsedad de su afirmación” (189). El

(188) DECHAMPS, “De l’acte de notoriété en Droit belge”, citado en nota 178, páginas 114-115.

(189) Cfr. Trabajos del Segundo Congreso Internacional del Notariado Latino, citado en nota 159, t. I, págs. 157-158.

documento ha salido, pues, de la órbita de las actas de notoriedad, porque el Notario declara directamente sobre el hecho mismo, y no sobre su notoriedad.

No es preciso, según otra dirección, que el Notario conozca directamente los hechos; basta con que compruebe su realidad, especialmente a través del examen de documentos que no le dejen lugar a dudas sobre la certeza de los hechos mismos. En este sentido ZURPELE, respecto de lo que él llama “certificado de propiedad inmobiliaria” para la inscripción en el Registro de la Propiedad de las devoluciones sucesorias: “resulta que esta *constatación* puede perfectamente ser hecha por el NOTARIO SOLO, a la vista de los justificantes que ha tenido en su poder o se ha hecho exhibir... SIN que las partes tengan que intervenir necesariamente en ello”, aunque “será siempre preferible que el notario exija la INTERVENCION de los HEREDEROS para que éstos hagan ellos mismos las declaraciones concernientes a las modalidades de su opción, la consistencia, la designación y el origen de la propiedad de los inmuebles, así como las declaraciones sobre el estado civil” (190).

La aplicación más interesante serían los certificados de capacidad, a los que ya aludimos al tratar de los de identidad, y que han sido objeto de estudio dentro de la Unión Internacional del Notariado Latino primero en la Sección de Mercado Común y después en la Comisión de Asuntos Europeos; no cabe duda de que facilitarían el tráfico jurídico entre nacionales de distintos países.

“Tampoco la declaración previa de capacidad —nos dice MADRIDEJOS— puede referirse a la capacidad natural, voluntad consciente y libre, no afectada por vicios. En este punto, también es precisa la apreciación directa e inmediata.

La declaración de capacidad ha de referirse a la capacidad legal, a la aptitud reconocida a unas personas para realizar un determinado tipo de actos por aplicación de las normas legales a sus circunstancias personales.

Es obvio que esta declaración adquiere una especial rele-

(190) ZURPELE, *Le certificat de propriété immobilière*, citado en nota 179, páginas 85-87.

vancia en relación con la edad (mayores, menores o emancipados) y con el estado civil y el régimen matrimonial" (191).

Los certificados de identidad y capacidad serían de la mayor importancia tratándose de personas jurídicas; el certificado contendría, según MADRIDEJOS, "la declaración de que están debidamente constituidas conforme a las leyes propias y tienen personalidad jurídica y aptitud para realizar determinados actos, e incluso la declaración de que el órgano o representante está debidamente designado y sus facultades son suficientes para esos actos" (192).

Los problemas más graves que presentan estos certificados son el de su eficacia y el de su reconocimiento: "Es claro que la *eficacia* de la declaración notarial de identidad y capacidad, en un documento destinado únicamente a este fin —continúa MADRIDEJOS—, no puede ser otra que la de igual declaración cuando está contenida, como uno de sus elementos o partes, en una escritura pública en que se formaliza un acto o contrato... La aptitud funcional es indudable en los Notariados de tipo latino... Pero la *realización efectiva* debe estar amparada por un doble reconocimiento: de la posibilidad para los Notarios de los diferentes países de autorizar ese tipo de documentos; y de la admisión en un país de tales documentos procedentes de un país extranjero. Para conseguirlo, más o menos plenamente, caben tres vías: a) Un Tratado internacional...; b) Leyes internas de los diversos países...; c) La costumbre" (193).

En el Derecho español los certificados notariales están reconocidos muy restrictivamente, y siempre en el ámbito de los testimonios, aunque parece conveniente que en los casos importantes se levante acta, a fin de que quede una constancia protocolar.

Art. 251.3: "Podrán también los Notarios expedir testimonios cuyo objeto sea acreditar en el extranjero la legislación vi-

(191) MADRIDEJOS, "Medios de acreditar la identidad y la capacidad de los extranjeros", citado en nota 30, pág. 105.

(192) MADRIDEJOS, "Medios de acreditar la identidad y la capacidad de los extranjeros", *loc. cit.* en la nota anterior.

(193) MADRIDEJOS, "Medios de acreditar la identidad y la capacidad de los extranjeros", citado en nota 30, pág. 106.

gente en España y el estatuto personal del requirente.”

Podemos añadir, *art. 253*: “También podrán los Notarios traducir, respondiendo de la fidelidad de la traducción...”; *artículo 251.1*: “expedir en relación...”; *art. 246*: “testimonios... de determinados particulares de las matrices... en relación”; e incluso la legitimación de firmas por testimonio indirecto, que documenta “el juicio” del Notario sobre la pertenencia de la firma a persona determinada (*art. 256.1*).

No hay un precepto general, como el del Anteproyecto argentino, *art. 62-II*: “Los certificados sólo contienen declaraciones o atestaciones del Notario. Tienen por objeto afirmar, de manera sintética, la existencia o acaecimiento de hechos, documentos, cosas o situaciones jurídicamente relevantes percibidos sensorialmente por el Notario.”

Con ello parece que se desnaturaliza el concepto del certificado notarial, como documento que sólo contiene declaraciones del Notario, pero no consistentes en afirmaciones sobre hechos percibidos por los sentidos, sino en juicios del Notario, cuando no en simples conocimientos privados del mismo. De ahí sus peligros, sobre todo cuando no contienen una previa relación de las pruebas en que el Notario se funda.

IV. ACTAS DE MANIFESTACIONES

25. *Caracterización y clases*. El último grupo de actas de que vamos a ocuparnos está constituido por las actas de manifestaciones, expresión que no tiene reconocimiento legal, pero que está muy difundida en la práctica y ha sido acogida en diversos textos prelegislativos, como el Anteproyecto de Ley del Notariado que en 1915, en tiempos de BURGOS y MAZO, redactó el Ilustre Colegio Notarial de Madrid y el Anteproyecto Miyar de 1954.

Anteproyecto de 1915 del Colegio Notarial de Madrid, artículo 2.º: “Serán también materia de la función notarial... 7.º En general, las actas en que se consignen hechos, manifestaciones y circunstancias que presencien o les consten.”

Anteproyecto Miyar, art. 185.1: “Las actas se dividen en actas de presencia, y actas de manifestaciones. Las primeras son actas de vista para el Notario. Las segundas, son actas de oído para dicho funcionario.”

También en la *Encuesta para el Congreso de Roma* de la

Unión Internacional del Notariado Latino de que ya hemos hablado (*supra*, número 4), se hacía un grupo especial con las actas de manifestaciones, con una enumeración que, como vimos decía GIMÉNEZ-ARNAU se hacía difícil de encajar en nuestro Derecho: “actas que contienen manifestaciones de sentimientos; actas que declaran hechos (relativos al propio declarante o ajenos a él); actas de notoriedad; actas de declaración de voluntad (excluyendo las convenciones y los testamentos); y actas de traslado auténtico a otra persona”.

El contenido de estas actas está fundamentalmente constituido por declaraciones, del rogante o de una tercera persona. Se diferencian así esencialmente de todas las demás actas —salvo de las actas de notificación, en cuanto se refiere al texto que ha de ser notificado— y se aproximan a las escrituras públicas, desde el punto de vista estructural, que es el decisivo, y no ya respecto de los requisitos formales en que esa aproximación se da con frecuencia según hemos tenido ocasión de ver. La proximidad a las escrituras es, sin embargo, muy distinta, y no siempre cabe hablar de actas semejantes a las escrituras públicas. Hay que distinguir, ante todo, las actas que contienen manifestaciones de terceros, sean testimoniales o periciales, muy alejadas todavía de las escrituras públicas, de aquellas otras actas que contienen manifestaciones de la parte, mucho más próximas a ellas, sobre todo si es que se admite que contengan manifestaciones de voluntad.

IV'. ACTAS DE MANIFESTACIONES DE TERCEROS

26. *Las manifestaciones testimoniales o actas de referencia.* Son aquellas que tienen por contenido un testimonio, esto es, una declaración sobre un hecho pasado, efectuada por persona ajena al mismo.

La diferencia entre documento y testimonio se encuentra para CARNELUTTI, precisamente, en que en el primero el documentador obra “*en presencia*” del hecho a documentar, mientras que el testigo obra “*en ausencia*” del hecho sobre el que depone (194); “la distinción

(194) FRANCESCO CARNELUTTI, *La prova civile*. Parte generale: *Il concetto*

palidece y parece que se escapa —nos dice en otra de sus obras—, cuando el testimonio es escrito o, por lo menos, en general, documentado; pero de nuevo se capta distinguiendo, en este caso, entre el testimonio y el documento del testimonio, esto es, entre el contenido y el continente” (195).

a) *Admisibilidad*. La admisibilidad de este tipo de actas ha sido puesta en discusión por supuesta interferencia con la prueba testimonial judicial (196); incluso puede alegarse que para este caso están previstas diligencias preliminares, de manera que, de conformidad al artículo 502 de la Ley de Enjuiciamiento civil, “el que pretenda demandar” podrá pedir “informaciones de testigos” “cuando por edad avanzada de algún testigo, peligro inminente de su vida, proximidad de una ausencia a punto con el cual sean difíciles o tardías las comunicaciones u otro motivo poderoso, pueda exponerse el actor a perder su derecho por falta de justificación”; pero aparte de que, curiosamente, no se conceda igual derecho a quien tema ser demandado, lo cierto es que, como dice ESCARTÍN, “en la práctica la función notarial no es competitiva sino colaboradora de la judicial” (197).

Caso distinto es el procedimiento penal; el Notario debe mantenerse totalmente apartado, sin dejarse involucrar en la aportación de testimonios, y menos colaborar, como en otros tiempos llegó a suceder, en la formación de un “sumario real” frente al “sumario ofi-

giuridico della prova, Roma, 1915, 256 págs.; ver número 25, págs. 141 (donde se encuentran las palabras citadas) a 144; no parece acertado el concepto lato de testimonio que construye CARNELUTTI, “que comprende tanto el testimonio de las partes como el testimonio de los terceros” (pág. 146).

(195) FRANCESCO CARNELUTTI, “Documento e testimonianza”, págs. 281-286 de sus *Studi di Diritto Processuale*, volume terzo, Cedam, Padova, 1939; las palabras citadas, en pág. 285.

(196) Cfr. en la *Rivista del Notariato*, 1963, págs. 382-385, la sentencia de la Corte Suprema, núm. 977, de 20 de abril de 1963 (“la recepción de declaraciones testimoniales por parte del Notario es contraria al orden público”) y el “parecer” del Consejo Notarial de Florencia: “*Verballi di constatazione e documentazione di fatti o dichiarazioni utilizzabili in giudizio.*”

(197) ESCARTÍN IPIENS, “El acta notarial de presencia en el proceso”, citado en nota 37, pág. 423.

cial” (198). Pero también exageró la Orden de 12 de junio de 1939, que en vista “de que algunos Notarios autorizan actas en las que se acreditan extremos que tienden a vulnerar los testimonios obrantes en procedimientos criminales y que deben ser vertidos directamente ante los Jueces a quienes incumbe discernir su admisión”, dispuso que “los Notarios, en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley del Notariado, se abstuvieran de autorizar documentos que por su finalidad eran ajenos a la función notarial, comprendiéndose entre éstos cuantos se refieran a consignar antecedentes de encartados o condenados en causas criminales”. “No hay Notario —comenta GIMÉNEZ-ARNAU— que pueda negarse a consignar en acta la declaración de una persona en la que ésta jure que en una determinada hora o fecha otra persona estaba en cierto local en esta o en aquella población. Podrá el Juez no admitir este documento como “alibi” o coartada y requerir de nuevo la presencia del declarante. Pero una orden ministerial no puede impedir que, sin aludir a causa civil o criminal, el Notario acoja en un acta de presencia (sic) las declaraciones que formule el requirente, independientemente de su posterior eficacia o ineficacia procesal” (199); ello sin recordar los inmensos servicios que este tipo de actas habían prestado en el período bélico inmediatamente precedente.

Los mayores argumentos en contra de la admisibilidad de estas actas se encuentran precisamente, en su pequeña eficacia, derivada de la misma naturaleza a la que al principio aludíamos. TIRSO DE LA TORRE, su mayor oponente, escribió que “el Notario no es competente para recibir declaraciones acerca de *hechos pretéritos* de persona *extraña*”, no puede “autorizar actas declaratorias, recibir informaciones testimoniales”, porque “no es funcionario de *referencia*”, “la veracidad del

(198) Así ocurrió, por ejemplo, en el famoso caso del crimen de la calle de Fuencarral (1888), según nos cuenta Tirso de la Torre: “los periodistas construyeron un sumario enfrente del del Juez; y algunas declaraciones de testigos las hacían constar mediante acta notarial, que luego publicaba la prensa”; véase TIRSO DE LA TORRE E IZQUIERDO, *Comentarios a la Legislación Notarial*, Valencia, 1904, 360 págs.; las palabras citadas, en pág. 220, nota 1; también PELAYO SUEIRO, *Procesos célebres*, Argos, Barcelona, 1950, 52 págs., especialmente págs. 42-52.

(199) GIMÉNEZ-ARNAU, *Tratado de Derecho Notarial*, citado en nota 3, pág. 765.

Notario dímana de su *presencia* en el acto o contrato”, por lo que “el Notario es apto para recibir declaración al interesado en tiempo de *presente*, respecto de *hechos propios*” (200); y en el mismo sentido se pronunció NOVOA SEOANE: “siempre que tales manifestaciones no sean de hechos de referencia relatados por el requirente o de hechos pasados fuera de la presencia del Notario. Así, por ejemplo, éste no puede dar fe de que un sujeto requirente le contó que en tal punto, y presenciándolo el que depone, ocurrió tal o cual cosa, porque esto para el Notario es una referencia de hecho que ni le consta ni ha presenciado, y no tiene el acta fuerza legal probatoria” (201). La posición afirmativa recibió la autoridad de FERNÁNDEZ CASADO: “Teóricamente considerado el asunto, parécenos que no haya inconveniente alguno en recibir tales informaciones, por cuanto por ellas puede facilitarse a los Tribunales el esclarecimiento de la verdad. Hallamos también algunas diferencias entre las deposiciones testificales hechas en juicio y fuera de él para que no consideremos este procedimiento como una intrusión en las facultades de los Jueces. Las declaraciones de los testigos, hechas ante el Juez, son necesarias, se producen *después* de planteado un problema jurídico, y *como medio* de resolverlo; aquél sólo tiene la *misión principal* de juzgar, y pudiera muy bien cometer la ley a otros funcionarios el cargo de acumular las pruebas, entre las cuales se halla la declaración de testigos... Las informaciones testificales recibidas por Notario son voluntarias, no presuponen necesariamente una actuación judicial definida, y pueden utilizarse lo mismo en juicio que fuera de él por el carácter indeterminado que ostentan; constituyen un *fin* por sí mismas, aunque más tarde sean susceptibles de utilizarse como *medio* de prueba, y bajo este concepto pueden caer y caen bajo el criterio del Juez sentenciador” (202). No creemos necesario insistir en esta polémica, desarrollada entre nuestros principales notarialistas de fines del siglo pasado y principios del presente, porque la cuestión estaba ya decidida desde

(200) TORRE E IZQUIERDO, *Comentarios a la Legislación Notarial*, citados en nota 198, págs. 218 y 217.

(201) NOVOA, *El progreso del instrumento público*, citado en nota 6, pág. 279.

(202) FERNÁNDEZ CASADO, *Tratado de Notaría*, citado en nota 22, tomo I, páginas 600-601.

mucho antes en sentido positivo, y a partir de 1917 esta solución positiva accede al Reglamento Notarial.

Novísima Recopilación, VII-15-28-8: "Podrán (los Escribanos de Barcelona) reducir a escritura pública las atestaciones extrajudiciales, con tal que semejantes informaciones se hagan declarando y jurando voluntariamente los testigos, sin que el Escribano haga oficio alguno de Juez, y sí solamente extender lo que ellos voluntariamente dixerén" (203).

BUSTOSO, *Formulario de Escritura testimonial de abono:* "N. Escribano, vecino etc. doy fe, que ante mí oy día de la fecha pareció N. Regente, Cura de almas de la Iglesia Parroquial de, etc. certifico, que Doña N. hija de, etc. de estado doncella, su Parroquiana, es persona huérfana, noble, virtuosa, de buena vida, y costumbres, viviendo al amparo del que la quiere dar una limosna; y tan pobre de solemnidad, que para cumplir con los preceptos Eclesiásticos de oír Misa, confesar, comulgar, es preciso asistirle con algunas limosnas para la decencia de su vestir, y ayuda de sus alimentos. Y requerido yo el presente Escribano por dicho N. Regente, Cura de Almas, doy la presente pública escritura testimonial en tal parte a los etc. Siendo testigos N. y N. vecinos de dicha tal parte. Y el otorgante (a quien yo el Escribano doy fe conozco) lo firmó. Lugar de la firma. Ante mí, N. Escribano" (204).

b) *Regulación.* Las actas de manifestaciones testimoniales acceden al fin al Reglamento Notarial de 1917, bajo la denominación de *actas de referencia* que había manejado la doctrina; sus precedentes, la terminología empleada y la regulación misma llevan a la conclusión de que no están comprendidas bajo esa denominación todas las actas de manifestaciones, incluso las manifestaciones de la parte (205), sino solamente las manifestaciones testimoniales. La regu-

(203) Pragmática de 13 de marzo de 1755 para los Escribanos de Barcelona; puede verse su historia ulterior en FERNÁNDEZ CASADO, *ob. cit.*, pág. 602 del tomo I.

(204) DIEGO BUSTOSO Y LISARES, *Cartilla Real de Escribanos*, tomo segundo, 1778, págs. 263-264.

(205) Cfr. en contra, comprendiendo también, en su caso, las declaraciones de voluntad, FONT BOIX, "Las variedades del instrumento público", citado en nota 56, pág. 316.

lación inicial aparece dominada por el problema de la admisibilidad, que resuelve positivamente en base a que su valor auténtico está limitado al hecho de haberse efectuado los testimonios ante el Notario, señalando a éstos un mero valor probatorio que no considera de su competencia determinar.

Reglamento de 1917, art. 188: “Las actas notariales de referencia se considerarán sólo como documentos auténticos o fehacientes en lo que el Notario dé fe, o sea, en cuanto al hecho que motiva su autorización, pero no tendrán otro valor probatorio que el que las leyes confieran a las declaraciones que en las mismas se consignen o incorporen.”

Hagamos notar la correcta interpretación (“al hecho que motiva su autorización”) que este precepto daba de la expresión del art. 1.218 del Código civil: “del hecho que motiva su otorgamiento”.

Silenciadas en el Reglamento de 1921, las actas de referencia reaparecen en el artículo 208 del Reglamento de 1935, que pasa literalmente al precepto del mismo número del *Reglamento de 1944* y que continúa vigente; la preocupación ahora es limitar la actuación del Notario, en concordancia con su naturaleza de declaraciones testimoniales y con la parquedad de sus efectos:

Art. 208: “En las actas de referencia se observarán iguales requisitos que en las de presencia, pero el texto será redactado por el Notario de la manera más apropiada a las declaraciones de los que en ellas intervengan, usando las mismas palabras, en cuanto fuere posible, una vez advertido el declarante por el Notario del valor jurídico de las mismas en los casos en que fuese necesario.”

El acta debe contener, en efecto, a ser posible literalmente, las manifestaciones del declarante, absteniéndose el Notario de interpretarlas; pero su misión es un poco más amplia de la que le atribuye el texto reglamentario, porque además de advertir al declarante del valor jurídico de sus expresiones, para que sea él quien decida si mantenerlas o modificarlas, parece que debe advertirle también de su responsabilidad en caso de faltar a la verdad y, desde luego, no puede prescindir de su función de prestar asistencia especial al declarante necesitado de ella, conforme a la norma general del artículo

lo 147.2. No deberá el Notario, por el contrario, salvo dicha asistencia, adoptar un papel activo, inquiriendo detalles, preguntando por la razón de ciencia del declarante, etc., sin perjuicio de denegar su intervención si resulta patente que el declarante ignora los hechos sobre los que declara; aparte de la aplicación de las reglas generales sobre denegación de funciones (206).

c) *Manifestación espontánea y manifestación provocada.* Las actas de referencia presentan en la práctica notarial dos variedades, según que el declarante efectúe la manifestación espontáneamente, compareciendo al efecto ante el Notario, o bien lo haga a interrogación del verdadero interesado.

La manifestación espontánea en el fondo será también provocada por el interesado en la misma, pero documentalente éste no interviene. El acta tendrá entonces un texto único; el compareciente deberá firmar, no sólo como rogante que es, sino para asumir la autoría de sus manifestaciones, y será identificado por el Notario; como excepción a las normas generales, no precisa tener interés legítimo propio en el asunto (207); más bien debe no tenerlo, como todo testigo; el interés compete a la persona que cree que la declaración le beneficia.

La manifestación provocada puede también tener unidad de contexto, compareciendo juntamente rogante y declarante; pero lo normal será el fraccionamiento del texto documental en una rogación inicial y una o varias actas (diligencias) de manifestación. El supuesto, como ya hemos indicado, es distinto del acta de notificación o requerimiento, por lo que cabe reconocer o prescindir del plazo de contestación (208)

(206) En los supuestos de injurias y calumnia —no de mesurada deposición sobre hechos—, creo que el Notario debe negar su intervención; cfr. un criterio más amplio en SEGURA ZURBANO, "Las actas y los requerimientos notariales", citado en nota 18, págs. 532-533.

(207) SEGURA entiende que tiene interés legítimo: "La rogación por el mismo testigo es posible porque él también tiene un interés legítimo en el acta, como es el de conservar sus recuerdos, ahora frescos, de tal modo que después no se le pueda argüir de falta de memoria, o desprestigiar, por razones similares, sus cualidades testificales"; cfr. "Las actas y los requerimientos notariales", citado en nota 18, pág. 530.

(208) GONZÁLEZ ENRÍQUEZ-MANRIQUE-MOLLEDA, "incluso prescindiendo del plazo de contestación", "Comprobación notarial de hechos", citado en nota 4,

y, por exigencias de la práctica, cuando la manifestación se recoge fuera del despacho no es preciso que el Notario identifique al declarante, ni que éste firme, aunque ello sea conveniente; aparte de que la identificación puede resultar indirectamente de las circunstancias (el portero de la finca, el vecino del primero derecha, etc.) que faltan en la comparecencia espontánea ante el Notario, y de que la firma puede resultar prácticamente imposible.

La dualidad que el Reglamento de 1917 establecía según las declaraciones se consignaran en la misma acta o se incorporaran a ella, sigue vigente, pero no tiene mayor importancia.

d) *La recogida de testimonios.* En una comunicación al Simposio Notarial 83 sobre “Las actas, la investigación notarial de hechos y la recogida de testimonios” a que ya he hecho referencia (209), indicaba: “la cuestión consiste en la posibilidad de dirigirse mediante acta a una serie de personas a las que el rogante posiblemente desconoce, y que sólo determina por su relación con un inmueble o de manera semejante; ciertamente esas actas no tienen de actas de requerimiento otra cosa que el equívoco provocado por la rogación (requerimiento) del interesado al Notario, y la situación de éste al dirigirse a unas personas sobre un asunto que les es ajeno y a petición de una tercera persona que quizá ni siquiera conocen, no puede ser más desairada; lo procedente parece que es negar la intervención notarial, en cuanto a este segundo aspecto de recogida de testimonios, por carencia de interés legítimo en el solicitante; no en cuanto a los hechos a probar, en que sí lo tiene, sino en cuanto a inmiscuirse en la esfera ajena, para lo que nada le autoriza”. La *Resolución de 9 de mayo de 1968*, que también hemos citado, calificaba de “en cierto modo abusiva” la tendencia a que responden semejantes rogaciones, ya que “implican determinados interrogatorios o indagaciones, sustitutivas de diligencias judiciales”. Otra cosa sería la rogación para dirigirse al que ostente determinado cargo (el portero, el encargado, el guarda) o tenga una relación inmediata con la cosa misma de que se

pág. 330; SEGURA: “no será aplicable el derecho a contestar en el plazo de dos días laborables”, *Las actas y los requerimientos notariales*, citado en nota 18, página 530.

(209) *Comunicación*, citada en nota 49, pág. 542.

trate (el vecino del piso mismo a que se refiera el acta), o bien a aquellas personas concretas que por medio del rogante hubieran comunicado al Notario su deseo de declarar, si éste se personara en su domicilio.

La *Circular del Ilustre Colegio Notarial de La Coruña de 23 de marzo de 1973*, a la que ya hemos hecho referencia, se producía en los términos siguientes: "7.^a En cuanto al interés legítimo, en las actas de requerimiento, debe tenerse en cuenta que, además de ese interés que de modo genérico pueda tener en el asunto el que requiere la actuación del notario, tiene que tener un cierto derecho o pretensión legítima de que la persona que ha de ser requerida conteste de modo directo. Suele ser muy frecuente que se pretenda que a través de actas de requerimiento se busquen verdaderas declaraciones testificales, con interrogatorios redactados como si constituyeran el oportuno pliego de preguntas en una pieza de prueba de un procedimiento judicial. El Notario debe tener en cuenta que, en general, debe rechazarse todo requerimiento de actuación para que a una persona se le pregunte sobre hechos referidos a conductas ajenas o sucesos que sólo ha presenciado o conoce de referencia. Independientemente de que esa persona tenga obligación de ser testigo, esas preguntas sólo tiene obligación de contestarlas a Juez competente. Ello no excluye la posibilidad de verdaderas declaraciones testificales por medio de acta notarial; pero ha de ser a base de comparecencia voluntaria de esos presuntos testigos ante el Notario y a través de un acta de manifestaciones, no de requerimiento. Incluso es aconsejable que se evite la forma de interrogatorio y se redacte el acta en forma más adecuada a una manifestación que puede ser referida a una previa exposición de los hechos (manifestaciones, también) realizada por aquél que requiere la actuación del notario."

e) *El acta de notoriedad testimonial*. Volvamos ahora sobre aquellas actas de notoriedad de modelo franco-italiano, que se reducen a recoger manifestaciones testimoniales y, de algún modo, a controlarlas, pero sin añadir juicio alguno del Notario sobre la notoriedad de los hechos referidos, por lo que no son actas de calificaciones jurídicas del Notario, sino actas de manifestaciones de terceros.

Estas actas tienen su propia personalidad, dentro de las actas de manifestaciones, "sobre todo —como dice GIULIANI— porque los

mismos declarantes representan, colectivamente, una parte de aquel particular ambiente (económico, social o familiar) en el cual los hechos o los acontecimientos expuestos son común y pacíficamente admitidos" (210), según exige el concepto mismo de notoriedad relativa. Los declarantes son, por tanto, testigos asertorios de un especial matiz. El Notario no tiene la misión de verificar "si los testigos son sinceros", puesto que ello es "imposible", pero como añade DECHAMPS, tiene "el deber moral de instruir a los testigos y de informarse, en interés de las partes, de si realmente ellos tienen conocimiento del hecho comprobado y de si ese hecho es notorio"; y si "por un deseo culpable de facilidad" (211) el Notario se abandona en el desempeño de aquella misión, se resentiría inmediatamente la eficacia del acta, según ponen de relieve las críticas que se le han dirigido en aquellos países en que se practican; por ello decíamos que el Notario controla, de algún modo, las manifestaciones de los testigos.

Estas actas de notoriedad eran conocidas en nuestro Derecho histórico; ejemplo: "*Formulario de escritura testimonial de abono*. En la Ciudad de N. a los, etc. ante mí el Escrivano y testigos infrascriptos, compareció N. Oficial de Platero, natural de la Villa de Madrid, habitador al presente en esta dicha Ciudad, y dixo: Que para los fines, que en justicia, o en otra forma necesitare, y aprovechar le pudieren, convenía a sus derechos le recibiese pública escritura, de que actualmente estaba ejerciendo la facultad de Platero, de más de dos años a esta parte, en esta misma Ciudad, y casa de N. Maestro Platero, portándose legalmente en ella, y procediendo en los ejercicios de fiel Cristiano, buena vida, y costumbres, sin nota de escándalo, ni sospecha de mal vivir. Y hallándose presente a lo susodicho el mencionado N. Maestro Platero, interrogado por mí el Escrivano, si lo propuesto por el citado N. era cierto, y en la conformidad que lo refería: habiendo precedido juramento, que voluntariamente hizo a Dios nuestro Señor, y por una señal de Cruz,

(210) ANDREA GIULIANI, "Il documento notarile", en Trabajos del *Segundo Congreso Internacional* del Notariado Latino citado en nota 159, tomo III, págs. 159-181; especialmente, "III.—Valore giuridico dell'atto di notorietà", págs. 167-171; las palabras citadas, en pág. 169.

(211) DECHAMPS, "De l'acte de notoriété en Droit belge", citado en nota 178, páginas 112-114.

conforme a Derecho, declaró ser todo en la misma forma, que se dexa expresada por el mencionado N. lo que le constaba, por haver trabajado éste en su casa más de dos años consecutivos, en cuyo tiempo había cumplido exactamente con su obligación, y puntualidad acostumbrada, que los demás Oficiales de crédito, y estimación practican, dándole cabal satisfacción, así de los instrumentos adherentes a su Oficina, que le entregaba, como de la hacienda, oro, plata, piedras preciosas, y caudal que dexaba a su encargo, sin haverle hecho el menor fraude, ni detrimento. Y que asimismo en el referido tiempo le ha visto exercitar a dicho N. obras de fiel Christiano, estando entre todos los que le conocen, tenido, tratado, y reputado por tal, sin la más leve noticia en contrario. De todo lo qual requirió a mí el infrascripto Escrivano el dicho N. le autorizase la presente escritura pública, que le fue ante mí así recibida para futura memoria, y utilidad de sus derechos, en los referidos día, mes y año. Siendo testigos N. y N..." (212).

En la actualidad se han hecho, por ejemplo, en forma meramente testimonial muchas de las actas de notoriedad que exigía el Real Decreto 2635/1979, de 16 de noviembre, sobre concesión de derechos a los familiares de los españoles fallecidos como consecuencia u ocasión de la pasada guerra civil, que ya hemos citado.

f) *El affidavit*. La "imposibilidad del *affidavit* en nuestro Derecho", que afirmó SEGURA (213) es de toda evidencia, puesto que obedece a un sistema documental y procesal distinto. También creemos que la cuestión debe resolverse en el mismo sentido si se trata de su autorización para el extranjero, para los países de sistema notarial anglosajón, y no solamente porque nos lo impida nuestra *lex auctor*, sino porque tampoco nos reconocen competencia las leyes del país de destino. En el Derecho inglés, nos dice FONT BOIX, la declaración en que consiste el *affidavit* debe ser hecha "ante persona autorizada por la ley para recibirla, frecuentemente un *solicitor*, concedida por el *lord Chancellor (Commissioner of Oaths)*". "Los *affidavits* procedentes del extranjero —añade— suelen ser redactados ante funcio-

(212) BUSTOSO Y LISARES, *Cartilla Real de Escrivanos*, citada en nota 204, págs. 261-263.

(213) SEGURA ZURBANO, "Las actas y los requerimientos notariales", citado en nota 18, pág. 531.

narios designados a tal fin o a quienes se encomienda estas facultades, generalmente perteneciente al Cuerpo diplomático o consular y suelen estar recogidos y reglamentados en tratados o acuerdos internacionales” (214). Nuestros compañeros iberoamericanos podrán darnos más información sobre esta materia, sobre todo en lo referente a los Estados Unidos.

La *Resolución de 31 de marzo de 1965* resolvió en consulta de la Embajada del Canadá en España, entre otras, la siguiente cuestión: “¿Está un Notario en España habilitado para recibir una declaración jurada, bien en forma de Affidavit, bien en forma de declaración legal?”

La Resolución, después de haber transcrito en parte los artículos 1 de la Ley y del Reglamento, contesta: “En consecuencia, los Notarios pueden recibir declaraciones de los particulares, con muy distinto alcance según las finalidades de las mismas, y el instrumento público en que aparezcan recogidas, escrituras o actas. = En términos generales su esfera de acción no tiene otros límites que los de la judicial, a la que compete, dentro del procedimiento y normas de la prueba, apreciar el valor de las declaraciones de los particulares recogidas por los Notarios.”

Y a la segunda pregunta: “En caso negativo, ¿qué funcionarios tienen este poder si este procedimiento existe en España?”, la Dirección responde: “Contestada en la pregunta anterior.”

27. *Las manifestaciones periciales.* La intervención de peritos en el instrumento público está prevista para casos concretos desde muy

(214) VICENTE FONT BOIX, VICENTE L. SIMÓ SANTONJA, ANTONIO DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ RADÍO y JOSÉ MADRIDEJOS SARASOLA, “Sistemas jurídicos y documento. La forma escrita en las legislaciones latinas, socialistas y anglosajonas”, en *Revista de Derecho Notarial*, CXVII-CXVIII, julio-diciembre 1982, págs. 51-187; CXXI-CXXII, julio-diciembre 1983, págs. 77-227, y CXXIII, enero-marzo 1984, págs. 67-268; las palabras citadas, en el número CXXI-CXXII, págs. 146 y 147, respectivamente. Cfr. también VICENTE FONT BOIX, “El Notariado en los sistemas de Derecho latino y anglosajón. El Notariado latino en Inglaterra”, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. XXII, vol. II, págs. 57-228, donde respecto de los *affidavits* escribe: “Para que todas estas declaraciones tengan el valor que la ley inglesa les reconoce han de prestarse ante los llamados *Commissioner for Oaths*, cargo que ostentan las personas especialmente designadas como tales por el Lord Chancellor” (pág. 175).

antiguo; recordemos el testamento del loco en intervalo lúcido, al que han de concurrir dos facultativos designados por el Notario (art. 665 del Código civil) y la intervención de intérprete para salvar en el otorgamiento la incomunicación surgida de la diferencia de idiomas (art. 150.3 del Reglamento). Además de este último precepto, también aplicable a las actas, el artículo 207.1 del Reglamento, que ya hemos expuesto, dispone que en las actas de exhibición de cosas “el Notario describirá o relacionará las circunstancias que las identifiquen, diferenciando lo que resulte de su percepción de lo que manifiesten peritos u otras personas presentes en el acto...”, comprendiendo también los simples expertos o prácticos.

Estos preceptos son más que suficientes para fundamentar la admisibilidad de las actas de manifestaciones periciales de una manera general, y no solamente como elemento integrante de las actas de presencia o mera percepción. Lo que ocurre es que estas actas autónomas de manifestaciones de peritos no tienen regulación en nuestro Derecho, pues el artículo 208, al tratar de las actas de referencia, parece estar pensando especialmente en las actas de manifestaciones meramente testimoniales; lo que no puede ser obstáculo para aplicarle por analogía.

La manifestación pericial puede ser espontánea o provocada por la rogación de persona que tenga interés en ella; el perito, hasta por definición, en ningún caso deberá tener interés propio en el asunto; deberá ser identificado por el Notario y justificar, en su caso, su titulación; y deberá firmar su manifestación, salvo las excepciones que imponga la práctica tratándose de simples expertos presentes en actas de mera percepción fuera del despacho; la manifestación puede ir recogida en el cuerpo del acta o en documento unido; de conformidad al artículo 208 el Notario usará las mismas palabras, aunque pertenezcan al lenguaje técnico correspondiente; y no estarán de más las advertencias sobre el valor jurídico de las manifestaciones, en su caso, y sobre la obligación de decir la verdad.

Suele señalarse el escaso valor probatorio de estas manifestaciones periciales en acta notarial; la misma jurisprudencia “distingue entre ‘documento’ propiamente dicho... y ‘pruebas constatadas documentalmente’”, según expresión, por ejemplo, de la *Sentencia de 6 de*

junio de 1986, y ello es perfectamente aplicable a estas actas notariales de manifestaciones de terceros, sean de peritos o de testigos; recordemos cómo CARNELUTTI diferenciaba documento y testimonio, aunque el testimonio fuera escrito o, en general, documentado. En concreto la superior eficacia de la prueba judicial de peritos se basa en “razones objetivas: la admisión de la prueba y todo el desarrollo de la misma tiene lugar en forma contradictoria, estando reguladas las condiciones personales que han de reunir los peritos, su nombramiento objetivo, su posible tacha, etc., mientras que en las actas notariales la designación del perito suele hacerse solamente por el requirente, sin conocimiento de la otra parte, en persona generalmente tachable, y el reconocimiento de la cosa y la emisión del dictamen se llevan a cabo sin que la otra parte se entere; de ahí su poca eficacia, y su uso poco extendido” (215).

Estas palabras quizá sean un poco pesimistas; aunque recojan una realidad muy extendida, no cabe duda de que la práctica puede mejorarse, especialmente garantizando la imparcialidad de los peritos, y la credibilidad en esa imparcialidad, a través de su designación por el Notario como vimos hace el artículo 665 del Código, o por el Colegio profesional de que se trate, o encargando la pericia a un Organismo público. Yo he tenido conocimiento de supuestos en que muestras tomadas en acta notarial de presencia, se enviaban por el Notario mismo a entidades integradas en el Consejo Superior de Investigaciones Científicas, que luego remitían al Notario el informe correspondiente, que el Notario protocolizaba.

Especialmente interesante es la intervención de peritos en las actas de presencia. Por un lado ayudan al Notario a percibir por sí mismo los hechos; porque los peritos no solamente pueden ser necesarios o convenientes para “apreciar los hechos”, como dice el artículo 1.242 del Código civil, juicio que el Notario nunca podría formular, sino para “conocer o apreciar algún hecho” como con mayor justeza dis-

(215) “Las actas de exhibición (o de descripción) de cosas”, Ponencia VII-15, punto redactado por mí, del *Simposio Notarial 83*, citado en nota 15, págs. 859-862; las palabras citadas, en págs. 861-862. Más ampliamente, ESCARTÍN IPIENS, “El acta notarial de presencia en el proceso”, citado en nota 37, páginas 417-423.

pone el artículo 610 de la Ley de Enjuiciamiento civil; el perito puede enseñar al Notario, en efecto, a que por sí mismo vea lo que en otro caso no sabría mirar. Y por otra parte la presencia del Notario en el acto de reconocimiento del perito puede proporcionar al conjunto una eficacia mayor, según veíamos en las *Sentencias de 16 de mayo de 1983* y de *14 de mayo de 1985*, y en general, en el punto 7-D de esta Ponencia, a donde nos remitimos.

IV". ACTAS DE MANIFESTACIONES DE LA PARTE

28. *Las manifestaciones de voluntad.* El problema más importante que plantean las actas de manifestaciones de la parte consiste en su admisibilidad, especialmente cuando esas manifestaciones constituyen verdaderas declaraciones de voluntad.

La *posibilidad teórica* parece evidente. Las mismas declaraciones de voluntad, a pesar de su carácter negocial, pueden ser tratadas como simples hechos, y el documento adecuado para recogerlas sería en tal caso el acta notarial, que seguiría siendo acta, sin convertirse en escritura. Incluso puede afirmarse que ese fue precisamente el punto de partida. “La actividad notarial —escribí en otro trabajo— aun considerando con preponderante atención, desde un principio, los negocios jurídicos, los trataba como simples hechos, de los que el Notario daba fe *de visu et auditu suis sensibus*; pero si esto bastaba respecto a los hechos materiales, que así quedaban probados en toda su extensión, era totalmente insuficiente para las declaraciones de voluntad, precisamente los hechos jurídicos de más importancia también para la función notarial; había que crear un procedimiento para que las declaraciones de voluntad no fueran algo ajeno al documento, como los demás hechos, sino que se produjeran en el documento mismo, bajo la dirección y el control del Notario, a fin de compensar, en la medida posible, la menor eficacia que el documento notarial siempre ha de tener respecto a ellas. Así fue surgiendo y perfilándose la teoría de la escritura pública como una especialización del documento notarial para las declaraciones de voluntad y, al contrario, apareciendo el concepto meramente negativo de las actas notariales” (216).

(216) “Naturaleza jurídica del documento auténtico notarial”, citado en nota 57, página 119.

Dada esa posibilidad teórica, tiene razón CÁMARA: "Saber hasta qué punto el Notario puede tratar como puros hechos las declaraciones de voluntad, depende, en suma, del Derecho positivo vigente en cada país" (217). En el *Derecho español* la respuesta negativa para las declaraciones de voluntad y también —creemos— para las meras manifestaciones de voluntad, resulta del artículo 144.2 del Reglamento: "Contenido propio de las escrituras públicas son las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento y los contratos de todas clases"; añádense los artículos 144.3 y 197.1, aparte de otros que contemplan situaciones concretas, y el artículo 145.2, *in fine*, conforme al cual el Notario deberá denegar la autorización notarial cuando "se prescinda por los interesados de los requisitos necesarios para la plena validez de los mismos" (actos o contratos).

Ha defendido la posición afirmativa, incluso de manera expresa respecto de las actas de manifestaciones, FONT BOIX: "Normalmente, se prestarán en esta especie de acta (de referencia) declaraciones de verdad. Pero si las declaraciones son de voluntad, ¿deberá abstenerse el Notario de autorizar el instrumento, ya que tal tipo de declaraciones constituyen contenido típico de las escrituras? A nuestro juicio, no. Aparte la circunstancia de que el Reglamento no lo prohíbe —dada la amplitud de términos del artículo 208—, atendibles razones pueden aconsejar la consignación en acta de declaraciones de voluntad. Y no hay razón alguna que se oponga a ello siempre que la finalidad perseguida por el declarante no sea la de dotar de *forma notarial* sus declaraciones de voluntad, pues respecto de éstas el acta —como veremos— no puede tener nunca tal significado" (218).

Posición en cierto modo semejante, sin contemplar en concreto las actas de manifestaciones, es la de CÁMARA: "Nos parece posible que el Notario, sin contradecir por eso las esencias del Notariado de tipo latino, pueda tratar documentalmente declaraciones de voluntad como simple hecho. Es decir, a los úni-

(217) CÁMARA, "El Notariado latino y su función", citado en nota 19, página 142.

(218) FONT BOIX, "Las variedades del instrumento público", citado en nota 56, página 316.

cos efectos de dejar constancia de que se ha producido en su presencia una declaración de voluntad. Para justificar esta afirmación es menester tener en cuenta que los objetivos que pueden perseguir los particulares cuando concurren al Notario pueden ser de muy diversa índole. Si la finalidad pretendida por quienes requieren la actuación del fedatario no sea la de que éste formalice documentalmente sus declaraciones negociales, no hay razón para que el Notario autorice un documento con todos los requisitos de la escritura, cuando nadie se lo ha pedido." Y en otro pasaje: "De acuerdo con el Derecho notarial español y según se deduce de los preceptos que definen las escrituras y las actas, y de los que concretamente se refieren a éstas, es correcto afirmar que el Notario no puede tratar como acta un documento cuyo objeto sea pura y simplemente recoger las declaraciones de voluntad de los interesados, pero no hay inconveniente en ello cuando la finalidad perseguida por quien pretende la intervención notarial sea otra" (219).

La postura a mi juicio más acertada, aunque quizá no demasiado congruente con su negación de la diferencia entre escrituras y actas, fue expuesta por GONZÁLEZ ENRÍQUEZ-MANRIQUE-MOLLEDA: "nosotros entendemos que, *directamente*, no puede, en ningún caso, el Notario latino tratar como 'simples hechos' los actos y negocios jurídicos... Lo que, sin duda, cabe dentro del Notariado latino es el tratamiento notarial *indirecto* de las declaraciones de voluntad como 'simples hechos', es decir, que al calor de una actuación notarial compleja, queden documentados como 'simples hechos' verdaderas declaraciones de voluntad. Tal es el caso, por ejemplo, de la contestación a un requerimiento o, como supuesto más amplio, pero frecuente, el de las actas notariales de Juntas de comunidades o Sociedades" (220).

Si interpreto bien el pensamiento de MANOLO GONZÁLEZ y sus colaboradores, no cabe un tratamiento "directo" (en acta de presencia; en acta de manifestaciones) de las declaraciones de voluntad como simples hechos; lo que sí cabe es un tratamiento indirecto, por ejemplo, a través de la contestación aceptando un texto notificado; en lo que estoy de acuerdo siempre que no se trate de un requerimiento y una contestación "convenidos"; si al Notario, claro es, le consta.

(219) CÁMARA, "El Notario latino y su función", citado en nota 19, págs. 139 y 142, respectivamente.

(220) GONZÁLEZ ENRÍQUEZ-MANRIQUE-MOLLEDA, "Comprobación notarial de hechos", citado en nota 4, pág. 289.

Ahora bien, resuelta la cuestión de Derecho positivo en el sentido expuesto —aunque sea matizando, o rectificando, una posición anterior, a la que quizá me dejé llevar por pretender apurar los argumentos contra la teoría representativa (221)—, queda otra cuestión pendiente, *si el Derecho positivo está o no acertado en esa prohibición de documentar las declaraciones de voluntad en acta de manifestaciones; porque aunque es de todo punto evidente la inadmisibilidad del acta de mera percepción o presencia de un contrato verbal, e incluso de ese requerimiento y contestación convenidos, la cosa no está tan clara, cuando nos encontramos en la misma línea divisoria entre las escrituras y las actas, cuando examinamos esas actas semejantes a las escrituras públicas que serían las actas que contuvieran declaraciones de voluntad. Y a pesar del propósito de no inmiscuirse en cuestiones teóricas, tendré que decir algo sobre ello.*

Al comenzar el presente número hacía una larga cita de un trabajo mío de hace casi veinticinco años, en la que tengo que corregir su referencia a la menor eficacia que el documento notarial ha de tener “siempre” respecto de las declaraciones de voluntad. La teoría analítica de la eficacia del documento público así parece imponerlo, por tratarse de declaraciones de los particulares, y ello conduciría a una infravaloración de la escritura pública, en que tales declaraciones son dominantes, frente al acta notarial, que contiene sobre todo declaraciones del Notario sobre sus propias percepciones y sobre sus propios actos, dotadas de la máxima eficacia, de la fe pública “auténtica”. Quizá quisiera expresar algo semejante GONZÁLEZ PALOMINO escribiendo que al llamar actas a los instrumentos que contienen declaraciones del Notario y escrituras a los que contienen declaraciones de las partes “resulta una inversión del rango y de la categoría establecida por el ‘protocolo’ jurídico, a favor de la precedencia de las actas y de la postergación de las escrituras” (222); pero bien a la vista está en la realidad jurídica que esto no es así, y es preciso indicar brevemente la razón.

(221) “Naturaleza jurídica del documento auténtico notarial”, citado en nota 57, páginas 119-121.

(222) GONZÁLEZ PALOMINO, “Negocio jurídico y documento”, citado en nota 3, pág. 28.

El acta notarial es, funcionalmente, un medio de prueba; y por ello, estructuralmente, el hecho a probar es extraño, es ajeno al acta, está fuera del acta. Cuando el hecho a probar consiste en una declaración de voluntad, cabe perfectamente que ella se haya efectuado por escrito en el mismo documento, y entonces el documento será él mismo la realidad a probar y no un medio de prueba, aunque en juicio y fuera de él funcione como medio de prueba; este documento es precisamente la escritura pública. La superior eficacia de la escritura sobre el acta, ya desde esta vertiente probatoria, resulta evidente; porque el acta, como medio de prueba, y aun de prueba legal, tiene que concurrir a la prueba con otros medios probatorios; mientras que la escritura pública contiene el hecho mismo que debe ser probado, aunque deba ser interpretada, y pueda ser tachada, de falsedad, insinceridad, falta de integridad o inactualidad.

La diferencia subsiste en el caso de que se trate de un acta de manifestaciones; porque el acta, estructuralmente, contiene la manifestación misma, pero funcionalmente sigue siendo medio de prueba, ya que esas manifestaciones que el acta recoge no son la realidad a probar, que es una realidad ajena al documento. Ello se ve claro en las actas de manifestaciones testimoniales o periciales, pero también es cierto en las actas que contienen declaraciones de voluntad; porque entonces el acta podrá contener el texto de la declaración pero, para seguir siendo acta, el acto de la declaración tiene que ser ajeno al documento; en otro caso éste habría dejado de ser acta y se habría convertido en escritura. Por eso el contenido propio de las escrituras públicas está constituido por las declaraciones de voluntad; porque cuando la declaración misma se hace por escrito en el documento —*scriptis*, acto de vista y no de oído para el Notario—, al mismo tiempo y de un solo golpe, *uno acto* y *uno ictu*, se perfeccionan negocio jurídico y documento; se producen así todos los efectos sustantivos y formales, y toda la eficacia sintética de la escritura pública; y la posible realidad anterior, no asumida en el documento, no tendrá ya eficacia entre partes más que a través de la tacha de falta de integridad, y habrá perdido toda eficacia respecto de terceros. Los párrafos que preceden no contienen, claro es, ninguna originalidad.

NÚÑEZ-LAGOS: "Hay, finalmente, a nuestro juicio, una diferencia de estructura aún no subrayada suficientemente por los autores. En las escrituras, la lectura solemne, la prestación del consentimiento y la firma, son *peripeccias internas y esenciales* del acto documentador; en las actas, o no existen, o son posteriores." "Lectura y consentimiento, repetimos, en la escritura son partes integrantes esenciales, pero internas, del acto documentador y son forma sustantiva del negocio documentado. Están dentro del recinto amurallado de la unidad de acto formal. En las actas, nada hay intramuros: lectura y asentimiento, cuando los hubiere, están extramuros de los hechos documentados, que acaecen antes y se narran después. Toda narración supone un precedente temporal del hecho narrado" (223).

CÁMARA: "Las actas persiguen exclusivamente la finalidad de acreditar un hecho (cualquiera que sea la naturaleza de éste, incluso aunque consista en una declaración de voluntad negocial). Por eso el único efecto jurídico que son susceptibles de producir se refiere al tema de la prueba. Por el contrario, las escrituras operan en el campo de la forma de los negocios jurídicos (incluso las puramente confesorias, como más adelante tendremos ocasión de comprobar) y, por consiguiente, y sin perjuicio de que sean también un medio de prueba del negocio que formalizan, surten, o son susceptibles de surtir, otros efectos además de los meramente probatorios" (224).

FALBO: "*La declaración dentro y fuera del documento notarial...* = Por un lado, el notario puede limitarse a declarar en el documento su ciencia o saber sobre la percepción que recibe de un sujeto que expresa oralmente unas palabras, y, en ese caso, estaremos frente a un acta. = Por otro lado, el notario puede declarar su ciencia o saber sobre la percepción que recibe de un sujeto que otorga el mismo documento notarial, es decir, que asume la paternidad de un contenido intelectual allí determinado. Esta es propiamente la escritura. = *Consecuencias de la distinción.* = Las consecuencias de la distinción son evidentes. La declaración del otorgante se produce en la escritura misma, y en tal sentido decimos que el documento puede llegar a ser constitutivo. Por el contrario, el acta constatará la existencia

(223) NÚÑEZ-LAGOS, "Efectos sustantivos de las actas notariales", *loc. cit.*, en nota 61; cfr. el texto a que esta nota se refiere, que completa la cita que ahora se hace.

(224) CÁMARA, "El Notario latino y su función", *loc. cit.* en nota 63.

material de la declaración (y, desde luego, de cualquier otro hecho perceptible), de vida y existencia ajena e independiente. Y decimos, por tanto, que el acta es un documento representativo o probatorio, pero jamás constitutivo, porque el hecho no requirió de él para ser" (225).

Ante esta situación es necesario considerar acertada la posición del Derecho positivo contraria a que las declaraciones de voluntad sean contenido de las actas notariales; es otra manifestación, la más importante, del principio de respeto a las formas documentales superiores, plenamente fundada en la mayor eficacia de la escritura pública, que el Ordenamiento debe propiciar, y en evitar los confusionismos que en la práctica evidentemente se producirían ante la posible concurrencia de dos tipos de documentos aparentemente muy semejantes, pero en el fondo y en la eficacia, totalmente diferentes. Añadamos que sólo la escritura pública permite una actuación profesional del Notario, fundamento también de muchos de sus efectos; "ha de destacarse —decían GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, MANRIQUE y MOLLEDA— que la formalización notarial de un acto jurídico puede ser *inherente* o *exherente*, esto es, que el Notario penetre en el acto o que se quede fuera" (226); pero más bien es el acto el que penetra o se queda fuera del documento, y cuando se queda fuera la actividad profesional del Notario se ve necesariamente disminuida.

La prohibición reglamentaria tiene una excepción en las llamadas *actas formales*, los "casos en que la legislación notarial establece el acta como manifestación formal adecuada" (art. 144.3). Pero estas excepciones son más aparentes que reales; el acta de depósito ya hemos dichos que no documenta el "contrato" de depósito, sino el "hecho" de que el Notario recibe la cosa en depósito en las condiciones establecidas; y en cuanto al testamento cerrado, el "acta de su otorgamiento" (art. 707-4.^a del Código civil) es una verdadera escritura pública, cuyo contenido se determina *per relationem* al con-

(225) MARCELO NÉSTOR FALBO "Naturaleza jurídica del acta notarial", en *Revista Notarial*, núm. 864, septiembre-octubre 1982, págs. 1349-1376; las palabras citadas, en págs. 1372-1373.

(226) GONZÁLEZ ENRÍQUEZ-MANRIQUE-MOLLEDA, "Comprobación notarial de hechos", citado en nota 4, pág. 284.

tenido del sobre; de ahí sus efectos revocatorios del testamento anterior, que se producen aunque el sobre hubiere desaparecido; lo que ocurre es que, documentalmente, es una especie de resto paleontológico del sistema notarial intermedio o preprotocolar en que el Notario solamente conservaba "nota" de lo actuado (227). En la legislación especial también podrían citarse algunos supuestos, que en realidad lo que hacen es denominar "actas" a verdaderas escrituras; sin duda por traducir mal el francés.

Ejemplo, la aprobación del convenio por "acta notarial" según el art. 19 de la Ley de Suspensión de Pagos (redactado por Real Decreto de 17 de diciembre de 1925).

En la *práctica española* es frecuente que se documenten en acta una serie de consentimientos, autorizaciones, renunciaciones, obligaciones y hasta cesiones; quizá el supuesto más frecuente es el de obligaciones asumidas ante la Administración pública. Esta práctica creemos que debiera desaparecer, aun reconociendo que generalmente se trata de pequeños asuntos, y de negocios unilaterales, o al menos de comparecencias siempre unilaterales. El acta de manifestaciones bilateral es desconocida.

Uno de los supuestos más rechazables es el acta de manifestaciones de haber recibido el importe de una indemnización, generalmente de una Compañía de Seguros y a causa de un accidente, con renuncia a todas las posibles acciones: "Que ha recibido antes de este acto de..., la cantidad de... en concepto de definitiva y completa indemnización y compensación, por cuantos daños y perjuicios, tanto materiales como morales, haya sufrido el compareciente por el fallecimiento de... con lo que se declara total y absolutamente reintegrado de todas las percepciones de cualquier naturaleza que pudieran corresponderle frente a..., renunciando a todas las acciones que pudieran asistirle."

Y también el supuesto de cesión, porque, aunque la comparecencia sea unilateral, la cesión no lo es. La cesión de viales

(227) Cfr. mi trabajo, "El Derecho Notarial en el Fuero de Soria y en la legislación de Alfonso X el Sabio", en *Revista de Derecho Notarial*, XLIV, mayo-junio 1964, págs. 29-160.

en acta notarial es, por ejemplo, un documento inaceptable jurídicamente. Hay supuestos más admisibles: "Que como únicos herederos de su hermano Don ..., que falleció en ... el día ..., titular de la sepultura ... en el Cementerio de ..., se ratifican y renuncian a los derechos de titularidad que les corresponden a favor de ..."

Muy frecuente es, como decimos, el acta que tiende a recoger la voluntad unilateral de una persona como fuente de obligaciones frente a la Administración: "Que se hace responsable de la alimentación y de cuantos gastos pudiera realizar durante su estancia en España Don ..., así como a pagarle los gastos de regreso a su país si por cualquier causa lo ordenare la autoridad española."

La verdad es que estas actas están sin estudiar; ni en su tipología, ni en las necesidades de la sociedad que las demanda.

29. *Otras actas de manifestaciones.* Son numerosas, variadas, y en ocasiones pintorescas, las manifestaciones de la parte, en principio no de voluntad, que acceden, o pretenden acceder, al protocolo. Sin posibilidad ya de acometer su estudio, haremos unas consideraciones generales sobre ellas.

Minuta presentada por una señora mayor que acababa de quedarse viuda: "MANIFIESTA: Que a efectos de percibir pensión del Montepío de ..., en virtud del fallecimiento del socio del mismo Don ..., declara que no ha contraído matrimonio ni vive maritalmente con persona alguna, quedando obligada la manifestante a poner en conocimiento de dicho Montepío cualquier cambio en la situación antes mencionada, inmediatamente de que se produzca el mismo."

a) *Las actas "por mí y ante mí".* Al tratar del acta del artículo 61 del Reglamento, la negábamos la imposible condición de acta de mera percepción de hechos o presencia, y la atribuíamos la naturaleza de acta de manifestaciones, que acredita el hecho de que éstas se han producido, pero no su verdad intrínseca; no parece, en efecto, que haya inconveniente, en tales condiciones, en que el Notario sea su propio rogante, que actúe "por mí y ante mí". Claro es que en la práctica no se da este tipo de actas, y yo solamente he visto alguna

que pudiéramos llamar de “manifestación de sentimientos”: último instrumento autorizado por el Notario al cesar en virtud de jubilación; y también primer número, al ingresar en el Notariado.

b) *La capacidad del manifestante.* En las actas de manifestaciones testimoniales el manifestante deberá tener la edad de catorce años (art. 1.246-3.º del Código civil). Cuando el manifestante es la parte no se puede observar un criterio riguroso, especialmente si se tiene en cuenta la nueva consideración del menor en las modernas regulaciones de la patria potestad y de la tutela. En este sentido, la *Resolución de 2 de agosto de 1985* declara: “que el hecho de recoger en acta manifestaciones de un menor, de once años de edad, aunque éstas se refieran a las delicadas relaciones paterno-filiales en casos de conflicto matrimonial, ni está vedado por la Ley o el Reglamento Notarial, ni implica invasión de áreas ajenas al ámbito propio de la función notarial, máxime si se tiene en cuenta, por un lado, las peculiares circunstancias afflictivas y de relativa urgencia que concurrían en el momento mismo en que se levantó el acta, así como las medidas precautorias que adoptó el Notario para garantizar la falta de coacción que pudiera ejercerse sobre el menor al hacer sus manifestaciones y, por otro lado, la escrupulosa insistencia del Notario en torno a la inequívoca necesidad de reiterar la presencia de los comparecientes ante la autoridad judicial competente para entender del conflicto conyugal y la plena sumisión de los efectos del acta a las decisiones jurisdiccionales oportunas”. La Resolución está planteada desde el punto de vista del ámbito de la función notarial y no desde la capacidad del manifestante, pero lo cierto es que ésta se da por supuesta; para ese caso concreto, el artículo 92.2 del Código dispone: “Las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos serán adoptadas en beneficio de ellos, tras oírles si tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de catorce años.”

c) *Licitud.* La mera aplicación de los principios generales impone la denegación de funciones cuando el rogante pretenda atribuirse hechos claramente constitutivos de delito.

No hace mucho tiempo se pretendió que los 1.500 ó 2.000

vecinos de un pueblo manifestaran en acta notarial su participación en un acuerdo de «que se cortara la luz pública y se suspendieran las fiestas».

d) *Manifestaciones de verdad.* Constituyen un grupo importante las llamadas manifestaciones de ciencia o de verdad. Pongamos por ejemplo las declaraciones de bienes y fuentes de ingresos que tienen que hacer Diputados y Senadores.

Reglamento de Congreso de los Diputados de 24 de febrero de 1982, artículo 18:

“1. Los Diputados estarán obligados a efectuar declaración notarial de sus bienes patrimoniales y de aquellas actividades que les proporcionen o puedan proporcionar ingresos económicos.

2. La mencionada declaración deberá formularse en el plazo de dos meses siguientes a la fecha en que cada uno haya asumido plenamente la condición de Diputado.

3. Los Diputados vendrán obligados a poner a disposición de la Comisión del Estatuto de los Diputados, siempre que resulte necesario para su trabajo, copia autorizada de aquella declaración.”

Reglamento del Senado de 26 de mayo de 1982, artículo 26:
“Los Senadores, una vez proclamados oficialmente, estarán obligados a efectuar, en los cuatro meses siguientes a la constitución definitiva de la Cámara, declaración notarial de sus bienes patrimoniales, de su profesión, de los cargos públicos y privados que desempeñen y de aquellas actividades que les proporcionen o puedan proporcionar ingresos económicos. Los Senadores vendrán obligados a poner a disposición de una Comisión de Encuesta, siempre que ésta lo considere necesario para sus trabajos, copia autorizada de dicha declaración.”

e) *Protestas.* La antigua *protestatio coram notario*, como medio conservativo de derechos ha dado origen a diversas instituciones, entre ellas el protesto de letra de cambio; pero en su forma “común” y con efectos muy discutibles, aparece todavía, incluso en boca de empresas importantes.

Protesta otorgada en Madrid, el 1 de octubre de 1595, ante el Notario Don Francisco de Quintana: “ante mí el escrivano público y testigos yuso escritos, pareció presente Lucía de Vrue-

na (sic), muger de Pero Fernández de la Fuente, procurador del número de la audiencia desta villa de Madrid, y dixo que de quatro años poco más o menos tienpo a esta parte que a que es casada, el dicho su marido le a hecho y hace fuerça y la a inducydo, forçado y atemorizado a que entrase como entró juntamente con él en el otorgamiento de escritura de vienes que a bendido ansí de los suyos dotales de la dicha Lucía de Vreña como de otros que años tenían y aquella podía tener derecho ... y protesta y dice todas las vezes que puede y deue de derecho que por lo que a hecho y hiciere no se a uisto obligar ni hacer venta ni enajenación en ninguna manera de ningunos bienes suyos dotales ni de otros ningunos que le pertenezcan y a que tenga derecho, y de pedirlos por qualesquier manera y bía que sea y más le conuenga, porque de todo ello reclama y lo protesta y contradize ante mí el dicho presente escriuano y los testigos yuso escritos, porque todo quanto a hecho hasta agora y hiciere de aquí adelante, lo haze y a hecho contra toda su boluntad y con el dicho miedo y biolencia y por su acción del dicho Pero Fernández, su marido, por los dichos temores y malos tratamientos y con recelo de que no la quite la vida o escusar otros escándalos o muertes entre él y su padre de la dicha Lucía de Vreña o sus deudos o parientes..." (228).

f) *Actas de manifestaciones sustitutivas*. De conformidad con el carácter general de la fe pública notarial, los instrumentos públicos, y en concreto las actas de manifestaciones son utilizadas con frecuencia para suplir la carencia de otro medio de acreditar las circunstancias de que se trate. La legislación italiana ha tratado de sistematizar algunos de estos supuestos a partir del DPR de 2 de agosto de 1957, número 678, y actualmente la materia se rige por la Ley de 4 de enero de 1968, número 15, con las modificaciones introducidas por la Ley de 11 de mayo de 1971, número 390; distingamos dos grandes grupos:

a') *Manifestación sustitutiva del acta de notoriedad*. El RDP de 1957 dispuso en su artículo 7.º que "en todos los casos en los que

(228) Publicada en págs. 70-72 de "La vida privada española en el protocolo notarial. Selección de documentos de los siglos XVI, XVII y XVIII del Archivo Notarial de Madrid", publicada por el Ilustre Colegio Notarial de Madrid con ocasión del II Congreso Internacional del Notariado Latino, con un estudio preliminar de don AGUSTÍN G. DE AMEZÚA Y MAYO, Madrid, 1950.

se requiere por las disposiciones vigentes, el acta de notoriedad puede ser sustituida por una declaración efectuada y suscrita por el interesado ante el Notario, el secretario del Ayuntamiento o el funcionario competente para recibir la documentación”; innovación muy atrevida y a todas luces de excesiva amplitud, que hubo de ser limitada por el artículo 4.º de la Ley de 1968 al “acta de notoriedad concerniente a hechos, estados o cualidades personales que sean del conocimiento directo del interesado”; la declaración se autentica mediante una legitimación por testimonio directo, que es calificada por MORELLO, FERRARI y SORGATO de “acto público anómalo”, porque el Notario “no se limita a autenticar la firma de la declaración hecha por el interesado, sino que la recibe” (229); evidentemente sería mucho más adecuado en los supuestos importantes (piénsese en los que ahora cubre la declaración judicial de herederos abintestado) un documento protocolar, como el acta de manifestaciones.

En nuestro Derecho cabe citar el artículo 363.2 del Reglamento del Registro Civil, “el estado de soltero, viudo o divorciado (se acredita) por declaración jurada o afirmación solemne del propio sujeto o por acta de notoriedad”; supuesto claro de acta de manifestaciones sustitutiva de acta de notoriedad.

b') *Manifestación sustitutiva de otros documentos.* El artículo 2.º de la Ley de 1968 reguló las declaraciones sustitutivas de certificaciones, la llamada por la doctrina italiana “autenticación administrativa”: “La fecha y el lugar de nacimiento, la residencia, la ciudadanía, el goce de los derechos políticos, el estado de soltero, casado o viudo, el estado de familia, la existencia con vida, el nacimiento del hijo, el fallecimiento del cónyuge, del ascendiente o del descendiente, la situación a efectos de las obligaciones militares y la inscripción en censos o registros llevados por la Administración pública se comprueban con declaraciones, incluso dentro de la solicitud, suscritas por el interesado en sustitución de las certificaciones normales”; la firma de esas declaraciones se tiene que legitimar en la misma forma antes

(229) MORELLO, FERRARI y SORGATO, *L'atto notarile*, citado en nota 45, página 327.

examinada. Una disposición, como se ve, de gran importancia para la simplificación de la burocracia.

En el Derecho español, conforme al artículo 363.2 del Reglamento del Registro Civil antes expuesto, el acta de manifestaciones puede también sustituir a cualesquiera certificaciones o documentos administrativos tendentes a acreditar el estado de soltero, viudo o divorciado. Otra aplicación de acta de manifestaciones sustitutiva es la referente a la prueba por parte de los empresarios de su capacidad para contratar con la Administración, por no estar incluidas en ninguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 9.º de la Ley de Contratos del Estado (redacción del Real Decreto Legislativo 931/1986, de 2 de mayo): “podrá acreditarse mediante testimonio judicial o certificación administrativa, según los casos, y cuando dicho documento no pueda ser expedido por la Autoridad competente, podrá ser sustituido por una declaración responsable, otorgada ante una autoridad judicial, administrativa, Notario público u Organismo profesional cualificado” (art. 9.º-3, transcrito en el art. 23.3 del Reglamento, redacción del Real Decreto 2528/1986, de 28 de noviembre).

g) *Otros supuestos.* Hemos visto aplicadas estas actas en defensa de la libertad de expresión, recogiendo en ellas previamente las manifestaciones del entrevistado. Y en apoyo al exiliado: “Que ha ido a la Embajada de su país en Madrid en tres ocasiones al objeto de que sea renovado su pasaporte, y siempre le ha sido denegado”, lo que no deja de ser una manifestación sustitutiva de una certificación negativa, que no le entregan, y de un acta notarial de requerimiento que no es posible practicar. Como siempre, en cualquier tipo de actas nos encontramos enseguida con los problemas humanos.

PARTE TERCERA

PUNTOS OBJETO DE DEBATE

Todo estudio sobre las actas notariales tiene que empezar proclamando su inmensa variedad, la riqueza de formas y matices que es-

capa a todo intento de fijación conceptual. El primer objetivo de la Ponencia era precisamente ése, trazar una panorámica de las actas notariales que pusiera de relieve esa variedad, esa riqueza, trasunto de la que tiene la vida jurídica misma, que tratan de recoger. En consecuencia, los conceptos y categorías jurídicas son solamente criterios de aproximación a la realidad, y las afirmaciones, observaciones y juicios que vamos a formular a lo largo de esta exposición están siempre sujetos a matizaciones y a excepciones. Era conveniente encabezar así esta propuesta de los puntos objeto de debate en la presente Jornada para no tener que repetirlo a cada paso.

Punto primero.—La actividad del Notario y los diversos tipos de actas. La escritura pública está esencialmente destinada a expresar los pensamientos de los otorgantes, especialmente sus declaraciones de voluntad; las declaraciones del Notario sobre sus propias actuaciones en la escritura, constituyen su menor parte, y tienen, además, un carácter instrumental, accesorio a las declaraciones de las partes, a fin de dotar a éstas de la máxima eficacia.

Las actas notariales, por el contrario, están en principio dedicadas a narrar las actuaciones propias del Notario; el rogante no hace otra cosa que poner en marcha una actuación que no puede ejercerse de oficio; el Notario, se dice, es el “protagonista” en las actas, mientras que en las escrituras los otorgantes son los “*domini negotii*”, y no es el negocio para el instrumento, sino el instrumento para el negocio. El estudio de las actas notariales tiene que partir, en consecuencia, de la consideración de esa actuación que en las actas —en cada tipo de actas— desempeña el Notario.

Otro orden de razones aconseja que abordemos este tema; el deshacer los equívocos que originan quienes afirman, quizá para hacer resaltar la imparcialidad del Notario, que en las actas el Notario tiene una actitud “pasiva”, que hasta se tilda de “fría” y de “indiferente”. En ello hay, como siempre, una parte de verdad; en la escritura pública el Notario tiene, desde luego, una actuación positiva más destacada incluso en la esfera de los hechos, porque el contenido propio de la escritura, las declaraciones de voluntad, son hechos futuros cuando empieza la actuación del Notario, y en virtud de ella,

de su labor de consejo, pueden llegar a ser diferentes de como se proyectaban; en las actas, por el contrario, el Notario no se enfrenta con hechos futuros, sino con hechos presentes, que ha de expresar en el acta con la mayor fidelidad; pero esto no quiere decir que su actuación sea “pasiva”.

I. El primer grupo de actas, en la clasificación más corriente en las legislaciones y en la doctrina, está constituido por las *actas de presencia*. La Ponencia rechaza esta terminología, porque la presencia del Notario es de esencia en toda actuación notarial, en las actas y fuera de las actas, y sólo los problemas que originó la admisibilidad de las actas de referencia explica que, por contraposición, se llegara a hablar de actas de presencia; pero también se rechaza la categoría misma, por comprender actas totalmente heterogéneas. Y en su lugar, y con parte de ellas, la Ponencia sitúa un primer grupo de actas, las *actas de mera percepción*, que tienen un sentido nuclear, primario, no ya de las restantes actas, sino de toda la función notarial. En las actas de mera percepción el Notario se limita a expresar los pensamientos que ha adquirido por su propia percepción sensorial, “*de visu et auditu suis sensibus*”. Es aquí donde estamos más cercanos a esa actuación “pasiva” del Notario; pero tampoco hay tal pasividad, puesto que el Notario tiene que esforzarse en confirmar, desde todos los puntos de vista, sus iniciales percepciones; razón por la cual se denominan también *actas de comprobación de hechos*.

II. A partir de estas actas primarias se han ido desarrollando las *actas especiales*, en las que la actuación del Notario se hace más compleja.

1. Hay supuestos en que el objeto de la percepción del Notario no es una cosa, una persona o un acto, sino que es el resultado de una actuación que pudiera haber sido manipulada; si el Notario se limitara a autenticar ese resultado, tal y como lo percibe por sus sentidos, se arriesgaría a crear una engañosa apariencia de legalidad y a defraudar la confianza que sus conciudadanos tienen depositada en el instrumento público; es, pues, preciso que desde su posición de imparcialidad el Notario controle la actuación de quien precisamente es su rogante, para asegurarse de su corrección, e incluso de su lega-

lidad, en el caso de que aquella actuación esté sujeta a normas legales o voluntarias de cualquier tipo. Tenemos, pues, un grupo de *actas de control y percepción*, entre las que se encuentran las actas de sorteo y de muestreo, las de publicidad comercial, las de determinación de saldo, las actas de Juntas y las actas de subasta.

2. La fe pública, por otra parte, no está limitada a las percepciones sensoriales del Notario; se extiende también a los hechos que el Notario mismo ha realizado en el ejercicio de su función, de los que tiene una certeza incluso superior a la de los hechos meramente percibidos por él. Tenemos así un nuevo grupo de actas notariales, las *actas de hechos propios del Notario*, que acaban con la pretendida pasividad de la actuación del Notario en materia de actas, determinan el verdadero ámbito de la fe pública, y tienen una excepcional importancia teórica para la función notarial, al suponer el definitivo arrumbamiento de la vieja conceptuación del Notario como testigo público, testigo cualificado, testigo privilegiado o como se le prefiera adjetivar, pero al fin y al cabo testigo: porque nadie puede ser testigo de sus propios actos. Están incluidas en este grupo de actas las de notificación y requerimiento, de ofrecimiento real, de remisión por correo, de protocolización, y quizá con algún esfuerzo, las de depósito.

3. Es imposible encerrar la función notarial en el mundo de los hechos sensibles; partiendo de su raíz sensorial, la actividad del Notario se expande hasta la esfera del Derecho, donde ya no puede emitir afirmaciones, sino juicios, calificaciones; también en materia de actas; tenemos así las *actas de calificaciones jurídicas*, que tienen como momento esencial la expresión por el Notario de su propio juicio; son las actas de notoriedad, los expedientes notariales, las actas de subsanación y los certificados notariales.

4. El último grupo de actas de que se ocupa la Ponencia está constituido por las *actas de manifestaciones*, cuyo contenido fundamental no son ya las declaraciones del Notario, sino las de los particulares; pueden ser actas de manifestaciones de terceros, como las testimoniales o actas de referencia y las periciales; o tratarse de manifestaciones de la parte misma, de voluntad —en la medida en que cada legislación lo admita— o de otros y variados tipos.

La actuación del Notario en las actas es, pues, muy compleja: de mera percepción y comprobación; de control de regularidad y legalidad; de hecho propio; de formulación de calificaciones; de recepción de manifestaciones. Más la función asesora y de asistencia de que se tratará en el punto siguiente.

Punto segundo.—Las actas y la imparcialidad y el asesoramiento del Notario. En cualquiera de las dimensiones de la función notarial, asesora, documentadora y fedante, inescindiblemente fundidas, la *imparcialidad* es esencial. Pero en las actas la imparcialidad tiene especiales matices, debidos sobre todo a la rogación unilateral. Mientras que en la escritura pública con dualidad o pluralidad de partes, todas ellas requieren la prestación de funciones del Notario, en las actas el rogante es solamente uno, y al aceptar su rogación, por juzgarle con interés legítimo, el Notario tiene que extender y en su caso cumplimentar el acta correspondiente, pero sin que ello suponga ayudar al rogante a que su interés prevalezca sobre los intereses, que pueden ser igualmente legítimos, de las otras personas frente a las que se ejercita la función notarial, o de los terceros, de los *quoscumque extraneos* contra los que produce sus efectos el instrumento público. Por ello, en materia de actas la imparcialidad del Notario presenta muy variadas manifestaciones.

La *rogación* tiene que proceder de persona extraña al Notario y a su interés; no cabe la actuación “por mí y ante mí”, ni la actuación “pro Notario”; la excepción —como decíamos al principio, siempre hay excepciones—, está constituida por ciertas actas de manifestaciones que, como tales, sólo acreditan la realidad de la manifestación, pero no su verdad intrínseca. Por ello la Ponencia atribuye esta naturaleza de acta de manifestaciones al acta que, conforme al artículo 61 del Reglamento, levantará el Notario al que se impida o dificulte el libre ejercicio de sus funciones con injurias, amenazas o cualquier forma de coacción, o se le falte al respeto o consideración debida.

La *actuación clandestina* es absolutamente proscrita, aunque con ello padezca la prueba de hechos fundamentales para los derechos del rogante. Siempre que en el ejercicio de sus funciones el Notario entre en relación con otras personas, tiene que darlas a conocer su condición de Notario y el objeto de su presencia (art. 202.2, en tema de actas

de notificación y requerimiento); en la carta o documentos remitidos por conducto notarial quedará siempre constancia de la intervención del Notario (art. 201.3); el Notario sólo puede consignar en acta las manifestaciones que se hagan por personas a las que previamente haya dado a conocer su condición de fedatario (art. 198.3) y si esas personas tienen derecho a un plazo para contestar, como ocurre en las actas de notificación o requerimiento, no consignará el Notario contestación ninguna que diere al destinatario antes de haberle advertido de su derecho a contestar y del plazo reglamentario para ello (art. 204.2).

Aunque la rogación impulsa y delimita la actuación del Notario, la *integridad de la fe pública* impide que el rogante divida arbitrariamente la realidad que va a ser recogida en el acta, porque en tal caso el Notario deberá denegar su intervención, y si ya ha aceptado la rogación y al tiempo de cumplimentarla se apercibiera de esos propósitos, tiene que extralimitarse de la rogación y narrar en el acta el hecho completo.

El requerido y el notificado —finalmente— *tienen derecho a contestar* ante el Notario dentro de la misma acta en el plazo de los dos días laborales siguientes (art. 204); se recoge así el interés del destinatario de que en la misma acta conste su posición, a fin de que ni el Juez ni nadie pueda verse influenciado por una presentación unilateral de los hechos por parte del rogante; y para ello se le concede un plazo, necesariamente breve, a fin de que pueda pensar y consultar su contestación, con lo que se le coloca en una posición equivalente a la de su requirente.

El Notario tiene, pues, que proceder en todo caso, como dijo la *Resolución de 18 de noviembre de 1966*, “con la propia esencia de la función notarial, que se desenvuelve con imparcialidad e independencia, en un plano superior al de los contrapuestos intereses de los particulares”.

La *función asesora* del Notario queda naturalmente reducida en algunos tipos de actas, como pueda ser el acta de mera percepción de realidades físicas. Pero aquí se han unido, en un solo punto de debate, imparcialidad y asesoramiento, porque en la imparcialidad se encuentra, precisamente, una importante causa de limitación del asesoramiento notarial en las actas, especialmente en aquellas en que, frente al rogante, hay un destinatario.

El asesoramiento propio del Notario es, en efecto, un *asesoramiento imparcial*, que funciona de manera típica en la escritura pública con dualidad o pluralidad de partes; el Notario, un solo Notario, ha de atender al mismo tiempo a los contrapuestos intereses de todas ellas, a fin de aclarar sus respectivas posiciones y ayudarlas a conseguir un punto de equilibrio, estable y lo más justo posible. En cuanto los interesados no están al mismo tiempo y en igualdad de plano ante el Notario, el esquema típico se disloca; pero el consejo a prestar por el Notario tendrá que seguir siendo, en la medida posible, un consejo notarial, y por tanto imparcial, sin equipararse nunca al consejo que pudiera proporcionar un Abogado, que no es ni tiene por qué ser un asesoramiento imparcial.

No hay otra salida que el *limitar* el asesoramiento; el Notario tiene que seguir indagando la voluntad del *rogante*, a fin de determinar la adecuación del acta elegida a la finalidad pretendida; tiene que proporcionarle informaciones legales; tiene que comprobar, en su caso, la concurrencia de los requisitos exigidos; y puede redactarle el acta misma, sobre todo si es legal o socialmente típica; pero no puede darle consejos para que prevalezca su interés en un clima prelitigioso. También tiene el Notario que asesorar limitadamente al *destinatario*, proporcionarle informaciones legales, indicarle el alcance de la contestación que pretende, pero claro es, no ayudarle a que el requerimiento fracase.

En otros tipos de actas, en que no hay esa contraposición entre requirente y requerido, y en especial en aquellas que tienen una concreta finalidad jurídica, la función asesora del Notario puede desenvolverse con mayores alcances, llegando incluso a la creación de nuevas actas, adecuadas a necesidades prácticas hasta entonces desatendidas; actas que con el tiempo pueden llegar a adquirir tipicidad social, e incluso tipicidad legal.

Recordemos, finalmente, que hay un nivel en la actuación asesora del Notario del que éste no puede nunca prescindir, y que ha de aplicar igualmente a todos los que se acercan a él, lo mismo al rogante de su actuación que al requerido o notificado; el nivel de *asistencia*, exigido por el artículo 147.3 del Reglamento: “y prestará asistencia especial al otorgante (o al requirente, o al requerido) necesitado de

ella”; el Notario no puede prestarse a ser utilizado como una “trampa tendida a la buena fe de las partes”, como ya decía la antigua jurisprudencia francesa, sino que tiene que asistir al ignorante, al inexperto, al precipitado, al compareciente “débil”, para seguir la expresión consagrada, porque la imparcialidad del Notario ha de ser también en las actas una imparcialidad “sustancial”.

Punto tercero.—El control de legalidad en las actas y el respeto a las formas documentales. El Notario ha de actuar, también en las actas, “conforme a las leyes”, que dice el artículo 1.º de la Ley Orgánica, y el mismo rango que el principio de obligatoriedad de la prestación de las funciones notariales, tiene el principio de denegación de funciones cuando el acto, en todo o en parte, sea contrario a las leyes, a la moral o a las buenas costumbres o se prescinda por los interesados de los requisitos necesarios para su plena validez (art. 145.2).

El *control de legalidad* que ello supone apenas tiene aplicación en aquellas actas que solamente persiguen finalidades de índole material, y especialmente en las de mera percepción de cosas, puesto que las cosas en sí no pueden calificarse de inmorales ni de ilegales. Otras veces, el nivel del control viene muy disminuido, sencillamente porque el acta no entra en el fondo del asunto; así, en las actas de remisión por correo el Notario únicamente está obligado a comprobar que la carta o documento que se va a remitir no es contrario a la Ley penal, al orden público o a las buenas costumbres (art. 201.2). Y hay supuestos en los que especialmente se recuerda la vigencia de la norma general, como al disponer que el Notario rechazará todo depósito que pretenda constituirse en garantía de un acto o contrato contrario a las leyes, a la moral o a las buenas costumbres (art. 218.4). El control de legalidad depende, por tanto, también de los distintos tipos de actas, de la finalidad que se pretenda y de los efectos que el acta pueda originar. Queremos solamente llamar la atención sobre dos aspectos en los que la Ponencia insiste.

Por un lado, el Notario tiene que evitar la *creación de una mera apariencia de legalidad*, mediante la autorización de un acta vacía de sentido. Recuérdese que el mayor argumento utilizado en otros tiempos en contra de la admisibilidad de las actas de referencia era pre-

cisamente éste; que se creaba una nada documental, puesto que el Notario no podía garantizar la verdad intrínseca de las declaraciones testimoniales vertidas en el acta. Actualmente, con la mayor difusión de la cultura jurídica, las actas de referencia no deben producir esas consecuencias engañosas. Pero los interesados pueden planear las más variadas y vacías apariencias documentales que el Notario debe rechazar; baste recordar aquí las actas de control y percepción.

Otra manifestación de un mismo principio superior que podría llamarse de *prohibición del abuso de la forma documental* consiste en el *respeto a las formas documentales superiores*, especializadas o típicas.

1. Ante todo, las actas deben respetar a la *escritura pública*, como género documental más evolucionado y especialmente destinado a contener, como dice el artículo 144.2 del Reglamento, las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento y los contratos de todas clases. El Notario deberá denegar, en consecuencia, la autorización del acta de manifestaciones que pretenda contener declaraciones de voluntad de la parte, incluso declaraciones unilaterales y en asuntos de escasa trascendencia. De igual manera es rechazable el acta de requerimiento convenida, en que a través de la rogación y de la contestación del requerido se pretenda documentar un contrato. Y no digamos el acta de presencia que recogiera un contrato oral. La escritura pública es el género documental precisamente creado para contener las declaraciones negociales y dotarlas de la máxima eficacia; y no se puede, regresivamente, sustituir a la escritura por un acta, del tipo que sea.

2. En el extremo opuesto de la escritura está, como género documental menos evolucionado, el *acta de mera percepción*. Este es el campo donde han fructificado las diversas clases de actas, y hasta nos atreveríamos a decir que el instrumento público entero; y tampoco es posible retrotraer esas actas especializadas a meras actas de presencia, porque con ello se elude la regulación que en cada caso se ha considerado más justa. El Notario deberá denegar, por tanto, la autorización como meras actas de presencia de las actas que hemos llamado de control y percepción, porque entonces estaría faltando a su deber de control y crearía una apariencia de corrección o de lega-

lidad engañosa. Tampoco es posible autorizar como acta de presencia el requerimiento personal del requirente al requerido, porque se privaría a éste del plazo que tiene para contestar y por tanto de su posibilidad de pensar y de consultar su contestación; el requerido podría verse envuelto en las habilidades del requirente, sin que el Notario pudiese hacer nada para evitarlo y la posición de paridad entre las partes que la regulación de las actas de notificación y requerimiento ha intentado crear, se podría ver irremediamente rota. Y no cabe, para poner otro ejemplo, bordear la regulación reglamentaria del acta de remisión de cartas por correo, y especialmente el mandato de la constancia en la carta de la intervención notarial, autorizando un acta de presencia en la que el Notario ve cómo el remitente mismo envía la carta.

3. La misma infungibilidad puede presentarse en cuanto a *otros tipos de actas*. El acta de notificación o requerimiento, por ejemplo, no puede ser sustituida por un acta de remisión por correo cuando lo que se pretende es obtener una notificación o un requerimiento notariales, pero negando al destinatario su derecho de contestación.

En nuestro Derecho, aparte del artículo 144.3 para las escrituras públicas, impone las soluciones indicadas la frase final del artículo 145.2: “o se prescinda por los interesados de los requisitos necesarios para la plena validez de los mismos” (actos).

Punto cuarto.—Las actas y el respeto a las personas y a su intimidad. A diferencia de la escritura pública, en que la actuación del Notario es solicitada, con su comparecencia, por todos los interesados, el acta notarial se promueve por una sola parte; en consecuencia el Notario, para la aceptación o denegación de la autorización del acta, y después, al tiempo de cumplimentarla, ha de tener en cuenta si se respetan las personas que puedan venir afectadas y especialmente si se respeta su intimidad; el artículo 18 de la Constitución, en efecto, garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen, y declara inviolable el domicilio de las personas.

1. En las actas de mera percepción de personas, relativas a la constancia en acta de cualesquiera estados o circunstancias físicas de personas ajenas, o su presencia en determinados lugares, así como en

las actas de mera percepción de actos ajenos, han de tenerse muy en cuenta las consideraciones que preceden y denegar en caso de duda la intervención notarial.

2. También son delicadas las actas de notificación y requerimiento, como prototipo de las actas que exigen que el Notario, para cumplimentarlas, entre en relación con terceras personas; el respeto debido a la persona del destinatario parece imponer la preexistencia de una cierta relación rogante-destinatario que permita a aquél introducirse en la esfera jurídica de éste; a falta de tal relación, todo lo ampliamente entendida que se quiera, el acta no sería ya de requerimiento, sino que se trataría de un acta testimonial o de referencia provocada, que podría o no autorizarse según los casos.

3. La práctica de la diligencia exige por parte del Notario la mayor corrección, que debe empezar por la elección del día y hora adecuados para su actuación y seguir por el modo de presentarse, dando a conocer su condición de Notario y el objeto de su presencia, y por el modo de actuar; es claro que el Notario no podrá entrar en locales cerrados o privados, para ejercer su función, sin la autorización o consentimiento de persona que tenga un derecho actual a permitir o denegar la entrada en el mismo; y mucho menos puede entrar en un domicilio ajeno, que es inviolable.

4. En tema de actas de notificación y requerimiento dispone el artículo 202.3 del Reglamento que si la diligencia se entendiera con persona distinta del destinatario, la cédula, copia o carta por medio de la cual se cumplimenta la notificación o el requerimiento “podrá entregarse bajo sobre cerrado” a ese consignatario o mero receptor. La Ponencia se hace eco de la tendencia a convertir en obligación esta mera facultad concedida al Notario, de manera que en tales casos la entrega tenga lugar bajo sobre cerrado siempre, y no solamente cuando el asunto sea especialmente delicado o reservado, para evitar que se enteren el portero, el vecino, el dependiente y hasta el familiar; piénsese que también existe una intimidad “económica”, que puede verse afectada por la entrega a un tercero de una simple cédula de notificación de un protesto. El respeto al secreto profesional es otro argumento poderoso en la misma dirección.

Punto quinto.—*Las actas y la conservación, la defensa y el ejercicio de los derechos.* Las actas, desde un punto de vista funcional, suelen considerarse como un simple medio de prueba; pero tienen con frecuencia otras funciones.

1. La notificación, especialmente aquella que tiene un contenido requisitorio, aparece con frecuencia como un acto de *conservación* de los derechos del notificante, especialmente apto para eliminar los efectos de la inercia jurídica. La reclamación extrajudicial en acta notarial, por ejemplo, interrumpe la prescripción de acciones (art. 1.973) y pone al deudor en mora (art. 1.100).

2. En lo que atañe a la *defensa* de los derechos de los particulares, las aplicaciones de las actas son muy variadas, siendo especialmente de destacar las que se han levantado para defender los derechos humanos en tiempos de quiebra de las instituciones normales del Estado de Derecho.

En situación de normalidad tiene especial interés la defensa de los derechos de los particulares ante la Administración pública. En el Derecho español está reconocida la intervención de Notario respecto de las incidencias en actos públicos presididos por autoridad competente, poniéndolo previamente en conocimiento de la misma; y los Notarios pueden levantar actas de presencia sobre la existencia o no existencia de anuncios, convocatorias, etc., en los tablones de anuncios correspondientes, y sobre la presentación de instancias y documentos en los Registros de entrada y cualquier dependencia similar de las Oficinas públicas.

No está admitida, por el contrario, la práctica de notificaciones y requerimientos notariales a la Administración, porque si bien la esfera administrativa es extrajudicial, el Notario debe proceder “conforme a las leyes”; y por tanto respetando las competencias y los procedimientos establecidos en las leyes administrativas.

Esta doctrina, ya asentada, puede verse afectada en supuestos concretos de indefensión del ciudadano, que producirían una ampliación del ámbito de aplicación de las actas notariales; cierto es que la defensa de los derechos de los ciudadanos están especialmente encomendados a los Tribunales de Justicia y al Defensor del Pueblo, pero el Notariado, al que compete la fe pública general, siempre ha acudido en su ayuda; sin su intervención en el momento oportuno, tantas

veces fugaz, el daño podría haberse producido de manera irreparable. Es de resaltar, por ello, uno de los considerandos de la *Resolución de 3 de mayo de 1984*: “que, asimismo, ha de extremarse la prudencia en aceptar la intervención notarial en los casos en que el requirente invoque su situación de indefensión ante la Administración, porque aunque tal alegación sea hoy particularmente atendible conforme a los principios constitucionales, la facilidad con que puede aquélla utilizarse y, de hecho, se utiliza, hace aconsejable, en evitación de abusos, que, como mínimo, el requirente declare en el acta, bajo su responsabilidad, hallarse en situación de indefensión, con indicación de en qué consiste ésta y la actuación, órgano o funcionario específicos que la originan”; todas estas precauciones son acertadas, en evitación de abusos; pero el principio, como se ve, es que la indefensión del particular ante la Administración no puede tolerarse, conforme a los mismos principios constitucionales.

3. Las actas son, finalmente, modos de *ejercicio* de los derechos en la esfera extrajudicial, vertebrando ésta y haciéndola funcionar sin una constante intervención de los Tribunales.

Los derechos de tanteo o retracto legales, el derecho de retracto convencional y el derecho de opción; la resolución de la compraventa de bienes inmuebles en caso de impago del precio aplazado; la revocación del mandante y la renuncia del mandatario; la rescisión unilateral de un contrato cuando fuera procedente; la denegación de prórroga a un arrendatario; y en general una amplia gama de facultades y poderes jurídicos, la mayor parte de los cuales pueden encuadrarse en la figura de los derechos potestativos, pueden ejercitarse extrajudicialmente mediante la correspondiente notificación notarial a la contraparte. Y lo mismo sucede, viceversa, con las denuncias, esto es, con aquellas notificaciones de intento que abren al notificado un plazo preclusivo, de caducidad, para el ejercicio de un derecho potestativo propio, que suele ser un derecho de adquisición preferente (tanteo o retracto legal).

Citemos también las *ofertas reales*, especialmente los ofrecimientos de pago, que aparte de poner en mora al acreedor, seguidos de la consignación judicial pueden llegar a la extinción del crédito. O las actas de recogida e inutilización de títulos para la consecución de cancelaciones registrales.

Punto sexto.—Las actas y las relaciones internacionales. La índole internacional de esta Jornada impone tratar de las posibles repercusiones de las actas en el ámbito internacional. Destacaremos algunos puntos.

1. Es frecuente la necesidad de practicar requerimientos o notificaciones, o de levantar otro tipo de actas, en el territorio de otro país. Parece que el medio más adecuado, al menos dentro de los países de Notariado Latino, unidos en un Notariado común, es el requerimiento de Notario a Notario, o *exhorto notarial*; practicada la rogación a Notario del propio país, sería ese Notario el que se dirigiría al Notario del país en que la diligencia hubiera de practicarse, para que hiciera la notificación o el requerimiento, o levantase el acta de que se trate.

En tema de notificaciones y requerimientos puede también acudir-se a la remisión de carta por correo; pero ello no da lugar a una verdadera notificación o requerimiento notariales, sin perjuicio de los efectos correspondientes si por ese medio los hechos hubieran llegado a conocimiento del destinatario.

2. Los *certificados de identidad y de nacionalidad* han sido estudiados en la Sección de Mercado Común y en la Comisión de Asuntos Europeos de la Unión Internacional del Notariado Latino, y parece que hay que esperar a las conclusiones que en esa sede se obtengan. Pero conviene hacer resaltar las grandes ventajas y aumento de celeridad y seguridad que producirían en el tráfico jurídico dotado de algún elemento de internacionalidad, sobre todo en lo que hace referencia al régimen económico-matrimonial de las personas físicas, y a la constitución legal, personalidad jurídica y estatutos de las sociedades.

3. Especial consideración merecen las dificultades que los documentos notariales latinos pueden encontrar en países de sistema notarial anglosajón. El Notario español, por ejemplo, está vinculado por la *lex auctor* y no puede adoptar formas notariales foráneas; pero aplicando el Derecho Notarial español corre el riesgo (especialmente en materias de propiedad industrial, Derecho marítimo, etc.) de que el documento, aun siendo de superior calidad, no surta de hecho en el país de destino, los efectos pretendidos; por otra parte, la mera legitimación de firmas, que es en nuestro sistema el género instru-

mental más semejante al documento notarial anglosajón, como género entre nosotros rudimentario, no suele contener los requisitos mínimos exigidos en el país destinatario.

La reforma de 1984 del Reglamento Notarial español ha intentado resolver estos problemas mediante la creación de un acta de exhibición de documentos que permitiera una más amplia actuación extraproto-colar del Notario; este acta sería utilizable, según el *art. 207.2.2.º*:

“Para hacer constar la existencia de un documento no notarial cuyas firmas legitime el propio Notario autorizante, que vaya a surtir efectos solamente fuera de España en país que prevea o exija dicha forma documental.

En estas actas, el Notario identificará a los interesados, quienes comparecerán ante él, y en el mismo acto firmarán el documento no notarial o declararán que las firmas estampadas son las suyas, y, en todo caso, que conocen el contenido del documento y que, libre y espontáneamente, quieren que produzca los efectos que le sean aplicables conforme a lo previsto por las leyes extranjeras. El Notario, además, deberá emitir en cuanto le sea posible el juicio de capacidad legal o civil a que se refiere el artículo 156, 8.º, de este Reglamento, y cumplir lo dispuesto en el mismo respecto de la intervención y representación de los otorgantes.

El documento, o un ejemplar del mismo, original o por fotocopia, quedará incorporado a la matriz del acta, en la que se expresará, literalmente o en relación, el texto del testimonio de legitimación.

En dicho texto, a continuación de las firmas legitimadas, se consignarán, abreviadamente, los particulares contenidos en el acta que sean pertinentes.”

El procedimiento ha sido tachado de complicado, y todavía es pronto para juzgar de su éxito. Posiblemente los Notarios de muchos países Iberoamericanos presentes en esta Jornada tendrán una experiencia del tema muy superior a la de los Notarios españoles, y podrán ilustrarnos al respecto.

4. Parece clara nuestra incompetencia para autorizar *affidavits*.

En el supuesto de que quedara tiempo, podría acometerse la discusión de algunas actas concretas, o de algunos problemas concretos de técnica notarial que aparecen tratados en la Ponencia, o se susciten por los asistentes.