

EL OFICIO DE NOTARIO
Y EL CONTROL NOTARIAL
DE LA LEGALIDAD:
GARANTÍA DE LIBERTAD,
SEGURIDAD Y PROSPERIDAD

DISCURSO DE INGRESO EN ESTA REAL CORPORACIÓN

pronunciado por la

Ilma. Sra. Dña. M^a TERESA BAREA MARTÍNEZ



CONTESTACIÓN por el

Excmo. Sr. D. ANDRÉS TORTOSA MUÑOZ

Académico de Número



REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

Granada, 2019

EL OFICIO DE NOTARIO
Y EL CONTROL NOTARIAL
DE LA LEGALIDAD:
GARANTÍA DE LIBERTAD,
SEGURIDAD Y PROSPERIDAD

DISCURSO DE INGRESO EN ESTA REAL CORPORACIÓN

pronunciado por la

Ilma. Sra. Dña. M^a TERESA BAREA MARTÍNEZ



CONTESTACIÓN por el

Excmo. Sr. D. ANDRÉS TORTOSA MUÑOZ
Académico de Número



REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

Granada, 24 de octubre de 2019

Publicaciones de la Real Academia de Jurisprudencia
y Legislación de Granada

Coordinación: José Soto Ruiz

Diseño y maqueta: Susana Martínez Ballesteros

Depósito legal: GR-1.260/2020

I.S.B.N.: 978-84-09-24072-2

Imprime: Imprenta del Arco, Granada

«Publicación no venal»

Ilmo. Sr. presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada, Ilmos. Sres. académicos, Excmas. e Ilmas. autoridades, querido decano del Ilustre Colegio Notarial de Andalucía, queridos miembros de su junta directiva, queridos compañeros notarios y amigos, querida familia, señoras y señores:

*M*E TEMO QUE SONARÁ a lugar común pero lo cierto es que, cuando el Presidente de esta Real Academia me llamó por teléfono hace aproximadamente un año para comunicarme que el Pleno había decidido por unanimidad designarme como nueva académica de número, me sentí muy abrumada. Abrumada, agradecida y honrada —obviamente—, porque es un inmenso honor para cualquier jurista formar parte de esta Ilustre Institución. Y ahora mismo, aquí arriba, les confieso que me siento pequeña, porque miro al frente y en esta misma sala encuentro a muchas personas que merecen tanto o más —seguramente mucho más— que yo esta condición de académico. Me ayuda a no sentirme tan pequeña pensar que, más allá de mi persona, de mi nombre y apellidos, ingresa hoy en esta Academia un notario. Y el Notariado, ese sí, merece sin duda esta gran dignidad.

* * *

Voy a contarles algo que muy pocas personas saben. Apenas cinco. Y las cinco están aquí.

Las tres primeras semanas del mes de julio de 2005 fueron muy silenciosas. Me refiero a ese silencio rumiante que precede y ayuda a gestar las grandes decisiones. Quienes me conocen saben que callo poco. Por eso, encontrarme sumida voluntariamente en un silencio tan largo y tan intenso era algo hasta cierto punto inquietante. Esos días volví la vista atrás. Tan atrás como estaban los años de colegio, en mi Colegio de la Presentación, con mis maestros de la infancia; o como estaban mis primeros pasos en la Facultad de Derecho de la que acababa de salir como licenciada. En esa vuelta al pasado inevitablemente me detuve en una lluviosa tarde de miércoles del curso académico 2003-2004. Esa tarde yo tenía clase de Derecho notarial en la facultad. No sabría situar ese día en el calendario porque, en realidad, pudo ser cualquiera. Sí sé, en cambio, tres cosas sobre aquella tarde: que llovía —porque, aunque parezca una broma, aquel curso solo llovía los miércoles por la tarde—; que se despertó en mi interior una hasta entonces desconocida vocación por la profesión notarial; y que el responsable de esto último fue Juan Antonio López Frías, aquí presente. Fue lo que dijo y, sobre todo, cómo lo dijo, el incontenible entusiasmo por su profesión —tal y como él la entiende— que yo advertí aquella tarde detrás de sus palabras.

Mi silencio se detuvo en esa tarde de miércoles... Y luego se detuvo —y mucho— en varias voces —no pocas y bien autorizadas— que, a lo largo de los últimos meses de la carrera y con la mejor intención —de esto no me

cabe duda—, me invitaron a replantearme mi decisión de empezar a preparar las oposiciones a notario. Algunas de esas voces me sugerían que otras oposiciones conducirían a puestos más fáciles de compatibilizar con la vida familiar y con una posible futura maternidad que el de notario. Otras voces insistían en que otras oposiciones me librarían del siempre tan temido por algunos trato con el público. Otras voces me invitaban con insistencia a aprovechar mi expediente académico y continuar en la Universidad. Y otras, finalmente, me tentaban con oposiciones con interesantísimos temarios que acaban conduciendo a altas instituciones del Estado como las Cortes, el Consejo de Estado o el Tribunal Constitucional. Todas esas voces, en definitiva y con buena intención —insisto—, provocaron que me asaltasen las dudas. ¿Había tomado la decisión correcta? ¿Quería de verdad ser notario?

La elección de mi futura profesión u oficio era para mí, además de un extraordinario privilegio del que muchos carecen, una decisión con enorme trascendencia moral. Siempre, desde niña y aunque pueda sonar hasta rancio, la concebí así. Recuerdo hablar sobre esto con el tan querido y recordado por todos Antonio Angulo, que tan bien supo orientarme cuando decidí estudiar Derecho. No se trataba solo de elegir aquello que satisficiera mis apetencias, gustos o intereses particulares, sino también de encontrar un lugar en el que pudiese poner mi esfuerzo y cualidades al servicio de la sociedad. Esto lo tuve claro siempre y hasta cierto punto me angustiaba. No quiero decir en modo alguno que unas profesiones u oficios sean más dignos o importantes que otros. En

realidad pienso que cualquier oficio o profesión, desde el más alto hasta el más sencillo, bien ejercido, es útil y necesario para la sociedad. Lo que me angustiaba era ser capaz de elegir aquel oficio o profesión que a mí, considerando mis específicas características y habilidades personales, me permitiese desarrollarlas al máximo y ser así útil a los demás. La «parábola de los talentos» que tantas veces me leyó mi madre cuando era niña...

A todas esas voces que me hicieron dudar no puedo más que estarles agradecida. Primero, porque se preocuparon por mí y me desearon el mejor futuro. Y, en segundo lugar, porque me empujaron a una honda reflexión, esa silenciosa reflexión de mes de julio que me permitió finalmente continuar adelante con la decisión inicialmente tomada, pero no de cualquier manera, sino de un modo maduro, responsable, bien cimentado. Las dudas muchas veces nos resultan molestas. Pero las dudas que no son banales alimentan y fortalecen la fe. Son ese «orden de la razón» y ese «orden del corazón», como diría Pascal o quizás su trasunto literario unamuniano y angustiado de «San Manuel Bueno Mártir», los que juntos alumbran las dudas y juntos las ensamblan para hallar las certezas.

La decisión de preparar notaría fue, y con esto termino de contarles esta vivencia personal, una decisión que literalmente salió de lo más hondo de mi ser, que es —así lo saben quienes me conocen— un cuarto de razón y tres cuartos de corazón.

El resto de mi discurso lo dedicaré a contarles por qué aquel silencio estival terminó con la decisión que ya

conocen, por qué quise ser notario, por qué me entusiasma ser notario, por qué creo que siendo notario ayudo a los demás.

* * *

Quizá hayan observado que en el título que he dado a este discurso aludo al «oficio de notario». Les confieso que decidí incluir tal expresión en el título hace unas semanas cuando vi en televisión un anuncio publicitario que me soliviantó sobremanera: un anuncio en el que un banco se llama a sí mismo «no banco». Como si se avergonzase de ser lo que en realidad es. Lo que es tan absurdo como que un médico se llame a sí mismo «no médico» o un arquitecto se llame a sí mismo «no arquitecto» o un panadero se llame a sí mismo «no panadero». O tan absurdo igualmente como que alguien se moleste por que le llamen «maestro» y se empeñe en desterrar tal nombre y en sustituirlo siempre y en todo caso por el de «profesor» o como que ahora resulte casi ofensivo llamar a alguien «perito» porque sin duda es mucho más digna cualquier otra denominación alambicada que incluya la palabra «ingeniero» aunque el sujeto en cuestión no lo sea. Perciban la ironía. Todo esto, aparte de revelar que saber algo de latín viene bastante bien para entender muchas cosas, resulta bastante descorazonador. Vivimos en la sociedad de la imagen, de los títulos y de los nombres vacíos. La sustancia importa poco si esos tres nos hacen parecer algo. Pero, en fin, vuelvo al título del discurso, que si no por aquí me pierdo...

Se me podría reprochar que la de la notario es una profesión y no un oficio, según el sentido que actualmen-

te damos a ambos términos, es decir, considerando que el término «profesión» es más adecuado para referirse a ocupaciones remuneradas que requieren de formación académica extensa y específica (de hecho el artículo 1 del Reglamento Notarial se refiere al notario como «profesional del Derecho») y que el término «oficio» se ajusta mejor a aquellas ocupaciones remuneradas que se aprenden con la experiencia y que implican el empleo de habilidades de tipo manual. Sin embargo, a mí me gusta la palabra oficio. Porque proviene del «*officium*» romano, del «*opus facio*», y es sinónimo en latín de «servicio» y de «función» y también de «deber» y de «obligación moral». La palabra «oficio» me sugiere compromiso personal con la materia sobre la que se trabaja, gusto por el detalle, apego a la realidad, sentido práctico de las cosas, búsqueda de soluciones. Por eso, me gusta llamar oficio a la ocupación que desempeña el notario porque todo eso es lo que me sugiere el oficio de notario.

Y cualquier oficio o profesión tiene un fin o razón de ser —una razón que justifica su existencia y su utilidad social— y tiene unos medios necesarios e imprescindibles para lograr tal fin. En el caso del Notariado, su fin y razón de ser es la seguridad jurídica preventiva (principio rector del Ordenamiento jurídico según el artículo 9.3 de la Constitución Española) y sus medios para alcanzar dicho fin se resumen en el control notarial de la legalidad, concepto que comprende un complejo proceso del que los particulares no son necesariamente conscientes y que acaba exteriorizándose en la dación de fe aparejada a la autorización o intervención de cualquier instrumento público.

La cuestión capital de: *¿Qué supone el control de legalidad para la función notarial?* Se me antoja que es equivalente a la de: *¿Qué supone la misión de curar para un médico y su obligación de dedicar a ello todos sus conocimientos?* O a la de: *¿Qué supone la misión de perseguir y detener a los delinquentes para un policía?* O a la de: *¿Qué supone la misión de construir edificaciones en condiciones de seguridad y habitabilidad para un arquitecto?*

Lo supone *TODO*. *El control de legalidad es, sencillamente, la esencia misma de la función notarial, sin la cual dicha función, la propia existencia del Notariado, carecerían de sentido.*

Es por todos conocida la polémica originada por la *Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3^a) de 20 de mayo de 2008*, que *anuló varios preceptos del Reglamento Notarial —modificados por el Real Decreto 45/2007— alusivos al control notarial de la legalidad*, concretamente la práctica totalidad del *art. 145* (excusas para denegar la autorización o intervención), el *art. 147.4^o* (imparcialidad), parte del *art. 197 quáter* (pólizas), el *art. 168.2^o* (posibilidad de solicitar la acreditación de la suficiencia de documentos otorgados en territorio extranjero), el *art. 198.2.1^o* y *6^o* (actas) y el *art. 262.1* (testimonios y legitimaciones).

Muy sintéticamente, diré que semejante fallo jurisprudencial descansó sobre un único argumento central, propio del orden jurisdiccional contencioso-administrativo del que procede: *infracción de la reserva de ley o, en otras palabras, falta de una concreta habilitación legal*. Dice literalmente la sentencia que:

Lo que se cuestiona no es la oportunidad o procedencia de que el notario pueda denegar su autorización o intervención en

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

A partir de aquí, voy a *demostrar la gravísima incorrección de las precipitadas conclusiones que algunos —no inocentemente sino guiados por oscuros intereses fácilmente identificables— se apresuraron a sacar de este fallo del Tribunal Supremo. Y lo voy a hacer con dos tipos de argumentos: argumentos puramente normativos y argumentos ligados a la propia esencia de la función notarial y del entero sistema de seguridad preventiva español.*

ARGUMENTOS NORMATIVOS

Comenzando por los *argumentos puramente normativos*, basta citar, sin ánimo exhaustivo, toda una serie de preceptos de rango legal, que —dentro y fuera de la normativa notarial y muchos de ellos *posteriores* a la propia sentencia— desautorizan inmediatamente la idea de que el control notarial de la legalidad carece formalmente de cobertura legal. Pensemos, por ejemplo, en:

1. El *art. 1 de la Ley Orgánica del Notariado*, que señala que «el notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales».
2. El *art. 17 bis de la Ley Orgánica del Notariado*, que establece que, con independencia del soporte papel o electrónico en que se contenga el documento público notarial, el notario deberá dar fe de que el otorgamiento «se adecuaba a la legalidad».
3. El *art. 24 de la Ley Orgánica del Notariado*, en cuya virtud «los notarios, en su consideración de funcio-

- narios públicos, deberán velar por la regularidad no solo formal sino material de los actos o negocios jurídicos que autoricen o intervengan».
4. El *art. 47 de la Ley Orgánica del Notariado*, que prevé que «el Gobierno dictará las instrucciones o reglamentos que sean necesarios para el cumplimiento de esta Ley».
 5. El *art. 43.Dos.2 de la Ley 24/2000*, reguladora del régimen disciplinario de los notarios, que tipifica como «infracción muy grave la autorización o intervención de documentos contrarios a lo dispuesto en las leyes o sus reglamentos».
 6. El *art. 98.2 de la Ley 24/2001* (modificado por el *art. 34 Ley 24/2005*), que, en relación con el juicio notarial de la suficiencia de las facultades representativas, afirma que la reseña notarial de los datos identificativos del documento auténtico y su valoración de la suficiencia de las facultades representativas «harán fe suficiente, por sí solas, de la representación acreditada», bajo la responsabilidad del notario.
 7. El *art. 18.1 de la Ley 2/2009 sobre contratación con consumidores de préstamos y créditos hipotecarios por empresas que no son entidades de crédito*, que dice que:

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

8. El *art. 319.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, que dispone que *los documentos públicos* «harán prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten».
9. Y, finalmente, numerosas leyes en ámbitos materiales específicos imponen a los notarios el deber de realizar el oportuno control de legalidad. Por ejemplo:
 - El *Texto Refundido 1/2007 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (art. 84)*, que impone al notario el deber de abstenerse de autorizar o intervenir documentos en los que se incluyen cláusulas declaradas abusivas por sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.
 - La *Ley 42/1998 reguladora del Derecho de Aprovechamiento por Turnos de Bienes Inmuebles*.
 - La *Ley 38/1999 de Ordenación de la Edificación*.
 - La *Ley 43/2002 de Montes*.
 - El *Texto Refundido 2/2008 de la Ley del Suelo*.
 - O la *Ley 10/2010 de Prevención del Blanqueo de Capitales*.

**ARGUMENTOS LIGADOS A LA ESENCIA
DE LA FUNCIÓN NOTARIAL Y DEL SISTEMA
DE SEGURIDAD JURÍDICA PREVENTIVA**

Vistos estos ya de por sí contundentes argumentos normativos, que hablan por sí mismos, me interesa, sobre todo, centrarme en los «argumentos ligados a la esencia de la función notarial y del entero sistema español de se-

guridad jurídica preventiva» que sirven igualmente para desmontar las conclusiones que algunos alcanzaron tras la citada STS de 20 de mayo de 2008.

1. Como sabemos, la *seguridad jurídica preventiva* constituye el «fundamento y el fin primero y último de la función notarial, que existe por y para lograr la efectividad de ese principio rector del Ordenamiento jurídico (art. 9.3 CE)». Y es que, el constituyente español de 1978, al abordar la esencial necesidad de establecer un sistema de seguridad jurídica preventiva *descartó tanto la plena funcionalización como su privatización* y optó por articularlo en torno a un *sistema de fe pública notarial*, «cuya ordenación es atribuida a la exclusiva competencia del Estado (art. 149.1.8ª CE) y que es el fruto de una larga decantación histórica de normas, prácticas, jurisprudencia y categorías doctrinales, unidas al reconocimiento de la institución del Notariado por parte de la sociedad a la que sirve». Como destaca LÓPEZ BURNIOL, el notario, como autor del instrumento público, se sitúa en el centro mismo del sistema de seguridad jurídica preventiva, estando presente en el momento preciso en que el individuo emite su declaración de voluntad, en el mismo instante de la perfección de los negocios jurídicos, «dándoles, con su obra, forma pública, en beneficio de los interesados, de los terceros y del interés público».
2. En línea con lo anterior, el *control de legalidad* es indudablemente, en cuanto que medio necesario e imprescindible para lograr su fin, otro de los pi-

lares esenciales de la función notarial, inherente a su propia naturaleza. Así:

[...] el notario pone los presupuestos necesarios (asesoramiento, control de legalidad, redacción y dación de fe) para que el documento por él autorizado goce no solo de autenticidad formal sino también (y fundamentalmente) de autenticidad de fondo (como reflejo de la verdadera voluntad negocial de los otorgantes) y así pueda alcanzar su pleno reconocimiento por el sistema. A través del notario, el Estado pone la forma al servicio del fondo de las relaciones jurídicas.

Como dice NÚÑEZ LAGOS, «la historia del documento notarial es la lucha por la autenticidad interna, por la autenticidad de su contenido». Sin esa autenticidad de fondo, si el notario se limitara a recoger formalmente las declaraciones de las partes como meros hechos que tienen lugar en su presencia, la fe pública y el sistema de seguridad jurídica preventiva fallarían escandalosamente y se convertirían en una «trampa tendida a la buena fe de las partes [RODRÍGUEZ ADRADOS]. La autenticidad o certeza legal que la fe pública imprime al documento notarial sería inmensamente dañosa para el interés público y para la paz social si pudieran otorgarse en instrumento público cualesquiera actos y negocios, incluso los ilícitos y los constitutivos de delito. A nadie se le ocurre que el Ordenamiento haya instituido el Notariado para dotar de la eficacia especial que imprime la fe pública a actos que el mismo Ordenamiento repudia», poniendo a los ciudadanos en la necesidad de impugnar judicialmente unos negocios que habrían adquirido

una presunción de validez, una apariencia de normalidad. Es una barbaridad pensar que todo ciudadano tenga derecho a la forma pública, con la eficacia privilegiada que el Estado le otorga, con independencia de lo aberrante que puedan ser sus declaraciones o negocios.

En definitiva, de no existir el control notarial de la legalidad, «la misión *antilitigiosa* del Notariado se convertiría en un sensible incremento de la litigiosidad» y, en muchos casos, la ilegalidad saldría triunfante, llenándose la vida jurídica de negocios nulos que la sumirían en un completo caos. No en vano, ya la doctrina medieval, representada por JUAN ANDRÉS y BALDO, consideró que uno de los requisitos exigidos para la documentación notarial era la *iuris permissio*, es decir, que versara sobre cosas permitidas y no prohibidas por el Derecho.

3. Con base en este razonamiento, el fundamento jurídico 8º de la *Sentencia del Tribunal Constitucional 207/1999* declaró expresamente —y leo literalmente— lo siguiente:

A los notarios, como fedatarios públicos, les incumbe en el desempeño de la función notarial el juicio de legalidad. La función pública notarial incorpora un juicio de legalidad sobre la forma y el fondo del negocio jurídico que es objeto del instrumento público, y cabe afirmar, por ello, que el deber del notario de velar por la legalidad forma parte de su función como funcionario público.

Esta rotunda afirmación del Tribunal Constitucional, amén de reducir a cenizas esas precipitadas conclusiones sacadas por algunos de la STS de

2008 antes citada, tiene, a mi juicio, una extraordinaria importancia porque describe el control notarial de la legalidad como lo que en realidad es: «algo inherente a la función notarial». Y esto es importantísimo porque lo que es inherente o nuclear de una profesión es hasta innecesario que las leyes lo proclamen explícitamente. Así, nadie considera necesario que una ley ordene al médico que haga lo posible por curar a los enfermos o al arquitecto que proyecte y dirija sus obras de modo que no se derrumben los edificios. Por tanto, aunque lo hacen de forma contundente —como antes hemos visto—, «ni siquiera sería necesario que las leyes ordenasen expresamente al notario que no autorice o intervenga documentos que contengan actos o negocios contrarios a las leyes, pues si los pudiese autorizar o intervenir, ya no sería un notario, sino que sería otra cosa con el mismo nombre».

Por todo ello, también decae el argumento empleado por algunos de que los preceptos de la Ley Orgánica del Notariado que contemplan el control notarial de la legalidad se limitan a la *legalidad meramente formal* (y no sustantiva) del documento y que los preceptos de las distintas leyes especiales que contemplan ese mismo control se limitan al *fin específico* que cada una de ellas persigue en su ámbito material de aplicación. *Este razonamiento es, sencillamente, insostenible.* Lo desmontaré con solo tres indicaciones elementales:

- El *art. 1 LON* ordena al notario que dé fe *conforme a las leyes*, así en plural, y no solo *conforme a esta ley del notariado*.

- El *art. 17 bis LON* encomienda al notario que dé fe de que el otorgamiento se adecúa a la legalidad y entender que esa legalidad se limita al cumplimiento de los requisitos formales exigidos para la autorización del documento (arts. 193-195 RN) supone «confundir muy torpe e irresponsablemente los conceptos técnicos de autorización y otorgamiento». La autorización se refiere a la actividad del notario (que es quien autoriza) y el otorgamiento se refiere a las declaraciones de voluntad de las partes (que son las que otorgan).
- Y, finalmente, el razonamiento del TS sobre el alcance del *art. 24 LON*—ligado a la específica finalidad de la ley que modificó su redacción— conduce al *absurdo*. Pondré un ejemplo: pensemos en el *Real Decreto-Ley 8/2011* «de medidas de apoyo a los a deudores hipotecarios y fomento de la actividad empresarial», que, entre otras muchas cosas, modifica ciertos artículos del Texto Refundido de la Ley del Suelo sobre declaraciones de obra nueva; ¿a alguien se le ocurre pensar que esas modificaciones solo son aplicables cuando la declaración de obra nueva haya de incidir en el fomento de la actividad empresarial o en el apoyo a los deudores hipotecarios? Evidentemente no.

En este punto, no está de más recordar la *esencialidad del principio de titulación pública* en el marco de nuestro sistema inmobiliario registral. Como señala MARTÍNEZ SANCHIZ:

[...] la calificación precisa de un soporte documental auténtico, que se pruebe por sí mismo y en cuya formación haya

tenido lugar ya el oportuno control de legalidad (el que realiza el notario autorizante), control que no puede ser suplido por la tarea calificadora del registrador, a menos, claro está, que lo que se pretenda sea, precisamente, acabar con la autonomía de la labor calificadora y hacer de la calificación un último trámite meramente formal del control de legalidad que el notario efectúa. No se puede aislar la inscripción del título, porque los efectos protectores del Registro provienen de una realidad compleja y unitaria, que es el título inscrito. Entre título e inscripción, no solo hay una relación de continuidad, sino una razón de identidad. Pretender menoscabar la seguridad y legalidad del título es menoscabar igualmente la eficacia de la inscripción.

* * *

Sentado todo lo anterior, me interesa destacar una serie de rasgos característicos del control notarial de la legalidad, que lo convierten en un control único y esencial en nuestro sistema jurídico y económico:

1. En primer lugar, el control notarial de la legalidad se caracteriza por ser un *control de legalidad pleno, completo o transversal*. Quiero decir con esto que se trata de un control que, a diferencia del que realizan otros funcionarios en su respectivo ámbito de actuación, alcanza a todas y cada una de las cláusulas del negocio jurídico documentado, sean o no inscribibles, tengan o no trascendencia real o fiscal. Y ello porque:

[...] el control notarial tiene por objeto, no un solo efecto específico del documento, sino el acceso mismo del documento al tráfico jurídico y, con dicho acceso, el despliegue de todos los efectos especiales que el Ordenamiento liga a la dación de fe

pública notarial (efecto ejecutivo, efecto probatorio, efecto de acceso a registros públicos, efecto de prelación crediticia...).

2. En segundo lugar, es importante tener en cuenta que el control notarial de la legalidad no es una mera facultad, sino una auténtica *función de naturaleza jurídico-pública*, con su doble componente de *facultad* y de *deber u obligación*, que le corresponde al notario por su carácter de funcionario público y de «autoridad», a fin de que sus juicios o calificaciones tengan, a través de sus documentos, una especial eficacia jurídica. Por ello, está tipificada como «infracción *muy grave*» la autorización de instrumentos públicos contrarios a lo dispuesto en las leyes o reglamentos.
3. En tercer lugar, me interesa destacar que los *medios* a los que el notario puede recurrir para realizar un correcto control de la legalidad *no son limitados* y, más concretamente, no están limitados a la documentación física con la que el notario cuenta para la redacción del instrumento público.
4. En cuarto lugar, hay que destacar también que, a diferencia de aquellos escasos países que limitan la denegación de funciones del notario a los supuestos de nulidad absoluta (Colombia —Estatuto de 1970— y Portugal —Estatuto de 2003—) o, incluso, solo a la contrariedad del acto a la ley penal (Luxemburgo, Ley de 1976), en nuestro sistema y en la generalidad de los países de Notariado latino, «cualquier grado o tipo de ineficacia es suficiente para que el Notario deba rechazar la autorización».

Eso sí, evidentemente las infracciones detectadas han de tener «entidad suficiente» para rechazar la autorización. Dicho de otro modo, *el rechazo no puede basarse en defectos nimios, pues no olvidemos que la denegación supone una excepción a la obligación de prestar las funciones notariales*, a lo que los particulares tienen derecho.

5. Y, finalmente, otro rasgo fundamental y peculiar del control notarial de la legalidad es su «doble condición de *control negativo* y de *control positivo*». El *control positivo* es un control «creativo», que «busca y propone soluciones» y que se encauza a través de una de las labores más importantes y bellas que aparecen inescindiblemente ligadas a la función notarial: la labor de «asesoramiento». Y el *control negativo*, por su parte, se traduce en el «rechazo» de aquellos actos o negocios que sean contrarios al Ordenamiento.

Voy a detenerme algo más en ambas caras, positiva y negativa, del control de legalidad notarial.

CONTROL POSITIVO

Por lo que se refiere al control de legalidad positivo, dice el *art. 147 RN* que:

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

gua de su imparcialidad, el notario insistirá en informar a una de las partes respecto de las cláusulas de las escrituras y de las pólizas propuestas por la otra, comprobará que no contienen condiciones generales declaradas nulas por sentencia firme e inscrita en el Registro de Condiciones generales y prestará asistencia especial al otorgante necesitado de ella. También asesorará con imparcialidad a las partes y velará por el respeto de los derechos básicos de los consumidores y usuarios.

Según la mejor doctrina, este art. 147 RN hace descansar el control notarial de la legalidad en sentido positivo sobre dos pilares: el *deber de asesoramiento* y el *deber de imparcialidad compensadora*.

a) Deber de asesoramiento

El *deber de asesoramiento* forma parte de la configuración esencial del Notariado. Por eso, ya dice el *art. 1 RN* que:

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

Y añade el *art. 17 bis LON* que el notario debe «dar fe de que el otorgamiento se adecúa a la voluntad debidamente informada de los otorgantes».

A partir de aquí, este deber de asesoramiento se descompone a su vez en cuatro aspectos fundamentales, que cobran especial relevancia cuando se da una situación de desequilibrio negocial: *información, asesoramiento, consejo y asistencia*.

1. La INFORMACIÓN se concreta en la *lectura explicativa* del instrumento público, adaptada a las particulares circunstancias de los otorgantes (incluida, por supuesto, la posibilidad de que estos planteen las preguntas que consideren precisas al notario), con particular atención a la explicación sobre el *alcance y efectos* del negocio formalizado y sobre las diversas *reservas y advertencias legales* que procedan. En ciertas materias, se impone legalmente al notario la obligación de suministrar una *información específica y adicional* (por ejemplo, en préstamos hipotecarios).
2. El ASESORAMIENTO, por su parte, consiste en «traducir o reconducir a Derecho las intenciones de las partes», en «guiar a las partes por los cauces jurídicos más adecuados para que su voluntad sea efectiva en el mundo del Derecho». Y es que, muchas veces, las partes se presentan ante el notario con una voluntad *deformada* (por falta de suficientes conocimientos jurídicos), *errónea* (por ignorancia, de hecho o de Derecho, de la situación preexistente), *incompleta o imprevisor*a (por tener solo en cuenta el objetivo básico perseguido, ignorando aspectos complementarios necesarios para la efectividad del negocio) o directamente *ilegal*. En definitiva, el asesoramiento es una «*labor creativa*, la búsqueda de lo auténtico, un control de legalidad positivo que no se limita a rechazar pretensiones ilegales o incorrectas, que no se queda en el “no”, sino que *busca y propone soluciones*».

Como señala VALLET, el asesoramiento notarial se corresponde con la doble labor del *respondere* (que significa resolver las dudas, dictaminar sobre las materias dudosas y aconsejar los caminos más adecuados para dar solución jurídica satisfactoria a las finalidades lícitas de las partes) y del *cavere* (que implica prevenir, precaver para asegurar el cumplimiento de esa finalidad, en función preventiva y cautelar).

3. El CONSEJO y la ASISTENCIA, por su parte, constituyen aspectos especialmente delicados, porque con ellos el notario se compromete, en cierto modo, en la decisión de las partes, porque supone recomendar una *específica solución* —de entre las varias ajustadas a Derecho que pueda haber y que tengan costes semejantes— *fundada en razones de prudencia, razonabilidad o justicia material*. Gráficamente, se puede decir que *el asesoramiento se pide al notario como tal notario y el consejo, al notario y al mismo tiempo al ser humano que hay detrás de él*.

b) Deber de imparcialidad compensadora

En cuanto al *deber de imparcialidad compensadora*, sabemos que la independencia e imparcialidad del notario en el desempeño de sus funciones constituye otro pilar fundamental de la configuración del Notariado. Por eso, el mismo *art. 1 RN* insiste en la *independencia y autonomía del Notariado* y en que *ningún notario podrá estar sujeto a dependencia jerárquica o económica de ningún otro notario*.

En relación con las partes que ante él comparecen, la imparcialidad del notario se traduce en que permanezca totalmente «ajeno a toda clase de presiones o intentos de inclinar su atención y consejo a favor de los intereses de alguna de ellas». El notario debe tratar de conseguir el «mayor equilibrio de los intereses de las partes, sin comprometer su libertad contractual». En cierto modo, se trata de una «labor mediadora, de acercamiento y armonización de intereses, pero sin imponer soluciones» a los conflictos planteados.

Ahora bien, esa imparcialidad del notario *no puede ser rígidamente formal*, sino que tiene que ser *material o compensadora*, es decir, comprensiva de un especial deber de asistencia a la parte más débil (como es el caso del consumidor frente a grandes operadores económicos). Por ello, la DGRN vincula el deber de imparcialidad con el principio esencial de «libre elección de notario», en línea con el *art. 126 RN*.

La mención a este principio esencial de libre elección de notario me invita, casi me obliga, a hacer en este punto una necesaria alusión a la ya muy conocida *Ley 5/2019 reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario*, que entró en vigor el 16 de junio de 2019. Lógicamente, por exceder del objeto de este discurso, no voy a entrar en un análisis técnico de esta ley ni voy a detenerme en cuestiones procedimentales. Únicamente voy a destacar una cuestión central sobre ella, que sí tiene (y mucho) que ver con el objeto de este discurso. Y es que esta ley pivota sobre un principio de novedosa formulación legal en nuestro Ordenamiento: el «principio de *transparencia material*». Siguiendo las directrices marcadas por la nor-

mativa comunitaria y por las recomendaciones derivadas del tortuoso periplo jurisprudencial que ha sufrido la contratación de crédito en nuestro país en los últimos años, el legislador ha puesto el foco sobre la *fase precontractual*, sobre la fase en la que se ha de formar la voluntad de quien va a contratar el crédito, sobre la fase en la que aún se está a tiempo de parar una operación por falta de información o por directamente contravenir las condiciones pactadas la ley. Fue esa fase (¡y no otra! ¡no se dejen engañar por torticeras interpretaciones de las famosas sentencias sobre cláusulas suelo!) la que adolecía, en el sistema anterior, de falta de transparencia —en algunos casos, solo en algunos— y de falta de control de la transparencia. Pues bien, con la nueva ley, la fase precontractual de los créditos que quedan dentro de su ámbito de aplicación está marcada por un intenso control de transparencia y dicho control ha sido encomendado a los notarios. Una vez más, el Notariado como centro del sistema de seguridad jurídica preventiva.

Han pasado ya cuatro meses desde la entrada en vigor de esta nueva ley y el juicio que me merece su aplicación es muy positivo. Los ciudadanos salen sumamente contentos de la notaría tras la autorización de la llamada «*acta previa de transparencia material*»; valoran muy favorablemente contar con el asesoramiento (gratuito) notarial, del *notario de su libre elección*, sobre la documentación precontractual de su préstamo o crédito días antes de la formalización de la operación, sin urgencias y en condiciones adecuadas de intimidad y libertad, sin presencia de los demás agentes que suelen intervenir en el proceso (entidad financiera, agente inmobiliario, parte

vendedora). No es que me parezca ideal la «inflación documental», es decir, esa ingente cantidad de documentación precontractual que finalmente ha resultado de la norma, pero, sin duda, con este sistema, la transparencia en la fase precontractual queda mejor garantizada y el acreditado/prestatario prolijamente informado y advertido con suficiente antelación de las consecuencias jurídicas de toda índole que lleva aparejada la contratación de su crédito en las condiciones concretas negociadas por él. Si algún día, por capricho de quienes saben muy bien encontrar los vericuetos y las triquiñuelas necesarias para darle la vuelta a casi todo, se vuelve a poner en duda masiva e injustificadamente —como se ha hecho desgraciadamente estos pasados años— la transparencia de este nuevo sistema de contratación y el conocimiento real de los ciudadanos sobre las consecuencias de endeudarse... lo siento, pero solo nos quedará ya un camino abierto y lo voy a expresar muy crudamente para que se me entienda: el de las incapacitaciones masivas, el del nombramiento masivo de tutores patrimoniales de los ciudadanos. Y ¿qué quieren que les diga? Yo, al menos, como ciudadana, no estoy dispuesta a consentir que me traten como a una menor de edad o que otros presuman que no estoy capacitada para contratar libremente.

CONTROL NEGATIVO

Vista la vertiente positiva del control notarial de la legalidad, me centro ahora en el control de legalidad negativo, que se refleja en infinidad de supuestos prácticos concretos, que, en mi opinión, se pueden clasificar en dos grandes categorías:

a) Una primera categoría comprende aquellos «supuestos en los que el notario debe decir “no” a ciertas actuaciones, englobadas en un concepto general de *mala praxis*, que no vician de nulidad o ineficacia el negocio autorizado, pero que sí reflejan una relajación general de los controles que menoscaba principios esenciales como el de imparcialidad o el de confianza, que atentan contra la deontología notarial y que pueden constituir graves infracciones disciplinarias». Hablo de infracciones en materia arancelaria o en materia de turno —por muy incomprendido que este sea por parte de los tribunales y comisiones de defensa de la competencia—; hablo de olvidar el elemento compensador de nuestro deber de imparcialidad; o de no adoptar las medidas de diligencia debida en materia de blanqueo o de control de medios de pago.

b) Y la segunda categoría comprende los «supuestos en los que el notario debe decir “no”, un rotundo e innegociable “no”, a pretensiones de los particulares que son directamente contrarias al Ordenamiento y que vician de nulidad o ineficacia al negocio que se pretende documentar». A título meramente ejemplificativo, porque son muchísimos los supuestos que podríamos aquí citar, podemos pensar en:

1. *Falta de adecuada identificación de los otorgantes.*
2. *Falta de capacidad de los otorgantes.*
3. *Insuficiencia de las facultades representativas.*

4. *Infracción de normas de competencia territorial* (en aquellos supuestos en que la ley las impone, como es el caso de la Ley de Jurisdicción Voluntaria en ciertos expedientes como las actas de declaración de herederos abintestato, las actas de reclamación de deudas dinerarias no contradichas, los expedientes de dominio o los expedientes de reanudación del tracto sucesivo interrumpido).
5. *Ausencia de preceptiva licencia urbanística* (por ejemplo, en segregaciones o cualquier otro supuesto que la requiera).
6. *Ausencia de preceptiva autorización judicial* (por ejemplo, en actos dispositivos realizados en representación de menores o incapacitados).
7. *Incumplimiento de formalidades esenciales en los testamentos* (por ejemplo, doble columna en caso de testador que se expresa en lengua extranjera, ausencia de testigos cuando son preceptivos, etc.).
8. *Pactos en capitulaciones matrimoniales y convenios reguladores* contrarios a los límites fijados por el Código Civil y la jurisprudencia.
9. *Actas de manifestaciones y de presencia*, en las que se pretendan incluir alusiones a actos ilícitos, incluso constitutivos de delito, o que pretendan encubrir negocios dispositivos o con trascendencia fiscal.
10. *Infracción de limitaciones administrativas*, como autorizaciones militares requeridas para ciertas transmisiones, régimen de tanteos y retractos en Parques Naturales y montes, etc.

11. *Inclusión en negocios con consumidores de cláusulas declaradas abusivas por sentencia firme o incluidas en el listado legal de cláusulas abusivas.*

En definitiva, *el notario no puede autorizar o intervenir ningún documento que contenga actos o negocios jurídicos contrarios al Ordenamiento jurídico.* Como ya decía DE CASTRO, ni el notario, ni ningún funcionario, ni ningún servidor público puede prestar su colaboración a actos, negocios o contratos ilegales, pues el principio de legalidad se proyecta muy singularmente sobre ellos.

Quedaría destrozado el sistema de seguridad jurídica preventiva si negocios ilícitos gozasen de la presunción de legalidad y de autenticidad y de los efectos privilegiados que antes mencioné que nuestro Ordenamiento liga inescindiblemente a la intervención notarial.

En nuestro quehacer diario, muchas veces tenemos que decir «no». Y hay que saber decir «no». No es lo más agradable, no es lo más cómodo, no es lo que le gusta oír a nuestro interlocutor. Pero lo hacemos porque tenemos que hacerlo. *Y el premio a saber decir «no» y a realizar un estricto y riguroso control de legalidad tanto negativo como positivo es un premio colectivo, un premio que disfruta la sociedad entera.*

El Notariado, en ejercicio de su control de la legalidad, despliega toda una serie de acciones a favor del Estado y de la sociedad de incalculable valor, que redundan de forma directa en la seguridad y prosperidad de las relaciones jurídicas y económicas. Así, por ejemplo, *la labor del Notariado español en materia de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo y en ma-*

teria de control del fraude fiscal impresiona a los países de nuestro entorno y de lejos de nuestro entorno y es tomada a nivel internacional como ejemplo de buen hacer. El Notariado español cuenta para el desarrollo de esa labor con cinco instrumentos principales creados en el seno del Consejo General del Notariado: el *Índice Único Informatizado*, el *Órgano Centralizado de Prevención del Blanqueo de Capitales (OCP)*, el *Órgano de Colaboración Tributaria (OCT)*, la *Base de Datos de Titularidad Real (BDTR)* y la *Base de Datos de Personas con Responsabilidad Pública (BDPRPs)*. Voy a detenerme brevemente en cada uno de estos instrumentos.

EL ÍNDICE ÚNICO INFORMATIZADO (IU) fue creado en 2004 y en él se vuelca, de forma ordenada y estructurada, una suerte de radiografía de todos y cada uno de los actos y negocios jurídicos formalizados ante notario. A través de este IU, el Notariado pone a disposición de las autoridades locales, autonómicas y estatales una cantidad ingente de información que evita trámites a los particulares y facilita una gestión más eficiente de los impuestos, amén de contribuir a la persecución del fraude fiscal y otros delitos mediante los cruces de información. El IU cuenta con más de 110 millones de documentos notariales y es la segunda base de datos más voluminosa del sector público tras el registro de la Agencia Tributaria. A ella recurren para solicitar información las autoridades administrativas, policiales y judiciales, tanto españolas como europeas (por ejemplo, la Oficina Anti-Fraude —OLAF—) e internacionales (por ejemplo, Interpol), encargadas de la persecución del blanqueo y la delincuencia organizada. Hasta mayo de 2017, se ha facilitado

información a las autoridades competentes —tanto nacionales como internacionales— en 105.347 ocasiones y a otras administraciones en 100.375 ocasiones. En todo caso, el suministro de información es estrictamente confidencial, seguro y controlado, limitado a los supuestos en que existen indicios de delito. Solo un pequeño número de personas autorizadas puede solicitar información de la base de datos notarial, a través de un encriptado de última generación y con firma electrónica. Y jamás se ha filtrado un solo dato. De hecho, la Ley impide que las entidades públicas y privadas autorizadas reclamen datos personales masivos. Solo el Centro de Inteligencia contra el Terrorismo y el Crimen Organizado (CITCO) puede pedir información agregada para sus estudios sobre dinámicas criminales, pero sin que consten en ella los nombres de las personas investigadas.

El **ÓRGANO CENTRALIZADO DE PREVENCIÓN DEL BLANQUEO DE CAPITALS (OCP)**¹, por su parte, fue creado en diciembre de 2005 como órgano encargado de recibir y estudiar las denuncias concretas o comunicaciones de operaciones sospechosas remitidas por los notarios —que contamos con una formación específica en esta materia y ponemos en práctica rigurosos protocolos de prevención—, así como de cruzar los datos del Índice Único Informatizado a través de los más complejos sistemas informáticos y de la más avanzada tecnología, que no deja de mejorar cada día. Como fruto de todo ello, a través del OCP han sido remitidas hasta la fecha

1. Este órgano se creó en desarrollo de la Orden EHA 2963/2005.

denuncias a la máxima autoridad española en esta materia, el Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias (SEPBLAC) y, a través de él, en última instancia a las autoridades policiales y judiciales, muchas de las cuales se han concretado luego en importantes operaciones contra la delincuencia organizada con gran trascendencia pública. El éxito de la colaboración del Notariado español en la lucha contra el blanqueo de capitales ha sido puesto de manifiesto por diversos organismos internacionales, como el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), que ha recomendado reiteradamente a los demás países la implantación de un sistema como el español. Recientemente, el estudio de DELOITTE para la Comisión Europea sobre la aplicación de la III Directiva de Prevención de Blanqueo reconoció como «Mejor Práctica en Materia de Prevención y Lucha Contra el Blanqueo» al OCP notarial español y recomendó a las autoridades de la Unión Europea tomar como ejemplo e implantar dicho sistema. Y el Consejo de la Unión Europea también ha incluido la labor de OCP como modelo que se debe exportar en la lucha contra la criminalidad económica organizada.

Dos años después de la creación del OCP, en 2007, se creó el **ÓRGANO DE COLABORACIÓN TRIBUTARIA (OCT)**, cuya función consiste en colaborar con las autoridades competentes en materia fiscal y detectar posibles fraudes fiscales mediante el cruce de datos del IU.

En 2012, se creó el cuarto de los instrumentos que estamos analizando: la **BASE DE DATOS DE TITULARIDAD**

REAL (BDTR), una base de datos pionera y única en el mundo, que permite a las autoridades públicas conocer de forma ágil y sencilla quiénes son las personas ocultas tras las sociedades mercantiles, cooperativas, asociaciones, fundaciones, partidos políticos y demás tipos de personas jurídicas, incluso cuando se da el encadenamiento de estructuras complejas o la interposición de entidades pantalla y testaferros. En la actualidad, esta base notarial permite identificar a los titulares reales —titulares acreditados en su mayoría— de más de 2.200.000 entidades jurídicas², y presenta como gran singularidad su carácter dinámico —pues recoge los cambios que producen en la titularidad real de las personas jurídicas cualesquiera actos o negocios jurídicos documentos, sean o no inscribibles en el Registro Mercantil— y totalizador —pues no se limita a las sociedades mercantiles sino que incluye también información sobre otro tipo de personas jurídicas—. Esta base de datos ha merecido también los elogios del GAFI³ y del Grupo de Lucha contra la Corrupción (ACWG) del G20. Es revelador el dato de que ninguno de los 35 países que integran el GAFI tiene ningún

2. De entre ellas ellas, 1.678.681 son sociedades limitadas (el 86% de las registradas), 68.937 son sociedades anónimas (61%) y 35.607 son asociaciones, fundaciones, partidos políticos y otro tipo de organizaciones (22%).

3. Sobre esta base de datos ha dicho el Grupo de Acción Financiera Internacional que:

[...] la información sobre la titularidad real de las sociedades españolas está a disposición de las autoridades competentes con facilidad y rapidez a través del Índice Único Informatizado del Consejo General del Notariado. Las medidas adoptadas por España para gestionar y permitir el acceso a la información constituyen un ejemplo de buenas prácticas para otros países.

sistema parecido al del Notariado español. En el Reino Unido, por ejemplo, solo se dispone de información sobre la titularidad real de unas 20.000 cuando existen allí inscritas más de 3,5 millones.

Y, por último, como último instrumento —de momento— el OCP del Consejo General del Notariado ha creado la **BASE DE DATOS DE PERSONAS CON RESPONSABILIDAD PÚBLICA (BDPRPS)**, única en su categoría, en la que están identificadas más de 25.000 personas con responsabilidad pública y sus allegados y cuyos datos están también a disposición de las autoridades judiciales y policiales.

Podemos decir, en definitiva, que el Notariado español ha sido pionero y está en la vanguardia de la lucha contra el blanqueo de capitales, el fraude fiscal y todas las formas de delincuencia organizada y que, desde 2005, se ha convertido en colaborador imprescindible de las autoridades administrativas, policiales y judiciales en dicha lucha, labor de la que los notarios nos sentimos muy orgullosos y que no dejamos de potenciar y que, por cierto, no cuesta al erario público ni un solo euro, pues tanto el OCP como el OCT y todos sus medios personales y materiales —como el Índice Único Informatizado, la Base de Datos de Titularidad Real y la Base de Datos de Personas con Responsabilidad Pública— son íntegramente financiados por los notarios españoles.

Pero es que, además de todo lo anterior, el control notarial de la legalidad que desarrolla el Notariado español, en sentido tanto negativo como positivo, se traduce en una importantísima *reducción de la litigiosidad en el trá-*

fico jurídico. Precisamente, esa función antilitigiosa es una de las características esenciales del Notariado de tipo latino-germánico, al que pertenecen en total 120 países del mundo (entre los que se incluyen 22 Estados miembros de la Unión Europea y 15 Estados miembros del G20), que representan aproximadamente dos terceras partes de la población mundial y un 70% del PIB mundial. Como ha destacado mi compañero JUAN JUTZ AZQUETA⁴, uno de los tópicos que habitualmente se utilizan para criticar, desde el desconocimiento o la mala fe, la función notarial es la pretendida ralentización y encarecimiento de costes que la misma supone en el tráfico jurídico. Los países de tradición anglosajona o de *Commonlaw* parecen basar su sistema en la siguiente premisa: «hagamos todo rápido y, si algo sale mal, vayamos a pleito para exigir grandes cantidades de dinero como indemnización». Sus valedores presentan este sistema como ágil y barato porque evita la intervención de terceros actores en la contratación. Pues bien, *tanto lo uno (que la intervención del notario ralentice y encarezca el sistema) como lo otro (que la ausencia del notario agilice y abarate el sistema) es falso*. La intervención en el tráfico jurídico del notario de tipo latino-germánico, como el español, con su control de legalidad positivo y negativo asociado:

1º *Agiliza el tráfico jurídico y económico* —pues, con su experta preparación y con su régimen de compe-

4. *Vid.* el artículo publicado por el citado autor, bajo el título «El notario como tercero de confianza», en la revista *El Notario del siglo XXI*, editada por el Colegio Notarial de Madrid, número 70, noviembre-diciembre de 2016.

tencia regulada, analiza los problemas y ofrece a las partes soluciones inmediatas a las que por sí mismas no podrían llegar—.

2^o *Depura y da seguridad al tráfico jurídico y económico* —pues, con su control de legalidad negativo, impide que accedan a él negocios viciados de ineficacia o nulidad y garantiza que los que acceden están en condiciones de desplegar todos los privilegiados efectos que el Ordenamiento liga a la dación de fe pública notarial—.

3^o *Abarata los costes* tanto para el erario público —pues, al evitar la formalización de negocios jurídicos viciados, evita igualmente que dichos negocios acaben siendo objeto de litigio ante los tribunales conforme a la conocida y cierta máxima «notaría abierta, juzgado cerrado»— como para los particulares —pues evita la necesidad de recurrir a la contratación de costosos seguros que cubran el riesgo de que el negocio jurídico celebrado acabe en litigio, como los conocidos «seguros de títulos» tan frecuentes en el sistema anglosajón—. En definitiva, como acertadamente ha destacado mi compañero FERNANDO OLAIZOLA MARTÍNEZ⁵, en España un ciudadano podrá salir del despacho del notario en el que acaba de otorgar una escritura de compra de vivienda mascullando por el im-

5. *Vid.* el artículo publicado por el citado autor, bajo el título «Howard Hughes, el notariado anglosajón y el notariado latino», en la revista *El Notario del siglo XXI*, editada por el Colegio Notarial de Madrid, número 47, enero-febrero 2013.

porte de los honorarios que ha tenido que abonar aparentemente «solo por echar una firma», pero sale de allí con la certeza de que la vivienda es suya y la tranquilidad de que lo hecho está bien hecho y nadie va a discutirsele. Y ello precisamente porque el notario no se limita a firmar, sino que realiza una compleja labor de asesoramiento, depuración del negocio jurídico, redacción del instrumento público, control de legalidad y dación de fe. Y ante esa labor, la retribución arancelaria que percibe el notario, fijada por el Estado, no solo resulta módica para los efectos jurídicos conseguidos y para el sostenimiento de la oficina pública notarial, sino que es considerablemente inferior al coste que para ese mismo comprador supondría concertar cualquier otro medio de garantía (como el «seguro de títulos» anglosajón que tanto parece entusiasmar a algunos) si hubiese comprado en un sistema distinto del de Notariado latino-germánico.

* * *

Resumiendo, el control notarial de la legalidad, alma de la función notarial, es:

- Positivo y negativo (no exclusivamente negativo).
- De legalidad (no leguleyo).
- Dinámico (no estático).
- Agilizador y facilitador del tráfico (no ralentizador ni entorpecedor).
- Previo o puramente preventivo (no sobrevenido).
- Útil.
- Creativo.

- De fondo y de forma.
- Ágil.
- Total/omnicomprensivo (no parcial/limitado).
- Inmediato.

2800 notarios atendemos a los ciudadanos cada día en nuestros despachos distribuidos por toda España, desde el corazón financiero de la capital del país hasta el más pequeño y recóndito pueblo alpujarreño, desde la próspera Costa del Sol hasta el más humilde concejo interior asturiano, desde el concurrido Levante español hasta la más silenciosa parroquia gallega. *Cualquier ciudadano tiene cerca un notario.* Y, créanme, en muchos lugares, sobre todo en el ámbito rural, la labor que desarrolla el notario va mucho más allá de lo jurídico. El notario es el «confesor civil» de los ciudadanos de a pie, el «traductor» de las cartas de Hacienda, de las cartas del Catastro y de los recibos de la luz, el consejero al que preguntar todo aquello que no se sabe a quién preguntar. Sorprende mucho, cuando eres una veinteañera recién aterrizada en tu primer destino, que te hablen de usted personas que podrían ser tus abuelos, que personas centenarias —y les estoy poniendo cara en este momento— quieran cederte su sillón favorito de la casa cuando llegas, que acudan a ti familias enteras a someterse a tu mediación ante un grave conflicto familiar, que a la pregunta de «¿a quién quiere dejar sus bienes, cómo quiere repartirlos?», te digan: «como usted diga», «como usted lo vea mejor», «lo que usted ponga bien está». Todo esto tiene un nombre: CONFIANZA. La confianza que les merece el notario. Ese es nuestro principal activo, nuestro máspreciado y delicado tesoro.

Creo firmemente que a ninguna persona la define el hecho de ser algo o de dedicarse a algo. *A ningún notario tampoco lo define ni lo califica el hecho de ser notario. Lo que nos define y nos califica, en todo caso, es el modo en que ejercemos nuestro oficio de notario.* La sociedad —la que nos ha regalado la impagable oportunidad de formarnos— espera y merece recibir mucho de nosotros. De todas las definiciones de notario que he oído o leído me quedo con una: la que concibe al notario como un «jurista al servicio de la persona». Detrás de cada acto familiar, de cada disposición individual, de cada negocio, de cada iniciativa económica, de cada consulta, duda o caso que llega a nuestros despachos, hay personas. *Personas únicas, con sus particulares necesidades y circunstancias, que esperan y deben encontrar en nosotros consejo, imparcialidad y seguridad. Y dando seguridad a cada una de esas personas, sumando unas con otras, se la damos a todas en su conjunto y contribuimos a garantizar el ejercicio de sus libertades civiles. Y esto es útil y provechoso para la sociedad entera.*

Voy terminando ya. Aquel silencio estival de 2005 acabó como ya saben: con mi decisión de empezar a preparar notarías. Hace ya casi once años que aprobé las oposiciones libres y, de hecho, muy pronto, el próximo 4 de noviembre, se cumplirán diez años desde mi toma de posesión solemne como notario. No hay día que no me alegre de la decisión que aquel verano tomé. Me preguntaba: ¿es esto realmente lo que quiero hacer?, ¿puedo ser útil haciendo esto? Y hoy sé que la respuesta es SÍ. Un claro y rotundo sí. *Me entusiasma ser notario. Soy feliz siendo notario. Siento que ofrezco lo mejor de mí a la sociedad ejerciendo como notario.* Cuando alguna jornada laboral se me está

haciendo cuesta arriba, procuro quedarme unos segundos sola en mi despacho y miro mi signo notarial —ese elemento que acompaña a la rúbrica, firma y sello del notario y que lo identifica como tal—, el signo que elegí antes de tomar posesión y que está formado, además del signo de la Santa Cruz, por tres iniciales: «S», «L», «V». Esas iniciales se corresponden con dos frases: «*veritas liberabit vos*» («la verdad os hará libres») y «al servicio de la verdad y de la libertad». Esto es lo que da sentido a mi trabajo de cada día.

No sé a qué se dedicarán mis hijos mellizos, Teresa y Juan, que acaban de cumplir seis meses, cuando sean mayores. No sé qué estudiarán o en qué elegirán o querrán finalmente trabajar. Lo que espero es que mi marido y yo seamos capaces de educarlos en los valores de la responsabilidad, el sentido del deber, la vocación de servicio, la lealtad, la generosidad, la honradez, la integridad, la curiosidad intelectual y la capacidad que afrontar con alegría lo bueno y lo malo que la vida depara y que, así, el día de mañana, cuando hayan de decidir qué camino tomar, no piensen solo en sí mismos sino también, aunque sea pasando por un largo silencio estival, en cómo servir mejor a los demás.

Muchas gracias.

BIBLIOGRAFÍA

GARCÍA SÁNCHEZ, J. A. «Notario de la legalidad», revista *El Notario del siglo XXI*, Ilustre Colegio Notarial de Madrid, número 20, Madrid, julio-agosto de 2008.

- MARTÍNEZ SANCHIZ, J. A. «Control notarial de legalidad», en *Suelo y Vivienda en el siglo XXI*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2005, pp. 317-326.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, A. «El control notarial de legalidad y la STS de 20.05.2008», revista *El Notario del siglo XXI*, Ilustre Colegio Notarial de Madrid, número 20, Madrid, julio-agosto de 2008.
- SEDA HERMOSÍN, M. A. *El control de legalidad por el notario*. Discurso de Ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Sevilla, junio de 2017.
- TENA ARREGUI, R. «Fútbol es fútbol (El Notario y el control de legalidad)», revista *El Notario del siglo XXI*, Ilustre Colegio Notarial de Madrid, número 20, Madrid, julio-agosto de 2008.
- «La doble vertiente obstaculizadora y reputacional del control de legalidad notarial», *Revista Jurídica del Notariado*, Consejo General del Notariado, número extra 12, Madrid, 2012, pp. 229-250.
- VIVES, F. «Seguridad jurídica y desarrollo económico», en *España: crecer en la nueva economía global*, Fundación de Estudios Financieros, Madrid, julio de 2013, pp. 75-89.

CONTESTACIÓN POR EL
Excmo. Sr. D. ANDRÉS TORTOSA MUÑOZ
AL DISCURSO DE INGRESO DE LA
Ilma. Sra. D^a M^a TERESA BAREA MARTÍNEZ

Excmo. Sr. presidente, Excmos. miembros de esta corporación, Excmas. e Ilmas. autoridades, compañeros, señoras y señores:

*P*REVIO A LA CONTESTACIÓN al discurso de la nueva académica, el protocolo de este acto demanda un sentido y nostálgico recuerdo al titular que precedió en este puesto a doña María Teresa Barea Martínez, don Antonio Ortega y Carrillo de Albornoz, destacado jurista y catedrático de Derecho Romano en la Universidad de Málaga, buen civilista y conocedor del histórico «oficio» del «Tabelión», detenidamente regulado por el Código de Justiniano, precedente del histórico oficio de «escribano», que en el sentir visigodo «no falla contienda, sino que tiene por misión prevenirla» y más tarde, actual profesional del derecho y funcionario público, conocido como «notario». Antonio, recordado Antonio (y tu discurso de ingreso como Académico de Número en esta Real Corporación sobre *El Jurista Modestino y el Matrimonio*), puedes sentirte orgulloso de la persona elegida por esta Academia para ocupar el puesto que con toda dignidad representaste, orgullo, del que participa esta Corporación, vigilante, para cumplir sus fines, con

la dedicación y buen hacer de todos y cada uno de sus miembros.

Me vais a permitir, antes de entrar en los distintos aspectos del discurso de ingreso de la nueva Académica de Número, que os haga un brevísimo resumen de su currículum, que muchos de los aquí presentes, tuvisteis ocasión de oír, a propósito de la presentación que realicé de doña María Teresa con motivo de la charla que dio en esta Sede el 5 de abril de 2018 sobre *Los Protocolos Familiares*.

Nace en Granada el 2 de agosto de 1982. Sus primeros estudios los hace en el Colegio de la Presentación, obteniendo una calificación media de BUP/COU de 9 sobre 9, y la máxima calificación de selectividad de todos los alumnos del Distrito Universitario de Granada.

Se licencia en Derecho en el año 2005, siendo su nota media de 49 matrículas de honor, sobre el total de 49 asignaturas cursadas. Oposita a «notarías», dirigida por los notarios de Granada don Luis María de la Higuera González y don Juan Antonio López Frías, e ingresa en el notariado en el año 2008. En 2011 hace oposiciones restringidas, obteniendo el mejor resultado: 20 años de antigüedad en carrera.

Ha obtenido estos premios:

1. Nacional Fin de Carrera
2. Andaluz de Trayectorias Académicas
3. Mejor expediente académico 2004/2005, otorgado por la RAJLGR

4. XVII Premio al Mejor Expediente concedido por la Asociación de Antiguos Alumnos de la Facultad de Derecho de Granada.

Ha servido la notaría de Campillo Arenas, años 2009 a 2013, y tras las oposiciones restringidas, una de las de Granada, desde el 27 de junio de 2013.

Vicedecana del CN de Andalucía desde noviembre de 2016, ha sido Vicesecretaria de Deontología y Disciplina de la JD de este CN, preparadora de opositores, es miembro y secretaria del Consejo de Redacción de la revista *Cuadernos de Derecho y Comercio* y colaboradora en diversos servicios encomendados por la DGRN y el CGN.

Autora de numerosas publicaciones, principalmente recogidas en las revistas *Cuadernos de Derecho y Comercio*, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, *Notario Siglo XXI*, *Revista Católica Internacional de Pensamiento y Cultura* y *Revista de Estudios Jurídicos* de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad de Jaén. En la actualidad, desarrolla actividad docente en diversos máster de la Universidad de Granada y del Colegio de Abogados de esta ciudad.

Habla, lee y escribe correctamente los idiomas inglés e italiano (todo ello avalado con certificados de máxima calificación expedidos por la Universidad de Cambridge y Centro de Lenguas Modernas de la Universidad de Granada).

Madre, por ahora, de dos hijos, Teresa y Juan, se ha sentido, me consta, muy apoyada por la paciencia y comprensión de sus padres Eduardo y Elisa, de sus her-

manos Elisa y Pablo y de su compañero, amigo y esposo Jorge.

Tras este preámbulo de recuerdos, este dicente, notario en otro tiempo, percibe, analizado el discurso pronunciado, un sentido vocacional de la nueva Académica, al Derecho y a aquél ámbito del mismo que cultiva la prevención de la contienda, al estilo del oficio visigodo de «escribano». Y mal andaríamos en esa «prevención de contienda» potenciando actos contrarios a la ley, lo que desde sus raíces ha hecho a este «oficio» un cuidador escrupuloso de que se cumpla la norma, no se atente a la moral y se respete el orden público. El primer Decano que yo tuve, don Pedro Ávila Álvarez, en sus *Estudios de Derecho Notarial* [año 1973, página 14], escribía:

La consideración histórica del Notario como iudex chartularii, encargado de «juzgar» los procesos simulados a que las partes «volentes» acudían para obtener el resultado jurídico negocial perseguido —recuérdese la in iure cessio—, ha llevado a algunos autores a concebir la función notarial como una actividad de jurisdicción voluntaria. La actividad notarial, se dice, participa de las notas que definen esa jurisdicción: se ejerce «sin estar empeñada ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas»; tiene una misión preventiva de litigios, perpetuando o legalizando la memoria de algún hecho; constituye situaciones jurídicas y es fuente de ejercicio de derechos. Esta visión ha encontrado acogida en el vigente RN, cuyo artículo 3 califica al Notariado como «órgano de jurisdicción voluntaria».

Reflexiones todas tenidas en cuenta por la reciente Ley de JV 15/2015, cuya DF Undécima, modifica o amplía la LO del Notariado de 1862, dando competencia

a los notarios en numerosas materias no contenciosas, antes de exclusiva competencia judicial.

La Ley de la Jurisdicción Voluntaria, nos recuerda su preámbulo, aprovecha la experiencia de los operadores jurídicos y la doctrina emanada de los tribunales y de los autores para ofrecer al ciudadano medios efectivos y sencillos, que faciliten la obtención de determinados efectos jurídicos de una forma pronta y con respeto de todos los derechos e intereses implicados.

Entre ellos, destacamos, el Control de Legalidad.

En los temas de ingreso en «la oposición a título de notario» (tema 2 de Legislación Notarial), existe una pregunta con este epígrafe: «El control de legalidad de la función notarial», siendo responsable de su contenido la hoy Académica, que partiendo del artículo 24 de la LN que proclama:

Los Notarios en su consideración de funcionarios públicos deberán velar por la regularidad formal y material de los actos o negocios jurídicos que autoricen, así como dar fe de que el otorgamiento se adecúa a la legalidad.

Extrae, entre otras, estas consecuencias:

- Los documentos públicos autorizados por Notario gozan de fe pública y su contenido se presume veraz e íntegro (17 bis LN).
- El notario no solo deberá excusar su ministerio, sino negar la autorización cuando a su juicio el acto o contrato sea contrario a las leyes (145 RN).
- El artículo 18.1 de la Ley 2/2009, cuyo ámbito de aplicación aparece concretado en la DF 9ª de la Ley 5/2019 sobre Contratos de Crédito Inmobiliario,

que regula la contratación con los consumidores y usuarios de préstamos o créditos hipotecarios, al afirmar:

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

Control de legalidad del que no se puede privar al notario «dejándolo reducido a mero fedatario en una actuación meramente pasiva, de oír y transcribir lo que se le diga, sea válido, nulo o incluso delictivo» [Antonio RODRÍGUEZ ADRADOS. «El control de legalidad y la Sentencia del TS de 20 de mayo de 2008», *Notario Siglo XXI*, número 20, página 16].

Como con acierto recuerdan las Resoluciones del SN de la DGRN de 21 de octubre de 2015 y 17 de enero de 2017, vistas, entre otras las SS del TC de 22 y 26 de abril y 17 de septiembre de 1990, el deber de asesoramiento cubre estos aspectos:

- a) Información sobre el contenido y efectos del contrato que se va a escriturar;
- b) Asesoramiento estricto sensu, para que las partes logren los fines lícitos que se proponen alcanzar. En definitiva reconducir los hechos a fórmulas legales y justas.
- c) Consejo a la vista de lo manifestado por las partes.
- d) Asistencia, de especial importancia en la contratación en masa.

Todos estos aspectos del asesoramiento, doctrinalmente diferenciables, conducen al otorgamiento y autorización del documento donde el Notario da fe «de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes» (artículo 17 bis LN).

Consideraciones que llevan a la nueva Académica a entender el control de legalidad como la esencia misma de la función notarial. De ahí el exhaustivo análisis de la STS (Sala 3ª) de 20 de mayo de 2008, que lejos de estimar que ese control de legalidad es ajeno a esa función, lo encumbra, demandando su regulación por medio de Ley, y no de Reglamento, que en su reforma, aprobada por RD 45/2007, asumió competencias indebidas.

Y es en ese *nido* de la Ley donde encuentra apoyo normativo ese control de legalidad, lo que motiva a la señora Barea a traer una detallada enumeración de citas legales (he contado quince), y el refrendo del TC en Sentencia 207/1999.

Estimamos que este discurso de ingreso de la nueva Académica va a significar una plataforma de lanzamiento para todos aquellos investigadores y estudiosos que ahonden en el examen del concepto y elementos del «Control de legalidad», de todo «Control de legalidad», lo que obligará a ahondar en todas y cada una de sus características, a saber:

- SU PLENITUD, acorde con todas y cada una de las demandas del orden jurídico que obliga a todo

asesor, principalmente al operador jurídico por antonomasia que es el abogado, a estudiar «qué se pregunta», si la realización de un acto o una declaración de voluntad y capacidad para su realización; «por qué se pregunta» o los motivos que mueven a su ejecutor; y «para qué se pregunta» o fin que se pretende. Trilogía esta del «qué», del «por qué» y del «para qué» que debe nutrir toda tarea de honesto asesoramiento.

- Y SU PLASMACIÓN FORMAL: si basta un documento inter partes, una declaración ante testigos o el otorgamiento de un documento público que de certeza al hecho y a la fecha de su otorgamiento, huyendo de toda picaresca, «vericuetos o triquiñuela» (palabras de la Nueva Académica) cuyo conocimiento ponga en evidencia un atropello a las exigencias de orden sustantivo, administrativo y fiscal. Lo que obligará a todo asesor a decir «por ahí no» cuando el peticionario insista en conductas contrarias a la ley, a la moral y al orden establecido, utilizando de soberano apoyo las consideraciones de la Académica María Teresa Barea sobre el «Control Negativo» acerca de sus reflexiones a decir «no» para determinados propósitos que pongan de manifiesto: «falta de capacidad», «insuficiencia de facultades representativas», «ausencia de las debidas licencias» o de «la preceptiva autorización judicial», «inclusión de cláusulas abusivas» etcétera, etcétera, etcétera.

En suma, un profundo conocimiento de ese «Control de legalidad» y la recomendación de su aplicación

potenciará una de las aspiraciones de nuestro Estado de Derecho: «La reducción de la litigiosidad», que acabe, son palabras de nuestra compañera de Academia la Magistrada Elena Arias-Salgado Robsy «con la irritante situación actual de la Administración de Justicia de retraso generalizado y sobrecarga de trabajo» [*La responsabilidad personal del Juez*. Discurso de Ingreso en esta Real Corporación, pronunciado el 29 de octubre de 2013].

Hagamos de este brillante y útil discurso de la nueva académica y de los menos profundos aspectos de esta réplica una contribución a los fines de esta Academia en orden al cultivo, desarrollo y práctica de las diferentes disciplinas jurídicas, y engrandecerla como «Depósito de Confianza» robusteciendo su cultura jurídica. Cito aquí, al compañero de esta Real Corporación, Miguel Pasquau Liaño [*Cultura jurídica y Memoria de los Juristas*. Discurso de Ingreso en esta Real Corporación, pronunciado el 13 de junio de 2018]:

La cultura jurídica, como todo patrimonio cultural, no tiene dueños, sino fiduciarios. Es un continuo recibir para transmitir. Cada generación de juristas comienza siendo fideicomisaria y acaba siendo fiduciaria, obligada a conservar, mejorar y transmitir. Conservar y cuidar lo que se ha recibido, añadirle un tramo de valor, y darlo a quienes vienen después. Esto es, por cierto, la tradición. Las Academias de Jurisprudencia y Legislación desempeñan una función de fiduciarias de la cultura jurídica.

Hagamos del discurso de María Teresa un objeto de ese «depósito de confianza» que nos obligue a conservar, mejorar y transmitir sus enseñanzas y robustecer una

obligada solidaridad, como virtud integradora, que nos agrupe a unos con otros, y no contra los otros.

Nada más. Mi felicitación a la nueva Académica María Teresa Barea Martínez y animarle a que participe en las tareas de esta Corporación con la entrega, preparación y entusiasmo con los que nos tiene acostumbrados en todos los aspectos de su vida.

Muchas gracias.

Índice

Introducción _____	5
Argumentos normativos _____	12
Argumentos ligados a la esencia de la función notarial y del sistema de seguridad jurídica preventiva _____	14
Control positivo _____	22
Control negativo _____	28
Bibliografía _____	42
Contestación por el Excmo. Sr. D. Andrés Tortosa Muñoz _____	45



Junta de Andalucía

Consejería de Transformación Económica, Industria
Conocimiento y Universidades