

LA REPRESENTACIÓN Y LA CALIFICACIÓN NOTARIAL (UNA REFLEXIÓN SOBRE EL VALOR DEL INSTRUMENTO PÚBLICO) *

Juan ÁLVAREZ-SALA WALTHER

SUMARIO: 1. Una norma polémica.-2. Un nuevo planteamiento de la fe pública notarial.-3. El momento irreplicable del control de legalidad.-4. Perspectiva procesal.-5. La seguridad del tráfico. 6. Responsabilidad notarial.-7. Eficacia extrajudicial.-8. El choque con la calificación registral. 9. La deconstrucción de la escritura pública.-10. La crisis del sistema de doble calificación.-11. La fórmula de Salomón.-12. La práctica en otros estados europeos.-13. Encaje en nuestra práctica notarial.

UNA NORMA POLÉMICA

EL artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Acompañamiento a los Presupuestos Generales del Estado, dispone lo siguiente:

- «1. En los instrumentos públicos otorgados por representantes o apoderados, el Notario autorizante insertará una reseña identificativa del documento auténtico que se le haya aportado para acreditar la representación alegada y expresará que, a su juicio, son suficientes la facultades representativas acreditadas para el acto o contrato a que el instrumento se refiera.
2. La reseña por el Notario 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.
3. Deberán ser unidos a la matriz, original o por testimonio, los documentos complementarios de la misma cuando así lo exija la Ley y podrán serlo aquellos que el Notario autorizante juzgue conveniente. En los casos de unión, incorporación o testimonio parcial, el Notario dará fe de que en lo omitido no hay nada que restrinja ni, en forma alguna, modifique o condicione la parte transcrita.»

AFDUAM 8 (2004), pp. 249-310.

* El presente trabajo corresponde a la exposición oral que tuvo lugar en el Colegio Notarial de Madrid el día 28 de mayo de 2002.

Sorprende que una regla (1) tan sencilla en su formulación haya suscitado una controversia hoy tan candente entre notarios y registradores acerca de la calificación de las facultades representativas.

Recuerdo la admonición de Federico de Castro sobre la «importancia efímera» de las disposiciones transitorias y lo difícil que es, en el momento del cambio, todavía con la inercia del vaivén legislativo, calibrar el alcance perdurable o pasajero de cualquier reforma, independientemente del alborozo o la indiferencia con que se reciba. Algo así sucede con la norma que comentamos, incluida entre las medidas de acompañamiento al Presupuesto de un concreto ejercicio económico. Lo digo, sobre todo, porque en la *Consulta vinculante* (2) (sobre la que habremos de volver posteriormente) es curioso que los registradores hayan opinado que la nueva norma «no añade nada nuevo al ordenamiento jurídico» (citando una frase de García de Enterría, que recuerda un poco a la de Lampedusa: «las normas cambian pero el Ordenamiento permanece»), para advertir ellos también en su informe que «nada ha cambiado» ni puede trastocar el *statu quo*, porque los principios hipotecarios son inmovibles.

No se entiende por qué entonces una norma tan inocua esté originando tanto estrépito y una resistencia tan enconada entre los registradores. Su oposición corporativa tan radicalizada, incluso con la amenaza latente de una crisis institucional, hace pensar que la trascendencia modificativa de la norma no sea tan desdeñable como los registradores pretenden. Desde luego, en otros foros (no sólo el notarial) (3) se ha saludado muy efusivamente. En uno de los primeros libros generalistas publicados comentando las medidas de la Ley de Acompañamiento, nuestro compañero Alfonso Ventoso (4) avisa de que aquel precepto «constituye una modificación de notorio relieve», y también Cabanas –en unas notas que aparecen en la *Intranet* notarial (www.Notariado.org)– dice que se trata de «una de las grandes aportaciones de la reforma». Cuál sea su verdadero alcance es algo que nos proponemos averiguar esta tarde. El mandato de la norma no puede ser más claro. No es

(1) La reforma legislativa es, en parte, consecuencia de un estado de opinión difundido a través de una serie de ensayos doctrinales, entre los que destacan el de MARTÍNEZ SANCHIZ, J. A.: «Sobre el título inscrito», en *Revista jurídica del notariado*, núm. 33 (enero-marzo 2000), pp. 137 y ss. (sin el cual no habría sido posible esta ponencia); TENA ARREGUI, R.: «El coste de la doble calificación –notarial y registral– de la representación», en *La Notaría*, núm. 9 (septiembre 2000), pp. 57 y ss.; SOLÍS VILLA, I.: *La eficacia traditoria de la escritura pública* (conferencia inédita, según texto facilitado por el propio autor); LÓPEZ BURNIOL, J. J.: «Valor de la escritura pública y de la inscripción en las transmisiones inmobiliarias», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. XXXII, pp. 165 y ss.; BLANQUER UBEROS, R.: «La preparación de la escritura pública y el principio de legalidad», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. XXXVI, pp. 291 y ss.; también: «La calificación registral» (conferencia inédita, según texto facilitado por el propio autor); también: «La tutela del derecho a la inscripción del título», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. XXXV, pp. 333 y ss.; además de los múltiples artículos de opinión aparecidos en la prensa, de José Aristónico García Sánchez.

(2) Plasmada en la RDGRN de 12 de abril de 2002.

(3) *Vid.*, en este sentido, el artículo de que es autor José Luis YUSTE GRIJALVA (Letrado Mayor del Consejo de Estado), titulado «Reforzamiento de la seguridad jurídica», en la revista *Escritura pública*, núm. 13, enero-febrero 2002, p. 22.

(4) En VV. AA.: *Comentarios a la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social* (dirigidos por Luis María Cazorla Prieto), Editorial Aranzadi, S. A., Elcano (Navarra), 2002. pp. 290 y ss.

su texto, sino su anclaje con el resto del ordenamiento lo que provoca la controversia.

Esa necesidad de encaje normativo se impone, sobre todo, desde tres frentes distintos: desde el propio Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando regulan el valor probatorio de los documentos públicos notariales; frente a la legislación hipotecaria, por si hubiera que revisar el alcance de la calificación registral; y, por último, dentro de la propia legislación notarial, donde van a surgir –están surgiendo ya– muchas dudas prácticas que quizá no sean los problemas más graves pero sí los más numerosos, y ahora también los más urgentes. Vamos a tratar de avanzar, lo que el tiempo permita, si os parece, por cada uno esos tres derroteros, en esa triple dirección.

UN NUEVO PLANTEAMIENTO DE LA FE PÚBLICA NOTARIAL

La Ley de Acompañamiento, su artículo 98, dispone que la valoración de las facultades representativas como suficientes por parte del Notario hace fe; nada menos que eso: «fe suficiente y por sí sola, bajo su responsabilidad, de la representación acreditada». El mejor patrón para medir el alcance de este nuevo aserto legal lo encontramos en los artículos del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil que regulan el valor probatorio que, como documento público, merece el documento notarial y hasta dónde alcanza su fe pública. Son los artículos 1.218 del Código y 319 de la Ley Procesal, dos preceptos de una importancia genital en la organización de la seguridad jurídica preventiva, centros neurálgicos del sistema. A nadie se le oculta entonces que si, por medio de la Ley de Acompañamiento, se hubiera alterado, aunque sólo sea en parte, la inteligencia de esos preceptos, estaríamos, desde luego, ante un cambio legislativo trascendental.

Hay que advertir, ante todo, que, más allá de cualquier definición legal, una concepción técnica del documento notarial y, en general, todo el desarrollo tan depurado de la doctrina notarialista, no serían hoy posibles sin la obra del maestro de todos nosotros, Antonio Rodríguez Adrados (5), cuya sapiencia ha permitido forjar la entera armazón de esa disciplina.

Ello no quita que no debamos reconocer que esos dos preceptos y sus concordantes dentro del Código civil y la Ley Procesal (lo mismo la antigua que la nueva) siempre han estado, en parte, envueltos por una capa de niebla, muy difícil de despejar, que ha impedido ver con suficiente claridad (o unanimidad) el alcance de la fe pública notarial en sendos textos legales. Quizá convenga a este propósito distinguir, con respecto al propio documento notarial, entre un alcance interno y un alcance externo de su fe pública. El alcance interno de la fe pública notarial atañe a su objeto propiamente dicho, es decir, a la materia, las circunstancias o los elementos de referencia documental a que alcanza esa fe pública. Por el contrario, el

(5) *Vid.*, sobre todo, la refundición de su obra completa, publicada por el Consejo General del Notariado. RODRÍGUEZ ADRADOS, A.: *Escritos Jurídicos*, Consejo General del Notariado, Madrid, 1996. tt. I-VI.

alcance externo de la fe pública notarial incumbe a la eficacia del documento y al ámbito (o los ámbitos) en que deba desplegarse, el radio de su fuerza vinculante.

El problema de precisar el alcance interno de la fe pública notarial, con respecto al contenido del propio documento, es el eje en torno al cual ha girado siempre, en realidad, axiológicamente, todo el desarrollo de la doctrina notarialista, de principio a fin (6). Todo el peso dogmático de sus expositores ha gravitado siempre sobre el mismo punto, si la fe pública notarial se limita, en el plano del conocimiento sensible, a los *juicios de existencia* (que sólo pueden ser verdaderos o falsos y se formulan así con carácter apodíctico, pues en ellos cabe creer o no) o si, por el contrario, también alcanza, en el plano del conocimiento racional, a los *juicios de valor* (que no son verdaderos ni falsos, sino acertados o no, y se formulan así con carácter asertórico, por su probabilidad de acierto que es relativa y no absoluta, pudiendo merecer confianza pero no creencia). En el fondo, no se trata más que de una discusión kantiana: si la fe pública notarial es sólo fenomenista, necesariamente anclada en el plano de la experiencia sensorial y sólo capaz, por tanto, de verificar lo que, como fenómeno perceptible por los sentidos, sea únicamente objeto de un conocimiento sensible, o si, por el contrario, por encima de la experiencia sensitiva, puede alcanzar también (dando un gran salto...) el conocimiento racional puro, lo «nouménico», entendido como *nous*, mente o idea (razón pura) de lo que debe valer como expresión de un racionamiento o un juicio, un *iudicium intellectum*, un juicio intelectual jurídico.

De acuerdo con una concepción estrictamente fenomenológica, la fe pública notarial coincidiría de modo exacto con la reseña de lo que se percibe (*de visu et auditu*) desde una posición testifical, de modo que el documento notarial, en aquello de que hace fe, no tendría más que un valor testimonial (de coincidencia entre el *dictum* y el *actum*), que se impondría, como un juicio apodíctico, con

(6) Vid. la refundición completa de los estudios de Derecho Notarial de Rafael Núñez Lagos. NÚÑEZ LAGOS, R.: *Estudios de Derecho Notarial*, Instituto de España, Madrid, 1986. tt. I y II; CÁMARA ÁLVAREZ, M.: «El Notariado Latino y su función», *Revista de Derecho Notarial*, LXXXVI (abril-junio), 1972; GONZÁLEZ PALOMINO, J.: «Negocio jurídico y documento», en *Estudios jurídicos de arte menor*, v. III, Madrid, 1976, pp. 7 y ss., y del mismo autor: «Hacia un Derecho Notarial», *Revista de Derecho Privado*, año XXI, núm. 252, septiembre 1934, pp. 288 y ss.; VALLET DE GOYTISOLO, J.: «La función del Notariado y la seguridad jurídica», *Revista de Derecho Notarial*, núm. XCII, abril-junio 1976, pp. 203 y ss.; del mismo autor: «La misión del Notario», *Revista de Derecho Notarial*, núm. XVI, abril-junio 1957, pp. 393 y ss., así como también del mismo autor: «La función notarial de tipo latino», *Revista de Derecho Notarial*, abril-junio 1978, pp. 1983 y ss.; PRADA GONZÁLEZ, J. M.: *La forma de los actos y la seguridad jurídica* (seminario de UIMP sobre seguridad jurídica), Consejo General del Notariado y UIMP, 1987; ROÁN MARTÍNEZ, J.: «El Notariado en el mundo moderno», *Revista de Derecho Notarial*, núm. LXXXVII, enero-marzo 1975, pp. 143 y ss.; GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, M.: «Comprobación notarial de hechos», *Revista de Derecho Notarial*, núm. LXIV, abril-junio 1969, pp. 273 y ss.; BALLARÍN MARCIAL, A.: «Naturaleza y clases de “juicios” del Notario», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. XXXV, pp. 527 y ss.; MOLLEDA FERNÁNDEZ-LLAMAZARES, J. A.: «Deber de servicio y juicio notarial de legalidad», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. XXI, pp. 445 y ss. Vid., también, CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Función notarial y elaboración notarial del Derecho*, Reus, Madrid, 1946.; y del mismo autor: «En torno a la función notarial», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. II, pp. 367 y ss.; SANAHUJA SOLER, J. M.: *Tratado de Derecho Notarial*, Bosch, Barcelona, 1945, tt. I y II; Díez-PICAZO, «Fe pública y documento público», en VV. AA.: *La fe pública*, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Madrid, 1994, pp. 191 y ss.

carácter necesario, al tratarse de un juicio de existencia. Si, por el contrario, se entendiera que la fe pública notarial no es sólo fenomenismo, sino que entraña también un juicio intelectual jurídico, un juicio de valor, su objeto entonces podría extenderse también a una calificación jurídica como juicio no apodáctico sino asertórico, en que cabría confiar (más que creer) por el grado de probabilidad de acierto que incorpora. El documento notarial aportaría así, no sólo su fuerza testimonial, sino también un valor jurídico calificadorio en el que la generalidad confía como dotado *a priori* de una alta probabilidad de acierto equivalente casi a una presunción de exactitud, que, de corroborarse explícitamente por el legislador, quedaría convertida entonces en una presunción de legalidad, al amparo de los tribunales, mientras no fuera rebatida por medio de un pronunciamiento judicial.

Los partidarios de la escritura pública siempre hemos querido que se le reconociera este segundo alcance, pero sus detractores también siempre han insistido en negárselo.

La verdad es que, para resolver semejante dilema, no había antes de la Ley de Acompañamiento una base legal clara en nuestro ordenamiento. El esfuerzo hermenéutico de Adrados (7) en torno al artículo 1.218 del Código Civil, al distinguir con tanta habilidad, valiéndose de la propia dicción de la norma, entre «hecho de un otorgamiento» (como algo puramente factual, perceptible por los sentidos, sobre lo que cabe testimoniar sin más) y el hecho *que motiva* el otorgamiento (que sería el acto jurídico o el contrato), como objeto de la dación de fe y algo que presupone así necesariamente una valoración jurídica, pese a su finura interpretativa, no dejó de ser, para muchos, una disquisición semántica, que convenció más a propios que a extraños.

En la generalidad de los comentarios recientes a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, nuestros procesalistas (8), cuando glosan su artículo 319, en concordancia con el artículo 1.218 del Código, siguen opinando (igual que hicieran los tratadistas clásicos de nuestro Derecho Procesal) que «el fedatario público documenta la realidad de los hechos, actos o declaraciones que ha percibido sensorialmente» (9), y que sólo a esto alcanza la plena prueba que hace el documento.

Del mismo modo, también la jurisprudencia más habitual de nuestro Tribunal Supremo ha sostenido, hasta hace poco, que los documentos públicos, incluidos los notariales, «prueban hechos, no cualidades o apreciaciones jurídicas» (según la Sentencia de 14 de diciembre de 1987); «las cualidades o apreciaciones jurídicas están reservadas al Juez» (dice la Sentencia de 13 de marzo de 1989).

(7) Así, en *Valor y efectos de la escritura pública* (ponencia pronunciada el 25 de septiembre de 1995 en las Jornadas sobre el Documento Público organizadas por el Consejo General del Poder Judicial y el Consejo General del Notariado), en *op. cit.*, t. VI, pp. 291 y ss.

(8) *Vid.* VV. AA.: *Proceso Civil Práctico* (dirigido por Vicente Gimeno Sendra), La Ley-Actualidad, S. A., Las Rozas (Madrid), 2001, t. IV.

(9) ASENCIO MELLADO, J. M., en VV. AA.: *Proceso Civil Práctico* (dirigido por Vicente Gimeno Sendra), La Ley-Actualidad, S. A., Las Rozas (Madrid), 2001, t. IV, p. 522. En el mismo sentido, José MARTÍN PASTOR [en Ortells Ramos y otros: *Derecho Procesal Civil*, Editorial Aranzadi, Elcano (Navarra), 2001, p. 416]: «Por “hecho que motiva el otorgamiento” han de entenderse los hechos directamente percibidos por el funcionario público autorizante».

Nuestra mejor doctrina notarialista, en defensa de ese juicio notarial de legalidad, buscó entonces otro argumento de apoyo en el «conforme a las leyes» del artículo 1.º de nuestra Ley Orgánica, dándole, a través de una interpretación evolutiva, ese sentido inequívoco de imponer un binomio indisoluble entre legalidad y actuación notarial, pero en 1862 –como reconoce el propio Rodríguez Adrados (10)– probablemente aquella expresión no tenía más alcance que indicar que los notarios no podían dar fe de la manera que quisieran, sino que debían hacerlo con arreglo a las normas y procedimientos que regían su función y delimitaban su jurisdicción respectiva.

El juicio notarial de legalidad se pretendió entonces fundamentar, asimismo, por parte de la doctrina notarialista (aunque ello supusiera descender algunos peldaños en la escala normativa) en el artículo 145 del Reglamento Notarial, que prohíbe al Notario prestar su ministerio cuando el acto o contrato, en todo o en parte, sea contrario a las leyes, a la moral o a las buenas costumbres. Todo ello, en combinación cruzada con la denominada «teoría de la inescindibilidad» (11) de la función fedataria y profesional del Notario, extraíble a partir del artículo 1.º del mismo texto reglamentario.

La denegación, en su caso, de su ministerio es justamente la forma que tiene el notario de cumplir eso que Cándido Paz-Ares (12) (en su conocido análisis económico del sistema notarial), tras indentificar al notario con la figura arquetípica de una especie de guardián o *gatekeeper* (13), ha denominado el «ejercicio discreto de una función de legalidad» o de un «control pasivo de legalidad».

Pese a todo, quizá debamos convenir que no es lo mismo que un probo funcionario (como tantos hay) haya de respetar y aplicar las leyes o controlar su cumplimiento, a que, erigido en autoridad calificadora, mediante una competencia sólo atribuible por Ley, pase a estar legitimado para emitir un juicio de legalidad y en esa medida deba reputársele investido de una potestad legal calificadora, que quedaría entonces al amparo de los tribunales bajo una correlativa presunción de legalidad.

Para dar semejante salto no había hasta ahora, la verdad, suficiente cobertura legal, siendo vuelo demasiado alto para preceptos tan alicortos por su insuficiencia asertórica cuando no de rango normativo. Pero la situación podría haber cambiado a raíz, precisamente, de la Ley de Acompañamiento.

Su artículo 115 agrega un nuevo artículo 17 bis a nuestra centenaria Ley del Notariado de 1862, a cuyo tenor el Notario deberá dar fe, aparte del hecho de la identidad de los otorgantes y del hecho de su consentimiento, también de que «a su juicio tienen capacidad y legitimación» y de que *el otorgamiento se adecua a la legalidad*. La capacidad natural de los comparecientes puede quizá apreciarse

(10) En *Reflexiones sobre el instrumento público* (comunicación al Simposio Notarial 83), en *op. cit.*, t. IV, pp. 538 y 539.

(11) *Vid.* RODRÍGUEZ ADRADOS, en «Formación, validez y eficacia del instrumento público» (ponencia para el XIV Congreso Internacional del Notariado Latino, Guatemala, 1977), en *op. cit. supra*, t. III, pp. 427 y ss.; y en *Naturaleza jurídica del documento auténtico notarial* (ponencia presentada al VII Congreso Internacional del Notariado Latino, Bruselas, 1963), en *op. cit., supra*, t. III, pp. 200 y ss.

(12) PAZ-ARES, C: *El Sistema Notarial (una aproximación económica)*, Consejo General del Notariado, Madrid, 1995.

(13) En *op. cit. supra*, pp. 89 y ss.

fenomenológicamente, pero su legitimación así como la adecuación del otorgamiento a la legalidad implican un juicio intelectual jurídico, una calificación. Parece que ya no se trata sólo de un control pasivo de legalidad, sino de formular una calificación jurídica. Una vez consignada, esa calificación notarial se presume, además, exacta, pues los documentos notariales autorizados, lo mismo en papel que en soporte electrónico, según añade el mismo precepto, «gozan de fe pública y su contenido se presume veraz e íntegro». Veracidad e integridad significan aquí tanto como exactitud. La reputación legal de exactitud o acierto referida a una calificación jurídica equivale a una presunción de legalidad.

La dación de fe notarial sobre la legitimación de los otorgantes enunciada en este nuevo artículo 17 bis de la Ley del Notariado, se desarrolla, con mayor énfasis y de modo particular, en el artículo 98 de la Ley de Acompañamiento, atribuyéndole a esa específica calificación notarial sobre la legitimación el valor autosuficiente propio de un criterio soberano, al disponer –como sabemos– que la valoración del Notario sobre la suficiencia de las facultades representativas hace fe: *fe suficiente, por sí sola y bajo su responsabilidad*. Con ello, la valoración notarial de esa faceta específica que es la legitimación representativa de los otorgantes, eso que Adrados (14) ha llamado «el aspecto subjetivo del juicio de legalidad», se impone como una supracalificación, amparada especialmente dentro del documento con una formulación ahora casi sacramental.

Por virtud de la Ley de Acompañamiento, en lo que concierne a la legitimación representativa de los comparecientes y, en general, respecto de la adecuación de lo otorgado a la legalidad, el documento notarial pasa a tener ahora no sólo ya testimonial, sino calificadorio. Hace prueba no sólo de una percepción, sino de una valoración jurídica. Su objeto no es ya un hecho, sino también un juicio: una calificación jurídica.

Así se consagra expresamente, por primera vez en nuestro ordenamiento, por una norma con rango de Ley en sentido formal. Una «Ley escoba», es verdad, acompañando a unos presupuestos, quizá una cuna legal demasiado modesta para la institución notarial, pero una Ley, al afin y al cabo, una Ley como cualquier otra, aprobada por el Parlamento, que marca un hito en la historia del Notariado, que supone, por fin, en el plano legislativo, ese «salto» kantiano al que antes nos referíamos: un salto kantiano cuasicopernicano.

EL MOMENTO IRREPETIBLE DEL CONTROL DE LEGALIDAD

Los notarios debemos ser conscientes de la importancia de esta Ley y asumir de inmediato las funciones (irrenunciables) que nos encomienda, particularmente el ejercicio de la potestad calificadoria del artículo 98, rompiendo cuanto antes la inercia de antiguos hábitos o fórmulas documentales, porque está en juego nuestra propia significación profesional.

Se trata de una medida legislativa dentro de una política más general que pretende agilizar las formas de la contratación bajo la idea última de que el control de

(14) En *Formación...*, *op. cit. supra*, p. 444.

legalidad llegue a ser simultáneo al momento de la transacción económica, que es cuando el Notario interviene. Se ha abierto un cambio de rumbo que apunta irremisiblemente hacia un progresivo soberanismo de la calificación notarial.

La legitimación representativa es sólo un aspecto parcial de la legitimación en un sentido más amplio, entendida como «poder de disposición» o «legitimación dispositiva» de los otorgantes, o –por utilizar la misma expresión del art. 18 de la Ley Hipotecaria– la «validez dispositiva» del documento. Esa contigüidad entre los conceptos de capacidad, legitimación y poder de disposición, desde nuestra perspectiva notarial (15), se hace tanto más estrecha desde el momento en que el Notario, para autorizar el documento, debe apoyarse hoy en la información registral, previamente remitida por fax (y dentro de poco también por comunicación electrónica), que pasa así a formar parte del instrumento mismo, acreditando la titularidad y ausencia de limitaciones dispositivas.

Cuando esa información registral en tiempo real resulte vinculante con los efectos propios de la fe pública registral, podrá exigirse entonces que quede, asimismo, bajo la responsabilidad y la calificación del Notario autorizar o no la escritura, entre otros criterios, de acuerdo también (como diría el art. 18 de la Ley Hipotecaria) «a lo que resulte del Registro».

Al margen de cuestiones corporativas, el interés del tráfico y la protección de los consumidores terminarán imponiendo que el control jurídico de la contratación sea simultáneo a la transacción económica, que es cuando el Notario interviene, investido de una potestad calificadora que sea, en ese momento, virtualmente cuasiomnnicomprensiva y autosuficiente. Ésa es la aspiración última, el objetivo urgente.

Entre tanto pervive un sistema paradójico, ya socialmente incomprensible, como es que la comunicación registral remitida a instancia del Notario no dé fe del contenido de los asientos, sino que tenga (como se obstinan los registradores) un valor, como las notas simples, todavía meramente informativo, de manera que en el momento crítico de la publicidad registral, que es el momento de la transacción económica, su seguridad queda desactivada, como ocurrió con la escandalosa Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 2 de octubre de 2000, que tanto repudio ha cosechado en los medios de comunicación, al eximir de toda responsabilidad por daños al Registrador que, respecto de la finca que se iba a hipotecar, no informó en el fax remitido el día anterior a la notaría de la existencia de un embargo.

La nueva medida en la Ley de Acompañamiento de concentrar la potestad calificadora de la representación en el momento de la transacción económica, atribuyéndosela al Notario, de acuerdo con esa tendencia –a que nos hemos referido– que es su verdadero *leit motiv*, sólo pretende, efectivamente, acompasar el ejercicio de los controles legales a la secuencia práctica de la contratación, eliminando costes y trámites en el tráfico jurídico que después de ese momento clave resultan ya extemporáneos y, por tanto, inútiles. Si esta medida se ha llevado a la Ley de Acompañamiento, aprovechando una redacción proyectada en el texto todavía en ciernes del futuro Reglamento Notarial, ha sido por una decisión política de anticipar su vigencia y sus ventajas.

(15) Vid. RODRÍGUEZ ADRADOS, en *Formación...*, *op. cit. supra*, p. 443.

No es, por tanto, una norma surgida de repente, sino un texto que estaba ya hacía tiempo preparado por un servicio técnico ministerial, en respuesta a esa necesidad del tráfico. No se trata, por ello, de un cambio legislativo improvisado, que se haya producido *ex improptu*, como consecuencia de un regate o una finta en el *iter* parlamentario de aprobación del precepto. Todo lo contrario. Es cierto que el artículo 98 aparece inopinadamente a través de una enmienda del Partido Popular en el Senado (16) que, al haberse presentado fuera de plazo y a fin de no quedar inadmitida, se incorpora directamente a la Ponencia, hurtándola a la discusión de la Cámara. Pero si eso ocurre es, precisamente, por tratarse de una simple norma de coordinación, políticamente neutra, fraguada con un consenso tácito, que pasa por lo mismo inadvertida (*sine strepitu*) y se aprueba así sin que se formule ninguna objeción parlamentaria.

La nueva medida legislativa, al conferir esa competencia al Notario, reproduce una pauta social del tráfico jurídico que responde al modo habitual de gestarse en la práctica la contratación, acorde con la confianza correlativa atribuida por la propia ciudadanía al Notario, como garantía efectiva de legalidad, simultánea al momento de la transacción económica, que es cuando el Notario interviene. La medida podrá suscitar corporativamente algún recelo, pero, desde luego, ningún reparo por parte de la ciudadanía ni protesta social.

Basta examinar las Memorias que publica anualmente el Consejo General del Notariado, a través de la sección delegada del servicio de seguros y responsabilidad civil, para comprender hasta qué punto aquella confianza social en el control notarial está justificada. Sólo refiero algunas cifras: frente al total de 5.820.623 instrumentos autorizados notarialmente en 1999, al año siguiente (según la Memoria de 2000) sólo se plantean dos reclamaciones por insuficiencia de poderes; y sólo cuatro en el año 2001, frente a los 5.837.259 instrumentos autorizados el año anterior.

Se entiende así, que el propio Tribunal Constitucional, valorando la actuación notarial bajo esa presunción social de legalidad, se hubiera adelantado a la Ley de Acompañamiento, al proclamar solemnemente en su Sentencia 207/1999, de 11 de noviembre, que «la función pública notarial incorpora un juicio de legalidad sobre la forma y el fondo del negocio jurídico que es objeto del instrumento público». Este pronunciamiento constituye un firme respaldo al artículo 98 de la Ley de Acompañamiento y al nuevo artículo 17 bis de la Ley del Notariado (introducido por la misma Ley de Acompañamiento). Le había seguido, casi de inmediato, otra declaración similar del Tribunal Supremo, cuya Sentencia de 24 de octubre de 2000 afirma que «a notarios y registradores les incumbe en el desempeño de sus funciones un juicio de legalidad, que recae, respectivamente, sobre los negocios jurídicos que son objeto del instrumento público, o sobre los títulos inscribibles».

Nuestro juicio de legalidad sobre la legitimación representativa y, en general, sobre la adecuación del documento otorgado a la legalidad, contaba con ese patrocinio jurisprudencial al que se suma ahora (por medio de los arts. 98 de la Ley de Acompañamiento y 17 bis de la Ley del Notariado) un expreso reconocimiento legislativo. Se ha ampliado con una explícita sanción legal (si antes, implícitamente).

(16) Vid. *Boletín Oficial de las Cortes Generales* de 1 de diciembre de 2001.

te, no resultaba así también del propio artículo 1.218 del Código Civil, como demostró Adrados) (17), eso que habíamos denominado el aspecto interno de la fe pública notarial, su objeto con relación al contenido del propio documento, incluyendo una calificación jurídica que no es ya un hecho, sino un juicio. Pero la fe pública notarial tiene también un alcance externo, como decíamos, que procede examinar a continuación, atinente al ámbito o los ámbitos en que debe surtir efecto el documento, lo que es su eficacia exterior, el radio de su fuerza vinculante.

PERSPECTIVA PROCESAL

Según el artículo 1.218 del Código Civil, los documentos notariales «hacen prueba»: «prueba plena», como apostilla el artículo 319 de la nueva Ley Procesal (rescatando una expresión primigenia del Código que luego se perdería en su edición final). A la vista de esta formulación, surgen dos interrogantes: uno, cuál sea ese valor probatorio dentro del proceso; y, otro, si la fe pública notarial hace también o no prueba extrajudicialmente, fuera o más allá del proceso.

La fe pública notarial, como medio probatorio de cara al proceso, opera exactamente del mismo modo que la fe pública registral. Tanto el documento notarial, como las certificaciones relativas a los asientos del registro, son documentos públicos que hacen prueba plena, como dice el artículo 319.1 de la nueva Ley Procesal. La dificultad estriba en entender qué significa «prueba plena» o, planteado de modo más general, qué valor tiene en juicio la prueba por documentos, que es una de las cuestiones más espinosas de nuestro proceso civil. ¿Por qué? Porque hay una falta de sintonía entre el modelo legal de valoración de la prueba y el sistema de hecho seguido en la práctica judicial.

El modelo imperante en nuestra Ley Procesal (lo mismo la antigua que la nueva), con relación a la prueba por documentos, es el denominado «sistema de prueba legal», que supone una valoración por la Ley, con carácter vinculante para el Juez, del alcance probatorio de ciertos medios, llamados por eso mismo «pruebas privilegiadas».

En ese modelo encaja y se entiende la distinción que formula el artículo 319 (en sus apartados primero y segundo) entre dos categorías de documentos públicos, los que hacen prueba plena y los demás documentos oficiales determinantes sólo de una presunción. Quizá esta dicotomía legal sea la demostración más palmaria de la adopción por el Legislador de un sistema de prueba legal, pero su línea divisoria, como enseguida veremos, va a quedar muy borrosa, si no casi borrada, en la práctica judicial.

Teóricamente, en un modelo normativo (como el nuestro) de prueba legal, los medios que hacen prueba plena (como el documento notarial o el registro) deberían vincular al Juez, en el sentido de obligarle a reputar como probado entre los funda-

(17) *Vid.*, por su valor de síntesis, el comentario de este autor al artículo 1.218 CC, en VV. AA.: *Comentario del Código Civil* (dirigido por C. Paz-Ares y otros), Ministerio de Justicia (Secretaría General Técnica-Centro de Publicaciones), Madrid, 1991, t. II, pp. 332 y ss.

mentos de su sentencia el hecho acreditado mediante prueba privilegiada, salvo que, controvertida judicialmente, prosperara su impugnación.

La especificidad, pues, de la prueba privilegiada, estriba por hipótesis en que no cabe controvertirla, si no es a través de una expresa impugnación judicial, que debe entonces sustanciarse y resolverse separadamente, de modo contradictorio (bien sea como cuestión prejudicial penal o bien como cuestión incidental de previo o especial pronunciamiento acumulable dentro del mismo proceso civil, si no se hubiese planteado la impugnación judicialmente por la vía civil o penal como causa autónoma), de modo que sólo así, mediante una resolución separada estimatoria de la impugnación, la prueba plena quedaría desvirtuada y el Juez desvinculado de seguirla.

La inaplicación de este esquema y su sustitución de hecho en nuestra práctica judicial por un sistema de prueba libre se ha impuesto progresivamente, como es sabido, por la conjunción, sobre todo, de dos factores: de un lado, la doctrina del propio Tribunal Supremo acerca de la denominada «valoración conjunta de la prueba» (18), y, de otra parte, la evolución jurisprudencial y legislativa de la casación civil, hasta llegar a la supresión (en 1992), como motivo para fundamentarla, del error en la apreciación de la prueba por documentos (*error in procedendo*).

Esta esquizofrenia entre el modelo legal y el de la práctica judicial ha merecido siempre una acerba crítica. La moderna doctrina procesalista denuncia la teoría de la valoración conjunta de la prueba como una práctica *contra legem* que atenta, según el Profesor Cortés Domínguez (19), contra el derecho constitucional de defensa. Por otro lado, pese a la supresión de los errores *in procedendo*, según el Profesor Gimeno Sendra (20), dentro del motivo único de casación «por infracción de las normas aplicables» que invoca ahora tan sintéticamente el artículo 477 de la nueva Ley, deben incluirse, además de las normas jurídico-materiales, también las procesales —como las que establecen el valor probatorio de ciertos medios de prueba (art. 319)—, cuya contravención seguirá siendo casable como *error in procedendo in iure* (por infracción de la norma *procesal* aplicable).

Ante esta situación, no cabe ya una definición clara. En un sistema de libre valoración judicial de la prueba, como es, de hecho, el seguido en nuestra práctica judicial, los documentos públicos aunque hagan prueba plena, pueden ser controvertidos dentro de la fase probatoria del procedimiento sin tener que sustanciarse ni resolverse por separado su impugnación, pues, al no considerarse el Juez vinculado

(18) No obstante, según testimonio NÚÑEZ LAGOS (en *Tópicos jurídicos*, en *op. cit. supra*, t. II, p. 523), «la jurisprudencia sobre documento auténtico en casación... ha aplicado la apreciación de la prueba en conjunto, únicamente... a lo *dicho* por las partes, pero no a las narraciones genuinamente auténticas debidas a la actividad del notario, esto es, a lo *dicho* por el Notario».

(19) CORTÉS DOMÍNGUEZ, GIMENO SENDRA y MORENO CATENA: *Derecho Procesal Civil*, Colex, Madrid, 1996, p. 220. Tras la promulgación de la nueva Ley Procesal, según el mismo autor (en la 4.^a edición de la misma obra de 2001, p. 251), se ha consagrado legalmente la valoración conjunta de la prueba, en cierta medida, en el segundo inciso del número 2.º del artículo 218 de la nueva Ley Procesal. *Vid.*, en general, el estudio de la eficacia de la prueba documental que realiza el mismo autor, tras la promulgación de la nueva Ley Procesal, en la 4.^a edición de la obra citada, pp. 294 y ss.

(20) En comentario de dicho autor al artículo 477, en VV. AA.: *Proceso Civil Práctico* (dirigido por Vicente Gimeno Sendra), La Ley-Actualidad, S. A., Las Rozas (Madrid), 2001, t. VI, pp. 297 y ss. *Vid.*, asimismo, RODRÍGUEZ ADRADOS, en *Documento público y casación civil*, en *op. cit.*, t. IV, pp. 573 y ss.

de antemano por ningún medio prueba, la prueba por documentos siempre podrá ser rebatida por otros medios de su libre apreciación. No hay prueba privilegiada en el sentido de que, para ser vencida, tenga que ser objeto de una impugnación judicial por separado, a través de un cauce contradictorio, siquiera abreviado. Cualquier prueba, incluso supuestamente privilegiada (como un documento notarial o un asiento registral), puede ser combatida sin más y directamente en la fase probatoria del proceso, y vencida por otro medio de prueba de libre estimación judicial. El Juez no está, en este sentido, vinculado por ninguna prueba.

No hay una valoración legal de la prueba. Hay una distribución legal de su carga. La ventaja en la actividad probatoria deriva, precisamente, de las presunciones que dispensan de la carga de probar (art. 385 de la nueva Ley Procesal). Esa ventaja probatoria (más que condición de prueba privilegiada), que afecta a los documentos que hacen prueba plena, resulta exclusivamente del juego procesal de las presunciones, sin que la línea de separación entre los apartados primero y segundo del artículo 319, por eso mismo, aparezca ya tan clara. De este modo pierde también relevancia la distinción entonces entre los juicios notariales apodícticos y asertóricos, los juicios de existencia (verdaderos o falsos) y los juicios de valor (acertados o no), pues el testimonio de lo percibido sensorialmente bajo fe pública notarial tampoco va a imponerse con carácter necesario o apodíctico sino relativo, como mera presunción de verdad, igual que cualquier calificación jurídica bajo la fe pública notarial sólo será admisible como mera presunción de exactitud o acierto, sin vincular lo testimoniado ni lo calificado notarialmente, en ningún caso, al Juez.

La fe pública notarial ha perdido en intensidad lo que ha ganado en extensión. El valor probatorio del documento notarial, tanto en cuanto a lo que testimonia como en cuanto a lo que califica, resulta exclusivamente del juego procesal de ciertas presunciones legales, igual que ocurre con los demás medios de prueba legal (como las certificaciones relativas a los asientos del registro), y tiene, por consiguiente, en el fondo, siempre un fundamento extraprocesal, que es la norma material que establece aquella presunción.

Los documentos públicos notariales y registrales, a que se refiere el artículo 319.1, tienen en común una presunción legal de exactitud o legitimidad, que les viene atribuida por una Ley material: en el caso de los asientos registrales, por el artículo 1.3, en concordancia con los artículos 38 y 97 de la Ley Hipotecaria; en el caso de los documentos notariales, por el artículo 1.218 del Código Civil, y ahora, también, por el artículo 98 de la Ley de Acompañamiento y el nuevo artículo 17 bis de la Ley del Notariado (introducido por la misma Ley de Acompañamiento).

Por ello, como observa Rodríguez Adrados (21), quien aporta al proceso un documento notarial, al estar favorecido por una presunción legal, desplaza sobre la parte contraria la carga de la prueba en el juicio. La prueba privilegiada es sólo la ventaja procesal que supone la dispensa de probar. Algo clave en el equilibrio del proceso, en cuanto a las expectativas objetivas de las partes en orden a obtener una

(21) RODRÍGUEZ ADRADOS, A.: *La prueba en la nueva Ley*, Conferencia pronunciada en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia el día 9 de abril de 2002. *Vid.*, también, del mismo autor, *Valor y efectos...*, *op. cit. supra*, pp. 276 y ss.

sentencia favorable, pues esa inversión de la carga de la prueba puede resultar decisiva para resolver formalmente el conflicto.

En virtud de esa presunción legal que ampara al documento notarial, no bastará, además, para desvirtuarlo sólo con una contrapueba o *semiprobatio* a cargo de la contraparte, entendida como simple indicio que haga dudar al Juez, sino que se requerirá una «prueba principal de lo contrario», que produzca en él un convencimiento pleno (no tanto, su convencimiento personal, sino, más bien –como apunta Adrados (22) con fórmula muy elocuente–, «el convencimiento impersonal del Juez, de cualquier Juez»), que habrá de quedar así fundamentado, con la posibilidad, si no, de interponer la casación.

La expresión un tanto enfática del legislador cuando dispone que determinados medios probatorios, por su presunción legal de exactitud o de legitimidad, están al amparo o bajo la salvaguardia de los tribunales, no debe sobreestimarse de cara al proceso. En realidad, se trata de una afirmación legal que tiene una trascendencia, sobre todo, extraprocesal. Significa que aquella presunción, fuera de un proceso judicial, es incontrovertible. Pero dentro del proceso no tiene más virtualidad que la de determinar una inversión de la carga de la prueba. No cabe pensar que ese amparo o salvaguardia de los tribunales suponga una prueba privilegiada, en el sentido de que, para ser vencida y no vincular al Juez, haya de ser desactivada antes o separadamente, de modo contradictorio, mediante una específica resolución judicial.

Conviene recordarlo porque la fórmula de «estar al amparo o bajo la salvaguardia de los tribunales» se ha malinterpretado y ha servido para magnificar confusamente la importancia probatoria del Registro, como si de una prueba privilegiada se tratase, incurriendo en un grave desenfoque. El error consiste en vincular la virtualidad probatoria del registro con las reglas internas de su funcionamiento, para llegar por vía de este absurdo a la perversión de subordinar el funcionamiento del proceso al funcionamiento del registro, que es algo inadmisibles (art. 117.3 de la Constitución). No es que el asiento sea incontrovertible mientras no se declare judicialmente su inexactitud, sino que, si el resultado del pleito lo contradice, habrá de neutralizarse entonces la apariencia jurídica que deriva del asiento inexacto mediante su modificación o su cancelación (arts. 40 y 86 LH). Pero se trata, con esa rectificación (igual que en el caso del art. 153, *in fine*, del Reglamento Notarial), de destruir una apariencia inexacta, no una prueba privilegiada. La rectificación registral no es una condición necesaria sino una consecuencia accesoria del juicio.

Los asientos registrales como medio probatorio no tienen mayor fuerza ni valor que los documentos notariales (art. 319.1 LEC). En este sentido, bien podemos decir (como el texto todavía en proyecto de futuro Reglamento Notarial y el art. 82 del vigente Reglamento de Corredores) que también los documentos notariales, en aquello de que dan fe, están *al amparo de los tribunales*, siempre con el limitado alcance con que debe interpretarse esta fórmula en el orden procesal.

Si la dación de fe notarial alcanza ahora, por virtud del artículo 98 de la Ley de Acompañamiento, al juicio de suficiencia sobre las facultades representativas, dicha calificación notarial quedará, pues, también bajo la salvaguarda judicial, no

(22) En *Comentario...*, *op. cit. supra*, p. 338.

como prueba plena que vincule al Juez (bien lo sabemos), sino como estimación presuntivamente exacta (art. 17 bis de la Ley del Notariado), que impone sobre quien la contradiga la carga de la prueba en contrario (art. 385 LEC).

De cara a esa prueba en contrario cabe disociar dos planos que se sobreponen cuando el Notario da fe de la representación. Al valorar como suficiente la representación acreditada, el Notario reseña un título y emite un juicio: da fe de un hecho (que se le exhibe el título que identifica o reseña) y formula un juicio que también hace fe (su calificación de la representación acreditada a la vista del título exhibido como suficiente). La prueba en contrario de esa dación de fe puede, correlativamente, combatir el hecho o el juicio.

Si se niega el hecho, estaremos ante la intervención, por una falsedad o una falsificación, de un *falsus* o un *fictus procurator*: ante una falsedad, si no es verdadera la declaración del Notario de que se le haya exhibido el título reseñado (que nunca existió o que ya no tenía, por habersele revocado, y no aportó el representante); o ante una falsificación, cuando no fuera verdadero sino apócrifo el título exhibido. En cualquiera de estas hipótesis (al margen de su connotación penal), la actividad probatoria se enmarca en un plano puramente fáctico, el de si el hecho presunto que se pretende rebatir es verdadero o falso. No parece que ello plantee mayor dificultad desde una perspectiva procedimental.

Otra cosa es que el título representativo, efectivamente, existiera y se presentara, pero, pese a la calificación del Notario, no fuese un título habilitante: porque fuese un título no válido o defectuoso, o insuficiente, o devenido ineficaz como consecuencia de una revocación de dudosa oponibilidad. En todos estos casos, el objeto de la prueba pasa a ser aquí no ya un hecho sino un juicio, que no será verdadero ni falso, sino acertado o no, según resulte, al cabo, coincidente o no con el propio criterio del juzgador. La cuestión consiste, precisamente, en decidir qué valor merece entonces esa calificación notarial frente a la convicción personal del Juez.

Parece claro que esa calificación notarial no equivale a un dictamen pericial. No se trata del dictamen jurídico de un experto o un Perito, que el Juez pueda seguir o no, conforme a su libre criterio personal, valorándolo «según las reglas de la sana crítica» (art. 348 LEC). En nuestro Derecho, la prueba pericial –igual que la testifical (art. 376 LEC)– es libre, sujeta a la libre apreciación judicial (23). El Juez puede apartarse de ella con entera discrecionalidad, sin ni siquiera necesitar una simple contraprueba o indicio en contra.

Por el contrario, el documento notarial, en aquello de que da fe (como la apreciación de la representación), hace prueba plena, no en el sentido de vincular al Juez (ya lo sabemos), pero sí como calificación presuntivamente exacta, bajo el amparo judicial, no desvirtuable por una simple contraprueba o *semiprobatio* entendida como un mero indicio que despierte la duda, ni tampoco, probablemente, por una vana o apenas motivada opinión contraria del juzgador, sino sólo por un hecho objetivamente fundamentado, que justifique el pleno convencimiento judicial de lo contrario, no tanto un convencimiento personal, sino –como decíamos, citando a Adrados (24)– el convencimiento impersonal del Juez, de cualquier Juez,

(23) Si bien –como indica el profesor Cortés Domínguez (en *op. cit. supra*, p. 219)– «prueba libre no quiere decir prueba arbitraria», sino sujeta necesariamente a una valoración racional.

(24) En *La prueba...*, *op. cit. supra*, y en *Comentarios...*, *op. cit. supra*, p. 338.

objetivado en los fundamentos de la sentencia, con la posibilidad, si no, de interponer la casación.

LA SEGURIDAD DEL TRÁFICO

Si resultara, al cabo, probado en el juicio que la calificación notarial fue inexacta, que la representación que admitió el notario como buena no era tal en realidad, por inexistente o insuficiente, según el criterio final del juez, es entonces cuando surge la verdadera pregunta (que no es ya de Derecho procesal, sino material): si quien contrató con el representante, confiando legítimamente en que el notario daba fe de su representación, merece ser o no protegido.

Su confianza, desde luego, no puede ser más legítima al haberse apoyado en una apariencia jurídica oficializada por la fe pública notarial. El conflicto de intereses entra, por ello, de lleno en la teoría del «mandato aparente», que resulta de los artículos 1.738 y 1.734 (y otros concordantes) de nuestro Código civil: el tercero que contrata de buena fe con el mandatario, ante la apariencia persistente de un mandato falto, sin embargo, de virtualidad, debe quedar protegido frente al mandante.

El artículo 98 de la Ley de Acompañamiento permite entender que se da aquí el mismo supuesto normativo. El precepto lo formula claramente. La calificación del notario sobre la representación *hace fe suficiente y por sí sola*. Su intervención presta, por tanto, la máxima apariencia de legalidad. No cabe confianza más legítima que la de quien contrata bajo la fe pública notarial. Correlativamente, su protección, la inatacabilidad de su posición jurídica o la irrevindicabilidad de su adquisición, debe también, en principio, imponerse, con independencia del resultado de la prueba en el juicio acerca de si hubo o no tal representación.

Con ello, no es que, a través del artículo 98 de la Ley de Acompañamiento, se haya introducido subrepticamente –como denuncia el Colegio de Registradores en la célebre Consulta vinculante– un nuevo supuesto de adquisición *a non domino*, pero sí una ampliación, por vía interpretativa, del supuesto de hecho de aplicabilidad de la norma contenida en el artículo 1.738 del Código Civil. Debo esta idea a una sugerencia de José María Miquel González.

El artículo 98 de la Ley de Acompañamiento, en la medida en que entronca con el artículo 1.738 del Código Civil, debe entenderse como una norma más, de protección de la seguridad del tráfico jurídico, igual que la del artículo 34 de la Ley Hipotecaria o la del artículo 464 del Código Civil, o las del Código de Comercio y tantas otras, que no definen sino supuestos en que se consagra legalmente la protección incondicional de quien confía de modo legítimo en una determinada apariencia jurídica.

La proliferación de normas de protección de la seguridad del tráfico no debe verse con demasiado recelo, aunque quizá sí con un nuevo temperamento. Posiblemente su multiplicación sea algo cada vez más acorde con los tiempos que nos aguardan, ahora que nos asomamos al mundo de las transacciones electrónicas, que es el verdadero *Hinterland* o telón de fondo que se abre detrás de la Ley de Acompañamiento (y explica tantas de sus medidas). En este contexto, se entiende la utilidad o la oportunidad de normas que aseguren la contratación, protegiendo el

tráfico jurídico, aunque deban, al mismo tiempo, acogerse con mayor relativismo, como ya sugirió el maestro de todos nosotros Juan Vallet de Goytisolo (25), al contraponer los conceptos de seguridad jurídica estática y seguridad jurídica dinámica (26). Se trata de procurar una protección razonable, no una fortificación blindada, para el adquirente en el tráfico.

Cualquier norma de protección del tráfico es, a la vez, una norma de castigo. Se entiende que impere un principio de formulación legal (*nulla poena sine lege*), pero también es verdad que no debe haber pena sin culpa ni proporcionalidad. Mejor que un filtro de admisión demasiado rígido que, una vez superado, incline a una aplicación implacable de la regla como mecanismo automático, quizá convenga una admisibilidad más abierta, pero luego una aplicación menos dura y más matizada de tales dispositivos legales de seguridad del tráfico.

En esta dirección apunta la doctrina de la *Vertrauenshaftung* o de la «responsabilidad por la confianza», propuesta en Alemania por Canaris (27), en un conocido libro que fue su habilitación de cátedra en 1971 (cuya lectura debo agradecer a José María Miquel). La construcción de Canaris, sobre la responsabilidad por la confianza, pretende atemperar el alcance protector de la «teoría de la apariencia jurídica» (*Rechtsscheintheorie*) —o de las normas del código civil alemán que la desarrollan—, en función de un criterio de necesaria imputabilidad (*Zurechnungsfähigkeit*) de la confianza derivada de esa apariencia al perjudicado por la misma. La tutela del tercero de buena fe que legítimamente confía en una apariencia jurídica no autoriza a privar de sus derechos legítimos a quien no contribuyó en absoluto a la generación de esa confianza ni es responsable de ella, por resultarle ajeno por completo (y, por tanto, absolutamente inimputable) el artificio o el estado aparente que desencadenó esa confianza.

Esta tesis debiera servir para atemperar también entre nosotros el excesivo automatismo —denostado por Vallet (28)— con que se ha interpretado tradicionalmente el juego de la apariencia jurídica y sus mecanismos legales derivados. En un sentido crítico, José Ángel Martínez Sanchiz (29) —con el acierto y la brillantez a que nos tiene acostumbrados— ha defendido recientemente que el artículo 34 de la

(25) «La seguridad jurídica en los negocios dispositivos de bienes inmuebles», *Revista de Derecho Notarial*, abril-junio, 1980, pp. 217 y ss.; del mismo autor, más recientemente, «Seguridad jurídica estática y seguridad jurídica dinámica», en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 33 (enero-marzo 2000), pp. 207 y ss.

(26) Tiene razón, no obstante, Celestino PARDO NÚÑEZ («Seguridad del tráfico inmobiliario y circulación de capital», en *Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, La calificación registral* —edición a cargo de Francisco Javier Gómez Gállego—, Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1996, t. I, pp. 82 y ss) al superar la dicotomía entre seguridad del derecho (estática) y seguridad del tráfico (dinámica), invocando la seguridad del crédito en el tráfico, como potenciadora de la capacidad de endeudamiento y, en este sentido, de la seguridad del derecho. Con ello sigue el análisis del profesor C. Paz-Ares, al definir el Registro de Bienes, como institución protectora del «primero» más que del tercero, cuando el valor de cambio de los bienes inscritos prevalece sobre su valor de uso —p. ej., propiedad urbana, a diferencia de la rústica—, pues la seguridad del tráfico permite no tener que descontar del precio de transmisión apenas ningún coste de transacción.

(27) CANARIS, C. W.: *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1971.

(28) En *Seguridad jurídica...*, *op. cit. supra*, p. 221.

(29) En *op. cit. supra*, pp. 169 y ss.

Ley Hipotecaria no debiera aplicarse en los supuestos de usurpación de la personalidad o de falsificación, porque provocaría un efecto de indefensión, y el artículo 34 de la Ley Hipotecaria no puede sobreponerse al artículo 24 de la Constitución; y también –agrega (30), rememorando la célebre sentencia de Rafael Núñez Lagos (31)– porque «donde hay falsedad, no hay fe pública». La *adhesión inquebrantable* a las hipótesis legales de adquisición *a non domino* se ha cuestionado, asimismo, en Alemania, desde una perspectiva constitucional de tutela a la propiedad, invocando un artículo equivalente al 33 de nuestra Constitución. Esta valoración interpretativa concuerda con la posición que ya defendió José María Miquel (32), en su monumental obra sobre el artículo 464 de nuestro Código Civil, discrepando en su momento frente a la opinión mayoritaria, al postular su inaplicación en cualquier supuesto de privación ilegal.

La protección al tercero de buena fe está justificada si es en perjuicio del artífice de la apariencia que motivó su confianza, pero no en perjuicio de quien no la hubiera provocado en absoluto, siendo por completo ajeno y en ningún modo, por tanto, responsable de ella, sin que se acierte a comprender por qué en este caso habrían de sacrificarse en favor del tercero los legítimos derechos del primero, «pues –como dice gráficamente José María Miquel (33)– no se trata, por vestir a un Santo, de desvestir a otro».

La oportunidad de esta tesis puede servir de alivio en un momento, como el actual, de cierta alarma en el notariado por el aumento de las falsificaciones documentales, facilitadas por la tecnologización (34); pero puede también, sobre todo, proporcionar una medida de equilibrio frente al futuro inmediato del comercio electrónico por los peligros de la contratación en la red. El tópico de la seguridad del tráfico y la protección legal al tercero de buena fe debe, en parte, revisarse, desde una postura más relativista (auspiciada por Vallet) (35), de acuerdo con ese criterio de imputabilidad de la apariencia, aunque el problema pase a ser entonces el de cómo medir la esfera de esa imputabilidad.

Puede haber casos dudosos, pero otras veces la inimputabilidad resulta indiscutible. En el conflicto de intereses entre quien contrató con el representante y el *dominus* supuestamente representado, si el título del que dimanara la representación fuera falso o falsa la declaración notarial reseñando un título inexistente, el mecanismo representativo no lo habría creado el *dominus* ni le sería, por tanto, imputable la confianza del tercero en esa aparente pero falsa representación. Tampoco le sería exigible por ello ninguna responsabilidad.

(30) En *op. cit. supra*, p. 170.

(31) «La falsedad destruye la fe pública siempre, como el agua al fuego» (NÚÑEZ LAGOS, en *Hechos y Derechos en el documento público*, en *op. cit. supra*, t. I, p. 495).

(32) MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.: *La posesión de bienes muebles*, Montecorvo, Madrid, 1979.

(33) Intervención en seminario sobre la buena fe en UAM; del mismo autor, *vid.*, asimismo, su comentario al artículo 7 del Código Civil en VV. AA.: *Comentario del Código Civil* (dirigido por C. Paz-Ares y otros), Ministerio de Justicia (Secretaría General Técnica-Centro de Publicaciones), Madrid, 1991, t. I, pp. 37 y ss.

(34) Cada vez son más frecuentes las circulares remitidas por el Colegio Notarial de Madrid a sus colegiados previniendo con datos y advertencias sobre nuevas incidencias, a cada poco, en este ámbito.

(35) En *Seguridad jurídica...*, *op. cit. supra*, p. 221.

Otra hipótesis de inimputabilidad puede darse cuando, siendo verdadero el título representativo, fuera, sin embargo, falsa la declaración del notario de tenerlo a la vista. Si el poderdante lo hubiera revocado, habiendo recuperado su posesión (con inscripción de la revocación, en su caso, en el Registro Mercantil), la representación se habría extinguido y desactivado por completo, pese a entrar en juego un poder aparente sólo como consecuencia de esa falsedad del notario. La apariencia de representación estaría fundada aquí, igual que en el caso anterior, exclusivamente en una falsedad. El poderdante, aunque artífice en su día del título representativo, no sería, sin embargo, artífice ahora (ni responsable) de la incidencia, ajena a él, de un mecanismo representativo que no hubiera operado ya, si no es únicamente por efecto de una falsedad. Habiendo cumplido el *dominus* toda la diligencia por la desaparición objetiva de la situación de apoderamiento, no le es exigible ninguna responsabilidad (porque «donde hay falsedad, no hay fe pública»).

Al margen de la inexactitud, en su caso (y consiguiente responsabilidad), del Notario, la tutela del *dominus* claudicaría, sin embargo, cuando de algún modo pudiera serle imputable por signos externos una representación presunta (*contemptatio domini ex rebus*), por ejemplo, si la actuación representativa se llevó a cabo (*non mera voluntate, sed ex re, ex facti circumstantis*) en las oficinas del representado (art. 294 del Código de Comercio) o por alguien en el ámbito de una dependencia o colaboración notorias (arts. 286, 292 y 293 del Código de Comercio). La responsabilidad del *dominus* persistiría, de igual modo, siempre que no hubiera contribuido suficientemente a eliminar la apariencia de una representación extinguida. El caso más paradigmático lo constituye, desde luego, la revocación de un poder falta de inscripción en el registro mercantil, por el juego del llamado principio de legitimación registral (art. 21 del Código de Comercio). Pero puede haber otros supuestos análogos, aunque más discutibles, en que el *dominus* (pese a la cancelación registral del poder) no haya borrado por completo la estela de una representación desaparecida que pudiera serle, por ello, de algún modo imputable, por haber omitido un aviso prudente en el contexto usual de operatividad de esa representación (art. 1.734 del Código Civil), como pudiera ser frente a clientes asiduos o la oficina bancaria –o incluso la notaria– habitual. Son circunstancias todas ellas que pueden pesar en la solución judicial del caso.

Pero el conflicto paradigmático se plantea cuando, cancelado registralmente el poder, el apoderado sigue conservando el título de que le proveyó el poderdante y lo aporta al notario a fin de que éste, a la vista del documento exhibido, dé fe de la representación. La antítesis de posiciones entre representado (que ha dado publicidad registral a la revocación) y tercero (que contrata con el representante confiando en la calificación notarial del poder) encierra, en este caso, una antinomia difícil de resolver, al entrecruzarse dos formas de fe pública, la del Registro y la del Notario (36), que chocan entre sí.

Asistimos aquí a una colisión frontal entre la fe pública registral, que protegería a uno, y la fe pública notarial, que protegería a otro. El revocante –al amparo del art. 21 del Código de Comercio– podría pretender la oponibilidad frente al ter-

(36) VICENT CHULIÁ (*Compendio crítico de Derecho mercanti*, Barcelona, 1991, t. I, v. 1.º, p. 148) se inclina a favor de la tesis de que la apariencia jurídica inexacta derivada de la exhibición por el apoderado del poder cancelado debe prevalecer sobre la exactitud registral.

cero de la revocación como acto inscrito, pero el tercero que contrató con el representante también podría legítimamente ignorarla, al amparo de una calificación notarial que hace fe *—fe suficiente y por sí sola*, conforme al art. 98 de la Ley de Acompañamiento— de esa misma representación. La solución al dilema exige comparar el grado de cumplimiento respectivo de las cargas que pesan sobre ambos sujetos intervinientes en el conflicto.

Como sostiene Díez-Picazo (37), «el revocante pecha con la carga de exigir la retirada del documento y sólo cumpliendo dicha carga lleva a cabo una revocación plenamente eficaz». No basta con manifestar la voluntad revocatoria, aunque se haga en legal forma, formalismo que comprendería además, en su caso, la inscripción registral; más allá de ello, es exigible también una conducta complementaria, llevar a cabo «una serie de actividades adicionales, de diferente valor y de diverso grado de eficacia», a fin de conseguir «la desaparición de la situación objetiva de apoderamiento» (38), dentro de lo cual se incluye la diligencia por recuperar el título de la representación. Si el revocante no lo recupera (o no hace todo lo posible por recuperarlo), hay una carga no cumplida y una razón de imputabilidad.

Cabría oponer —en recíproca compensación— que sobre el tercero (que contrata con el representante) pesa, correlativamente, la carga de investigar la vigencia de la representación consultando el registro mercantil. Sin embargo, puede equivaler al cumplimiento de esta carga la circunstancia de haber encomendado a un notario la formalización del contrato, como autoridad competente que tiene atribuida por ley (art. 98 de la Ley de Acompañamiento) la función de controlar y calificar bajo su fe y bajo su responsabilidad la suficiencia de la representación, de modo que, en este caso, «se cumple la carga con el encargo» y así el encargo al notario de intervenir o autorizar la transacción, desde el punto de vista de la buena fe, equivaldría al cumplimiento de la carga de consultar el registro.

Se presupone que el notario habrá efectuado al respecto todo lo pertinente, no sólo respecto del registro mercantil. Se aprecia aquí la evidente utilidad, como instrumento auxiliar, del registro de revocaciones que se ha organizado (con notable éxito) en el seno del Consejo General del Notariado. Si se omitió cualquier consulta registral pertinente por parte del notario, será una negligencia suya, pero no del contratante que confía legítimamente en una calificación notarial que —conforme al art. 17 bis de la Ley del Notariado— se presume no sólo exacta sino también íntegra. Su confianza merece ser protegida.

La fuerza de la fe pública notarial es superior a la del registro cuando pueda haber alguna vez colisión entre ambas —como en la hipótesis referida—. Pero en general se complementan. Entre notaría y registro no debe haber antagonismo sino complementariedad, y cuanto más estrecha sea su colaboración —como ha demostrado el Real Decreto 2537/1994, de 29 de diciembre, al regularla en orden a la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario—, más perfecto será el sistema. La fe pública notarial ha servido así para canalizar la publicidad registral inmobiliaria y

(37) *La representación en el Derecho privado*, Civitas, Madrid, 1979, p. 303.

(38) En *op. cit. supra*, p. 302.

cabe prever que la misma función pueda desarrollarse notarialmente, en un futuro próximo, en el ámbito de la representación de entidades inscritas en el registro mercantil (como ocurre en Alemania) (39).

Con esa interposición de la actuación notarial se trata, no de condicionar, sino de primar los efectos de la información registral, de acuerdo con su significado técnico, a través de un conducto especializado, que permita de modo autorizado su valoración simultánea a la transacción económica. El servicio notarial, aparte de principal proveedor del *input* registral (de acuerdo con el llamado principio de legalidad en sentido formal, que consagran los arts. 3 LH y 5 RRM), se perfila también ya como distribuidor por antonomasia del *output* registral en ciertos ámbitos –la contratación inmobiliaria y, en un futuro próximo, probablemente, la representación de sociedades–, dentro de la convulsión tecnológica que ha empezado a transformar el régimen de la publicidad registral.

Desde esta perspectiva, el artículo 98 de la Ley de Acompañamiento, puede ser el catalizador de nuevas pautas profesionales que modalicen la oponibilidad registral resultante del artículo 21 del Código de Comercio, implementando una comunicación cada vez más generalizada entre notarías y registros mercantiles, y archivos o bases de datos notariales entre sí, por medio de consultas telemáticas, que pronto van a ser inexcusables en los casos de clientes o documentos representativos inhabituales. En este sentido sería bueno que, desde los poderes públicos o a instancia de las respectivas representaciones institucionales de registros y notariado, se reglamentara cuanto antes, a imagen y semejanza de la colaboración con los registros inmobiliarios, algún sistema organizativo (y remuneratorio) de una conexión similar con el registro mercantil.

Cuando lo que se discuta no sea la existencia sino la insuficiencia de la representación, o la incidencia de vicios o defectos que la invaliden, el conflicto de intereses entre el supuesto representado y quien contrató con su aparente representante, al amparo de una calificación notarial luego desautorizada judicialmente, deberá resolverlo el juez, en favor de uno u otro, de acuerdo con el mismo criterio de responsabilidad por la confianza en la apariencia, a que nos hemos referido anteriormente.

La patología del título representativo por vicios o defectos invalidantes será, en principio, imputable a su artífice, que es el propio representado. Cuando, empero, se trate de un título representativo, no defectuoso, sino insuficiente, la consiguiente extralimitación de facultades siempre podría enfocarse desde la perspectiva de un abuso de poder, reconducible por ello también a la esfera interna de las relaciones entre poderdante y apoderado, de modo que la disfunción de la mecánica representativa sería aquí, como en el caso anterior, imputable igualmente al círculo negocial (*Geschäftskreis*) del representado, de acuerdo con la vieja máxima germánica de que «la mano guarde a la mano» (*Hand wahre Hand*), que impone el correlativo deber de responder por aquel en quien se ha depositado la confianza (*wo du dein Glauben gelassen hast, da sollst du ihn suchen*).

No obstante, si la extralimitación fuera palmariamente tan desmesurada que, más que abuso o insuficiencia de poder, hubiera una falta absoluta del mismo, esta-

(39) *Vid. infra* comentario a los párrafos 12 BeurkG y 21 BnotO.

ríamos entonces ante un supuesto no de insuficiencia sino de inexistencia de representación, de acuerdo con el desglose de hipótesis y criterios que formulábamos anteriormente.

Cuando se trate de poderes ambiguos (pues *in ambiguis contra stipulatorem*, según el art. 1.288 del Código Civil) o de poderes gerenciales, cuasiomnínimos pero insuficientes («con más o menos facultades», como dice el art. 283 del Código de Comercio), o implementados por una *contemplatio domini ex rebus*, como el caso de los poderes a personas notoriamente al frente de un establecimiento (art. 286 del Código de Comercio) o instaladas en las propias oficinas de la empresa (art. 294 del Código de Comercio) o a favor de empleados y auxiliares (arts. 292 y 293 del Código de Comercio), la confianza de quien contrata con el representante, que se presenta además patrocinado por la dación de fe notarial de sus poderes, aunque resulten insuficientes, parece a todas luces más digna de tutela que el interés del representado, afectado en todos estos casos por esa sombra de responsabilidad.

RESPONSABILIDAD NOTARIAL

Quienquiera que sea el perjudicado por la sentencia que resuelva el conflicto de intereses derivado de una representación irregular, podrá repetir, mediante una *condictio* o acción de enriquecimiento injusto, contra el representante ilegítimo. Aparte de ello, podrá exigir responsabilidad por daños, no sólo frente al representante por su actuación indebida, sino también frente al notario por su calificación inexacta, ambos ligados como sujetos responsables por una especie de solidaridad impropia. En el ámbito interno de esa solidaridad, el notario, a su vez, podría regresar contra el representante, si éste hubiera actuado de mala fe (conociendo, por ejemplo, la revocación); no así, claro está, cuando el *eventum damni* fuera únicamente imputable al notario, como sería el caso de un bastanteo erróneo de poderes exhibidos.

La acción de responsabilidad contra el Notario en el orden civil (aparte de su eventual responsabilidad penal por falsedad dolosa o culposa, conforme a los arts. 390 y siguientes del Código Penal) plantea una problemática bastante confusa acerca del tope y del tipo, si contractual o extracontractual, de esa responsabilidad (40). Como es sabido, cuando la responsabilidad es contractual, probado el incumplimiento del contrato, se presume el daño, y la acción para reclamar su resarcimiento se enmarca dentro del plazo general prescriptivo quincenal del artículo 1.964 del Código Civil. Por el contrario, la reclamación de una responsabilidad extracontractual exige probar el nexo causal entre la actuación y el daño, y el carácter culpable o negligente de esa actuación, quedando la acción sujeta al exiguo plazo prescriptivo de un año del artículo 1.968. Por ello, el esquema legal de la tutela aquiliana no alcanza con frecuencia a proteger suficientemente a la víctima, y ello ha

(40) Vid. RODRÍGUEZ ADRADOS, en *La intervención del Notario autorizante en el proceso civil*, en *op. cit.*, t. II, pp. 521 y ss.; GÓMEZ-ACEBO, F.: «La responsabilidad civil del Notario», *Revista de Derecho Notarial*, V-VI, julio-diciembre 1954, pp. 311 y ss.; GONZÁLEZ PALOMINO, J.: *Instituciones de Derecho notarial*, Reus, Madrid, 1948, t. I, pp. 399 y ss.

propiciado una distorsión doctrinal (y, a veces, jurisprudencial) del modelo de responsabilidad como efugio para encontrar una fórmula reparadora efectiva.

Esta cuestión (hoy tan en candelero) acerca del tipo de responsabilidad, si contractual o extracontractual, de los profesionales por los daños inferidos en el ejercicio de su profesión, resulta tanto más dudosa en el caso de los notarios (41), por la naturaleza híbrida entre lo profesional y funcionarial de su actuación. A favor del carácter extracontractual de su responsabilidad, se ha indicado (42), con razón, que la intervención del notario no se produce propiamente *ex contractu* sino *ex lege*, al no poder denegarse salvo por contravenir el ordenamiento jurídico (43). La necesaria neutralidad e independencia del notario, que debe desplegar el mismo celo tuitivo frente a todos los intervinientes e incluso frente a los terceros, con independencia de quien sufrague los costes del documento o haya contratado sus servicios, ha sido también argumento invocado habitualmente por la doctrina para sostener la conveniencia de mantener siempre un mismo tipo genérico de responsabilidad extracontractual frente a partes y terceros (44). Desde luego, la simple circunstancia de haber asumido alguno de los otorgantes los gastos notariales, no parece relevante para pretender una responsabilidad contractual, al tener esa distribución de gastos sólo un alcance interno, obligados como están todos los otorgantes del documento al pago solidario de la cuenta arancelaria, según la normativa en vigor.

Si la sentencia negara la representación apreciada notarialmente, la responsabilidad del notario, por definición, no podrá ser contractual frente al ilegítimamente representado, pues, al no ser parte contratante, no puede, por eso mismo, pretender tampoco haber contratado los servicios del notario a efectos de exigirle una eventual responsabilidad contractual, sino que, como simple tercero perjudicado por la actuación notarial, sólo podrá pretender una tutela aquiliana.

La responsabilidad notarial de tipo contractual únicamente podría pretenderla, si acaso, quien contrató de buena fe con el representante ilegítimo, y aun así, probablemente tampoco. Según la fórmula acuñada por reiterada jurisprudencia, la responsabilidad sólo es contractual cuando se trata de un incumplimiento dentro de la «rigurosa órbita de lo pactado» (sin perjuicio de que la buena fe contractual, como señala José María Miquel (45), imponga adicionalmente unos deberes genéricos de cuidado o protección, por vía del artículo 1.258 del Código Civil, que van más allá de lo estrictamente pactado y podrían así ensanchar la esfera de esa responsabilidad contractual). No obstante, el Notario que admite una representación ilegítima realiza una calificación jurídicamente inexacta que supone, por ello, una infracción legal, pero no la violación o el incumplimiento de un contrato.

(41) Frente a las posiciones de GÓMEZ-ACEBO y GONZÁLEZ PALOMINO, favorables a la naturaleza contractual de la responsabilidad del notario, ADRADOS (*loc. cit.* en nota anterior) se inclina más bien por la tesis extracontractualista. En el fondo subyace la cuestión de si se concibe el Notario como figura más próxima a la de un agente económico que a la de un funcionario, o a la inversa.

(42) RODRÍGUEZ ADRADOS, en *La intervención...*, en *op. cit. supra*, t. II, p. 526.

(43) Desde esta perspectiva resulta dudosa la admisibilidad de cláusulas convencionales de exoneración o limitación de la responsabilidad notarial, como las previstas en el artículo 1.107 CC, que, a menudo, se consignan en la propia escritura. Se exceptúa el acta notarial de depósito, cuya autorización es siempre facultativa para el notario.

(44) RODRÍGUEZ ADRADOS, en *La intervención...*, en *op. cit. supra*, t. II, pp. 526 y ss.

(45) En *Comentario...*, en *op. cit. supra*, pp. 32 y ss.

La actuación notarial, en ámbito de la responsabilidad patrimonial, suscita otra cuestión, no menos problemática, acerca, no ya del tipo, sino del tope o límite máximo de esa responsabilidad, por razón de la valoración de la transacción consignada en la escritura, dada la dicotomía que lamentablemente persiste todavía hoy entre los valores reales y los declarados en los documentos públicos.

El valor formulado en el documento notarial debiera operar, en todo caso, como cifra límite de la responsabilidad del notario, al menos frente a las partes intervinientes en la transacción, por aplicación de la teoría de los actos propios. Por ello, si quien demandase la responsabilidad del notario fuera quien contrató con el representante, el principio de congruencia con su propia conducta le impediría, lógicamente, pretender de buena fe (art. 7 CC) un resarcimiento superior al importe de la transacción consignado en la escritura. Habría aquí un tope de la responsabilidad notarial, limitada *intra vires* al valor declarado en la escritura.

Más dudoso es que esa limitación juegue frente a los terceros que no sean parte interviniente en el documento público, y no lo es quien no está legítimamente representado. La pérdida de un bien de valor probadamente superior al declarado en el instrumento obligaría al notario a responder frente a ellos *ultra vires* por razón del daño evaluable y no del importe declarado de la transacción, cuando el valor admitido notarialmente fuera incongruente con otros documentos incorporados al mismo instrumento o anteriormente autorizados o intervenidos, o indubitadamente consultados, por el mismo notario, o se tratara (aunque esto puede ser más discutible) de un valor notoriamente inferior al estándar del mercado. En estos casos, sin necesidad de complicidad o mala fe cognoscitiva, habría culpa o negligencia del notario, con independencia de la prueba o no de un pago oculto o una donación encubierta, que, de darse, permitiría al notario condenado al pago de una indemnización superior a la suma declarada de la transacción, repetir entonces por esa diferencia, en vía de regreso, solidariamente, contra cualquiera de los suscriptores del documento.

PROYECCIÓN EXTRAJUDICIAL

El epílogo de cualquier documento notarial puede ser el juzgado, pero ello no le quita valor fuera del proceso. Al contrario, su vocación de eficacia, en principio, es extrajudicial. La fe pública notarial opera normalmente al margen del proceso y es en este ámbito extrajudicial –tanto más extenso– donde despliega, sobre todo, sus efectos.

Sorprende, sin embargo, que algún autor, como Antonio Pau (46), por defender el registro, formule una noción casi denigratoria del documento notarial, reducido

(46) En «Esbozo de una teoría general de la oponibilidad», en la obra general de refundición de diversos ensayos del mismo autor titulada *La publicidad registral*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2001, pp. 309 y ss. La discrepancia que aquí se mantiene respecto de su opinión no es óbice para reconocer el mérito y la alta calidad de exposición de su trabajo que fuera su discurso de ingreso en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, con la precisión y brillantez de lenguaje presente siempre en todos los escritos de dicho autor.

a simple medio procesal de prueba, apto sólo para probar hechos, no derechos o situaciones jurídicas, y por ello carente, según él, de oponibilidad extrajudicial.

Como decía don Emilio Gómez-Orbaneja (47), uno no hace la prueba de su testamento, sino, sencillamente, su testamento. La fórmula del artículo 1.218 del Código Civil, al decir que *hacen prueba* los instrumentos públicos, no es argumento (como pretende Antonio Pau) (48) para sostener que el Código sólo les reconozca un valor de prueba procesal, deduciendo a partir de aquí, por el equívoco que entraña emplear el concepto de hecho como objeto de la prueba en el proceso, que los instrumentos públicos sólo acreditan hechos y no derechos, negándoles de este modo, más allá del mero testimonio fáctico que de ellos dimana, en cuanto a la calificación jurídica que también comportan, toda oponibilidad o eficacia extrajudicial.

La confusión estriba en que el concepto de *hecho*, como objeto del proceso, alcanza a los presupuestos aducidos por las partes como fundamento de su pretensión, lo mismo se trate de elementos fácticos que de derechos o situaciones jurídicas calificadas o no por otros funcionarios. En este sentido, los instrumentos públicos de cara al proceso sólo sirven, ciertamente, igual que todos los medios de prueba (incluidos los asientos registrales), para tratar de acreditar hechos, pues la calificación jurídica o declaración de los derechos resultado del proceso es potestad exclusiva del juez (*da mihi factum, dabo tibi ius*).

Lo absurdo es referir esa dicotomía entre hechos y derechos al contenido del propio documento y trasladarla fuera del proceso, para considerar los hechos objeto del instrumento público y no los derechos documentados como el único vértice en torno al cual gira su eficacia extrajudicial, concebible así sólo como documento puramente testimonial, sin ningún valor jurídico calificadorio. Los derechos documentados que se alegan como hecho en el juicio, son derechos fuera del proceso. A diferencia de la fe pública registral que nace mutilada, al no extenderse por definición a los datos de hecho, la fe pública notarial no tiene esa tara, acredita los hechos y los derechos (49), sin que haya razón para cercenar ninguna parte de su contenido fuera del juzgado.

Cuando el artículo 1.218 dice que *hacen prueba* los instrumentos públicos, significa que hacen prueba en general y, por tanto, también al margen del proceso, precisamente mientras no resulte controvertida judicialmente. Prueba del hecho que motiva su otorgamiento, que es el contrato. No se olvide que el Código, de acuerdo con el plan sistemático inspirado en el Tratado de Pothier que siguieron codificadores, trata (como reza la rúbrica que intitula al precepto), precisamente, «de la prueba de las obligaciones».

Que la fe pública notarial sólo acredite hechos y no derechos, es una opinión hoy desautorizada. El Tribunal Constitucional (en su Sentencia 207/1999, de 11 de noviembre), como hemos visto, proclama que «*la función pública notarial incorpora un juicio de legalidad sobre la forma y el fondo del negocio jurídico que es objeto del instrumento público*». En este sentido, el nuevo artículo 17 bis de la Ley

(47) GÓMEZ ORBANEJA, E.: *La prueba preconstituida. Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. II, p. 90; cfr., asimismo, GÓMEZ ORBANEJA, E., y HERCE QUEMADA, V.: *Derecho Procesal Civil*, Artes Gráficas y Ediciones, S. A., Madrid, 1969, t. I, p. 270.

(48) En *loc. cit. supra*.

(49) Como dejó dicho NÚÑEZ LAGOS, mientras el registrador transcribe del título, el notario copia del natural.

del Notariado (introducido por la Ley de Acompañamiento) –como sabemos– dispone que el notario debe dar fe, entre otros aspectos, necesariamente también, «de la legitimación de los otorgantes» y «de que lo otorgado se adecua al ordenamiento jurídico», lo que supone una calificación jurídica.

En aquello a que alcanza, que no es sólo el testimonio de lo percibido, sino también el juicio emitido mediante esa calificación jurídica, la fe pública notarial goza de una presunción legal de veracidad e integridad, según formula el nuevo artículo 17.2 bis de la Ley del Notariado. Detrás de una calificación jurídica que legalmente se presume exacta, lo que hay, por consiguiente, es una presunción legal de acierto de esa calificación o, lo que es lo mismo, una presunción de legalidad, que pasa a estar bajo el amparo de los tribunales, en el sentido –como hemos examinado ya– de que, mientras no sea controvertida judicialmente, esa presunción fuera del proceso es irrefragable, oponible, en definitiva, frente a todos.

Esa presunción de legalidad del título público despliega un doble efecto, al jugar, a la vez, en favor del titular y en contra de los terceros. A favor del titular el instrumento público sirve como título de legitimación, no sólo extrajudicialmente, sino incluso en determinados ámbitos judiciales, los procesos sumariales en que se dice que la escritura pública tiene, por su valor legitimatorio, fuerza ejecutiva. La misma presunción de legalidad juega también en contra de los terceros y por ello el instrumento público no sólo tiene un alcance *inter-partes* (entre las partes contratantes), sino también una eficacia oponible frente a terceros, una oponibilidad *erga omnes* (como en el *notum sit omnibus* de las antiguas fórmulas medievales, del «*sepan cuantos esta carta vieren*», que recogen las Partidas) (50).

Cuando Antonio Pau (51) niega oponibilidad al documento notarial, su argumentación encierra un sofisma inaceptable, como es definir el concepto de oponibilidad con los caracteres de la publicidad registral (que se impone objetivamente, aunque se ignore), para, a continuación, por no cumplir esos caracteres el título público (que puede ignorarse, a falta de presentación), negarle a éste oponibilidad. La oponibilidad frente a terceros es un efecto tan consustancial a la fe pública registral como a la notarial, aunque la carga cognoscitiva del contenido del asiento o del documento juegue en cada caso de distinto modo. La oponibilidad del registro no es que se imponga *per se* objetivamente, aunque se desconozca, sino que se funda en su pública cognoscibilidad, que impide alegar su ignorancia a quien, por negligencia, incumple la carga de haberlo consultado, del mismo modo que la oponibilidad del instrumento público empieza desde que sea dado a conocer por quien lo aduce, cumpliendo la carga de exhibirlo.

La presentación como requisito de eficacia del documento público no recorta su incidencia tanto dentro como fuera del proceso, aducible como medio judicial de prueba y, extrajudicialmente, como título de legitimación para el ejercicio de los derechos documentados, oponible frente a todos (mientras no sea controvertido judicialmente).

Mientras no se cuestione judicialmente, la fe pública notarial (igual que la registral), fuera del proceso, es incontrovertible, de modo que su eficacia extrajudicial resulta oponible *erga omnes*. Por ello, «no podrá ser negada ni desvirtuada sin incurrir en responsabilidad», dice el artículo 143 del Reglamento Notarial. La

(50) Ley 54, título 18, Partida 3.^a

(51) En «Esbozo...», *op. cit. supra*, pp. 297 y ss.

misma formulación (refrendada por una Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 1999) consigna el artículo 82 del Reglamento de Corredores. En la esfera de la Administración, una orden ministerial del año 1963 (todavía vigente) reconocía al instrumento público una «fuerza incontrovertible», de modo que «toda afirmación en contrario, no solamente no puede, sino que no debe ser tomada en consideración por órgano administrativo alguno».

Ese acatamiento generalizado de los instrumentos públicos en todo el ámbito extrajudicial no se cuestiona. La acción cotidiana cuasiomnipresente de los documentos notariales en la vida económica, al margen del proceso, se impone con una eficacia incontestable. Encuentra, sin embargo, a veces, un escollo: sólo uno, la calificación registral.

EL CHOQUE CON LA CALIFICACIÓN REGISTRAL

Cuando arranca nuestro sistema hipotecario en el último tercio del XIX, incluso bastantes décadas después, esa calificación registral que ahora tanto nos preocupa, apenas tiene protagonismo. La Exposición de Motivos de la Ley de 1861, por ejemplo, en ningún momento se refiere a ella, probablemente porque la percibe como una actividad mecánica, implícita en el modo de llevar los asientos, que no merece mayor consideración.

Desde luego, no se piensa que la seguridad del sistema descansa en ella, sino en la imposición de un rígido control de acceso, permitiendo la entrada al registro sólo de títulos públicos y no de documentos privados. El registro sólo admite, para su publicación, titularidades documentalmente preconstituidas ante un funcionario público que garantice la autenticidad y legalidad del acto documentado. Esa presunción de legalidad del título auténtico es la que se traslada así al asiento por efecto reflejo –por ósmosis–, de modo natural, casi automáticamente. Basta que el funcionario encargado de inscribir se cerciore de que el documento presentado, a la vista de sus formas extrínsecas, es, efectivamente, público y que no hay en él nada que, aparentemente, contradiga su presunta legalidad y consiguiente eficacia, como pudiera ser una advertencia consignada por el propio funcionario autorizante, o también, eventualmente, algún error o defecto notorio o manifiesto.

La primitiva Ley hipotecaria dedicaba, por ello (igual que la actual), sólo un simple artículo –el 18– a la calificación de los documentos inscribibles, diciendo algo tan comprensible como que los registradores habrían de calificar, bajo su responsabilidad, «la legalidad de las formas extrínsecas de las escrituras, en cuya virtud se solicite la inscripción y la capacidad de los otorgantes, por lo que resulte de las mismas». Se trataba, por tanto, de una calificación epidérmica, que, salvo por motivos de forma o inexactitudes manifiestas, evidentes o notorias [lo que Gómez de la Serna (52), glosando el artículo, denominó «nulidades patentes»], no ponía en cuestión la presunta legalidad del título.

(52) GÓMEZ DE LA SERNA, P.: *La Ley hipotecaria, comentada y concordada con la legislación española y extranjera, precedida de una introducción histórica y seguida de un diccionario y formularios para su más fácil aplicación*, Madrid, 1862, t. I, p. 530.

De acuerdo con este planteamiento, calificación y responsabilidad se articulaban con un alcance correlativo. La antigua Ley de 1861, en su artículo 314, disponía (igual que la actual, en su art. 297) que los errores o inexactitudes en las inscripciones «no serán imputables al Registrador cuando tengan su origen en algún defecto del título inscrito y no sea de los que notoriamente deberían haber motivado la denegación o la suspensión de la inscripción». El registrador, fuera de los defectos formales o evidentes (notorios) –las inexactitudes palmarias–, no entraba en un análisis más profundo del documento, no tenía por qué: algo que no estaba bajo su responsabilidad, tampoco quedaba bajo su calificación.

El corsé impuesto a la calificación registral por el artículo 18 de la primitiva Ley hipotecaria empezó a incomodar con el uso y al cabo del tiempo a quienes lo llevaban, que eran los registradores. A fin de darle una mayor holgura (y queriendo legitimar también con una interpretación histórica retrospectiva posiciones dogmáticas muy posteriores) (53), hay quien propuso reestudiar la norma en conexión con el artículo 65 (54) también de la primitiva Ley, que, al distinguir entre faltas o defectos subsanables o insubsanables (con una confusión que todavía perdura), aludía a las que produjeran «la nulidad de la obligación constituida». Se razonó así que, pese a la dicción del artículo 18 y sus escuetos márgenes, implícitamente, de su interrelación con el artículo 65, resultaba que, para poder detectar esa nulidad de la obligación, el examen del registrador debía abarcar (incluso desde 1861) todo el contenido de fondo del documento, su legalidad intrínseca, y que para aclarar esta duda vino la Ley de 1909 a dar, en parte, nueva redacción al artículo 18, incluyendo expresamente «la validez de las obligaciones de las escrituras públicas» como objeto de la calificación registral, además de extenderla a «los documentos de toda clase» (inclusive administrativos y judiciales).

La verdad es que la reforma de 1909 no resolvió el dilema entre el artículo 18 y el artículo 65 (abierto tanto más tarde y abierto, sobre todo, hoy). Al extender la calificación registral a «la validez de las obligaciones de las escrituras públicas», quiso conservar la misma matización de siempre, añadiendo «por lo que resulte de las mismas, a los efectos del artículo 65». Esta remisión, más bien a la inversa, permitía interpretar que el artículo 65 debía aplicarse dentro de los límites del artículo 18, y no al contrario, de modo que los únicos vicios de validez apreciables como defecto subsanable o insubsanable por el registrador habrían de ser los resultantes de la misma escritura, que *notoriamente* se derivaran de ella, según la expresión utilizada por el legislador (en el art. 297) para señalar, correlativamente, las únicas irregularidades del título inscrito imputables al registrador bajo su propia responsabilidad. Conforme a este esquema, no se cuestiona que el título público no

(53) Vid. GÓMEZ GÁLIGO, F. J.: «Análisis histórico de la calificación registral», en Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España: *La calificación registral* (edición a cargo de Francisco Javier Gómez Gáligo), Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1996, t. I, pp. 181 y ss. Vid. asimismo PRADA ÁLVAREZ-BUYLLA, P.: «La calificación registral como proceso de aplicación del Derecho», en la misma obra, pp. 820 y ss., y AMORÓS GUARDIOLA, M.: *La teoría de la publicidad registral y su evolución*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1998, pp. 37 y ss.

(54) Vid. GÓMEZ GÁLIGO, en «Análisis histórico...», en *op. cit. supra*, p. 194. En el mismo sentido, AMORÓS GUARDIOLA, M.: «Significado de la calificación registral», en Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España: *La calificación registral... op. cit. supra*, p. 615.

sea presuntamente válido, pero ante la evidencia desaparece la presunción, cumpliendo entonces la calificación registral un control suplente de legalidad.

Algún aspecto de redacción del artículo 18 quedó todavía retocado, sin mayores consecuencias, por la Ley vigente de 1946. Siendo objeto de registro sólo las situaciones jurídico-reales, la expresión «validez de las obligaciones» se sustituyó, más convenientemente, por la de «validez de los actos dispositivos»; se suprimió la remisión al artículo 65; y se añadió (en consonancia con la reforma reglamentaria de 1915) la referencia explícita a «los asientos del registro» como lógico parámetro de la calificación registral.

La Ley Hipotecaria actual –como han pregonado con insistencia los registradores (55) y es verdad– no alteró el sistema originario de la Ley de 1861. El binomio entre el artículo 18 y el artículo 297 (que fija ese alcance correlativo entre calificación y responsabilidad) sigue estando en pie. El registrador responde de los libros a su cargo y no puede, por tanto, calificar si no es conforme a ellos. No se trata de un control de legalidad, sino de compatibilidad con los datos internos de su oficina, que obliga a eliminar la materia no inscribible y a mantener la congruencia del tracto registral. El registrador no tiene, en cambio, ninguna responsabilidad civil, al practicar la inscripción, por los defectos del título que no resulten notoriamente (según el art. 297), porque su potestad calificadora no alcanza a los aspectos del documento amparados ya por una presunción de legalidad, cuyo control compete a otro funcionario y no al registrador. Si el registrador debe calificar «*bajo su responsabilidad*» (como expresa el art. 18), lo que no está bajo su responsabilidad, no está bajo su calificación.

Sería absurda una doble presunción de legalidad. En aquello a que alcance la presunción de autenticidad o legalidad de un documento público, el registrador debe abstenerse de calificar, salvo que alguna evidencia notoria eliminara esa presunción, como una infracción formal o algún aviso o advertencia consignados en el propio instrumento, o una inexactitud patente o manifiesta, pues ante lo notorio o lo evidente desaparece la presunción. Lo que interesa, precisamente, es que la calificación registral empiece allí donde aquella presunción termina.

El sistema registral se articula de este modo con un dispositivo automático de seguridad, proporcionado por la forma pública que envuelve al acto, que sólo así puede y debe acceder al registro, salvo que se dispare alguna alarma en contra, que activaría entonces un control suplente del registrador. Pero si no salta la alarma, como ocurre en los aeropuertos, no hay por qué cachear a los pasajeros con tarjeta de embarque, y abrir y mirar uno por uno el contenido de sus equipajes, provocando un colapso de circulación.

La garantía de la publicidad registral, su presunción de exactitud o legalidad, arranca de la exigencia general de titulación pública, que consagra el artículo 3 (56).

(55) GÓMEZ GÁLLIGO, en *loc. cit. supra*, y AMORÓS GUARDIOLA, en *loc. cit. supra*.

(56) En este sentido declaraba la exposición de motivos de la Ley hipotecaria de 1861 que «*sólo han sido hasta aquí objeto de inscripción los títulos cuya autenticidad aparecía desde luego; los títulos privados no se admitían en los registros. Cambiar en este punto, y por regla general lo existente, empeoraría en vez de mejorar la condición de la propiedad y del crédito territorial: no debe recibir el sello de un archivo público más que lo que no deja duda sobre su legitimidad*». De igual modo, Claudio Antón de Luzuriaga, al glosar la parte del proyecto de 1851 relativa al registro de la propiedad,

La verdadera viga maestra de toda la estructura registral es la escritura pública (57). La calificación registral sólo la complementa, pero no la sustituye, como control suplente excepcional. Si se invirtiera el peso de carga que gravita sobre una y otra, el sistema hipotecario probablemente se derrumbaría. Fundamentar la seguridad del registro sobre la calificación registral, con una eliminación generalizada del título público como base del asiento, sería tan peligroso como construir una casa sin cimientos. Nadie lo pretende. En el fondo, no se trata de que la calificación sea el fundamento de la publicidad registral, sino de la publicidad de los registradores, presentándola como la gran protagonista del sistema. Toda la fervorosa literatura jurídica en torno a la calificación registral se explica como una gran operación de imagen favorecida por la confusión que supone identificar las ventajas de la publicidad como si lo fueran de la calificación, de modo que las virtudes de nuestro sistema de seguridad jurídica inmobiliaria sirvan como apología de la calificación registral.

Ese es el mensaje a difundir, basado en un postulado erróneo: que los efectos de la publicidad lo son de la calificación, a fin de que la calificación se justifique por los efectos de la publicidad (58). Se trata de presentar ambas como un binomio indisoluble, bajo una fórmula que impone por lógica que la calificación sea entonces omnicomprendiva: no puede haber aspectos de la publicidad a los que no alcance la calificación, pues si no el binomio se rompería. Se argumenta que al registro sólo deben acceder títulos válidos, que es lo que se consigue con la calificación. Pero no es exactamente así. De lo que, en realidad, se trata es de que no lleguen al registro títulos que no sean *presuntamente* válidos, cuyo contenido inscribible no esté enteramente cubierto por una presunción de legalidad, como la que deriva del documento público. Sólo cuando esa presunción decae por alguna evidencia en contra (como una infracción de forma o algún defecto del título que resulte palmariamente), es cuando la calificación del registrador debe impedir la inscripción en tanto aquella presunción no se reestablezca mediante una subsanación del título, que tampoco compete al registrador. La presunción de validez indispensable para inscribir queda, por tanto, preestablecida o reestablecida siempre antes del registro. No la atri-

señalaba que «... por lo mismo que han atribuido a la inscripción efectos tan importantes, ha sido preciso rodearla de una solemnidad que asegure la legitimidad de los títulos en que se funda...», (*Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, por el Excmo. Sr. D. Florencio GARCÍA GOYENA, Zaragoza, 1974 (arts. 1.819 a 1.825), pp. 944 y ss.

(57) Idea que formula MARTÍNEZ SANCHIZ, J. A., en *op. cit. supra*, pp. 150 y ss. *Vid.* asimismo NÚÑEZ LAGOS, R.: «El Registro de la Propiedad Español», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núms. 250 y 251, 1949, pp. 1 y ss.

(58) En este sentido, bajo un mismo pensamiento monolítico, GARCÍA GARCÍA, J. M.: «La función registral y la seguridad del tráfico inmobiliario», en *Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España: La calificación registral* (edición a cargo de Francisco Javier Gómez Gállego), Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1996, t. I, pp. 362 y ss.; AMORÓS GUARDIOLA, en «Significado de la publicidad registral», en *op. cit. supra*, p. 626, y en «La teoría de la publicidad...», en *op. cit. supra*, p. 181; GÓMEZ GÁLLEGO, en «La calificación registral en el pensamiento de Don Jerónimo González, su vigencia actual», en *op. cit. supra*, pp. 133 y ss.; PAU PEDRÓN, en «La teoría de los principios hipotecarios», en *op. cit. supra*, p. 191; ESTEBAN MORCILLO, M. J.: «La función del registrador y la seguridad jurídica», o GALLARDO RUEDA, A.: «El registro de la propiedad y la doctrina de la inseguridad jurídica», ambos en *Colegio de Registradores...: La calificación registral...*, *op. cit.*, pp. 576 y ss. y 585 y ss., etc.

buye el registrador. La presunción de exactitud aplicable correlativamente a la publicidad registral no se produce por efecto de la calificación, y es inexacta la fórmula que postula lo contrario.

Toda la doctrina en torno a la calificación registral va a partir, sin embargo, de este axioma erróneo, aunque extraordinariamente propagandístico, que explica así un esfuerzo dogmático descomunal. Os confieso que estos días atrás, al preparar esta ponencia, casi me he sentido bloqueado por la ingente cantidad de monografías, publicaciones y recopilaciones (todas del Colegio de Registradores) referentes a la calificación registral (59). Falta poco para que se haya escrito sobre ella casi más que de Derecho Hipotecario, incluso (no sé si aturrido por tanta lectura) casi llega uno a tener, a veces, la impresión de que fuesen poco menos que la misma cosa. Se comprende, en seguida, que detrás de todo ese despliegue de medios no hay sólo una cuestión doctrinal, sino algo más importante: se trata, en el fondo, de una discusión de poder.

La potestad calificadora, desde el principio, estuvo siempre respaldada por una doble coyuntura favorable a su tendencia expansiva: de un lado, la hegemonía del Colegio de Registradores sobre la estructura orgánica de una Dirección General de los Registros y del Notariado que, en orden a un mayor protagonismo doctrinal –como observa atinadamente José Ángel Martínez Sanchís (60)–, veía en esa expansión de la calificación registral la oportunidad de ampliación de su propia competencia; y por otra parte, la connivencia tácita de una autoridad tributaria que, consciente del control que ejerce la calificación registral sobre la liquidación del impuesto, tampoco la ha juzgado nunca contraria a sus intereses recaudatorios.

Con todo, hasta finales de la década de los ochenta, la calificación registral todavía se considera como una secuela lógica de la tensión dialéctica entre notarios y registradores, acorde con la dinámica del sistema, que no pasa de ser una cuestión intracorporativa.

El cisma entre ambas profesiones que provocó la tramitación de la Ley de Tasas de 1988, da un vuelco a la situación. Al faltar una reacción coordinada y un frente solidario contra la amenaza común de funcionarización (que, al final, no llega a germinar), se abre una brecha institucional entre ambas corporaciones, como resultado de la cual la labor calificadora se desmarca definitivamente con un propósito de autoafirmación, presentándose por lo registradores como el mejor (o quizá el único) argumento en contra de una visión puramente mecánica y funcionarista de su actuación.

La polémica corporativa se agudiza y la calificación se convierte en un elemento distanciador. Pero al distanciarse o desvincularse de la escritura (incluso por encima o más allá de «lo que resulte de ella», pese a la frase del art. 18), concebida así, en lugar de como una potestad reglada o *arreglada* a la escritura, por el contrario, como una potestad discrecional, con una extensión omnímoda, libre, por otra

(59) Véase, por todas, la refundición en dos tomos, edición a cargo de F. J. GÓMEZ GÁLLIGO, titulada «La calificación registral...», *op. cit. supra*, obra, por otra parte –hay que reconocerlo– de extraordinario mérito y esfuerzo recopilatorio por parte del citado autor.

(60) Intervención oral en unas jornadas sobre el recurso gubernativo, organizadas en 2002 por el Consejo General del Poder Judicial y el Consejo General del Notariado.

parte, del alcance moderador del mercado, dada la competencia territorial del registro, la calificación registral se transforma en un poder social exorbitante, superdotado, que generaliza un *metus reverentialis* ante lo que pueda ser, al final, siempre la «última palabra» del registrador, investido así de una, más que *auctoritas*, *potestas* absoluta, capaz incluso de predeterminar la conformación misma de las relaciones jurídicas [lo que algunos han llamado piadosamente el «aspecto patriarcal» (61) de la calificación].

Ese *soberanismo* de la calificación registral, ante la reacción de repulsa que provoca en muchos sectores, exige de inmediato un fuerte blindaje doctrinal y normativo que lo ampare. A ello responde la política editorial, con esa explosión de publicaciones sobre la calificación registral, de la primera mitad de los noventa (justo después de la Ley de Tasas), que auspicia el Colegio de Registradores; también algunas resoluciones de la Dirección General (62) y, sobre todo, la reforma del Reglamento Hipotecario perpetrada por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de febrero, que naufraga con la bochornosa sucesión de nulidades dictadas por el Tribunal Supremo, en un acontecimiento insólito hasta entonces. Puede ser oportuno, quizá, citar aquí también la inexplicable falta todavía de un nuevo Reglamento Notarial, cuyo texto está ya redactado, pero duerme en algún cajón ministerial...

De ser, al principio, sólo un elemento de fricción o discordia intracorporativa (*inter-partes*) entre notarios y registradores, la calificación registral se ha convertido definitivamente en el signo de identidad de un colectivo profesional (su *tótem*, dice bien José Aristónico García Sánchez) (63), que pretende un reconocimiento social *erga omnes* y un alcance absoluto, hasta el punto de quedar formulada por los propios registradores la peligrosa apuesta de que su profesión se justifica por la calificación. Algo (como sabemos) que pasa por el error de identificar la calificación con las ventajas de la publicidad, para proponer, a través de esa visión dismétrica, una calificación totalizante.

Esa calificación registral sobredimensionada, paradójicamente, resulta ser, sin embargo, una función sin riesgo, una competencia sin responsabilidad. Parapetado detrás del artículo 297, el registrador no responde civilmente, si se equivoca en su calificación positiva al inscribir como válido un título viciado por un defecto intrínseco, pero no notorio, pues la firma de la inscripción sólo implica su conformidad con el título presentado (art. 51 RH). Y si, por el contrario, no inscribe, tampoco parece probable que tenga responsabilidad por un eventual error en su calificación negativa, pues contra esa calificación cabe interponer recurso gubernativo ante la Administración, pero no el llamado «recurso judicial» contra el registrador, que prohíbe el artículo 132 del Reglamento Hipotecario, al excluir que el registrador pueda ser emplazado ni citado en los pleitos que tengan por objeto los documentos a que se refiera su calificación, ordenando sobreseer el procedimiento en cuanto a dicho funcionario, si fuera demandado.

(61) GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J.: *Principios Hipotecarios*, Asociación de Registradores de la Propiedad, Madrid, 1931, p. 266.

(62) *Vid.*, por ejemplo, *RDGRN* de 12 de abril de 1996.

(63) *Vid. loc. cit. supra*.

No se entiende bien (64) qué sea ese llamado «recurso judicial» que no cabe interponer contra el registrador, ni cuál el alcance de ese precepto reglamentario. Su redacción preconstitucional (sin duda por ser tan favorable a los registradores) no fue retocada en la reforma reglamentaria de 1998 y por eso mismo se salva del naufragio generalizado provocado por las sentencias del Tribunal Supremo que han ido declarando de modo sucesivo la anulación por inconstitucionalidad de casi todos los preceptos entonces reformados, entre los que no figuraba, por tanto, el artículo 132, aunque ello no signifique que estuviera libre de sospecha.

No cabe pensar que su sentido sea impedir toda acción judicial directa de responsabilidad por daños contra el registrador que yerra en su calificación negativa, pues así entendido, ese precepto adolecería de una inconstitucionalidad sobrevenida por vulnerar el principio de tutela judicial que consagra el artículo 24 de nuestra Constitución y habría que estimarlo entonces derogado tácitamente, de manera automática, por la disposición derogatoria 3.^a Pero tampoco cabe interpretar (para salvar su eficacia) que sólo imponga una postergación de esa acción de responsabilidad hasta que concluya la fase de revisión judicial del procedimiento gubernativo, impidiendo entretanto una acumulación procesal de acciones, pues cualquier modificación de las normas de competencia jurisdiccional (y es lo que supone una acumulación de acciones) es materia reservada de Ley (art. 4 LOPJ), impropia de un reglamento.

La falta de una tutela judicial efectiva del derecho a la inscripción del título –denunciada por Roberto Blanquer (65)– puede ser más o menos discutible, desde un punto de vista constitucional. Pero sí es cierto, en todo caso, aparte del escollo del artículo 132 del Reglamento Hipotecario, que la acción personal de responsabilidad contra el registrador, como consecuencia de una calificación negativa errónea, está abocada a un proceso de dilación excesiva.

Interesa subrayarlo, pues si no hay una traducción judicial efectiva de la responsabilidad al calificar (y el recurso a la vía judicial, como alguna vez se ha dicho, tiene un sólo valor decorativo), esa potestad calificadora –como competencia sin responsabilidad– merece, en todo caso, un reajuste, a través de una interpretación estricta y no extensiva, sin que sea admisible su ejercicio conforme a un criterio discrecional y subjetivo, sino reglado y objetivo, *arreglado* a la escritura, esto es, limitado objetivamente por lo que «resulte de ella», como dice el artículo 18, que es norma de inteligencia consiguientemente restrictiva.

Ese sombrío panorama judicial, ante la improbable obtención de una sentencia favorable y la previsible dilación excesiva del procedimiento, que se abre a la hora de reclamar civilmente contra una calificación registral negativa errónea, interesa por ello ponerlo de relieve.

(64) *Vid.*, respecto del artículo 132 RH, las posiciones críticas de magistrados como MARINA MARTÍNEZ-PARDO, J.: «Calificación registral, reflexiones sobre vías de impugnación», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. XXXII, pp. 502 y ss.; VALLS GOMBAU, J. F.: «La impugnación judicial contra la resolución definitiva del recurso gubernativo (el denominado recurso ante la jurisdicción civil contra las resoluciones de la DGRN)», *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, núm. 82, enero-febrero, 1999, pp. 254 y ss., y SÁNCHEZ PEGO, F. J.: «La función judicial en el recurso contra la calificación del Registrador», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 657, enero 2000, pp. 621 y ss.

(65) BLANQUER ÜBEROS, R.: «La tutela...», *op. cit. supra*, pp. 333 y ss.

La acción, en efecto, es muy improbable que triunfe, en primer lugar, porque la propia Ley Hipotecaria no clasifica la falta de inscripción entre los casos de responsabilidad civil del registrador (art. 296), ni tampoco entre los motivos que permiten interponer un recurso de queja contra su actuación (actuales arts. 313 y siguientes) (66). Sólo cabe invocar la regla general del artículo 1.902, cuya aplicación práctica va a encontrar serios problemas (acaso insuperables) en cuanto a la prueba del nexo causal del daño por no inscribir y el cálculo de su estimación económica.

Parece muy discutible que ese daño por no inscribir pueda identificarse con la pérdida de un bien o derecho sufrida por la práctica de otro asiento posterior contrario al título no inscrito (por ejemplo si se cruza un embargo o se interpone un tercero protegido por el art. 34), pues ese efecto lesivo no sería imputable a la calificación registral negativa, sino a la negligencia del propio interesado al no haber mantenido vivo el asiento de presentación del título no inscrito o no haber obtenido oportunamente la correspondiente anotación de demanda.

El daño imputable a un registrador de la propiedad por su negativa a inscribir sería más bien la transitoria pérdida o disminución de idoneidad o aptitud para el tráfico jurídico que experimenta un bien o derecho por no estar inscrito, que es algo intangible, difícilmente cuantificable, máxime cuando la inscripción (salvo, supuestamente, la de la hipoteca) no es constitutiva, de modo que la transmisión civil al margen del registro tampoco se impediría. Incluso la disminución de la capacidad de endeudamiento por la carencia transitoria de la facultad de hipotecar puede ser sólo hipotética. Si se tratara de un registro mercantil, el nexo causal del daño por no inscribir puede resultar igualmente muy difícil de establecer, ya que, como registro de personas y no de bienes, muchas veces los asientos sólo podrán ser causa mediata pero no inmediata de una lesión patrimonial.

El verdadero daño por no inscribir, muchas veces, en realidad, va a girar en torno a la pérdida de oportunidades alternativas de negocio, algo por definición imponderable. Pues ¿cómo valorar y a quién imputar realmente las oportunidades perdidas? Siendo la calificación negativa tan perturbadora, su trastorno tan mayúsculo, sus perjuicios derivados, paradójicamente, van a ser con frecuencia inverificables.

Si es improbable que la reclamación prospere, en todo caso, además, sólo lo será al final de un proceso de longevidad matusalénica. Ninguno de los que estamos aquí (y menos yo) somos especialistas en Derecho Procesal. Pido por ello disculpas al asomarme a una materia que no me corresponde, con tan grave riesgo de error. Permítaseme, tan sólo, apuntar siquiera un comentario apresurado.

(66) Otra cuestión es si cabría interponer, como consecuencia de los daños derivados de una calificación registral injusta, la acción de responsabilidad civil contra el Estado, prevista en el artículo 42 de la Ley del Régimen Jurídico de la Administración del Estado (sin perjuicio de la posibilidad de éste de regresar contra el funcionario encargado del registro público correspondiente, en los supuestos legalmente previstos). Sólo si esa responsabilidad civil del Estado fuese exigible en lugar de la responsabilidad personal del registrador, podría entonces invocarse la teoría de los actos propios como consecuencia de esa unidad de personalidad jurídico-pública responsable, a fin de exigir entonces que calificación positiva de cualquier registro vincule a todos los demás, por el juego del precedente administrativo.

En el actual proceso verbal ante la jurisdicción civil ordinaria donde se ventila la revisión de la resolución administrativa recaída en el procedimiento gubernativo, precisamente por tratarse de un juicio verbal (art. 328 LH), probablemente, no cabría acumular (pues vulneraría el derecho de defensa del registrador demandado) una acción de responsabilidad civil extracontractual por daños contra un tercero (como es el registrador), habiéndose de tramitar por separado (siempre que su cuantía supere las 500.000 pesetas) en el correspondiente juicio declarativo ordinario (arts. 249.2 y 438.4, en relación con los arts. 73.1 y 77 de la LEC). Pero si no cabe acumular la acción del artículo 1.902 (que supere esa cuantía) al juicio verbal en que se revisa la resolución dictada en el procedimiento administrativo, sería arriesgado esperar a que éste terminara, pues para entonces podría haber prescrito la acción civil de responsabilidad, dado el exiguo plazo prescriptivo (sólo de un año) que le marcan los artículos 1.968 CC y 311 LH.

Ahora bien, si la acción del artículo 1.902 se formula antes de que haya empezado o concluido el ciclo que se abre con la interposición del recurso gubernativo, lo más probable es que el registrador demandado proponga, a su vez, una declinatoria de jurisdicción (art. 63.2 LEC y art. 132 RH) o, al menos (o si no prospera), suscite una cuestión prejudicial (hasta que se esclarezca por vía administrativa si su calificación fue errónea o no), de modo que el juez decretará mediante auto la suspensión entretanto del procedimiento declarativo ordinario en que se sustancia la demanda de responsabilidad civil (arts. 42.3 y 43 LEC).

Si la cuestión prejudicial se resolviera en contra del demandante (igual, probablemente, que si el plazo para formular el recurso gubernativo hubiera ya caducado al interponerse la demanda), pasa a ser mínima la expectativa de que su acción prospere. Si, por el contrario, la cuestión prejudicial se resuelve a su favor (y se declara en firme el carácter erróneo de la calificación negativa recurrida), esa cuestión prejudicial no va a tener, sin embargo, paradójicamente, prejudicialidad en perjuicio del demandado (en cuanto eficacia de cosa juzgada material en sentido positivo), pues el registrador, aunque haya emitido su informe, no habrá sido parte en el proceso previo y no debería quedar así vinculado por su resultado, pues ello le permitiría alegar indefensión (art. 24 CE), por lo que la suspensión, en el mejor de los casos para el demandante, pese a la dilación sufrida, sólo va a servir para la reanudación del pleito otra vez desde el comienzo, cayendo por un diabólico juego de espejos en un círculo vicioso.

Es discutible, en conclusión, que la tutela judicial del derecho a la inscripción del título –como objetó Blanquer (67)– sea, realmente, efectiva (contrariamente a lo que impone el art. 24 de la Constitución), abocada como está a una concatenación de procedimientos de dilación excesiva.

Resguardada, por ello, tras esos dos enormes escudos, que son el título público (art. 297 LH) y la sucesión de escollos disuasorios de la vía judicial (el art. 132 RH entre ellos), la calificación registral representa, de hecho, en la práctica, una actividad sin riesgo, una competencia sin responsabilidad. No debiera tener, por consiguiente, una aplicación ilimitada y subjetiva, sino, al contrario, ser de aplicación estricta y objetiva, arreglada a «lo que resulte» objetivamente del propio documento público presentado a inscripción, del cual sobre todo resulta (salvo alguna evi-

(67) En *loc. cit. supra*.

dencia en contra) una presunción de autenticidad y legalidad, como límite objetivo que acota el ámbito de la calificación registral. Un límite que el registrador, sólo llevado de su propio y discrecional criterio, personal y subjetivo, y de hecho casi infiscalizable, no debiera trasponer, pues aquella presunción que está bajo la salvaguarda de los tribunales también le vincula a él. La calificación registral no debe ser una potestad discrecional, sino reglada, *arreglada* a la escritura, que exige un reajuste estricto conforme a una interpretación restrictiva, contrariamente a esa expansión *contra natura* y ese absolutismo que pretenden atribuirle los registradores, de modo difícilmente justificable.

LA DECONSTRUCCIÓN DE LA ESCRITURA PÚBLICA

Toda su batería de argumentos (68) va a tratar de formular, como conclusión final, un apotegma erróneo (que ya hemos rebatido), el de que la garantía de la publicidad registral se fundamenta en la calificación. Ello exige arrinconar la importancia del documento público, haciendo que se desplace desde el centro del sistema hacia la periferia. Toda la apología dogmática en torno a la calificación registral es, por ello, al mismo tiempo, un discurso *deconstruccionista* de la escritura pública, como ha denunciado de manera preclara José Ángel Martínez Sanchís (69).

Para arrinconar la escritura, se habla (70) entonces de un proceso de desvinculación del asiento respecto del título y simultánea absorción del título por el asiento, con el efecto de quedar el documento reemplazado por la inscripción que se independiza de él, eclipsándolo, de suerte que, a través de esta disertación tan abstracta, de pronto, no se sabe cómo, igual que en el juego de un trilerero, al final, el título ha desaparecido. Como por ensalmo, se nos explica (71) que es que el título no es la causa del asiento, sino que «el asiento es el resultado del acto de inscribir propio del funcionario que califica», entendida la inscripción como una especie de microsentencia (72), de modo que los efectos del asiento como *resultado* derivan de la inscripción como *acto*, pero no del título que constituye sólo el supuesto de hecho en ese proceso registral, al final del cual, lo que resulta es el *efecto intabula-*

(68) Vid. autores y lugares citados *supra* en nota 58.

(69) En *op. cit. supra*, pp. 137 y ss.

(70) Cfr. GARCÍA GARCÍA, J. M.: *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, Madrid, 1988, t. I, pp. 41 y ss.; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derechos reales*, Madrid, 1982, p. 575; PAU PEDRÓN, A.: *Manual de Derecho registral inmobiliario*, Madrid, 1996, pp. 75 y 76.

(71) PAU PEDRÓN, A.: «El acta de inscripción...», en *op. cit. supra*, p. 792; AMORÓS GUARDIOLA, en «La teoría de la publicidad...», en *op. cit. supra*, pp. 620 y ss.; PRADA ÁLVAREZ-BUYLLA, en «La calificación registral...», *op. cit. supra*, pp. 831 y ss. y 847 y ss.

(72) En cuanto a la construcción *jurisdiccionalista* del llamado *proceso registral*, *vid.*, por todos, PRADA ÁLVAREZ-BUYLLA, en «La calificación registral...», *op. cit. supra*, pp. 847 y ss. En contra, el magistrado Tomás OGAYAR AYLLÓN («Impugnación de la calificación registral», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, enero-febrero 1974, núm. 500, pp. 11 y ss.), que no puede ser más expresivo al decir: «... como el Registrador es un verdadero funcionario administrativo, y su misión principalísima es la de extender asientos en los libros, el cumplimiento de esta función no puede conceptuarse como acto de jurisdicción voluntaria, sino el desempeño normal de su oficio o cometido, al que no es necesario poner motes para saber que el Registrador registra...».

torio (73) del título producido por los efectos derivados de la inscripción, de modo que el título, en sí... no vale nada.

Con esa pretendida autonomía de la inscripción y el mareo de tanta facundia jurídico-hipotecaria empieza uno a dudar ya qué es lo que, en el fondo, importa que el registrador publique, si lo que ocurre fuera del registro o lo que se urde dentro de su oficina. La sentencia de un juez refleja, en efecto, lo acontecido dentro del proceso, pero eso encaja con el llamado «*principio dispositivo*» que informa el proceso civil en el que no hay una verdad procesal, o la verdad material (si se me permite esta terminología, hoy en desuso entre los procesalistas) (74) no tiene por qué coincidir con ella. Pero en el caso del registro, sucede todo lo contrario: toda su aspiración (y su mayor desafío) es la coincidencia con la realidad extrarregistral. Aunque cause cierto sonrojo tener que decirlo, el objeto de la publicidad registral no es lo que el registrador piensa (la inscripción no es una sentencia), sino los hechos que de verdad suceden fuera del registro. Como decía Lacruz (75), «el registro es heteropublicación» y su único anclaje con la realidad es el título público, que le sirve de enlace y constituye por ello la causa del asiento. Pretender desvincularlos no tiene sentido, por muchas vueltas que se le dé; sería ir contra la propia razón del registro, que es su coincidencia con la realidad extrarregistral.

Basta citar el artículo 33 de la Ley Hipotecaria, o el 9 o el 40 (en materia de rectificación de errores) y tantos otros, para comprender el carácter accesorio del asiento y el significado causal del título, en un sistema además causalista como el nuestro. Prueba de ese apego del asiento al título son las mismas reglas acerca del modo sobre cómo practicar la inscripción, que consigna el artículo 51 del Reglamento Hipotecario: «*la inscripción –dice– será autorizada por el Registrador con su firma, que implicará la conformidad de aquélla con el título presentado*»; y dice también: «*la naturaleza del derecho que se inscriba se expresará con el nombre que se le dé en el título, y si no se le diere ninguno, no se designará tampoco en la inscripción*».

Son normas (pero hay bastantes más) que no han tenido, ciertamente, ninguna acogida favorable entre los apologistas de la calificación registral. Las principales embestidas las ha sufrido, desde luego, el artículo 33. No procede aquí recordarlas (76). El artículo 51, con todo –y pese a lo que se ha transcrito–, no le impidió afirmar a Peña (77), por ejemplo, que, visto el título, no obstante, es función registral «decidir los términos en que el futuro asiento ha de ser redactado». Antonio Pau (78), llevado de su afán por borrar, incluso hasta físicamente, cualquier huella o vestigio del título en la inscripción, se lamentaba de que la reforma reglamentaria del 82 no hubiera permitido omitir la mención del título en el asiento, sustituyéndola por una simple referencia interna al lugar correspondiente del Diario. No cabe

(73) Así, en expresión de Fernando MÉNDEZ GONZÁLEZ, en la «Introducción» de la obra *Colegio de Registradores...: La calificación registral*, op. cit., p. 30.

(74) MONTERO AROCA, J.: *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001, p. 112.

(75) LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Lecciones de Derecho inmobiliario registral*, Zaragoza, 1957, p. 4.

(76) *Vid.*, v. gr., CABELLO DE LOS COBOS, L. M.^a: «El principio registral de legitimación», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 625, 1994, pp. 2311 y ss.

(77) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derechos reales*, Madrid, 1982, p. 552.

(78) PAU PEDRÓN, en «El acta de inscripción», en op. cit. *supra*, p. 794.

mayor sinrazón que propugnar que el registro dé la espalda a la realidad, mediante esa expulsión de los títulos inscribibles de los libros de inscripciones (79).

Poco importa, sin embargo, al parecer, en el ámbito registral, lo que las normas digan, porque –como explica Antonio Pau (80)– «los principios hipotecarios no son *normas*, son *principios*», y el sistema registral, «un *ágrafos nomos*». Con la teoría de que Jerónimo González era profesor de matemáticas y la Ley Hipotecaria «hija de la geometría» (81), se ha propiciado una peligrosa *despositivación* del Derecho Hipotecario, apto para ser entendido así del modo que mejor convenga a sus ulemas. Un ejemplo paradigmático de ello es el artículo 18 (que venimos comentando), cuya interpretación extensiva, más allá de su letra, forzada ortopédicamente hasta desgajarlo de su articulación con las demás reglas del sistema (la del artículo 297 y, por supuesto, el artículo 3), ha permitido casi *sacralizar* una calificación registral, no estricta y ajustada a «*lo que resulte*» de la escritura (como la norma dice), sino a lo que resulte del criterio personalísimo del registrador, con un alcance omnicompreensivo.

Ya dijo Núñez Lagos (82) que la Ley Hipotecaria «está abierta a todos los rumbos», pero hay uno que no puede tomar: aquél por el que el registro se aleje de la realidad, levando su único anclaje con ella que es el título público. La pretendida autonomía de la inscripción es una dirección dogmática equivocada, impulsada por una grave ofuscación contra viento y marea, o contra ley y reglamento. No cabe ignorar la fuerza legal del título público, bajo la impostura (que nadie se cree) de proclamar que los efectos de la publicidad registral nacen de la propia impronta del asiento, «fruto de la alquimia» hipotecaria. No cabe tomar en serio el esfuerzo dogmático por trasladar el eje axial del sistema hipotecario desde el artículo 3 hacia un malinterpretable artículo 18 o, lo que es lo mismo, desde la escritura pública a la calificación registral, sólo para poder colgarle a ésta la medalla de los atributos de la escritura, que se traspasan, no a la calificación, sino directamente al asiento, a la publicidad registral.

Esa versión del Derecho Hipotecario como una apoteosis de la calificación registral, repite, a modo de estribillo, al final siempre la misma estrofa: que a la publicidad registral, la calificación le da lo que a la escritura le falta (83). Cuando no es ésa la verdad, sino la contraria.

(79) Reflejo, en el fondo, de igual propósito es la cada vez más frecuente exclusión de toda mención del título de adquisición en la información registral remitida por fax a las notarías en la contratación inmobiliaria, así como la profusa transcripción de preceptos enteros de la Ley Hipotecaria en la pegatina registral que se adhiere a la escritura expresiva de la inscripción, como si los efectos de ésta derivaran autónomamente de la Ley y no del título; incluso la propia referencia tabular, no mediante un cajetín impreso en el papel del propio título, sino mediante una pegatina adhesiva sin ningún dato en ella que identifique el documento inscrito, pese al riesgo evidente de que esa pegatina pueda despegarse y aplicarse tan fácil y fungiblemente a cualquier otro.

(80) PAU PEDRÓN, en *La teoría de los principios hipotecarios*, *op. cit. supra*, pp. 182 y 178.

(81) Vid. Cossío, A. de: «Tendencias jurídicas en el momento de la elaboración de la Ley Hipotecaria. Su comparación con las actuales», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. XIV, p. 45.

(82) NÚÑEZ LAGOS, R.: «Evolución del principio de publicidad», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. XIV, pp. 62 y ss.

(83) GARCÍA GARCÍA, en «La función registral...», en *op. cit. supra*, p. 362.

Se argumenta que la escritura pública, como medio de prueba de cara al proceso, sólo da fe de los hechos y no de los derechos; y que, por tanto, al no tener más que un valor fáctico testimonial, pero no jurídico calificadorio, no comporta presunción de legalidad y, por consiguiente, en el orden extrajudicial, tampoco surte efecto legitimatorio ni de oponibilidad (84). Todo ello, a diferencia del registro, cuyos asientos publican derechos y no hechos, bajo una presunción de legalidad amparada por los tribunales, que en el orden extrajudicial conlleva un efecto legitimatorio y de oponibilidad frente a todos. Se concluye entonces que ese *quale* diferencial entre la escritura y su asiento es sólo imputable a la calificación registral, y que, siendo aquellas cualidades, propiedades imprescindibles de la publicidad registral, la utilidad del registro no existiría sin la calificación (85).

Es un falso discurso –bien lo sabemos ya–, que parte de una premisa errada, como es la traspolación de la dicotomía entre hechos y derechos, fuera del proceso, aplicándola al contenido del documento. Ello va a dar pie a un malentendido, porque la palabra *hecho* tiene un significado distinto dentro y fuera del proceso. Dentro del proceso, *hecho* objeto de prueba es todo lo aducido por la parte (hechos y derechos) como presupuesto de su pretensión y, en este sentido, todos los medios de prueba, por definición, sólo acreditan hechos, porque los derechos que finalmente resulten o no de la sentencia los declara el juez (*da mihi factum dabo tibi ius*). Como medio de prueba, de cara al proceso, también un asiento registral, lo mismo que una escritura (o cualquier otro medio de prueba), sólo acreditan hechos.

El malentendido surge cuando esa misma afirmación se traslada fuera del proceso, donde la contraposición entre hechos y derechos no tiene ya el mismo significado. Los derechos que resultan del documento, se aportan al proceso como hecho, pero son derechos, existentes y ejercitables extrajudicialmente, mientras no sean objeto de litigio. Por eso, en cuanto a su contenido en sí, la escritura contiene hechos y derechos, ¿qué duda cabe? Aparte de los hechos que acredita, hace «plena fe de la convención», como expresaba el Código Napoleónico, «prueba del hecho que motiva su otorgamiento», que es el contrato, según formula el artículo 1.218 de nuestro Código Civil (86).

La escritura acredita –como distinguió Núñez Lagos (87)– el hecho de consentir y lo consentido, es decir, el contrato como acto y como resultado o situación jurídica, de modo que no es verdad que se limite solamente a los hechos, pues alcanza también a los derechos o la situación jurídica resultado del contrato. Es inadmisibles ese trabalenguas tan manido entre los hipotecaristas de que la titularidad es el producto destilado a través de la inscripción que se convierte en objeto de publicidad, después de su extracción a partir del título por la calificación, como si

(84) PAU PEDRÓN, en *loc. cit. supra*.

(85) GARCÍA GARCÍA, en «La función registral...», en *op. cit. supra*, p. 366: «... la seguridad jurídica carecería de fundamento, si no existiera la calificación registral».

(86) *Vid.* RODRÍGUEZ ADRADOS, en «Valor y efectos...», en *op. cit. supra* en nota 11, p. 292; en el mismo sentido, NÚÑEZ LAGOS, en «Hechos y derechos en el documento público», en *op. cit. supra* en nota 10, t. I, pp. 484 y 511, y STS 10 de noviembre de 1988, entre otras muchas.

(87) NÚÑEZ LAGOS, en «Hechos y derechos en el documento público», en *op. cit. supra* en nota 10, t. I, p. 485.

el registro fuera una especie de exprimelimonos (88). Aunque suene a perogrullada, es el título lo que da la titularidad (89), como resultado del acto documentado, titularidad documental que es la misma que el registro publica (¿cuál iba a ser si no?), la de los derechos que derivan del título.

Recordando el antiguo y célebre ensayo de Don José Castán Tobeñas, sobre la elaboración notarial del Derecho, bien podemos decir, en efecto, que la titularidad documental que llega al registro a través de la escritura es ya un *producto elaborado* (90). No hay por qué pensar que esa titularidad documental tenga, en sí, menos credibilidad o garantía que la que el registro publica. Precisamente porque la tiene toda, es por lo que se inscribe, de modo que es esa presunción de legalidad del título lo que se traslada o comunica al asiento.

El notario debe *dar fe* de que *lo otorgado se adecua al ordenamiento jurídico* (actual art. 17 bis.1 de la Ley del Notariado), lo cual supone una calificación jurídica que se impone legalmente frente a todos como *acto de fe*, bajo una presunción legal *iuris tantum* de veracidad e integridad (arts. 17 bis.2 LN, 1.218 y 1.219 CC), sólo cuestionable ante los tribunales, pero incontrovertible fuera del proceso, y, por tanto, también de cara al registro, salvo alguna evidencia en contra, que eliminaría entonces esa presunción e impediría la inscripción. Pero, practicado el asiento, se reproduce en él la misma presunción de legalidad proveniente del título público que le sirve de base (91), de modo que los efectos derivados de esa presunción a favor del titular (efecto legitimatorio) y en contra de terceros (efecto de oponibilidad) no tienen tampoco su razón de ser en la inscripción (arts. 38 y 1.3 LH), sino en la escritura (art. 17 bis LN y art. 1.218 CC) (92).

Escritura y registro tienen en común esa tercialencia (*Drittwirkung*) u oponibilidad, siempre en función de su respectiva cognoscibilidad. Mientras la cognoscibilidad del registro es pública (art. 221 LH), la de la escritura, no (art. 224 del Reglamento Notarial). La carga de esa cognoscibilidad juega, por ello, en ambos casos de distinto modo. La oponibilidad del registro opera automáticamente por razón de su pública cognoscibilidad, que impide alegar su ignorancia a quien, por negligencia, incumple la carga de haberlo consultado, mientras que la oponibilidad del instrumento público depende de que sea dado a conocer por quien lo aduce, cumpliendo la carga de exhibirlo.

(88) Frecuentemente aparece citada en la literatura registral la frase de NÚÑEZ LAGOS: «... el Registro español no es un registro de derechos, porque los derechos no son sólidos, ... sino más bien líquidos, que adoptan la forma del envase o título que los contiene», de modo que «el Registrador, después de juzgar o calificar el título, lo extracta... Calificación y extracto forman parte del principio de legalidad: ambos transforman un registro de documentos en un registro de títulos» (en «El Registro de la Propiedad Español», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núms. 250 y 251, pp. 11 y 56.)

(89) NÚÑEZ LAGOS, en «Tres momentos del título notarial», en *op. cit. supra* en nota 10, t. II, p. 418.

(90) Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Función notarial y elaboración notarial del Derecho*, Reus, Madrid, 1946; cfr. BLANQUER UBEROS, R.: «La calificación registral», *op. cit. supra*.

(91) Según el viejo aforismo germánico, *Skriptur und Recht decken sich gegenseitig* (Escritura y Derecho se cubren mutuamente).

(92) «Es principio elemental de Derecho hipotecario que la inscripción no altera la modalidad ni la eficacia del título inscrito» (STS de 11 de mayo de 1927).

Vuelve a asomar aquí la teoría de la responsabilidad por la confianza (la *Vertrauenshaftung*), según la cual, la apariencia en que legítimamente confía el tercero, debe asumirla quien sea responsable de ella, aunque sea falsa y le resulte adversa. La llamada presunción de integridad (*Vollständigkeitvermutung*), como aspecto negativo de la oponibilidad, no es más que la aplicación normativa de esta misma doctrina, tanto al registro (art. 32 LH) como al instrumento público (art. 1.219 CC), dada la apariencia de titularidad que ambos suscitan, de manera que lo no inscrito deviene inoponible frente a lo inscrito (art. 32 LH), igual que tampoco se sobrepone a una escritura, en perjuicio de los terceros que confían en ella, otra posterior que la desvirtúe, mientras no se haya anotado al margen de su matriz y de su copia o traslado, o en el registro público competente (art. 1.219).

El artículo 32 LH, igual que el artículo 1.219 CC, resuelven, en efecto, de acuerdo con esa idea de la *Vertrauenshaftung*, el conflicto de intereses derivado de la falsa publicidad en que confía un tercero (como es la persistencia de una inexacta titulación registral o notarial), sacrificando el interés del sujeto que es responsable de la causa del conflicto, por su negligencia de no haber inscrito o anotado su propio título, a fin de haber evitado a tiempo la falsa confianza ajena en esa otra titularidad aparente pero inexacta. Su interés se sacrifica entonces mediante la postergación de su título (93), que experimenta así una pérdida (no una falta) de oponibilidad, una inoponibilidad parcial sobrevenida (no originaria).

El artículo 34 [como ha explicado Rodríguez Adrados (94)] sólo es la proyección en la esfera judicial de la misma regla. Si el artículo 32 opera, en principio, transitoriamente, imponiendo esa postergación sin ningún condicionamiento en la esfera registral (art. 20 LH), en cambio, el artículo 34, como norma sólo aplicable una vez judicializado el conflicto, formula ya ciertas matizaciones, ciertos requisitos específicos (título oneroso, buena fe y justo título) para el merecimiento por parte del tercero de una tutela judicial. Su necesaria buena fe supone, en este sentido, desconocimiento también extrarregistral del título no inscrito, es decir, que el titular postergado no haya cumplido frente a él la carga de habérselo exhibido. Por tanto, los artículos 32 y 34 LH (y 1.219 CC) sólo son normas que discriminan a un culpable que negligencia la cognoscibilidad de su propio título.

El artículo 32 y el 34 suponen, por consiguiente, una penalización de la titularidad que queda al margen del registro, no una consolidación de la que se inscribe. Esta idea es clave. La titularidad documental resultante de la escritura pública no experimenta ninguna transformación mediante su acceso al registro, ningún reforzamiento. La presunción de legalidad congénita al título no la robustece el asiento; la inscripción no le atribuye ninguna eficacia complementaria, ningún «valor añadido» (art. 33 LH). No puede por ello ser más desafortunada la frase de Jerónimo González (95) de que «todos los títulos mejoran de condición al pasar por el registro», pues el artículo 32 o el 34 de la Ley Hipotecaria (o el 37) no son ningún premio (al que inscribe), sino un castigo (al que no inscribe).

(93) NÚÑEZ LAGOS, en «Tres momentos del título notarial», en *op. cit. supra*, t. II, p. 414.

(94) RODRÍGUEZ ADRADOS, en «Valor y efectos...», en *op. cit. supra*, t. VI, p. 305.

(95) GONZÁLEZ MARTÍNEZ, en «El principio de publicidad», en *Principios hipotecarios*, en *op. cit. supra*, p. 147.

Suscita cierta perplejidad ese culto (entre los registradores) a González Martínez (Don Jerónimo), como una especie de *guru* del Derecho Hipotecario, cuando pocos autores hay con tan minúsculo opúsculo (96) que hayan provocado tan mayúscula confusión posterior. Un tropel de confusiones nunca perjudiciales, por cierto, para los registradores, sino siempre *pro domo sua*. La frase antes citada puede servir como botón de muestra. A su inspiración se debe una protuberante doctrina posterior, toda una línea de argumentación descarriada [con José María García García (97) al frente], pero hoy casi dogma de fe —«doctrina oficial»— entre los registradores, que proclama que la inscripción (gracias a la calificación) dota a la escritura de una eficacia jurídica sobredimensionada, que puede comportar incluso, por el juego del artículo 34, un efecto sanatorio o convalidante del título viciado, de modo que (según dicho autor) «ya no es que se inscriba el título porque sea válido, sino que es válido porque se inscribe» (98), lo que le permite concluir —en pleno *desideratum*— que la inscripción (como dice) «pone en los altares al documento público» (99).

No cabe mayor desenfoque. La titularidad documental no se consolida porque se inscriba (como si hasta entonces fuese provisional) ni se convalida (caso de que fuera defectuosa). Lo impediría siempre el artículo 33. El artículo 34, igual que el 32 o el 37, son sólo normas de protección del tráfico, que imponen, no un premio, sino un castigo a quien negligente la adecuada cognoscibilidad de su propio título, de acuerdo con un criterio de «responsabilidad por la confianza».

Pero ese dogma (tan fácilmente rebatible) de que la inscripción comporta una potenciación del título, va a ser la madre de una serie de dislates.

Se va a proclamar entonces que la oponibilidad de la escritura es un efecto de la inscripción. Que es ésta lo que le da oponibilidad, como si el documento público jamás la tuviese. Como si fuera el registro quien detentara el «monopolio de la oponibilidad». Se dice que la escritura —como vehículo contractual— sólo tiene efecto *inter partes*, pero no contra terceros, siendo la inscripción lo que le dota de erga omnes, pues sólo el registrador, a la hora de calificar el título inscribible, es quien protege el interés de los terceros, ausentes en la concertación del negocio, como si no velara por ellos nadie más que él, ungido (sólo él) por esa misión salvífica.

(96) La refundición de sus diversos ensayos se publica por la Asociación Nacional de Registradores en 1931 en un librito en octava, de carácter escolar, titulado *Principios Hipotecarios*; *vid. op. cit. supra*.

(97) GARCÍA GARCÍA, en «La función registral...», en *op. cit. supra*, p. 364. La discrepancia que aquí se mantiene respecto de la opinión de este autor sobre este punto concreto concerniente al significado de la calificación registral con relación al título público inscribible, no impide, desde luego, reconocer por lo demás la importancia y magnitud de la obra de este autor, caracterizada siempre por la profundidad y rigor de su pensamiento, y que ha determinado en nuestros días un extraordinario progreso de los estudios hipotecarios.

(98) Por contra, según NÚÑEZ LAGOS (en *El Registro de la Propiedad español*, citado en nota, p. 14, «El título no es válido porque se inscribe, sino que se inscribe porque es válido»). Una prueba irrefutable de ello es que, conforme al vigente artículo 101 del Reglamento Hipotecario, «la calificación de los documentos presentados en el Registro se entenderá limitada a los efectos de extender, suspender o denegar la inscripción... y no impedirá el procedimiento que pueda seguirse ante los Tribunales sobre la validez o nulidad del título... ni prejuzgará los resultados del mismo procedimiento».

(99) GARCÍA GARCÍA, en «La función registral...», en *op. cit. supra*, p. 386.

Este fanatismo registral olvida, desde luego, lo que la ley dispone, por ejemplo, en el artículo 1.218 del Código Civil, que atribuye al instrumento público (en cuanto al hecho que motiva su otorgamiento, que es el contrato) efecto –se dice expresamente– *aun contra tercero*. Igual ergaomnicidad *a contrario sensu* resulta del propio artículo 32 de la Ley Hipotecaria, cuyo sentido –como enseña Adrados (100)– no es más que imponer, precisamente, una excepción frente a la regla general de oponibilidad del instrumento público, de modo que la finalidad del registro, en lugar de potenciarlo, es, al contrario, limitarlo.

Esa ergaomnicidad del documento notarial es el fundamento, además, de la responsabilidad del notario, no sólo frente a sus otorgantes, sino también frente a los terceros, lo que Adrados (101) ha llamado el «tercero documental». Responde el notario con una responsabilidad mucho más efectiva (también lo hemos visto) que la del registrador, con un grado mucho más expuesto, en primera línea de fuego. No hay razón más poderosa (mesianismos aparte) para cuidar del interés ajeno, que tener que velar por el propio, como ocurre si se alcanza tan de cara la acción de responsabilidad por parte del tercero, que siempre va a trabarse contra el notario mucho antes que contra el registrador, al que, en cambio, acaso no le alcance nunca (art. 297 LH). ¿Hace falta poner ejemplos?

Pero negar oponibilidad a la escritura pública no sólo es desconocer la ley (arts. 1.218 y 1.280 CC, 17 bis LN, 32 LH y tantos otros); es, sobre todo, desconocer el escenario cotidiano de nuestro riesgo y nuestra responsabilidad, o lo que es lo mismo, desconocer nuestra función notarial. Claro que quien antes se deslegitima para calificarla, es, desde luego, quien la desconoce.

Con el «monopolio de la oponibilidad» en manos del registro, se va a tratar de conseguir –a poco más– ya el monopolio registral completo de fabricación de los derechos reales inmobiliarios. No importa si para ello hay que dar al traste con un sistema multisecular, rompiendo la suma sagrada de título y modo, cuya perfecta simbiosis ha sido el valor traditorio de la escritura pública (art. 1.462.2 CC). Nos lo ha explicado Ignacio Solís (102) en un texto que es un crisol de precisión y erudición jurídicas. Para desarticular ese esquema, en beneficio del registro, van a abrirse entonces diversos frentes.

Durante una primera etapa [la tesis de La Rica (103) es quizá la primera lanza en esta dirección] se va a plantear el valor de la inscripción como modo traslativo, supletorio de la tradición, al menos respecto de la propiedad inscrita. Partiendo de una visión posesoria del modo, que concibe la tradición instrumental como una ficción o presunción de entrega, se critica entonces la insuficiente utilidad publicitaria de un modo que «permanece en la esfera íntima de los contratantes», cuando

(100) RODRÍGUEZ ADRADOS, en «El documento en el Código Civil», en *op. cit. supra*, t. III, p. 55.

(101) *Vid.* RODRÍGUEZ ADRADOS, en «Escrituras, contraescrituras y terceros», en *op. cit. supra*, t. III, pp. 281 y ss.

(102) *Vid. op. cit. supra*. En el mismo sentido, antes, cfr. RODRÍGUEZ ADRADOS, «El documento notarial...», en *op. cit. supra*, t. III, pp. 130 y 131, y en «Valor y efectos...», en *op. cit. supra*, t. VI, pp. 299 y ss.

(103) «Valor efectivo de la inscripción en la nueva legislación hipotecaria», conferencia pronunciada en el Ilustre Colegio Notarial de Valencia el día 13 de marzo de 1948, Valencia. Ilustre Colegio Notarial de Valencia, 1949, pp. 49 y ss., y del mismo autor, *Dualidad legislativa de nuestro régimen inmobiliario*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1953.

el rasgo esencial de los derechos reales debe ser su ergaomnicidad, vinculada al registro, institución –se dirá (104)– que condena así a la obsolescencia la clásica teoría del título y el modo.

Ese planteamiento de la inscripción como modo traslativo, sin embargo, va a quedar pronto aparcado en una vía muerta, un *cul de sac*. Quizá, porque al fondo esté la amenaza de rozar la capa freática más peligrosa del registro, como es ese plano de los hechos en que se asienta pero al que no alcanza, esa dimensión puramente fáctica que queda al margen del registro y que hace que no sea inscribible –conforme al artículo 5 de la Ley Hipotecaria– el *mero o simple hecho de poseer*. Difícilmente entonces podrá suplir la inscripción algo no inscribible, como es el modo, entendido como traspaso posesorio. Cuando el Código [como observó Núñez Lagos (105)] regula la inscripción justo antes del artículo 609, relativo a los modos de adquirir, pone de relieve que ella no lo es.

Si la fe pública registral nace mutilada (como decíamos), al no extenderse por definición a los datos de hecho, lo que va a suplir esa tara congénita del registro es, precisamente, el valor traditorio de la escritura como título inscribible (art. 1462.2 CC), que es lo que justifica (106), en el fondo, la presunción posesoria del artículo 38 y el procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, o la *usucapio secundum tabulas* del artículo 36, incluso que el registro, más que un índice de títulos, pueda ser, como algunos pretenden (los registradores), un registro de derechos. Algo imposible, desde luego, careciendo la inscripción de aptitud como modo traslativo, si el derecho real no estuviera ya preconstituido en el documento público inscribible, como título que incorpora al mismo tiempo el modo.

La abstrusa teoría de la inscripción como modo (o *equivalente*) ha venido, por eso, perdiendo fuelle casi desde el principio. El propio La Rica (107) es uno de los primeros en rectificar. Hoy día apenas tiene ya ningún vigor. Más bien parece un esfuerzo dogmático desenfocado, que casi impide ver, como una cortina de humo, lo que ahora, en cambio, verdaderamente preocupa, que es algo bien distinto, como ha puesto de relieve Juan José López Burniol (108) de forma absolutamente magistral.

El actual polo de la discusión, el centro del debate (como indica este autor) no es ya el aspecto externo de la eficacia publicitaria del modo o su oponibilidad, sino su valor como punto de inflexión para fijar en la esfera interna de los contratantes el tránsito inequívoco entre la situación obligacional y jurídico-real. Con razón dice José María Miquel (109) que «los sistemas transmisivos no se diferencian tanto por la necesidad de la entrega material, más o menos visible, de la cosa, como por la separación del Derecho de Obligaciones de los Derechos Reales». Ahí está el nódulo del problema, porque ese punto de inflexión que marque el tránsito a la

(104) PAU PEDRÓN, en «Efectos de la inscripción en la constitución de los derechos reales», en *op. cit. supra*, pp. 369 y 381.

(105) NÚÑEZ LAGOS, R.: «Tercero y fraude en el Registro de la Propiedad», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, mayo 1950, p. 46.

(106) En este sentido, José Ángel MARTÍNEZ SANCHIZ, en *op. cit. supra*, p. 174.

(107) *Realidades y problemas de nuestro Derecho registral inmobiliario*, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1962.

(108) LÓPEZ BURNIOL, J. J.: «Valor de la escritura...», en *op. cit. supra*, p. 205.

(109) *Vid.* comentario de este autor al artículo 609 del Código Civil en VV. AA.: *Comentario del Código Civil* (dirigido por C. Paz-Ares y otros), Ministerio de Justicia (Secretaría General Técnica-Centro de Publicaciones), Madrid, 1991, t. I.

situación jurídico-real, aunque acontezca *inter partes*, va a ser siempre el único momento insustituible en que ejercer un control de legalidad, si es que, de cara al futuro, como parece, se pone en cuestión que pueda haber más de uno... La hegemonía sobre el control de legalidad, entre notarios o registradores, dependerá de qué funcionario esté presente en ese instante.

Se comprende así que entre los registradores surgiera una propuesta, como la que formulara Antonio Pau (110), como Director de Registros, a favor de la instauración de un sistema generalizado (similar al modelo alemán) de inscripción constitutiva en las transmisiones inmobiliarias. No pasó, sin embargo, del amago, de ser sólo una cuestión semántica (casi de *elegantia iuris*), del todo inocua.

Una medida así [según López Burniol (111)], al vincular el efecto jurídico-real a la decisión de un funcionario como es el registrador, por encima de la autonomía privada, erosionaría la libertad civil. Pero demostraría también que la simple adjetivación como constitutiva de una inscripción no basta para modificar las pautas sociales, a menos que ese carácter constitutivo imponga reproducir el consentimiento con inmediatez (*de visu et auditu*), mediante una comparecencia directa (rostral), en presencia del registrador, pero entonces habríamos convertido el registro en una notaría, eso sí [como apostilló alguna vez Rafael Núñez Lagos (112)], convertida en una oficina «de ventanilla y cola».

Ni siquiera en Alemania se presta ya ese consentimiento abstracto traslativo ante el juez encargado del registro de inmuebles, sino que se formaliza (simultáneamente al negocio causal) ante el notario (según el parágrafo 57 de la denominada «Ley Documental» –*Beurkundungsgesetz*–), teniendo también lugar, en ese mismo momento de la intervención notarial, el cumplimiento de las prestaciones económicas, sin esperar ni condicionarlas al resultado de la inscripción, que es un simple trámite del que se ocupa la propia notaría.

Nuestra experiencia con los préstamos hipotecarios es bastante similar. La denominada inscripción constitutiva de la hipoteca no impide a los Bancos entregar la suma prestada en el momento de firmarse la escritura pública, teniendo el trámite registral ulterior un valor puramente accesorio. La inscripción que sigue al otorgamiento de una escritura pública, en el fondo, siempre es declarativa, en la hipoteca lo mismo que en los demás negocios jurídicos dispositivos, porque el tránsito a la situación jurídico-real, donde ha tenido de verdad lugar, es en la notaría.

En nuestro Derecho [tomo prestadas las palabras de Ignacio Solís (113)], el significado autónomo de la tradición instrumental correspondiente al otorgamiento de la escritura pública (art. 1.462.2 CC), como perfecta simbiosis entre el título y el modo, permite fijar inequívocamente, con una constancia oficial ante notario, el momento crítico de la traslación del dominio, mediante una fórmula práctica con un alto valor dogmático, que es el feliz resultado de un proceso multisecular, que recoge una realidad viva, profundamente arraigada en la conciencia social.

(110) PAU PEDRÓN, en «Efectos de la inscripción en la constitución de los derechos reales», en *op. cit. supra*, pp. 380 y ss.

(111) LÓPEZ BURNIOL, J. J.: «Valor de la escritura...», en *op. cit. supra*, p. 212.

(112) NÚÑEZ LAGOS, en «Perfiles de la fe pública», en *op. cit. supra*, t. I, p. 480.

(113) SOLÍS VILLA, en *loc. cit. supra*.

LA CRISIS DEL SISTEMA DE DOBLE CALIFICACIÓN

Todo el mundo sabe que la firma de la escritura [como dice López Burniol (114)] es el «momento de la verdad», cuando se da el paso irreversible que supone el cumplimiento de las prestaciones (la entrega de la cosa y el pago del precio). Si hay un control de legalidad, tiene que ser entonces. Después ya es intempestivo, improcedente (115). Lo que no cabe es dejar *colgado* al comprador después de haber pagado el precio. Por eso se habla cada vez más de un sistema de *ventanilla única*, que agilice y asegure en tiempo real la legalidad de las transacciones económicas, en el momento mismo en que se producen, que es cuando el notario interviene. La calificación registral va a tener, por eso mismo, cada vez menos futuro, salvo que cambiara el sistema de contratación, eliminándose la función que hoy cumple la escritura pública.

Mucho me temo que, con su demostrada capacidad de influencia en los aledaños del poder gubernativo, sea ésa la estrategia del Colegio de Registradores a medio plazo, minar el terreno de la escritura pública, allí donde sea posible, facilitando un acceso directo al registro. El primer banco de pruebas quizá sea la firma digital, que el Colegio de Registradores pretende desarrollar autónomamente; y el segundo, tal vez, el ahora denominado «Registro de Bienes Muebles», abierto ya al documento privado y susceptible de tener una peligrosa aplicación en el mercado financiero (y un desarrollo desmesurado). Se ha intentado también dar mayor permeabilidad frente al documento privado al registro mercantil, con cierto revuelo en los medios de comunicación recientemente (como todos recordamos); incluso al registro de la propiedad, en materia de arrendamientos urbanos y de cancelaciones de hipotecas y condiciones resolutorias.

El actual sistema de doble calificación notarial y registral, de doble control de legalidad, empieza a pesar demasiado en la conciencia social y uno de los dos... sobra. Rodrigo Tena (116) lo ha diagnosticado con toda exactitud (y con un resultado bastante premonitorio), cuando nos ilustra sobre los costes de esa doble calificación, no sólo inmediatos (por el mayor tamaño de unas escrituras que podrían ser más sencillas, si no hubiera que incorporar o transcribir tantos antecedentes a fin de que otro funcionario también los examine), sino, sobre todo, indirectos: costes menos visibles pero mucho más gravosos, derivados de la ralentización y la incertidumbre para el tráfico jurídico que supone ese segundo control, muchas veces tan sorpresivo como extemporáneo.

Se ha querido justificarlo mediante el tópico de imputar a la calificación registral una función ultracorrectora de eventuales deficiencias en el control notarial de legalidad. Se argumenta que el registrador, por la organización territorial del registro, tiene una independencia en su calificación de la que carece el notario, al prestar

(114) LÓPEZ BURNIOL, en «Valor de la escritura...», en *op. cit. supra*, p. 218.

(115) Según el magistrado Tomás OGAYAR AYLLÓN («Impugnación de la calificación registral», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, enero-febrero 1974, núm. 500, pp. 11 y ss.), «... Como en nuestro sistema hipotecario el derecho nace del título y no de la inscripción, la calificación debiera hacerse en el momento de nacer el derecho y no después, dado que nacido éste no debe declararse posteriormente que no es viable, por la inseguridad que ello produce en las relaciones jurídicas».

(116) TENA ARREGUI, en «El coste de la doble...», *op. cit. supra*, pp. 70 y ss.

sus servicios en régimen de competencia, de modo que si la elección de notario depende del sujeto que debe ser controlado, y los ingresos de aquél de la elección de éste (especialmente, cuando se trata de operadores que por su tráfico en masa arrastran una considerable clientela cautiva), es del todo previsible el riesgo de un infracontrol notarial de legalidad, siendo función de la calificación registral corregirlo o atemperarlo.

Se trata, sin embargo, de un argumento inaceptable, que atribuye al registro una función inapropiada. El planteamiento no puede ser el de compensar a través del registro una fe pública notarial en entredicho, sino el de lograr en todo caso un sistema notarial fiable y eficiente. La credibilidad de la fe pública notarial es crucial para la vida civil y económica, pero su eficacia (o su ineficacia) dependerá de cómo el propio sistema notarial se organice, no del funcionamiento del registro.

La modelación del sistema notarial es un problema ciertamente complejo, como ha estudiado con amplitud –desde una perspectiva de análisis económico del Derecho– el profesor Cándido Paz-Ares (117). El modelo que predomina entre los países de nuestro entorno, por el que ha optado también nuestro legislador, es una fórmula mixta, «a caballo entre el Estado y el mercado». Dentro de esa polaridad entre funcionarización (a la que apuntó en algún momento la tramitación parlamentaria de la Ley de Tasas de 1988) o liberalización (hacia donde soplan ahora los vientos del Tribunal de Defensa de la Competencia), cuál sea exactamente el punto de equilibrio (118), es discutible, depende de cómo se articulen factores muy diversos, desde la demarcación hasta el régimen retributivo o disciplinario, junto a otros aspectos, cuya modulación variable puede acentuar o atemperar de modo hipersensible las ventajas o las contradicciones del sistema.

Es un problema, en gran parte, de ajuste gubernativo y, luego, de eficiencia de las propias estructuras supervisoras, intra y extracorporativas, incluido el Tribunal de Defensa de la Competencia (aunque no seamos agentes económicos, sino funcionarios), aparte de los tribunales de justicia. Un problema trascendental, frente al que no cabe cerrar los ojos. La falta de contención de la competencia intranotarial, si no se ajustan adecuadamente aquellos mecanismos, puede conducir, en efecto (y además muy rápidamente), a una degradación del sistema, siendo vital para su subsistencia depurar y eliminar a tiempo cualquier *detritus* notarial, y asegurar que el aspecto funcional no quede absorbido por la condición de agentes económicos. Pero es un problema endógeno, que no cabe resolver extrínsecamente. Por eso parece una ingenuidad confiar en que tales deficiencias pudiera remediarlas el filtro registral, como si fuera el bálsamo de Fierabrás (o simplemente la purga de Benito).

Si el régimen de competencia intranotarial puede incluir ese riesgo de infracontrol de legalidad (en cualquier caso denunciante ante los tribunales, aparte de por la vía disciplinaria), tiene el efecto, en cambio –como ha puesto de relieve Cándido Paz-Ares (119)–, de excluir al mismo tiempo cualquier riesgo de sobrecontrol

(117) PAZ-ARES, en *El Sistema Notarial...*, *op. cit. supra*.

(118) Mientras en Alemania R. STÜRNER (*Der Notar unabhängiges Organ der Rechtspflege*, JZ, 1976, pp. 154 y ss.) –citado por PAZ-ARES, en *op. cit.* p. 107– propone desprivatizar el estatuto de notario y convertirlo en funcionario público, en cambio, CHIANALE (*L'atto pubblico*) –citado por PAZ-ARES, *op. cit. supra*, p. 136–, en Italia, apuesta por la radical desregulación, y entre ambos, el profesor PAZ-ARES se inclina por razones de análisis económico a favor de una solución intermedia.

(119) PAZ-ARES, en *El Sistema Notarial...*, *op. cit. supra*, pp. 101 y ss.

de legalidad, como el que se da, por el contrario, en la calificación registral, al prestarse en régimen monopolístico. La fidelidad del cliente el registrador (a diferencia del notario) la tiene garantizada. Es la ventaja de un monopolio. Por ello, el registrador puede autoasegurar su propia responsabilidad, a costa del cliente, imponiéndole ese sobrecontrol de legalidad, hasta conseguir –como explica Rodrigo Tena (120)– que el riesgo de la responsabilidad por autorizar la inscripción, cumplidas todas las exigencias (por excesivas que sean), resulte igual a cero. Cueste lo que cueste y tarde lo que tarde, quien solicita la inscripción terminará pasando por las horcas caudinas de la calificación registral. Pero ese sobrecontrol de legalidad que al registrador le sale gratis, tiene una magnitud sociológica y un coste agregado, posiblemente, mucho más importante que el riesgo de infracontrol, a que antes nos referíamos. Y a diferencia de éste, además –como hemos comprobado–, no es fiscalizable ante los tribunales.

Un planteamiento maximalista de la calificación registral parece, a todas luces, inadecuado. Supone un coste, unos inconvenientes excesivos, frente a una utilidad mínima. El control de legalidad ejercido por otro funcionario público en el ámbito legal de su competencia no debe repetirlo el registrador. Por eso dice, con toda lógica, el artículo 33 del Reglamento Hipotecario (no hay que olvidarlo) que «*se entenderá por título para los efectos de la inscripción, el documento o documentos públicos... que hagan fe, en cuanto al contenido que sea objeto de la inscripción*». Al registrador le compete controlar que no falte el control de legalidad en el título inscribible, pero no duplicarlo: es decir, controlar –como expresa con toda claridad el artículo 33 del Reglamento Hipotecario– que el documento público *haga fe en cuanto al contenido que sea objeto de la inscripción*. Le compete también un control, más que de legalidad, de compatibilidad de ese contenido inscribible con los libros a su cargo, verificando la trascendencia jurídico-real del título y la continuidad del tracto registral. Pero más allá, su calificación no debe ir. No tendría utilidad que fuera más allá. Con ello, no se propone una concepción minimalista de la calificación registral, sino simplemente estricta, ajustada a la letra del artículo 18 de la Ley Hipotecaria.

En este sentido no puede ser más reveladora la reciente STS de 12 de febrero de 2002 que, tras anular una veintena de preceptos del Reglamento de Condiciones Generales de Contratación, sanciona expresamente que «*no pueden otorgarse al registrador facultades para efectuar una valoración jurídica, pues eso excede de sus competencias, ya que sólo los jueces y tribunales tienen capacidad de establecer con pleno valor jurídico la total adecuación al ordenamiento jurídico*».

El futuro de la calificación registral (más o menos incierto) no es, sin embargo, el futuro del registro. Los registradores debieran dejar de preocuparse tanto por el *input* registral (pues, al fin y al cabo, el documento público que accede a su oficina es siempre un producto elaborado de alta calidad jurídica) y empezar a preocuparse mucho más del *output*, mejorando en tiempo y forma el servicio de publicidad. Todavía prolifera abundante información registral consistente en fotocopias de textos manuscritos, de letra ilegible para quien no sea un profesional de la epigrafía, con frecuentes remisiones a otras fincas o tomos, asistemática y farragosa,

(120) TENA ARREGUI, en «El coste de la doble...», *op. cit. supra*, p. 70

cuando no incompleta, y desde luego poco ágil. Ése sí es el esfuerzo y el futuro del registro: el aspecto formal de la publicidad, informatizado y rápido, preciso y coordinado. Si bien hay que reconocer, en este sentido, una meritoria labor de los registradores durante los últimos años, demostrativa de su proverbial competencia y capacidad.

Por ello, una concepción estricta (más que minimalista) de la calificación registral puede estimular esta otra dinámica del registro como centro de información (más que centro de control), y ello no representaría ningún riesgo para la seguridad del tráfico, pues la viga maestra del registro no es la calificación sino la escritura. Hace no mucho, José María García (121) formulaba una predicción poco menos que apocalíptica, al amenazar con que «si se reduce el ámbito de la calificación, padece el sistema inmobiliario registral en su conjunto, que se vendría totalmente abajo». No es verdad. El artículo 98 de la Ley de Acompañamiento lo ha demostrado.

Ha eliminado de golpe el control registral sobre las facultades representativas, llevamos casi seis meses de aplicación de la norma... y no ha pasado nada. El tráfico jurídico sigue en pie, exactamente igual de firme que antes. Los notarios controlamos la suficiencia de la representación, bajo nuestra exclusiva responsabilidad, autorizamos en su caso el documento, se inscribe y la utilidad del registro sigue siendo la misma. La seguridad del sistema, pese a ese recorte tan significativo de la calificación registral, no ha padecido en absoluto, sigue exactamente igual y, a medida del tiempo, se ira viendo cómo esto es así. Incluso, aunque más adelante se reinterpretara o volviera a cambiar la norma, regresando al sistema anterior (cosa que no me extrañaría), daría de todos modos lo mismo, pues la innecesariedad de la calificación registral ya habría quedado demostrada por los hechos de forma irrefutable.

La importancia del artículo 98, el principal comentario que cabe hacer del mismo, es que ha echado abajo el mito de la calificación registral. Por eso es anátoma. Por eso los registradores hablan de un «terremoto legislativo», porque ha derrumbado la calificación registral. Por eso también es un precepto que han condenado a muerte declarándole una lucha sin cuartel.

LA FÓRMULA DE SALOMÓN

El primer pronunciamiento de hostilidad, la primera ofensiva, se formula en el acuerdo del Colegio Nacional de Registradores de 8 de enero de 2002, poco menos que dictando, lisa y llanamente, la orden a sus colegiados de inaplicar la ley. Se produce entonces un diluvio de devoluciones de escrituras desde todos los registros de España, porque no se acompañan o no se transcriben los poderes, pese a que el mandato de la ley, en ese artículo 98, no puede ser más claro. «*In claris no fit interpretatio*», pero los registradores intentan «abortar la ley mediante una *interpretación abrogante* que deja burlada su finalidad» (122), porfiando en una actitud

(121) GARCÍA GARCÍA, en «La función registral...», en *op. cit. supra*, p. 362.

(122) GARCÍA SÁNCHEZ, J. A.: «Una resolución multigrávida» (texto que me ha sido facilitado por el autor). Aparece asimismo publicado como editorial en la revista *Escritura Pública*, núm. 15 (mayo-junio 2002), pp. 4 y 5.

rebelde al cumplimiento. Es lo que José Aristónico García Sánchez ha llamado la «asonada registral» (123).

Ante esta situación insólita, el Consejo General del Notariado decide acudir en amparo ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, formulando una «consulta vinculante» sobre la aplicación del artículo 98 de la Ley 24/2001, que da lugar a la resolución de 12 de abril de 2002, que todos conocemos. Una resolución política pero no jurídica, que pretende ser salomónica, pero resulta pastelería. Preocupada por el conflicto corporativo, olvida [como observa atinadamente José Aristónico García Sánchez (124)] a los verdaderos destinatarios de la ley, que son los consumidores, cuyo derecho a percibir efectivamente las ventajas de la reforma queda absolutamente preterido.

Una ley clara como el agua puede parecer turbia después de esta *Circular* (125) que, cediendo a la presión de los mandarines, oficia una auténtica ceremonia de la confusión, en una página sin norte (otra más) de nuestro Centro Directivo. Aparte de su inexcusable confusión en Derecho acerca del modo de constituirse los derechos reales y los efectos *erga omnes* de la escritura pública (con frases que merecen figurar en la antología de agravios contra el instrumento público y lisonjas a la calificación registral), se trata de un texto plagado de ambigüedades y contradicciones. Me permitiréis, igual que con los poderes, no tener tampoco aquí que transcribirlas. Al final, la resolución no se sabe lo que dice, si donde dije digo, digo Diego, con un tanto más que menos, o un mismo sí pero no, que es un trabalenguas sin sentido, más propio del juego de las adivinanzas, quizá porque, en el fondo, a los registradores no se les da la razón, pero sí la consolación.

Ese premio de consolación va a consistir en un obligado homenaje a la calificación registral, siquiera como una fórmula de cortesía, pero de preceptivo cumplimiento en toda escritura que pretenda ser inscrita, para que no se piense que el registrador no califica también las facultades representativas, siendo inexcusable dedicarles por lo menos alguna mención en el documento, siquiera breve, basta con algunas palabras, algún detalle, aunque sólo sea una «reseña somera», como ordena (sin ninguna cobertura legal) la *Circular*. No es más que una mínima formalidad para merecer la inscripción, casi un cumplido. Pero con ello, el problema más delicado ha pasado a ser ahora, no tanto el juicio sobre la amplitud o la suficiencia de la representación, sino sobre la amplitud de la reseña, por si es insuficientemente somera o no. La absurda discusión ahora, lo que importa, es saber no cuándo es bastante el poder, sino cuándo es bastante la reseña, habiendo empezado a circular (yo ya he visto algunos) formularios de «reseñas someras», aunque parezca una burla a la seriedad del documento público (y de la propia función registral).

No sé si, como la *traditio* en Roma, la evolución de la calificación registral en la transmisión de los derechos reales está también llamada a una progresiva espiri-

(123) GARCÍA SÁNCHEZ, en *loc. cit. supra*.

(124) Véase GARCÍA SÁNCHEZ, en *loc. cit. supra*.

(125) Pese a la previsión contenida en el artículo 103 de la Ley de acompañamiento, parece discutible la validez de la *Circular* desde el punto de vista del artículo 313.3 del Reglamento Notarial y del artículo 260 de la Ley Hipotecaria, en la medida en que, más allá de una solución casuística de dudas concretas, pueda estar formulando pautas o reglas que exijan disposiciones de carácter general.

tualización, habiendo aparecido ya la primera especie de calificación simbólica o *ficta* (una *fictio calificationis*, en vez de *fictio traditionis*) en la famosa *Circular*. El más fino encaje de bolillos, en este sentido, lo confeccionan, al hilo de cómo la *Circular* resuelve la disputa, las resoluciones de 23 y 26 de abril de nuestra Dirección General [todavía pendientes de publicación (126)]. Son casi idénticas y se espera que se dicten de inmediato otras muchas más. Dedicar una larguísima disertación a explicar, paradójicamente, qué es una reseña somera. Más de veintitantos folios... cada una. Al final basta la fórmula más elemental, la de decir que la representación acreditada se considera suficiente para otorgar la escritura de que se trata, calificada en algún epígrafe. Siendo así, se dan los elementos que permiten cumplir la calificación registral «*en congruencia con el contenido de la propia escritura y del Registro*». Con lo cual, se ha llegado a una especie de calificación *ficta* o, quizá, en realidad [como indica José Aristónico García Sánchez (127)], a tratar sencillamente de que se aplique el texto de la ley, el artículo 98, que no puede ser más claro. Y es que, desde el principio, para este viaje no se necesitaban alforjas.

LA PRÁCTICA EN OTROS ESTADOS EUROPEOS

Si se nos permite, en cambio, un breve recorrido por los países de nuestro entorno (128), se constata cómo allí también el control de la representación en las transacciones compete primordialmente al notario. En el afán por construir un espacio jurídico común europeo, el documento notarial puede servir como vehículo de acercamiento entre los diferentes sistemas jurídicos y, en este sentido, la medida de nuestro legislador, por medio del artículo 98, armoniza con la práctica documental imperante en el continente europeo (129). Pero también es cierto que el significado del documento notarial en cada país, sólo se comprende en profundidad cuando se conocen las peculiaridades del sistema jurídico en que se inserta, concernientes al régimen de transmisión de la propiedad, de organización del registro y del propio notariado, al modo de funcionamiento de los mercados financieros y de las sociedades mercantiles, o de sustanciación de los procesos judiciales, de manera que cualquier estudio comparatista de la práctica notarial europea no debe conducir a conclusiones absolutas, sino más bien relativas, aunque no por eso menos ilustrativas.

(126) Las citadas resoluciones aparecieron publicadas con bastante retraso en el *BOE* núm. 133, de 4 de junio de 2002.

(127) GARCÍA SÁNCHEZ, en *loc. cit. supra*.

(128) Vid. BLANQUER UBEROS, R.: «La realidad del tráfico inmobiliario en la práctica de países de nuestro entorno: La formalización auténtica básica para la seguridad de su contratación. Su constancia registral proporciona firmeza a la adquisición. Organización de la oficina registral», diario *La Ley*, núm. 5.302, lunes 7 de mayo de 2001.

(129) Agradezco a mi compañero José Manuel García Collantes (encargado de las relaciones internacionales del notariado español) su valiosa información sobre el modo de calificación de la representación en la práctica notarial europea, proporcionada en su brillante intervención durante el debate abierto al término de esta ponencia.

En el Derecho alemán (130), por ejemplo, el registro fundiario está a cargo de un juez (131), cuya función calificadora se integra dentro de su propia potestad jurisdiccional. La *Ley sobre Administración de Justicia (Rechtspflegesetz)* de 5 de noviembre de 1969 introduce la figura de un funcionario auxiliar (*Rechtspfleger*) al que se encomienda la llevanza o gestión de la oficina registral, si bien bajo la supervisión del juez, a quien debe consultar las decisiones jurídicas que vayan más allá de la mera tramitación registral. Por eso, el documento notarial alemán que accede al registro se somete a un control judicial, no administrativo, teniendo además la inscripción allí carácter constitutivo. No sorprende entonces (en lo que aquí nos concierne) que el parágrafo 12 (132) de la Ley Documental disponga que «*los poderes exhibidos y los certificados relativos a la legitimación de un representante legal, deben incorporarse, en original o por testimonio, a la matriz*». La copia que el notario expide debe incluir los anexos y, por tanto, el documento de poder, objeto todo ello de calificación registral.

No obstante, el párrafo segundo del mismo precepto legal consigna una importantísima excepción, al establecer que «*si la legitimación representativa resulta de la inscripción en el registro mercantil o cualquier otro registro análogo, entonces será suficiente la certificación de un notario conforme al parágrafo 21 de la Ordenanza Federal del Notariado*». Por registro análogo se entiende el de asociaciones o personas jurídicas (*Vereinsregister*) y el de cooperativas (*Genossenschaftsregister*). Por consiguiente, en la práctica documental alemana, la representación de las personas jurídicas derivada de cargos o apoderamientos inscritos compete exclusivamente al notario y no es objeto de ulterior calificación registral. Según el parágrafo 21 de la Ordenanza Federal del Notariado (133) (al que se remite el art. 12 de la Ley Documental), «*los notarios son competentes para emitir certificaciones relativas a una legitimación representativa que resulte del registro mercantil o de otro registro análogo. La certificación tiene el mismo valor probatorio que un certificado del juzgado a cargo del registro*». Por tanto, el juez encargado de cualquier registro en que se reciba esa certificación notarial no puede ponerla en duda. El

(130) Agradezco al despacho del Notario de Hamburgo Dr. B. von Schweinitz su información detallada sobre la práctica notarial alemana resultante de los par. 12 BeurkG y 21 BnotO.

(131) El registro fundiario está a cargo del juzgado de primera instancia, con la excepción de Baden-Württemberg, donde curiosamente queda encomendado a un notario, de carácter netamente funcional y competencia territorial en su distrito (*Bezirknotar* o *Beamtennotar*), que es excepción frente a la regla general de profesional público del notario latino alemán (sea del tipo de los *Nurnotare* o de los *Anwaltsnotare*).

(132) La llamada «*Ley Documental*» (*Beurkundungsgesetz*, en abreviatura *BeurkG*) es de fecha 28 de agosto de 1969 y tiene aplicación general en todo el territorio de la República. El parágrafo 12 dispone: «*1. Vorgelegte Vollmachten und Ausweise über die Berechtigung eines gesetzlichen Vertreters sollen der Niederschrift in Urschrift oder in beglaubigter Abschrift beigefügt werden. 2. Ergibt sich die Vertretungsberechtigung aus einer Eintragung im Handelsregister oder in einem ähnlichen Register, so genügt die Bescheinigung eines Notars nach Paragraph 21 der Bundesnotarordnung*».

(133) La Ordenanza Federal del Notariado (*Bundesnotarordnung*, en abreviatura *BnotO*), de aplicación general en todo el territorio nacional, dispone en su parágrafo 21: «*1. Die Notare sind zuständig, Bescheinigungen über eine Vertretungsberechtigung auszustellen, sofern sich diese aus einer Eintragung im Handelsregister oder in einem ähnlichen Register ergibt. Die Bescheinigung hat die gleiche Beweiskraft wie ein Zeugnis des Registergerichts. 2. Der Notar darf die Bescheinigung nur ausstellen, wenn er zuvor das Register oder die beglaubigte Abschrift deeselben eingesehen hat. Er hat den Tag der Ausstellung der Abschrift in der Bescheinigung anzugeben.*»

párrafo segundo añade que «*El notario sólo puede emitir la certificación, cuando él mismo previamente haya verificado el registro o copia fehaciente del mismo. En su certificación consignará la fecha de su comprobación o la de expedición de la copia fehaciente*». La certificación notarial tiene, eso sí, una vigencia muy corta: sólo seis semanas.

En el Derecho francés (134), la allí llamada oficina de «Conservación de las Hipotecas» (*bureau des hypothèques* o *conservation des hypothèques*, equivalente a nuestro registro de la propiedad) se integra dentro de la Administración Tributaria, como dependencia a cargo de un simple funcionario administrativo –aunque cobre por arancel– (el «conservador»), a quien compete la liquidación del impuesto aplicable a los documentos presentados a registro. El documento no se transcribe, simplemente se archiva un extracto del mismo remitido por el notario autorizando, de acuerdo con un modelo impreso (una especie de ficha), levantando el conservador un «acta de depósito». El notario remite al registro, junto con la información en extracto del documento, también la copia auténtica (*copie authentique*) expedida para el cliente, a fin de que el conservador extienda en ella un cajetín acreditativo del depósito (135). El conservador, al levantar el acta de depósito, incorporando la ficha del documento a su archivo, en ningún caso practica un control jurídico del documento, sólo verifica si se ha cumplimentado regularmente la ficha de acuerdo con las reglas que rigen la publicidad fundiaria. Su calificación es puramente formal, de modo que tampoco le incumbe controlar la legitimación representativa apreciada por el notario.

Hay una sola y curiosísima excepción: el documento de «*main-levée*» por el que se extingue o cancela una hipoteca. Aquí el conservador sí tiene (pero sólo en este caso) obligación legal de calificar la representación jurídica del acreedor hipotecario que consiente la cancelación de la hipoteca, de conformidad con el artículo 2.058 del Código Civil [redactado por el Decreto-legislativo de 4 de enero de 1955, relativo al régimen general de organización de la publicidad fundiaria (136).

En el Derecho italiano (137), el registro inmobiliario, como en el modelo francés, está también a cargo de un funcionario administrativo (denominado, asimismo, *conservatore*), que practica una simple transcripción (la *trascrizione immobiliare*) del acto resultante de un documento público o notarial, si bien la transcripción registral consiste, no en una transcripción propiamente dicha del documento, sino en la incorporación al registro de la ficha (la *nota a stampa*) que remite el notario

(134) Agradezco al Notario de París M. Dufour su información detallada sobre la práctica notarial francesa concerniente al régimen de publicidad fundiaria y de la conservación de hipotecas, y al régimen especial aplicable en las regiones de Alsacia y Lorena.

(135) Al expedir para el cliente la copia auténtica del documento autorizado, el notario francés no está obligado a testimoniar sus anexos, limitándose a transcribir en la copia lo que –de acuerdo con su criterio profesional– considere pertinente en interés del cliente.

(136) Este régimen –aplicable en todo el territorio de la República– no rige, sin embargo, por razones históricas, en las regiones de Alsacia y Lorena, donde impera (heredado de la etapa de dominación alemana) un sistema registral fundiario similar al alemán: el registro está a cargo de un juez, a quien incumbe una potestad calificadora de la legalidad del documento integrada dentro de su propia función jurisdiccional.

(137) Empleo la información proporcionada por el Consiglio Nazionale del Notariato, remitida por su Presidente Laurini al Presidente del Consejo General del Notariado español Juan Bolás Alfonso, a quien agradezco la gentileza de habérmela facilitado.

autorizante y supone un resumen en extracto del título, conforme a un modelo o impreso preestablecido administrativamente, de cumplimentación rígida, debiéndose rellenar con las menciones requeridas los espacios o casillas correspondientes, si bien se incluye dentro de esa ficha un pequeño recuadro para consignar de manera superconcreta las cláusulas de trascendencia jurídico-real (art. 5 de la Ley de 27 de febrero de 1985).

De conformidad con el artículo 2674 del Código civil italiano, la transcripción registral sólo puede rechazarse por defectos formales (en la cumplimentación de la ficha), sin que, en ningún caso, compete al conservador del registro controlar ni calificar la legalidad intrínseca del acto público registrable. Si la transcripción fuese nula, no por defecto de forma (en cuyo caso respondería la Administración del Estado), sino por virtud de la nulidad intrínseca del acto documentado, el conservador no tiene ninguna responsabilidad y no cabe interponer reclamación judicial alguna contra la actuación registral. La calificación de la representación, como aspecto de validez intrínseca del documento, no incumbe, por consiguiente, al registrador, sino que compete exclusivamente al notario, que, en cuanto al modo de comprobarla, se ajustará a lo dispuesto en la legislación notarial (138).

ENCAJE EN NUESTRA LEGISLACIÓN NOTARIAL

Nuestro legislador, como vemos, a través de la Ley de Acompañamiento –de la medida que consagra su artículo 98–, ha adoptado una posición en línea, concordante con la práctica documental europea, al atribuir al notario la competencia exclusiva de control sobre la representación contractual. La nueva norma nos acerca a esa práctica foránea, pero suscita algunas dudas, desde el punto de vista de nuestra propia práctica notarial, como advertíamos al comienzo, que sería inexcusable no tratar aquí.

El primer interrogante que cabe formular, al hacer referencia el precepto comentado a los *instrumentos públicos*, genéricamente, sin distinguir clases ni especies, es si caen o no también dentro de su ámbito las pólizas intervenidas por notario o, si por el contrario, se limita a las escrituras públicas y las actas.

En el momento actual, tras la fusión de los cuerpos de notarios y corredores de comercio colegiados, la distinción [en algún momento tan polémica (139)] entre pólizas y escrituras, ha perdido toda virulencia, al ser ya las pólizas una especie

(138) El artículo 51 de la Ley Notarial italiana manda anexas el poder exhibido, original o por copia, a la matriz autorizada, salvo que aquél obre en el protocolo del propio notario autorizante. Al margen de la nota o ficha remitida al registro para la transcripción inmobiliaria, el notario italiano puede expedir, como es frecuente, copia parcial del documento para el cliente que renuncia a la copia completa, omitiéndose en la copia la transcripción entonces de los poderes anexos y demás documentos complementarios, que deberán, no obstante, consignarse en la copia mediante una reseña somera, con expresión de sus datos y fecha (art. 69 de la Ley Notarial). Del contenido de los documentos notariales cabe librar, asimismo, certificaciones y extractos, comunicaciones notariales telegráficas e incluso (siempre que sea entre dos notarios, trasponiéndolo por escrito el notario receptor) comunicación telefónica (art. 71 de la Ley Notarial).

(139) *Vid.*, por todos, RODRÍGUEZ ADRADOS, en «La fe pública en el ámbito mercantil», en *op. cit. supra*, t. VI, pp. 105 y ss.

más dentro del género de los documentos notariales y, probablemente, de los instrumentos públicos. No obstante, sería erróneo concluir por ello que la norma, al no distinguir, fuese aplicable también a las pólizas, trastocando así las fórmulas tradicionales de intervención hasta ahora consagradas en la práctica con tan innegables ventajas de simplicidad y agilidad, universalmente reconocidas.

Si atendemos a la rúbrica originaria que, en el proyecto de ley, servía de título al artículo 98, alusiva a las «*medidas para reducir el tamaño de las escrituras públicas*», parece claro que la finalidad de la norma, la *ratio legis*, era simplificar la redacción de las escrituras, no complicar la de las pólizas. Los antecedentes legislativos del precepto son también del todo concluyentes en este sentido: la redacción del artículo 98 proviene (como se ha dicho anteriormente) del Anteproyecto de nuevo Reglamento Notarial elaborado por el Ministerio de Justicia, cuyo artículo 166, apartado primero, contiene una redacción casi idéntica a la consignada luego en la ley, sólo que en el texto reglamentario proyectado, en lugar de hablarse genéricamente de instrumentos públicos, se hacía específica referencia a las escrituras. Sin duda por eso, porque sólo pretende referirse a ellas y no a las pólizas, el artículo 98 de la «Ley de Acompañamiento» habla también, con toda precisión técnica, de notario «*autorizante*» y no de notario interviniente, porque no contempla la intervención de una póliza, sino la autorización de una escritura. Por consiguiente, tanto la finalidad de la norma, como sus antecedentes y su misma literalidad permiten concluir que el artículo 98 no se refiere y no es aplicable a las pólizas.

Se refiere a «*representantes y apoderados*», es decir, a todo tipo de representaciones y no sólo a la representación voluntaria por apoderamiento. Entran, por tanto, también dentro de su ámbito las representaciones legales (como la derivada de la patria potestad, la del defensor judicial, el tutor, la sindicatura de la quiebra, etc.), las representaciones orgánicas de personas públicas o privadas (mercantiles o no), incluida la potestad certificante de acuerdos de personas jurídicas y la legitimación para elevarlos a público, la asistencia jurídica mediante *auctoritatis interpositio* propia de curadores, interventores del suspenso o del menor emancipado, o consistente en licencias o autorizaciones, aprobaciones y asentimientos, incluso las actuaciones en el ejercicio de cargos u oficios no exactamente representativos, como los de albaceas, comisarios, contadores-partidores, testamentarios o dativos, administradores judiciales, etc.

El artículo 98, eso sí, alude siempre, como fuente de la representación, a un «*documento auténtico*». No permite al notario apreciar la suficiencia de la representación por ciencia propia ni por notoriedad, sino que exige en todo caso que se le haya justificado documentalmente.

Hay ciertos casos en que la legislación notarial permite al notario apreciar la representación (sin necesidad de que se acredite documentalmente) por notoriedad. Ocurre con la representación derivada de la patria potestad (ligada a un estado civil paterno-filial cuya posesión notoria el notario puede conocer) y con la representación correspondiente a quien está en posesión de un cargo público, cuyo ejercicio dentro de su distrito el notario tampoco puede legítimamente ignorar (arts. 164.1 y 257 RN). Pero no hay más supuestos. En ambos casos, la fuente de la representación es un hecho notorio (que el notario puede o debe conocer) y la extensión de las facultades representativas viene determinada por ley (que el notario también conoce).

Por ello –sólo en estos dos casos– la representación no precisa justificarse documentalmente, pues resulta, en cuanto a su existencia, de un hecho notorio, y en cuanto a su contenido, de la propia ley. No creo que el nuevo artículo 98 de la «Ley de Acompañamiento» deba interpretarse como norma que haya derogado tales preceptos reglamentarios. Pero fuera de estas hipótesis, sí será indispensable siempre un documento que acredite la representación. La tutela, por ejemplo, es una representación legal, pero no está ligada a un estado civil, sino que deriva de un nombramiento judicial, que habrá de justificarse.

Se ha discutido si podría apreciar el notario, igualmente por notoriedad, la representación inherente a la denominada *notoriedad mercantil* (140), dotada asimismo de una extensión rígida y típica, como la que afecta al factor notorio en todo el giro y tráfico del establecimiento (art. 286 del Código de Comercio), o a los administradores de la sociedad anónima o limitada dentro del objeto social, incluso más allá del mismo frente a terceros de buena fe (arts. 129 LSA y 63 LSL), o al naviero, en cuanto concierna a las necesidades de la navegación (art. 597 del Código de Comercio).

No parece, sin embargo, una solución plausible. La notoriedad en ningún caso puede suplir la prueba documental de la representación voluntaria, cuando se trate de otorgar una escritura pública, por impedirlo el artículo 1.280-5.º del Código Civil, al exigir que conste en documento público el poder que tenga por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública. El notario autorizante no puede, por tanto, apreciar ninguna representación voluntaria por notoriedad, ni siquiera en el ámbito del artículo 286 del Código de Comercio (como serían las escrituras de préstamos hipotecarios o ventas de pisos sujetas a IVA otorgadas por apoderados habituales de bancos y cajas o inmobiliarias), por ser ello contrario al artículo 1.280-5.º CC.

Lo mismo cabe decir de un consejero-delegado, pues la delegación no deja de ser una especie de apoderamiento, que exige igualmente escritura pública (según el art. 151 RRM, en consonancia con el art. 1.280-5.º CC). Menos compatible aún con la idea de notoriedad es la actuación de un Consejo de Administración (o una Comisión Ejecutiva), pues –como dijo Núñez Lagos (141)– «la colegiación disuelve la corporeidad», haciendo que la representación pase «de la ostensibilidad de la tienda a la penumbra de la trastienda», donde impera una reserva inconciliable con la notoriedad.

La duda podría plantearse con relación a los administradores de una sociedad anónima o limitada (por virtud de los arts. 129 LSA y 63 LSL), cuando se trate, no de administradores mancomunados, pues entonces su régimen de actuación y apoderamiento lo fija un estatuto documental y no la ley [art. 124.2.c) RRM], pero sí, quizá, de un administrador único o solidario, cuya plena legitimación representativa individual resulta ilimitable frente a terceros [art. 124.2.b) RRM]. Aun así, admitir esa notoriedad tendría difícil encaje con una recta actuación notarial. Cualquier condicionamiento estatutario, pese a su alcance puramente interno, el notario

(140) Vid. NÚÑEZ LAGOS, en «Escrituras de apoderamiento», en *op. cit. supra*, t. II, pp. 795 y ss. Vid. también, en cuanto al concepto de la notoriedad notarial, RODRÍGUEZ ADRADOS, A.: *Cuestiones de técnica notarial en materias de actas*, Consejo General del Notariado, Madrid, 1988, pp. 205 y ss.

(141) NÚÑEZ LAGOS, en «Escrituras de apoderamiento», en *op. cit. supra*, p. 811.

no debe dejar de ponderarlo, formulando, en su caso, al autorizar la escritura, las correspondientes advertencias. Por otra parte, en general, dada la necesaria coordinación que debe existir entre notarías y registros (como se ha visto más atrás), no sería prudente por parte de ningún notario basar su actuación en una aparente notoriedad mercantil de cargos o representaciones orgánicas, ante la eventual oponibilidad *erga omnes* de alguna circunstancia inscrita en el Registro Mercantil (como la revocación o la caducidad del cargo, la quiebra, suspensión o intervención de la sociedad, el cierre registral, etc.) de carácter relevante. La denominada *notoriedad mercantil* puede ser una circunstancia apreciable por el juez, pero no por el notario, cuando se trata de resolver un litigio, pero no de autorizar una escritura.

Parece por todo ello indispensable que la representación se acredite siempre documentalmentemente, como exige el artículo 98. El notario no tiene, en consecuencia, carta blanca para estimar, bajo su responsabilidad, una representación en términos genéricos o por referencia a su ciencia privada o a lo que le conste por notoriedad (142). Debe, para emitir su juicio sobre la representación, reseñar y examinar un documento, un documento *auténtico*.

Documento auténtico, en principio, es todo documento público. El título del que dimana la representación, siendo público, deberá reseñarse, pero no incorporarse ni transcribirse, ni tampoco acompañarse, al tener la aplicación del artículo 98 carácter preceptivo y no potestativo, según la *Circular* de 12 de abril de 2002. No obstante, el notario siempre podrá, conforme a su *lex artis* (143), protocolizar el título exhibido, cuando lo juzgue conveniente, por ejemplo, si se tratase de un documento administrativo o judicial, o de autoridad extranjera o, en general, de carácter no protocolar, cuya reproducción, en caso de pérdida, pareciera problemática, a fin de preservar así, con su incorporación al protocolo, la integridad y autonomía de la escritura autorizada (siquiera luego se expida sólo copia parcial de la escritura autorizada omitiendo el documento incorporado). Otro ejemplo de aconsejable protocolización del título representativo, aunque consista en la copia autorizada de otra escritura pública, sería el caso de cualquier apoderamiento consuntivo por el otorgamiento del acto escriturado, a fin de eliminar con su protocolización cualquier riesgo de utilización ulterior del poder ya ejecutado (siquiera, como en el caso anterior, no se reproduzca luego en la copia).

Cuando el documento auténtico sea extranjero, emitido por una autoridad pública competente y con arreglo a las formalidades aplicables en el lugar del otorgamiento, habrá de estar debidamente legalizado o apostillado, cumpliéndose lo dispuesto en los artículos 36 del Reglamento Hipotecario y 168-5.º del Reglamento Notarial. El juicio notarial expreso, conforme al artículo 98 de la «Ley de Acompañamiento», sobre la suficiencia de la representación acreditada, a la vista del título

(142) En este sentido, el Auto de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 1953 declaró que no resultaba acreditada la representación, pese a haber consignado en la escritura el notario autorizante lo siguiente: «constándome por notoriedad el nombramiento del compareciente como Director General de la compañía, cuyo cargo ejerce en la actualidad». En el mismo sentido, otro Auto (de igual Sala) de 15 de diciembre de 1953, con referencia a una escritura consular. *Vid.*, con relación a ambas resoluciones, el comentario de NÚÑEZ LAGOS en *loc. cit. supra*.

(143) En cuanto al inserto o incorporación de los documentos fehacientes que acrediten la representación y sobre su prescindibilidad, véase BLANQUER UBEROS, R.: «La preparación...», *op. cit. supra*, pp. 331 y ss.

exhibido, supondrá entonces también implícitamente la calificación o valoración positiva por parte del notario autorizante de la regularidad formal del documento extranjero aportado.

Si el documento del que la representación resulta, es una certificación con firmas legitimadas notarialmente, acreditativa del acuerdo societario de designación de administrador, aunque no se trate de un documento público, sí parece que sea, sin embargo, un documento auténtico a los efectos del artículo 98 de la «Ley de Acompañamiento», pues no deja de ser título inscribible de aquel nombramiento en el Registro Mercantil (arts. 142 y 192 RRM) y la legitimación notarial de firmas que incorpora, como testimonio expedido por funcionario competente para darlo, acredita su autenticidad. Pero si la certificación con firmas legitimadas no estuviera inscrita, al carecer, como documento privado, de presunción de legalidad, no acreditaría de forma plena la representación, de modo que, tanto el notario autorizante (salvo que formule la correspondiente advertencia), como el registrador de la propiedad correspondiente, deberán exigir la previa inscripción de aquélla en el Registro Mercantil. Lo mismo cabe decir del acta original que se exhiba, o del testimonio notarial de la misma, correspondiente al nombramiento.

El notario autorizante de una escritura de elevación a público de acuerdos sociales se responsabiliza así de que se le haya acreditado mediante documento auténtico (144) y presumiblemente exacto (por razón de su inscripción si no es público) la plena legitimación al efecto del compareciente y la potestad certificante de quien emite la certificación, siendo aplicable el artículo 98 de la «Ley de Acompañamiento», a menos que formule las advertencias pertinentes, sin perjuicio, en todo caso, del control sobre la continuidad del tracto registral que compete al registrador mercantil ante quien se inste la correspondiente inscripción de los acuerdos escriturados.

La legitimación representativa del compareciente se completa, a veces, con otros documentos suplementarios como una autorización judicial o administrativa, el acuerdo de algún órgano social, la aprobación o asentimiento de un tercero. Estos documentos complementarios al título principal del que la representación dimana, caen también, lógicamente, dentro de la órbita del artículo 98, siéndoles aplicable el mismo régimen, pues *accessorium sequitur principale*, de modo que el notario podrá valorar su suficiencia sin tener que transcribirlos ni incorporarlos o testimoniarlos, salvo que, conforme a su *lex artis*, por las razones antes apuntadas, juzgase conveniente lo contrario, como ocurrirá, normalmente, cuando se trate de documentos no protocolares. Será una decisión discrecional del notario, sujeta a su criterio profesional. En este sentido, la transcripción o incorporación (original o por testimonio) de los documentos que complementen la legitimación representativa del compareciente es, en principio, potestativa para el notario autorizante. Se exceptúa el caso de que alguna ley exija expresamente su protocolización (como ocurre, por ejemplo, con las licencias urbanísticas, las autorizaciones en materia de inversiones extranjeras, etc.). Pero tales supuestos, como excepción a la regla, aparte de venir expresamente formulados, habrán de ser siempre de interpretación restringida. Tal es el sentido del apartado 3.º del artículo 98.

(144) Cuando el acuerdo se acredite mediante exhibición o testimonio notarial del acta, a efectos de su autenticidad, será por ello asimismo relevante si está o no incorporada al correspondiente libro de actas debidamente legalizado a través del registro mercantil.

No es admisible la postura del Colegio de Registradores, cuando alega en la *Consulta vinculante* que la Ley Hipotecaria, a través de su artículo 18, al no haber sido expresa ni tácitamente derogado, constituye una de esas excepciones legales a la regla del apartado primero, prevista en el apartado tercero, del artículo 98, inaplicable así a los documentos inscribibles cabalmente sujetos a la calificación registral. Aparte de que ello equivaldría a convertir la excepción en regla con un resultado cuasi-derogatorio de la norma, abiertamente contrario a su finalidad, el argumento es inaceptable, pues no se trata en ningún caso de contraponer, sino de armonizar ambos preceptos, debiendo el artículo 18 ser interpretado a la luz del artículo 98.

El documento auténtico que acredita la representación habrá de reseñarse necesariamente en la escritura. Al exigírsele al notario esa reseña, se pretende que de fe de un hecho, por la trascendencia jurídica que comporta en cuanto a la vigencia de la representación (art. 1.738 CC), como es la circunstancia de estar el representante en posesión del título representativo que exhibe.

Si ese título representativo es una escritura pública, la duda que surge es si la apariencia derivada de su posesión por el representante podría incluso, en beneficio de quien contrata con él de buena fe, sobreponerse a la oponibilidad de los asientos contradictorios del registro mercantil (revocación, quiebra o suspensión de pagos, cierre registral, etc.). Vicent Chuliá (145) se inclina a favor de la tesis de que la apariencia jurídica inexacta derivada de la exhibición por el apoderado del poder cancelado debe prevalecer sobre la exactitud registral. La cuestión es muy dudosa (146). Pero sí parece prudente no dejarse llevar por un excesivo mimetismo respecto de los principios que gobiernan el registro de la propiedad, dadas sus diferencias con el registro mercantil.

La presunción de exactitud del registro mercantil, como registro de personas, con asientos, por la propia vitalidad del sujeto inscrito, en constante mutación, quíerese o no, resulta más precaria y también más débil que la presunción de exactitud de un registro inmobiliario, de asientos más perdurables y carácter más estático, porque «la finca no tiene vida y no tiene tiempo» (147). El principio de legitimación registral del artículo 21 del Código de Comercio y del artículo 38 de la Ley Hipotecaria no tienen la misma fuerza. Por eso se entiende que el principio de integridad de una escritura pública de apoderamiento (resultante del art. 1.219 CC y art. 17 bis LN), reforzado mediante el artículo 1.738 CC, pueda sobreponerse a una publicidad registral contraria. Volviendo a la feliz formulación de González Palomino, cabría decir que, frente a las embestidas extrarregistrales, el artículo 21 del Código de Comercio es un *burladero*, pero un burladero mucho más endeble que el artículo 32 de la Ley Hipotecaria.

Por todo ello, la tenencia por el representante del título representativo [consistente en la copia autorizada de la escritura de que dimana su representa-

(145) «Compendio...», *op. cit. supra*, p. 148.

(146) Puede tener aquí interés comparativo la STS de 26 de mayo de 1994 (ponente Malpica): la esposa separada judicialmente exhibe copia autorizada de la escritura de poder a su favor otorgada por su marido antes de la crisis matrimonial; pese a la revocación *ex lege* por aplicación del artículo 102 del Código Civil, el Tribunal Supremo, protegiendo al contratante de buena fe que confía en la exhibición del título representativo, declara válido y vinculante el negocio otorgado por la apoderada.

(147) ÁLVAREZ-SALA WALTHER, J.: «El cierre registral», en VV. AA.: *Tratando de la sociedad limitada* (coordinador Cándido Paz-Ares), Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1997, pp. 1246-1247.

ción (148)] permite presumir, en principio, su vigencia. Tras su reseña, no parece por ello indispensable, aunque sea práctica común (y casi fórmula de estilo), consignar además en la escritura la aseveración expresa por el representante de estar vigente su representación (149), pues se entiende implícita en su voluntad de ejecutar el acto y en el hecho de presentarse como poseedor del título representativo que exhibe al notario, aunque esté pendiente de inscripción, siempre que se trate de la copia autorizada de una escritura pública en la que –de conformidad con el art. 1.219 CC– no conste nota de revocación [RDGRN de 3 de noviembre de 2000 (150)].

Tratándose de una sustitución de poder, el sustituto cumpliría con exhibir la copia de la escritura de sustitución, sin que tenga que presentar asimismo la copia de la escritura del poder sustituido (de acuerdo con la RDGRN de 10 de febrero de 1995).

Cuando la representación resulte acreditada, no con escritura pública, sino mediante certificación con firmas legitimadas, aunque esté inscrita en el Registro Mercantil, su presentación por el representante no permite presumir la vigencia del cargo, al tratarse de un documento privado carente de la presunción de integridad propia de la escritura pública (arts. 1.219 CC y 17 bis LN). Lo mismo cabe decir cuando la representación se acredite con una certificación registral (151). En estos casos la declaración expresa por parte del representante de la vigencia de su representación parece del todo inexcusable.

Si la representación resulta de la matriz obrante en el protocolo del notario autorizante, cuya copia autorizada no se le exhibe, siempre que no conste en aquélla la pertinente nota de revocación, pese a que no sea exactamente aplicable el artículo 1.219 CC, hay una apariencia de representación vigente (152), de acuerdo con la doctrina de nuestra Dirección General (153) que reconoce al subadquirente interés legítimo para pedir *a posteriori* copia del poder no aportado en el acto traslativo (154). El notario, al reseñar el poder resultante de su protocolo, deberá con-

(148) Es irrelevante, a efectos del artículo 1.738 CC, que la representación resultante de la escritura pública cuya copia autorizada se exhibe, sea orgánica o voluntaria, pues la presunción de integridad de la escritura pública consignada en el artículo 1.219 del Código Civil juega del mismo modo en ambos casos.

(149) Dicha aseveración sí será indispensable, en cambio, cuando se trate de administrador de sociedad mercantil con cargo caducado antes de celebrarse nueva junta general de socios, en el sentido de hacer constar que la misma no se ha celebrado y de que continúa, por tanto, en vigor su nombramiento, en la hipótesis prevista en el artículo 145 RRM, siendo así aplicable entonces, con base en tal manifestación y a la vista de la prueba documental de dicho nombramiento, la regla del artículo 98 de la Ley 24/2001.

(150) En este sentido, véase BLANQUER UBEROS, R.: «La preparación...», *op. cit.*, pp. 323 y ss.

(151) En este sentido, *vid.* la RDGRN de 7 de junio de 2000, que declara la no inscripción de una escritura de venta de buque otorgada por los apoderados de una sociedad con el registro cerrado por falta de depósito de cuentas, que acreditan *a posteriori* su representación con una certificación registral de la que resulta, asimismo, el cierre del registro.

(152) De exceptuarse, lógicamente, el caso en que se trate de un poder de ejercicio consuntivo, de carácter singular para algún acto concreto.

(153) *Vid.* RRDGRN de 14 de julio de 1993 y 8 de junio de 1994.

(154) Debe exceptuarse de la aplicación de esta doctrina, lógicamente, el caso en que se trate de un poder de ejercicio consuntivo, de carácter singular para algún acto concreto, pues la exhibición de la copia del poder entonces deviene aquí indispensable para acreditar que el poder continúa pendiente de ejercicio y, por tanto, vigente.

signar la ausencia de esa nota revocatoria en la matriz, además de la manifestación de vigencia de la representación formulada por el representante (en este caso también del todo pertinente).

En todos los supuestos en que se acredite documentalmente una representación, sin que juegue el artículo 1.219 del Código Civil –cuando incidan lo que hemos llamado «títulos inhabituales»–, será exigible al notario una especial diligencia, en coordinación con el registro mercantil o los registros notariales de revocación de poderes, a fin de asegurarse, siquiera telemáticamente, de la vigencia de la representación (según se ha expuesto anteriormente), pero es aplicable el artículo 98.

Si, por el contrario, la representación no queda acreditada por falta de oportuna presentación del documento o por tratarse de un título defectuoso o insuficiente, ello no impide autorizar la escritura, formulando el notario autorizante la correspondiente advertencia, como se ha venido haciendo hasta ahora (y desde tiempo inmemorial en la práctica notarial). El artículo 98 no puede interpretarse en el sentido de impedir el otorgamiento de escrituras mediante mandamientos verbales o pendientes de adhesión o ratificación ulterior en legal forma. El Colegio Nacional de Registradores, en la famosa *Consulta vinculante* malinterpretó el artículo 98, aduciendo como su finalidad, no la de dar mayor agilidad al tráfico jurídico, sino la de agravar la responsabilidad de los notarios mediante la exclusión de la «práctica viciosa» de los mandamientos verbales en la autorización de las escrituras públicas. Es una alegación inadmisibles. El artículo 98 trata de simplificar la práctica contractual, no de entorpecerla. El mandato verbal permite una flexibilidad negocial, que el legislador para nada ha querido suprimir. Precisamente el origen de la norma arranca (como sabemos) de un anteproyecto de reglamento notarial donde se contempla y regula detalladamente esa posibilidad, en términos análogos a la legislación notarial actualmente en vigor, que para nada debe entenderse derogada.

Acreditada documentalmente la representación, el artículo 98 ordena al notario *insertar una reseña identificativa* del documento aportado. Un documento auténtico queda identificado por la mención de la autoridad pública que lo emite y el lugar y fecha de su expedición y, en su caso, por su número de expediente o de protocolo. Los datos de inscripción, tratándose de documentos inscribibles, no identifican el título, sino sólo la eventual circunstancia de su registro en alguna oficina pública. El artículo 98 no impone, por tanto, reseñar los datos registrales, al no ser identificativos del título, sino expresivos de una circunstancia como es su eventual inscripción en algún registro, que puede ser relevante, pero nunca constitutiva (ni siquiera tratándose de consejeros-delegados o comisiones ejecutivas, conforme al art. 152 RRM, en relación con el art. 141.2 LSA).

Problema distinto es si la circunstancia de previa inscripción de la representación puede condicionar o no la inscripción de la escritura otorgada por el representante y, consiguientemente, ser o no objeto de calificación registral.

Si el acto otorgado por el representante pretende acceder al mismo registro mercantil donde su representación debiera constar previamente inscrita, no cabe duda acerca de la necesidad de cumplir la continuidad del tracto registral, cuyo control es responsabilidad del mismo registrador a quien se solicita la nueva inscripción (conforme a los arts. 18 LH y 11 RRM), de modo que lo que queda bajo su responsabilidad, debe regir su calificación (art. 297 LH). En una escritura, por

ejemplo, de emisión de obligaciones acordada por la Junta y otorgada en virtud de una escritura de apoderamiento específico del Consejo que no precise ser inscrita, el registrador mercantil puede, no obstante, exigir que se acompañe la escritura de poder a fin de controlar el tracto registral respecto de los componentes del Consejo adoptantes del acuerdo, comprobando si son o no los mismos consejeros que figuran inscritos en los libros a su cargo.

Cuestión distinta es que el acto otorgado por el representante pretenda acceder a otro registro diferente de aquél en que sea inscribible su representación. La llanza de uno y otro registros compete entonces a funcionarios distintos, y el tracto entre los asientos que compete a uno no es responsabilidad del otro, de modo que, al no estar bajo su responsabilidad, tampoco debe regir su calificación.

Es el caso de la escritura inscribible en el registro de la propiedad otorgada por un representante cuya representación no consta previamente inscrita en el registro mercantil. Aquí la previa inscripción de su representación en el registro mercantil no es un problema de tracto que compete al registrador de la propiedad (155). Por ello las resoluciones de las resoluciones de la Dirección General de 17 de diciembre de 1997 y 3 de febrero de 2001 [rectificando la línea anterior de la resolución de 12 de abril de 1996 (156)] declaran que la falta de inscripción en el registro mercantil del nombramiento de administrador único no impide la inscripción en el registro de la propiedad de sendas escrituras otorgadas por el mismo de cancelación de hipoteca y compraventa. Por consiguiente, tampoco podrá el registrador de la propiedad exigir la reseña de los datos de inscripción en el registro mercantil del documento auténtico acreditativo de la representación, a que se refiere el artículo 98, salvo que, por no ser público —como se ha dicho—, careciera de presunción de legalidad, pero entonces ya no se trataría de una cuestión de tracto.

La misma doctrina se vislumbra en el fondo de la resolución de la DGRN de 23 de mayo de 2001, aunque aquí el problema de tracto se suscita dentro del mismo registro de la propiedad. El registrador deniega la inscripción de una escritura de modificación estatutaria de división horizontal, porque la certificación acreditativa del acuerdo de la Junta de propietarios no expresa sus nombres, impidiendo así al registrador verificar si son o no los mismos dueños que constan en las respectivas inscripciones de los departamentos independientes, de conformidad con el artículo 20 de la Ley Hipotecaria. La Dirección ordena, sin embargo, practicar la inscripción, declarando que no compete al registrador controlar la regularidad de la composición de la Junta de propietarios como órgano colectivo, puesto que (vinculado por su nota) ha admitido que la modificación de que se trata es competencia de la Junta y no acto que deba consentir individualmente cada copropietario, de modo que no cabe aducir un problema de tracto para controlar la regularidad orgánica de un acuerdo colectivo que la certificación atestigüa y que al registrador no compete (pues lo que no está bajo su responsabilidad, no está bajo su calificación).

(155) Así, Ignacio PAZ-ARES RODRÍGUEZ, en «La adaptación de las sociedades limitadas», en VV. AA.: *Tratando de la sociedad limitada* (coordinador Cándido Paz-Ares), Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1997, pp. 1112 y 1130. *Vid.* también en el mismo sentido, PAU PEDRÓN, A.: «La publicidad de la sociedad anónima», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. XXX, pp. 72 y 73.

(156) Cfr. las RRDGRN de 20 de diciembre de 1932 y de 26 de marzo de 1926.

La reseña identificativa del título, si es público, no obliga a consignar sus datos registrales. El notario –dice el precepto– insertará una *reseña identificativa del documento*. Basta, pues, con identificar el documento, no hay que reseñar su contenido. El sentido de la reseña, como se ha dicho, es la constatación de un hecho, consistente en la tenencia del título representativo por el representante, por la trascendencia jurídica que comporta (art. 1.738 CC). Por eso el objeto de la reseña es el documento, no su contenido. Lo que el notario efectúa, conforme al artículo 98 (según reconoce la propia *Circular*), es constatar un hecho (la presentación del documento) y emitir un juicio (al calificarlo como suficiente). La reseña del documento atañe al hecho, en cambio su contenido atañe al juicio. Para reseñar el hecho, basta con identificar el documento, sin que proceda explicar su contenido, por no tenerse que fundamentar el juicio.

No es preciso, por tanto, expresar si el poder es mancomunado o solidario, o suficiente por razón de la cuantía o porque haya admitido expresamente la hipótesis de autocontrato o multirrepresentación (157). Todo ello (así como cualquier otro aspecto del contenido del documento) son circunstancias que el notario habrá de tomar, lógicamente, en consideración a la hora de formar su criterio, pero que no tiene por qué explicitar. El notario, al emitir su juicio de suficiencia, no tiene que motivarlo, porque no es un juez. El notario no tiene que motivar las escrituras que autoriza, igual que tampoco el registrador las inscripciones que practica. La motivación le es exigible a uno y otro (en queja) cuando deniegan su ministerio, pero no cuando lo ejercen.

El registrador debe controlar no la representación misma, sino que el notario haya controlado la representación, siendo exigible que éste así lo *reseñe* expresamente en la escritura, siquiera sea con una formulación *somera* (que es lo que ha querido decir la *Circular*), sin que sean precisas palabras sacramentales, aunque sí una formulación explícita y, una vez formulado expresamente ese juicio de suficiencia por el notario, no le compete al registrador controlar su motivación ni revisarlo, sencillamente porque el registrador tampoco es un juez, y lo que no está bajo su competencia (ni su responsabilidad), no está bajo su calificación.

Si el notario, además de formular su juicio de suficiencia, hubiera transcrito, en todo o en parte, las facultades representativas, o incorporado, en original o por testimonio, el documento del que dimane la representación, en ese caso el registrador deberá controlar que el juicio emitido por el notario no sea palmariamente incongruente con el resto del documento que se le presenta, calificando el conjunto de la escritura –conforme al artículo 18 LH– «por lo que resulte de ella y de los asientos del Registro (a su cargo)», siempre de acuerdo con un concepto restrictivo en cuanto al alcance estricto de esa potestad registral calificadora, como aquí se ha sostenido (158).

(157) En cuanto a la incidencia del autocontrato, *vid.* RDGRN de 11 de mayo de 1998.

(158) En la elaboración de este trabajo he tenido el constante auxilio de mi compañero de despacho Ignacio Paz-Ares Rodríguez, quien coetáneamente ha estado preparando varias intervenciones sobre temas relacionados con los que aquí se desarrollan y a quien debo agradecer su opinión en todo momento, de manera que si algún aspecto de la exposición, o alguna idea, pudiera tener mayor interés que el resto, seguro se debe a él.