



**COMILLAS**  
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

**LA FUNCIÓN NOTARIAL EN ESPAÑA**  
Seguridad jurídica preventiva

Autor: Jacobo García-Lozano Olmedo  
5º, E-3 B  
Área de Filosofía del Derecho  
Tutor: Luis Bueno Ochoa

Madrid

Junio, 2021



## **Resumen**

La función notarial en España, de corte latino, desempeña un papel fundamental al desempeñar la seguridad jurídica preventiva, gracias a su doble naturaleza inescindible pública y privada. A través de su ejercicio, garantiza la protección y seguridad de los intereses particulares y generales, eliminando los posibles riesgos que se puedan dar en las transacciones de bienes y servicios. La figura del Notariado latino existente en Europa continental, es considerada como un éxito por los historiadores, ya que, debido a la certeza jurídica que crea, se convierte en factor esencial de la economía de Libre Mercado en la que vivimos, reduciendo costes y favoreciendo la inversión. Tal es así, que países como Inglaterra, de sistema legal consuetudinario, se ha visto obligada a crear un cuerpo similar al del Notario latino. Es, esa libertad controlada de la función público y privada simultánea, la que permite que el Notario actúe como árbitro imparcial, el cual busca satisfacer los intereses privados y públicos siempre desde la legalidad.

## **Palabras Clave**

Seguridad jurídica preventiva, notario, imparcial, profesional liberal, Libre Mercado, forma, independiente, asesoramiento, seguridad, público, privado

## **Abstract**

The notarial function in Spain, which is Latin in nature, plays a fundamental role in providing preventive legal security, thanks to its dual inseparable public and private nature. Through its exercise, it guarantees the protection and security of private and general interests, eliminating possible risks that may arise in transactions involving goods and services. The figure of the Latin notary's office existing in continental Europe is considered a success by historians, since, due to the legal certainty it creates, it has become an essential factor in the free market economy in which we live, reducing costs and favoring investment. So much so that countries such as England, which has a customary legal system, has been forced to create a body similar to the Latin Notary. It is this controlled freedom of the simultaneous public and private function that enables the notary to act as an impartial arbiter, who seeks to satisfy private and public interests in accordance with the law.

## **Key Words**

Preventive legal security, notary, impartial, liberal professional, Free Market, form, independent, advice, security, public, private

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN .....	5
2. IMPORTANCIA DE LA FUNCIÓN NOTARIAL COMO SEGURIDAD JURÍDICA PREVENTIVA .....	8
2.1. Marco y ámbito de la seguridad jurídica. ....	8
2.2. Grados de alcance de la seguridad jurídica. Seguridad y garantía .....	9
2.3. Utilidad de la forma notarial de seguridad. ....	12
3. IMPORTANCIA DE LA FUNCIÓN NOTARIAL DESDE EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO .....	15
3.1. Origen del Notario como respuesta al problema de los costes de transacción.....	15
3.2. El <i>Gatekeeping</i> notarial.....	16
3.3. Riesgos futuros de la función notarial.....	18
3.3.1. Fehaciencia. ....	18
3.3.2. Asesoramiento y adaptación a la legalidad. ....	19
4. REGULACIÓN DE LA FUNCIÓN PÚBLICO Y PRIVADA DEL NOTARIO	20
4.1. Inescindibilidad. ....	20
4.2. Libertades controladas .....	22
5. COMPARATIVA DE LA FUNCIÓN NOTARIAL CON OTROS PAÍSES...26	
5.1. El Notariado en Alemania.....	28
5.2. El Notariado en Francia. ....	29
5.3. El Notariado en Italia. ....	30
5.4. El Notariado en Portugal. ....	31
5.5. El “notario” anglosajón. ....	32
6. CONCLUSIÓN.....	36
7. BIBLIOGRAFÍA .....	41

## 1. INTRODUCCIÓN

La era digital, las nuevas tecnologías, la sociedad de la información, el *blockchain* y lo telemático ha venido para quedarse, revolucionando nuestras vidas, la forma de comunicarnos entre nosotros, ya sea para cosas personales o para cosas profesionales, y también nuestra forma de comunicarnos con las distintas Administraciones.

Las liquidaciones de impuestos, cada vez más se hacen online, tanto las de los Ayuntamientos, Comunidades Autónomas y los del Estado. Las relaciones con la Seguridad Social (médicos) también son online a través de una aplicación en el teléfono móvil, donde se incorporan todos los datos de la tarjeta sanitaria, citas con el médico, recetas, etc.

La pandemia del COVID-19 ha acelerado este proceso de digitalización. En muchas empresas de todos los sectores se ha generalizado el trabajo online (teletrabajo), disminuyendo el trabajo presencial. La mejora de la situación, tras la creciente vacunación de la población y la reducción del número de contagios, nos lleva a plantearnos si dicho trabajo online se va a afianzar en las distintas empresas y sectores o se va a volver al trabajo presencial al que estaba acostumbrado la mayor parte de la sociedad. No obstante, aunque se producirán ajustes una vez se supere la pandemia, parece que lo telemático y online va a permanecer y cada vez se implementará con mayor fuerza en nuestras vidas.

Las llamadas nuevas tecnologías van a afectarnos a todos, personal y profesionalmente., si bien no a todas las empresas y sectores productivos por igual. Habrá determinadas actividades profesionales y empresariales que admitirán con mayor facilidad el trabajo online, pero habrá otras que, por la esencia del trabajo que realizan, requerirán un trato más directo y personal con sus clientes, por lo que el trabajo presencial seguirá teniendo mucho peso dentro de la actividad de esas empresas y no podrá sustituirse por el teletrabajo.

Hay profesiones que requieren un mayor contacto con el demandante de sus servicios, siendo los médicos un claro ejemplo, aunque hoy en día, con la pandemia también se ha implementado la consulta virtual a través del teléfono móvil. Esta iniciativa ha sido una buena herramienta durante las fases más duras de la pandemia, para evitar los

desplazamientos y aglomeraciones en los hospitales y consultas, evitando los contagios, que continuará para casos de escasa relevancia, aunque no podrá generalizarse. El médico necesita ver al paciente, el estado general de este puede darle pistas sobre el diagnóstico, por lo que difícilmente se puede sustituir lo presencial por lo telemático.

El Notario es otra profesión en la que elemento presencial es muy importante. El Notario tiene que atender una gran diversidad de asuntos de Derecho Civil, Mercantil e Hipotecario, es decir, de Derecho Privado, pero dentro de estas amplias materias hay muchos casos distintos a tratar.

Las materias de Derecho Mercantil pueden estar relacionadas con grandes despachos profesionales, muy en contacto con grandes empresas, donde lo telemático funciona con naturalidad, aunque al final de todo el proceso haya que ir a la notaria a firmar. Es en ese momento presencial, donde el Notario podrá apreciar si los otorgantes tienen o no la capacidad para la firma del negocio jurídico. También hay documentación mercantil de pequeñas empresas, no tan profesionalizadas, que necesitan un asesoramiento presencial. En materia de Derecho Civil hay muchos asuntos muy delicados de Derecho de Familia que requieren un trato muy personalizado, y que difícilmente podrían hacerse por medios telemáticos.

En muchas cuestiones de este tipo, los clientes quieren ver al Notario, para que este desde sus conocimientos como profesional del Derecho les asesore y aconseje directa y personalmente. El Notario, en este sentido, y esto se aprecia mucho más en las notarías de pueblos pequeños, donde no hay abogados ni otros operadores jurídicos de asesoramiento, actúa como una especie de confesor. La gente acude al Notario, contándole sus problemas y los de su familia, siendo esto necesario, ya que para aconsejarle que soluciones puede tomar habrá de saber de antemano que problemas son los que desea atajar.

La agente acude al Notario para que dé solución a sus problemas, y se los solucione en Derecho, que le dé seguridad. La seguridad notarial, es seguridad jurídica preventiva, es decir, se trata de prevenir conflictos, de evitar la judicialización de las vidas, de las relaciones familiares y de las relaciones contractuales.

Sin embargo, existen varios sistemas que proporcionan seguridad jurídica, como puede ser el anglosajón de judicialización donde no existe la seguridad jurídica preventiva al no reconocer la autenticidad del documento público; y la del notariado latino, que aporta seguridad jurídica preventiva de manera efectiva. Es necesario determinar si esa seguridad jurídica preventiva debe ser prestada por el Notario o por otras formas u operadores distintos como existen en otros países, atendiendo a la eficiencia económica y al beneficio que implica para la sociedad.

## 2. IMPORTANCIA DE LA FUNCIÓN NOTARIAL COMO SEGURIDAD JURÍDICA PREVENTIVA

### 2.1. Marco y ámbito de la seguridad jurídica.

En el surgimiento de las Constituciones modernas, el concepto de Seguridad estudiado por la doctrina de la Filosofía del Derecho y del Derecho Político, que aplicado al Derecho da lugar a la noción de seguridad jurídica, tuvo un comienzo polémico, si bien en la actualidad goza de un reconocimiento pleno como principio de los derechos y libertades fundamentales<sup>1</sup>. Su consagración la podemos encontrar en el artículo 9.3 de la Constitución Española, la cual establece que la seguridad jurídica queda “garantizada”<sup>2</sup>. En dicho precepto, se puede observar el compromiso efectivo de la totalidad del Ordenamiento Jurídico al cumplimiento de la misma.

La redacción que la Constitución española hace de la seguridad jurídica puede llevar a la confusión. La Constitución Española hace referencia a la seguridad jurídica respecto de las relaciones existentes entre el Estado y los particulares, es decir, relaciones de Derecho Público. Sin embargo, atendiendo a la literalidad de la norma, parece que deja fuera de la esfera de la seguridad jurídica a las relaciones entre los propios particulares, relaciones de Derecho Privado. Esta interpretación literal puede llevar a equivocación, ya que se estarían dejando fuera de dicha garantía a los intereses privados.

No obstante, la seguridad jurídica es un principio general del ordenamiento jurídico, por lo que no debe cuestionarse el carácter general de la misma<sup>3</sup>, ya que debe ser de aplicación a la totalidad de las relaciones, privadas y públicas. Tamames realiza una interpretación de dicho precepto determinando que, por el hecho de ser de Derecho Público, la mención añadida hecha a la seguridad jurídica debe entenderse como general<sup>4</sup>. Es decir, la

---

<sup>1</sup> Mezquita del Cacho, J. L., “La función del documento notarial en la prevención de la seguridad jurídica privada”, Colegios Notariales de España, *Libro homenaje a Ildefonso Sánchez Mera*, España, 2002, pp. 2299-2328.

<sup>2</sup> Artículo 9. Constitución Española (BOE 29 de diciembre de 1978).

<sup>3</sup> Ugartemendía Eceizabarrena, J. I., El concepto y alcance de la seguridad jurídica en el Derecho constitucional español y en el Derecho comunitario europeo: un estudio comparado, Cuadernos de Derecho Público, n. 28, 2006 (disponible en <http://repositori.uji.es/xmlui/bitstream/handle/10234/159925/783-1016-1-PB.pdf;jsessionid=D23870A252056FFBEC371586F88CCC27?sequence=1>; última consulta 17/06/2021).

<sup>4</sup> Tamames Gómez, R. *Introducción a la Constitución Española*, Alianza Edit., Madrid, 1980.



seguridad jurídica comprende tanto las relaciones existentes entre los ciudadanos y los poderes públicos, como las relaciones existentes entre los propios ciudadanos, buscando defender ambas relaciones de los riesgos de abuso o fraude.

Los Poderes Públicos tienen la misión de satisfacer las necesidades de la sociedad, es decir, de satisfacer los intereses particulares de las personas. Un ejemplo de esta misión son los diversos servicios públicos que el Estado proporciona, como la sanidad, la educación, etc. El Estado, por lo tanto, tiene la obligación de dirigir sus esfuerzos hacia la protección de los intereses particulares. Para garantizar esa satisfacción o protección de los intereses privados surge el documento notarial, el cual otorga seguridad jurídica privada, a pesar de su origen público, en aras de favorecer el progreso económico y la paz social <sup>5</sup>que requieren las sociedades modernas para su desarrollo.

## **2.2. Grados de alcance de la seguridad jurídica. Seguridad y garantía**

La seguridad jurídica entendida como “*certeza, en el comportamiento de los poderes públicos y en las consecuencias de los actos y omisiones de los ciudadanos, constituye una exigencia básica del Estado de Derecho*”<sup>6</sup>, al igual que para la economía de Libre Mercado.

Podemos encontrar dos tipos de seguridad jurídica: la seguridad jurídica *a posteriori*, que es la que ejerce la Justicia, los Tribunales; y la seguridad jurídica *a priori* o preventiva.

En Derecho Privado, para la obtención efectiva de la garantía de seguridad, en el caso de incumplimiento voluntario, requiere recurrir a la Justicia. No obstante, la Justicia, como integradora de la seguridad jurídica, aunque más que jurídica es económica, realiza una labor correctora *a posteriori*, es decir, una vez ya se ha producido el incumplimiento de la ley o el daño. Para que se produzca esa corrección de la situación, se requiere que exista un patrimonio sobre el que recae o se ejecuta lo justo, es decir, lo que la Justicia declare

---

<sup>5</sup> Mezquita del Cacho, J. L., “La función del documento notarial en la prevención de la seguridad jurídica privada”, Colegios Notariales de España, *Libro homenaje a Ildefonso Sánchez Mera*, España, 2002, pp. 2299-2328.

<sup>6</sup> Belloch Julbe, J. F., “Sistema público extrajudicial de seguridad jurídica preventiva”, *El Notario del siglo XXI*, n. 5, 2006 (disponible en <https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-5/3123-sistema-publico-extrajudicial-de-seguridad-juridica-preventiva-0-10549709955742313>; última consulta 17/06/2021)

que se debe restaurar o resarcir. Sin ese patrimonio sobre el que el que actuar, la actuación de los Tribunales quedaría en una mera declaración, pues no se podría llevar a la práctica la corrección del incumplimiento.

Para reforzar esa seguridad y protección de los particulares, existe la ley y los contratos, que, mediante los elementos de garantía buscan minimizar el riesgo. En las garantías personales, como puede ser la fianza o el aval, obliga a otra persona no participe de la relación jurídica principal a cumplir con la misma en caso de incumplimiento por parte de la persona obligada<sup>7</sup>. No obstante, si bien se incrementa la seguridad o protección, esta no es absoluta, ya que siempre existe la posibilidad de que el obligado a través de la garantía no sea solvente, es decir, no tenga un patrimonio sobre el que se repercuta la obligación principal.

Lo mismo ocurre en las garantías de naturaleza real. Estas generan una mayor seguridad en comparación con las anteriores, ya que la propia acción real conlleva la retención o la reipersecutoriedad de los bienes objeto de la relación. Sin embargo, la persecución de los bienes puede verse frustrada bien por la protección del tercero de buena fe anterior o la protección legal de la inscripción registral<sup>8</sup>. De este modo, a pesar de existir una mayor protección o garantías en las relaciones jurídico reales, el cumplimiento sigue necesitando de la cobertura de garantías de carácter formal.

Esta cobertura adicional la otorga el Notario a través de la fe pública que se plasma en el documento público notarial que, junto con la jurisdicción voluntaria y la publicidad registral, constituyen el sistema preventivo de la seguridad jurídico privada mencionada en el apartado anterior. La seguridad que el documento notarial aporta abarca tanto a las relaciones de naturaleza real como a las de carácter personal que, debido a su poder, pueden alcanzar ventajas procesales tanto de carácter expeditivo como ejecutivo, debido a la fuerza ejecutiva que se lo otorga a la escritura pública en las relaciones obligacionales dinerarias líquidas y vencidas<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> Díez-Picazo, L., y Gullón, A., “Sistema de Derecho Civil”, vol. II, tecnos, Madrid, 2018, pp. 249-266.

<sup>8</sup> Díez-Picazo, L., y Gullón, A., “Sistema de Derecho Civil”, vol. II, tecnos, Madrid, 2018, pp. 267-276.

<sup>9</sup> Mezquita del Cacho, J. L., “La función del documento notarial en la prevención de la seguridad jurídico privada”, Colegios Notariales de España, *Libro homenaje a Ildefonso Sánchez Mera*, España, 2002, pp. 2299-2328.

Además, el legislador, en aras de completar la protección que conlleva la fe pública a través del documento notarial, le ha llevado a exigir dicha forma público notarial en determinados supuestos.

En los casos en los que la gravedad del negocio se manifiesta de tal modo para las partes que la sola voluntad no basta para producir efectos de Derecho y, por consiguiente, se impone la necesidad de la fe pública notarial como obligatoria, como por ejemplo en las donaciones de inmuebles y las capitulaciones matrimoniales.

Lo mismo ocurre debido a la importancia del acto, como son las constituciones de las sociedades de capital, anónimas y limitadas.

También se ha impuesto cuando se trata de garantizar la protección de personas considerados por el legislador como necesitados de protección debido a su posición de debilidad, como son los actos relativos a menores y la aceptación de la herencia a beneficio de inventario. En este punto se ve hoy más reforzada la función del Notario con la futura legislación de la tutela y protección de los discapacitados, donde la intención del legislador es potenciar los actos que dichas personas pueden realizar con asistencia de sus representantes legales, y no tanto, la intervención única de dichos representantes. Esto hace que sea mayor la necesidad de intervención del Notario en estos negocios jurídicos en los que la persona con la capacidad modificada necesite de asistencia, asesoramiento y seguridad, que le prestará el Notario<sup>10</sup>.

Hay casos en los que la necesidad de la fe pública aparece como condición de una información para los terceros que están interesados en conocer las modificaciones que se produzcan en la composición del patrimonio inmobiliario de un deudor, como son las transmisiones inmobiliarias y las hipotecas<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> Castro-Girona Martínez, A., “Proyecto de ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”, El Notario del siglo XXI, n. 97, 2021 (disponible en <https://www.elnotario.es/index.php/opinion/opinion/10763-proyecto-de-ley-por-el-que-se-reforma-la-legislacion-civil-y-procesal-para-el-apoyo-a-las-personas-con-discapacidad-en-el-ejercicio-de-su-capacidad-juridica>; última consulta 17/06/2021).

<sup>11</sup> Schwachtgen, A., “¿Hacia una fe pública universal ejercida por una profesión única en su género?”, La fe pública, Colegios Notariales de España, Madrid, 1994, pp. 31-57.

### 2.3. Utilidad de la forma notarial de seguridad.

En la actualidad, el objetivo de la forma documental notarial es precisamente proteger la utilidad del documento notarial, reduciendo lo máximo posible los riesgos.

Ihering calificó la forma como “*hermana gemela de la Libertad*”<sup>12</sup>, pues la forma preserva la libertad, evitando que existan dentro de las relaciones humanas el error, el fraude o la coacción. La evolución humana va aparejada implica la evolución normativa, ya que el Derecho debe adecuarse a los nuevos riesgos que surgen debido a esa evolución constante, lo cual dota de mayor importancia a esas formas que protegen los intereses legítimos de los particulares.

Las Formas se convierten en un instrumento básico para la política de seguridad jurídica del Estado, pues constituye la verificación de la legalidad de su contenido. Este enfoque de las formas, como seguridad jurídica preventiva, contribuye a disuadir a las partes de litigar sobre los elementos de los actos y negocios jurídicos, ya que la verificación de dichos elementos imposibilita o dificulta la invocación de motivos impugnatorios<sup>13</sup>.

Los controles del notario sobre el documento que autoriza no se limitan a la legalidad de sus presupuestos y contenidos, sino que se extienden a la regularidad jurídica de las circunstancias en que el acto o contrato a documentar se produce. Estas circunstancias son la ausencia de vicios de voluntad en las partes o la ausencia de intención en las mismas de causar perjuicio fraudulento a terceros. Por ello, el notario tiene el deber de informar, advertir y asesorar a las partes con la finalidad de controlar la mencionada regularidad jurídica.

El documento notarial es, a su vez, una institución rentable en términos económicos, no solo por la seguridad jurídica que aporta, sino también por el elevado coste que conllevan las largas situaciones de litigio, donde existe una gran incertidumbre. El análisis de la

---

<sup>12</sup> Von Ihering, R., *El espíritu del Derecho Romano en las diversas fases de su desarrollo*, trad. E. Píncipe y Satorres, Comares, Granada, 2011.

<sup>13</sup> Mezquita del Cacho, J. L., “La función del documento notarial en la prevención de la seguridad jurídica privada”, Colegios Notariales de España, *Libro homenaje a Ildefonso Sánchez Mera*, España, 2002, pp. 2299-2328.

reducción que suponen el documento y la función notarial en los costes se desarrollará en el apartado 3.

En el Proceso, el documento público notarial tiene especial consideración. Esto se debe fundamentalmente a la incidencia de la fe pública en el juicio. Esta fe pública no viene de la consideración de autoridad, sino “*del conocimiento que el aparato judicial tiene de su capacidad de control de la legalidad y la regularidad de sus contenidos*”<sup>14</sup>. Podemos encontrar ejemplos, como es el caso del control de la capacidad. EL control de la capacidad, si bien se encuentra dentro funciones notariales de control, no lo encubre la fe pública. Sin embargo, la jurisprudencia española, debido al riesgo que esto puede tener a nivel impugnatorio, y la inseguridad que conlleva en el tráfico jurídico, ha hecho de este control de capacidad por parte del notario, una presunción que se encuentra al nivel de la ley aparejada a la fe pública.

Por lo tanto, el documento público notarial produce efectos tanto fuera (efecto constitutivo de determinados actos, acceso a los registros, etc.) como dentro del Proceso (fuerza ejecutiva directa, presunción legal de verdad y exactitud) favoreciendo la seguridad de los intereses existentes en las relaciones jurídico privadas en búsqueda del progreso económico y la paz social, mencionados en el apartado 2.1.

Cabe destacar el sentimiento de confianza existente en la población, no solo hacia el documento público notarial, sino también hacia la labor del notario, siendo el máximo exponente de esta credibilidad social de seguridad jurídica la que las personas otorgan al notario a la hora de llevar a cabo los actos de última voluntad, si bien ninguna ley otorga dicha exclusividad. Algo similar ocurre en las transacciones económicas, donde la necesidad de documento público notarial no es exigible, si bien existe una idea de confianza y certeza tanto social como institucional, proporcionando seguridad y dinamismo al tráfico jurídico, esencial en el actual Sistema económico de Mercado.

Este dinamismo que caracteriza el sistema de libre Mercado en el que vivimos, debe ir acompañado de una seguridad notarial que permita o favorezca el intercambio fluido de

---

<sup>14</sup> Mezquita del Cacho, J. L., “La función del documento notarial en la prevención de la seguridad jurídica privada”, Colegios Notariales de España, *Libro homenaje a Ildefonso Sánchez Mera*, España, 2002, pp. 2299-2328.

bienes y servicios. Esta seguridad, si bien no es absoluta pero sí lo más amplia posible, minimiza lo máximo posible los riesgos, permitiendo a los actores del sistema de mercado calcular en cierta medida dicho riesgo y reflexionar sobre si asumir dichos riesgos son o no en la transacción deseada. Por lo tanto, para un Mercado dinámico se requiere de una seguridad no correctiva (Justicia) sino preventiva (Formas de control – documento notarial) que surge de los controles que rodean el nacimiento de los derechos sobre los bienes y prestaciones obligadas.

El sistema notarial latino, como mecanismo de seguridad jurídica preventiva, facilita el trabajo de los Tribunales, evitando el colapso de los mismos. El aparato judicial, para reducir la carga de trabajo, requiere de instrumentos que resuelvan de manera más eficiente los procedimientos rápidos y no costosos, especialmente los no litigiosos como puede ser por ejemplo el acta previa matrimonial y la celebración del matrimonio civil; o la separación y divorcio cuando no haya hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente<sup>15</sup>, ante Notario si se cumplen los requisitos que la Ley de la Jurisdicción Voluntaria de 2 julio del 2015 le atribuye. El Notario, como árbitro independiente e imparcial, a través del documento notarial público, permite la evitación del litigio<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE de 03 de julio de 2015).

<sup>16</sup> Bolás Alfonso, J., “Un espacio europeo de seguridad jurídica: un valor para la familia y para el ciudadano, una oportunidad para la empresa”, Consejo General del Notariado, 2008, pp. 37-38.

### **3. IMPORTANCIA DE LA FUNCIÓN NOTARIAL DESDE EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO**

Si bien en el apartado 2 hemos analizado la necesidad de la función notarial, más concretamente del documento público notarial, en relación con la seguridad jurídica que aporta y su importancia como seguridad jurídica preventiva, en este capítulo procedemos a realizar un análisis desde el punto de vista económico de la función notarial.

El Notario contribuye a la reducción de los costes de transacción que se producen en el mercado, pudiendo ser estos privados, los cuales corresponden a las partes, y sociales impuestos a terceros. Esta reducción facilita no solo el intercambio de bienes y servicios, sino también las inversiones, favoreciendo el dinamismo del Mercado, es decir, un mayor consumo.

#### **3.1. Origen del Notario como respuesta al problema de los costes de transacción.**

Para entender la función económica actual del Notario, es necesario remontarse al origen de dicha institución. En el siglo XI se produce un rápido crecimiento de las ciudades y de la actividad económica que en ellas se desarrollaba. Debido a este auge, surge la necesidad crear instituciones que protegiesen actividad económica de ese crecimiento exponencial. Los contratos existentes eran muy cambiantes debido a la falta de conocimiento legal de las personas. Es en este contexto cuando surge la necesidad de la figura del Notario, un profesional conocedor del Derecho, cuya objetividad atribuye al documento notarial fuerza probatoria.

Los Notarios acudían a las universidades donde estudiaban el Derecho romano, adquiriendo gran cantidad de conocimientos legales que, junto con la aparición constante de nuevos negocios jurídicos, hacían de dicha institución ser creadora de Derecho. El Notario creaba Derecho buscando dar solución a los nuevos negocios que se les presentaban. El valor del documento autoriza por Notario, sin embargo, dependía de la confianza que se tenía en un Notario singular y su nivel de jurista, no teniendo el mismo valor los documentos autorizados por notarios distintos, existiendo cierta subjetividad que generaba incertidumbre e ineficacia. Para tratar de terminar con ese problema y

homogeneizar la función notarial se reúnen en colegios, y es la autoridad pública de la época la que otorga oficialidad a los documentos realizados por cualquier notario, si bien debía existir un control sobre dicha institución. El documento hecho por notario se objetiviza a través de su reconocimiento legal (fe pública) dejando de valorar el documento por el prestigio del notario individual por la oficialidad de todo documento notarial<sup>17</sup>.

Este reconocimiento de legalidad hace que exista una mayor eficiencia y seguridad, reduciendo los costes de transacción considerablemente, lo cual facilitó e impulsó las transacciones y la obtención de créditos. Hernando de Soto define este desarrollo económico como “*valor económico de la propiedad formal*”<sup>18</sup>.

### **3.2. El *Gatekeeping* notarial.**

Al notario se le denomina como “*ingeniero de los costes de transacción*”<sup>19</sup> debido a su papel fundamental en la reducción de costes de transacción y en garantizar la seguridad. Pero también desarrolla un papel esencial en su función de *gatekeeping*, relacionada con los costes privados y sociales mencionados anteriormente. *Gatekeepers* son aquellos que, como su traducción indica, guardabarreras de la legalidad. Es decir, “*prevenir la ilegalidad mediante la denegación de la cooperación*”<sup>20</sup>, siendo esa cooperación un servicio o forma de certificación. Realizan un control independiente, más allá de consideraciones morales<sup>21</sup>, con el fin de detectar garantizar que se cumplen determinados requisitos. Podemos encontrarnos dos tipos de *gatekeepers*:

---

<sup>17</sup> Tena Arregui, R., “La función notarial desde el análisis económico del Derecho”, *Revista Jurídica del Notariado*, n. 110, 2020, p. 99-112.

<sup>18</sup> De Soto, H., “Valor económico de la propiedad formal”, *Consejo General del Notariado*, Madrid, 2004.

<sup>19</sup> Paz-Ares, C., “El sistema notarial. Una aproximación económica”, Consejo General del Notariado, 1995.

<sup>20</sup> “El documento notarial. Su valor añadido y el valor económico de la seguridad jurídica”, *El notario del siglo XXI*, n. 10, 2006 (disponible en <https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-10?id=2674:rodrigo-tena-el-documento-notarial-su-valor-anadido-y-el-el-valor-economico-de-la-seguridad-juridica-0-5169860352920238>; última consulta 16/06/2021)

<sup>21</sup> Olaizola, F., “Competencia entre notarios y contratación en masa: una necesaria regeneración”, *El notario del siglo XXI*, n. 46, 2012 (disponible en <https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-46/256-competencia-ente-notarios-y-contratacion-en-masa-una-necesaria-regeneracion-0-32398939535393323>; última consulta 16/06/2021).



- Los privados realizados por profesionales que cuyo efecto es reputacional, no obstaculizando, sino buscando que los actos se hagan de una forma concreta de calidad<sup>22</sup>.
- Los públicos (Banco de España, CNMV, etc.), siendo su efecto el de obstaculizar en caso de denegarse la cooperación.

La forma de actuar de los *gatekeepers* privados es la más favorable y eficiente, pues no realizan un ejercicio de denuncia. Esto se debe a que resulta de mayor eficacia la prevención la infracción que la sanción que puede surgir *a posteriori* en caso de demandar la infracción.

Los notarios pueden considerarse *gatekeepers* mixtos o híbridos, pues únicamente permiten llevar a cabo aquellos actos que cumplan con los requisitos exigidos por la ley, llevando a cabo un control de legalidad. Desempeñan tanto una función de impedimento, cuando no se cumplen con los requisitos legales; y reputacional<sup>23</sup>, permitiendo el acceso al tráfico jurídico a aquellos actos que sí cumplan con la ley. Esto se debe principalmente la doble condición que recae sobre la figura del notario, siendo este funcionario y profesional a la vez, reduciendo tanto los costes privados como sociales.

Para que el *gatekeeping* sea eficiente se den de cumplir dos características en su función, propias de la naturaleza del Notario latino:

- La imparcialidad del *gatekeeper*, la cual resulta de difícil cumplimiento por parte de los *gatekeepers* privados. De igual manera, los monopolios dificultan este presupuesto, ya que el monopolio privado conlleva una elevación de los precios sin control, y el público, genera un control desmedido que dificulta el dinamismo en las transacciones.

El notario actúa como *gatekeeper* imparcial, pues se encuentra obligado a cobrar el arancel de carácter estatal; y la competencia es limitada con el objetivo de defender esa posición imparcial respecto de los agentes del mercado.

---

<sup>22</sup> Tena Arregui, R., “La función notarial desde el análisis económico del Derecho”, *Revista Jurídica del Notariado*, n. 110, 2020, p. 99-112.

<sup>23</sup> Tena Arregui, R., “La doble vertiente obstaculizadora y reputacional del control de legalidad notarial”, *Revista jurídica del Notariado*, n. 12, 2012.

- El riesgo reputacional que conlleva una actuación equivocada, debiendo esta ser castigada. Debe de existir una reputación y un peligro o riesgo de perder dicha reputación. Este presupuesto, lo cumplen tanto los *gatekeepers* privados, ya que sin reputación desaparecen del mercado, y los notarios, individual y colectivamente, ya que, al estar limitados en el precio por los aranceles, parte fundamental de la competencia notarial es la reputación (individualmente).

### **3.3. Riesgos futuros de la función notarial.**

En la actualidad, existen numerosos avances que amenazan la futura eficiencia económica del Notariado. En este apartado analizaremos dos funciones notariales y los riesgos que pueden surgir en un futuro no muy lejano, la fehaciencia, y el asesoramiento y la adecuación a la legalidad.

#### **3.3.1. Fehaciencia.**

Se hace referencia a fehaciencia como la calidad de prueba que constituyen los hechos que el notario, en el ejercicio de sus funciones, aprecia de manera directa. La constante digitalización que da lugar a nuevas tecnologías como son el blockchain, la videoconferencia, etc., y su creciente utilización en la sociedad, han hecho de estos medios una nueva forma de garantía adicional a la actuación notarial, pero a precios menores<sup>24</sup>. Para que el notario puede competir en lo relativo a estas nuevas formas de garantía, requiere de la actuación del legislador, el cual deberá promulgar las normas que sean oportunas para que el Notariado pueda incorporar dichos instrumentos tecnológicos a su labor de autorización de los instrumentos públicos, con el objetivo de aumentar la eficiencia económica. Es necesario que el notario se actualice, se adapte a esta nueva sociedad de la información en aras de facilitar el servicio a los clientes, garantizando siempre la seguridad jurídica. Posibles soluciones serían la de crear un archivo de réplicas en una nube notarial corporativa que permita la conservación de la matriz o estableciendo

---

<sup>24</sup> Tena Arregui, R., “La función notarial desde el análisis económico del Derecho”, *Revista Jurídica del Notariado*, n. 110, 2020, p. 99-112.

una conexión con los registros a través de una web pública y gratuita controlada por el Ministerio de Justicia, dotando de mayor eficiencia a los procesos<sup>25</sup>.

### 3.3.2. Asesoramiento y adaptación a la legalidad.

Respecto de esta función notarial, las amenazas son menores, por lo menos a corto plazo, ya que la competencia en este aspecto, como es la de los abogados o la de las nuevas tecnologías generan menor presión. Los abogados, además de ofrecer este servicio por un precio generalmente elevado, no son imparciales. Que la autorización notarial se dé en la consumación del contrato, hace que esta función constituya una ventaja para el Notariado frente a la competencia, permitiéndoles desarrollarla de manera efectiva<sup>26</sup>. El asesoramiento realizado por el Notario, gratuito, lo hace desde una posición imparcial. El Notario escucha los problemas de la gente y su situación. Esto le permite ponerse en el papel de la persona que acude en “socorro” del Notario, cuyo conocimiento y experiencia, le permite aconsejar e informar de las posibilidades que ofrece la normativa en vigor. El Notario aconseja y asesora, no obliga. De esta manera genera la confianza que la sociedad tiene depositada en la institución de los notarios, la cual llevó en la antigüedad a que la ley dotara de fe pública a la función documentadora del Notario.

El asesoramiento preventivo contribuye a reducir la falta de información existente, como ocurre en las contrataciones en masa. Un claro ejemplo lo podemos encontrar en la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario, la cual surge con la finalidad de reforzar el equilibrio entre las partes “*atribuyendo al notario la función de asesorar imparcialmente al prestatario*”<sup>27</sup>. Esta función atribuida por el legislador, acto que demuestra la confianza existente hacia la función notarial, exige que el Notario, con anterioridad a la escritura mediante acta de transparencia material garantice que la parte no bancaria comprende las condiciones del contrato. Se le debe permitir un periodo de 10 días de reflexión. A través de esta función, se aporta mayor seguridad al contrato, ya que el desconocimiento pondría a esa parte en situación de vulnerabilidad e inseguridad, siendo un éxito reconocido.

---

<sup>25</sup> Pérez de Madrid Carreras, V., “Presente y futuro del Notariado”, *El Notario del siglo XXI*, n. 57, 2014 (disponible en <https://www.elnotario.es/index.php/seccion-corporativa/3831-presente-y-futuro-del-notariado>; última consulta 16/06/2021).

<sup>26</sup> Tena Arregui, R., “La función notarial desde el análisis económico del Derecho”, *Revista Jurídica del Notariado*, n. 110, 2020, p. 99-112.

<sup>27</sup> Preámbulo IV. Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario (BOE de 16 de marzo de 2019).

## 4. REGULACIÓN DE LA FUNCIÓN PÚBLICO Y PRIVADA DEL NOTARIO

En España, la legislación española carece de regulación unitaria de la función notarial y del estatuto del notario, debido a su doble naturaleza pública y privada, sino que su caracterización es el resultado de una multitud de disposiciones reguladoras de aspectos parciales de aquella función.

Así, junto a la Ley Orgánica del Notariado y del Reglamento Notarial, existen referencias normativas a los notarios y a la función notarial. Algunos de estos ejemplos son: el Código Civil y de Comercio; el texto Refundido de Sociedades de Capital y el Reglamento del Registro Mercantil; la Ley cambiara y del cheque; la Ley y el Reglamento Hipotecarios; la Ley del Catastro Inmobiliario; las Leyes de Enjuiciamiento Civil y de Jurisdicción Voluntaria; Ley de firma electrónica; Ley 10/2010 de prevención de blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo; y Reglamentos europeos<sup>28</sup>. Todas estas leyes regulan las materias privadas sobre las que el Notario tiene competencia.

### 4.1. Inescindibilidad.

Como ya se ha mencionado, la función notarial se caracteriza por ser pública y privada al mismo tiempo, ejercicio que no se puede entender por separado. Así, la Ley del Notariado le define como “*el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales*”<sup>29</sup>. De esta manera, la ley otorga al Notario fe pública sobre los actos que lleve a cabo. Además, el Notario, al desarrollar una función pública, tiene la obligación de prestar sus servicios cuando sea requerido para ello, pudiendo incurrir en responsabilidad si su negación no estuviere justificada.

---

<sup>28</sup> Tema 1. Legislación Notarial, Academia Matritense del Notariado.

<sup>29</sup> Artículo 1. Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862 (Gaceta de Madrid de 29 de mayo de 1862).

Ambas funciones son **inescindibles**, debiéndose entender como un todo único, donde no puede entenderse una sin la otra. Esta distinción que se hace es meramente conceptual. Si el legislador realizase una separación de ambas funciones, estaríamos, por un lado, ante la funcionarización del Notariado, los cuales atenderían en exclusiva a una función pública abandonando los intereses privados sin libertad de actuación, y por otro, a la privatización del mismo con plenas libertades, realizando una división y categorización del cuerpo notarial. Existirían dos tipos de notario, unos privados y otros públicos. La gente se dirigiría al privado para recibir consejo y confiarle sus problemas personales, patrimoniales y familiares, siendo estos los redactores de las convenciones, acudiendo al notario público únicamente para certificar la autenticidad. Los privados se asemejan a la figura del *tabellius* romano, el cual debe ganarse la confianza del pueblo para poder alcanzar la fe pública, primero a través de su ejercicio ante los Tribunales y posteriormente en la consagración legislativa<sup>30</sup>. También se podría hacer una similitud de este Notario privado con la función de la abogacía.

Esa doble función desarrollada por el Notario permite al Estado tener cierto control sobre la misma, pero nunca absoluto. Este control hace de ella una profesión reglada, a través del estatuto notarial, diferenciándolo de los diversos reglamentos de profesiones liberales. Determinar que los propios Estados son los que tienen autonomía para regular el acceso y condiciones de la función pública notarial, pudiendo variar entre los mismos. El Estado impone al notario determinadas obligaciones controlando de manera efectiva la organización del sistema y garantiza la posibilidad de acceso a los servicios del Notario en todo el territorio, estableciendo ciertas barreras a la libre competencia, potenciando la utilidad socio-económica de la función notarial al actuar como seguridad preventiva<sup>31</sup>. Estas barreras buscan que el servicio notarial sea eficiente y de calidad, permitiendo el dinamismo que exige el Sistema de Mercado actual.

---

<sup>30</sup> Rodríguez Adrados, A., “La inescindibilidad de funciones”, Escritos Jurídicos, vol. 2, Colegios Notariales de España, Madrid, España, 1996, pp. 319-321.

<sup>31</sup> Bolás Alfonso, J., “Un espacio europeo de seguridad jurídica: un valor para la familia y para el ciudadano, una oportunidad para la empresa”, Consejo General del Notariado, 2008, pp. 24-34.

## 4.2. Libertades controladas

De esta manera, el Estado regula ciertas materias relativas a su estatuto, como son: el sistema de acceso a través de oposición, el sistema de ascenso, los límites de movilidad, la obligación de prestación, la limitación de honorarios a través de los aranceles, etc. Dentro de esas limitaciones, existe cierta libertad, tratando de evitar principalmente que los Notarios se concentren en masas poblacionales de gran actividad económica, donde solo tendrían acceso los más pudientes, lo cual ocurre con las profesiones liberales. Así, toda persona tiene acceso al servicio notarial, lo que permite garantizar la seguridad jurídica preventiva. Por ejemplo, en los pueblos pequeños de escasa población y conocimientos legales, es difícil encontrar abogados. Los habitantes de esos pueblos acuden al Notario para contarles sus problemas personales, familiares y patrimoniales, a modo de confesión, para que sea el Notario el que le proponga una solución. Si no se regulase la competencia de los notarios, estas personas no tendrían acceso a la seguridad jurídica preventiva, debiendo dirigirse a los Juzgados, judicializando sus vidas, alargando y encareciendo sus problemas.

Por lo tanto, no se puede aplicar la libertad absoluta de competencia a los Notarios, ya que, al ser controladores del mercado, deben de tener cierto control. Por eso hablamos de una libertad controlada que permita alcanzar los intereses particulares y generales. Esta libertad controlada consagra la función pública y privada que ejerce el Notario, ya que sin control estaríamos ante un profesional liberal, y el control total por parte del Estado llevaría a su funcionarización<sup>32</sup>. La combinación de control por parte del Estado y libertad permitida es inescindible, al igual que la condición de público y profesional liberal.

Los notarios, dentro de su “libre” competencia interna, tienen libertad de elección, como incentivo para asegurar la excelencia en su ejercicio. No obstante, dentro de esa libertad, debe condicionar sus intereses particulares a los generales, a diferencia de los profesionales liberales puros<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> Bolás Alfonso, J., “Un espacio europeo de seguridad jurídica: un valor para la familia y para el ciudadano, una oportunidad para la empresa”, Consejo General del Notariado, 2008, p. 33

<sup>33</sup> Bolás Alfonso, J., “Un espacio europeo de seguridad jurídica: un valor para la familia y para el ciudadano, una oportunidad para la empresa”, Consejo General del Notariado, 2008, pp. 24-34

El Notario también goza de cierta **libertad de actuación**, debiendo siempre de cumplir con lo establecido en la ley y su propio reglamento. Puede aconsejar y asesorar lo que el propio Notario considere oportuno de acuerdo con las circunstancias, pudiendo dar lugar a soluciones distintas entre un Notario y otro. Sin embargo, la solución debe conducir al mayor beneficio de las partes dentro de la legalidad. De igual manera, tienen libertad en la redacción de los documentos a autorizar. Por lo tanto, no se trata de un ejercicio burocrático en el que los pasos a seguir están reglados. Esta libertad de actuación hace que el Notario este sujeto a responsabilidad en el caso de no cumplir con lo establecido por la ley o de su negligencia. Se trata de una responsabilidad civil ya que el Notario está prestando un servicio profesional, función privada del Notario<sup>34</sup>. A su vez, está sujeto a responsabilidad disciplinaria interna, establecida por el Consejo General del Poder Notarial, debido a su condición de funcionario público<sup>35</sup>, pudiendo incluso el Ministerio de Justicia apartar al Notario de su cargo por causas graves.

El Notario no puede ejercer su función en cualquier lugar, es decir, no puede autorizar una escritura donde quiera o se le pida. Existe una demarcación notarial de plazas, a las cuales el Notario tiene acceso mediante concurso, de acuerdo con sus preferencias, y respetando el escalafón notarial<sup>36</sup>. Por lo tanto, el Notario solamente puede autorizar dentro de su propio distrito, y a la vez, dentro de ese distrito, no pueden autorizar en aquellas poblaciones donde haya otro Notario. Este control se ejerce debido a lo mencionado anteriormente, es decir, garantizar un servicio notarial eficaz, para toda la población tenga acceso a seguridad jurídica preventiva, evitando la concentración notarial en las zonas de mayor actividad económica. Es el Notario el que no puede “moverse”. Pero, los clientes sí tienen **libertad de elección** de Notario, característica de la ley de la oferta y la demanda, permitiendo elegir al Notario que mejor convenga o en el que se tiene mayor confianza. Esta libre elección favorece la competencia entre los Notarios, así como la creación de la clientela<sup>37</sup>. Esta competencia, propia de una profesión liberal, se

---

<sup>34</sup> Núñez Palomino, G., “La responsabilidad civil del Notario”, *El Notariado del siglo XXI*, n.28, 2009 (disponible en <https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-28/1384-la-responsabilidad-civil-del-notario-0-3733512194579013>; última consulta 15/06/2021)

<sup>35</sup> Ruiz-Gallardón López-Monís, R., “La responsabilidad profesional del Notario en su ejercicio profesional”, 2017.

<sup>36</sup> Amat Alcaraz, E., “Las dos caras del Notario: funcionario y autónomo”, *Notarios en Red*, 2016 (disponible en <https://www.notariosenred.com/2016/10/las-dos-caras-del-notario-funcionario-y-autonomo/>; última consulta 15/06/2021).

<sup>37</sup> Rodríguez Adrados, A., “El principio de libre elección”, *El notario del siglo XXI*, n. 18, 2008 (disponible en <https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-18/2074-el-principio-de-libre-eleccion-0-9360306746661948>; última consulta 15/06/2021).

basa en la calidad del servicio, asegurando que los Notarios se esfuercen al máximo en su labor.

La competencia a la cual nos referimos en el párrafo anterior, se caracteriza por que los precios están fijados, lo cual perfecciona la propia competencia. Existen **aranceles** establecidos por el Estado que garantizan el acceso a todas las personas el acceso a los servicios notariales, independientemente de su capacidad económica. Además, este arancel notarial fijado es una garantía de la imparcialidad del Notario en el ejercicio de sus funciones, lo cual es característico en las funciones públicas<sup>38</sup>. Sin embargo, como venimos viendo durante todo el trabajo dada la indivisibilidad de la función pública y profesión liberal, el Notario no recibe su sueldo de los Presupuestos Generales del Estado como pasa con los funcionarios, sino que son los clientes los que remuneran el trabajo del Notario como cualquier otra profesión liberal, con el límite o control del precio. Esto hace que el Notario, como si de una empresa o un autónomo se tratase, se encargue de manera autónoma e independiente de la organización de su despacho, contratando a aquellos empleados que estime oportuno y cuyos salarios paga el propio Notario arriesgándose, siendo el riesgo la principal característica del empresario. En consecuencia, todos los Notarios cotizan a la Seguridad Social.

Respecto de su función de oficial público del Estado, se le imponen una serie de **principios u obligaciones** para el ejercicio de su cargo siendo algunos de estos:

- El principio de autoría y responsabilidad notarial.
- El principio de control de legalidad, pues el Notario, debe de adecuar la voluntad de las partes a las leyes.
- Imparcialidad e independencia, comentados reiteradamente a lo largo del trabajo.
- Inmediación, es decir, el Notario debe estar presente en todos los actos que autorice.
- Principios de conservación y protocolización de los documentos, la formación y custodia del protocolo.

---

<sup>38</sup> Bernabé, R., “Arancel notarial e imparcialidad”, *El notario del siglo XXI*, n. 45, 2021 (disponible en <https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-45/338-arancel-notarial-e-imparcialidad-1-0-44635384943927997>; última consulta 15/06/2021).



- El deber de ejercicio, por el cual está obligado a prestar su servicio cuando le sea solicitado, ya que es un servicio que se presta a la colectividad, como todo servicio público<sup>39</sup>.

Todas estas limitaciones y principios, ponen de manifiesto la doble naturaleza de la función notarial, pública y privada, que mediante el control por parte del Estado limita su libertad en aras del interés público y general, garantizando un servicio notarial eficiente y de calidad, así como el acceso a la seguridad jurídica preventiva que este servicio supone.

---

<sup>39</sup> Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M., “La fe pública como valor constitucional”, *La fe pública*, Colegios Notariales de España, Madrid, 1994, pp. 17-30.

## 5. COMPARATIVA DE LA FUNCIÓN NOTARIAL CON OTROS PAÍSES

La función notarial varía en función del país en el que nos encontremos. En la Unión Europea la función notarial como la entendemos en nuestro Derecho, únicamente existe en 22 de los países miembros, siendo entre otros Alemania, Francia, Holanda, Italia, España o Portugal. Por el contrario, en el resto de los países miembros como Inglaterra, Irlanda o Dinamarca no existe la institución notarial como tal<sup>40</sup>. Esto se debe principalmente al sistema de Derecho existente en ambos grupos de países. En los primeros nos encontramos con un sistema de Derecho Civil Codificado, mientras que en los segundos se caracterizan por la aplicación de un sistema de Derecho consuetudinario (*common law*), es decir, de base jurisprudencial, donde la prueba principal es la de los testigos en los procedimientos orales.

En los países de Derecho civil codificado, el poder público, a través de esas leyes escritas, otorga a los documentos notariales la consideración de “documentos auténticos” (Gómez-Martinho Faerna, 1999), los cuales, tal y como se describe en el apartado 2, proporcionan seguridad jurídica, al tener fuerza probatoria y ejecutiva. En los países de Derecho consuetudinario, este concepto de documento auténtico no existe. No hay leyes escritas que otorguen dicho valor probatorio y ejecutivo a los documentos<sup>41</sup>.

A pesar de la gran similitud existente entre los estatutos notariales de los países con Derecho civil codificado, podemos encontrar dos excepciones de especial relevancia, constituyendo un ejemplo claro de la posible evolución a experimentar por la función notarial.

La primer a excepción la encontramos en Portugal, donde la función notarial se ha visto funcionarizada, es decir, es una institución de carácter público únicamente, perdiendo la cualidad de profesional privado. Esto conlleva la pérdida de sus funciones de asesoramiento y control preventivo, asimilándose más a la función registral, perdiendo tanto la imparcialidad y el riesgo reputacional que conlleva el notario como *gatekeeper*.

---

<sup>40</sup> Editorial. ¿Existe la función notarial europea?, *El notario del siglo XXI*, n. 97, 2021 (disponible en <https://www.elnotario.es/editorial/7984-existe-una-funcion-notarial-europea> ; última consulta 15/06/2021).

<sup>41</sup> Gómez-Martinho Faerna, A., *La función del Notario en la Unión Europea*, Colegios Notariales de España, 1999, pp. 21-24.

La segunda excepción se produce en determinadas regiones de Alemania, existe un sistema contrario al de Portugal, donde a determinados abogados, se les reconoce las funciones de Notario, pudiendo ejercer ambas profesiones de manera simultánea. Es un sistema de abogados-notarios, similar al de los notarios de base latina, aunque el acceso a la profesión notarial cambia con respecto al proceso general de los notarios<sup>42</sup>.

A pesar de estas excepciones, el sistema notarial de los distintos miembros de la Unión Europea es bastante homogéneo, tanto en funciones como en características, destacando la función del notario como asesor imparcial y su actuación preventiva, otorgando mayor seguridad jurídica y reduciendo los riesgos<sup>43</sup>. Adicionalmente, los notarios se encuentran sujetos a responsabilidad por los daños que puedan causar en el ejercicio de sus funciones, como consecuencia de la doble función pública y privada.

Destacar que, tras la caída del muro de Berlín, muchos de los países que formaban parte de la antigua URSS como Hungría, Polonia, Rusia, etc., al producirse un cambio del comunismo por la economía de Libre Mercado, optaron por establecer un sistema de Notariado latino similar al europeo, pasando a formar parte de la Unión Internacional del Notariado<sup>44</sup>, sustituyendo la funcionarización previa por un sistema de doble naturaleza inescindible, pública y privada.

Realizada esta introducción a la función notarial europea, se procede a analizar de manera más exhaustiva la misma sobre diferentes países, tomando como base la institución notarial española. Para ello estudiaremos la alemana, la francesa, la italiana, la portuguesa, a modo de explicación de la funcionarización que sufrió, y finalmente la anglosajona, considerando tanto la británica como la estadounidense.

---

<sup>42</sup> Gómez-Martinho Faerna, A., *La función del Notario en la Unión Europea*, Colegios Notariales de España, 1999, pp. 21-24.

<sup>43</sup> Resolución del Parlamento Europeo de 18 de enero de 1994, n. 0422/93, sobre el estado y la organización de la profesión de notario en los Estados miembros de la Comunidad.

<sup>44</sup> Segura Zurbano, M. A., “La expansión del Notariado latino en el mundo”, *El Notario del siglo XXI*, n. 15, 2007 (disponible en <https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-15/2257-la-expansion-del-notariado-latino-en-el-mundo-0-9794684564503547>; última consulta 16/06/2021).

## 5.1. El Notariado en Alemania.

La Ley Federal alemana destaca tres características en la institución notarial: la función pública autenticadora del notario, la independencia del mismo en el ejercicio de sus funciones, y su actuación en el ámbito de la justicia preventiva<sup>45</sup>.

A diferencia de la función notarial española, la alemana es considerada puramente pública, independientemente de si nos encontramos ante actos de documentación o de asesoramiento y consejo. Esto se debe a que la ley alemana impone la obligación al notario de asesorar e informar como presupuestos de su función pública de documentación<sup>46</sup>. Esta Ley Federal alemana establece que la actuación del notario se efectúa como si se tratase de una profesión liberal: sujeción al secreto profesional, percibe su salario de sus clientes, etc. Estas características de la función notarial alemana distinguen una doble función, pública y privada, a pesar de la definición establecida en el Código de Notario Federal (BNotO).

En el ejercicio de sus funciones, el notario debe actuar de manera imparcial e independiente, no representando a ninguna de las partes, si bien este requisito puede considerarse chocante en el caso de los abogados-notarios existentes en ciertas regiones de Alemania mencionados en el apartado anterior. Pues al abogado-notario, a pesar de actuar como notario, también puede ser o haber sido abogado de una de las partes, poniéndose en duda dicha independencia e imparcialidad.

Al igual que en España, el resto de funciones y obligaciones son similares. El notario alemán no puede publicitar su función pública ni puede rechazar instrumentar sin una razón basada en derecho. Su salario, pagado por los clientes, deberá ser de acuerdo a la ley, siendo similar a los aranceles exigidos a los notarios españoles. El deber de asesoramiento e información tiene la misma finalidad que en el notario español, evitar que se produzcan errores y dudas y que ninguna de las partes, por inexperiencia o falta de habilidad quede perjudicada<sup>47</sup>.

---

<sup>45</sup> Artículo 1. Bundesnotarordnung (BNotO) de 13 de febrero de 1937.

<sup>46</sup> Ley Federal alemana sobre autenticación, de 28 de agosto de 1969 (Beurkg).

<sup>47</sup> Artículo 7. Ley Federal alemana sobre autenticación, de 28 de agosto de 1969 (Beurkg).

Por último, el documento notarial alemán debe ser redactado por el propio notario, teniendo dicho documento fuerza probatoria. Dichos documentos autorizados y firmados por notarios se presumen auténticos, constituyéndose como prueba plena de los hechos declarados y de la persona que los declara. Es esta autenticación la que otorga la fuerza probatoria. Sin embargo, y a diferencia del documento notarial español, estos no tienen fuerza ejecutoria en sí mismos. Se requiere que el notario, en el documento notarial, incluya una “*cláusula ejecutoria*”<sup>48</sup> que otorgue dicha fuerza, permitiendo la apertura de un procedimiento ordinario de ejecución forzosa.

## **5.2. El Notariado en Francia.**

El notario francés es definido por el artículo 1 de la Ley del 25 de Ventoso del año XI como: “oficial público instituido para recibir todos los actos y contratos a los que las partes deben o quieren dar el carácter de autenticidad atribuido a los documentos de la autoridad pública y aseverar su fecha, conservarlos en depósito y expedir copias ejecutorias y auténticas”<sup>49</sup>. Esta ley a su vez determina a su vez la imparcialidad del notario y su función de consejero, a través de las cuales asegura la moralidad y la seguridad jurídica en el marco de una actividad liberal. De esta definición se desprende la doble función privada y pública del notario francés, siendo uno de los países cuya institución, junto con la italiana, más se asemeja con la española.

A diferencia de la función pública que la Ley Federal alemana otorga a su notario, el notario francés ejerce inseparablemente las funciones públicas y privadas, siendo independiente en las mismas. Para el notario francés, el deber de asesoramiento y consejo constituye el presupuesto de la función notarial, pudiendo actuar como consejero de manera imparcial. Recibe su remuneración de los clientes, si bien los precios están fijados por ley, igual que los aranceles, lo que les hace *gatekeepers* independientes, cumpliendo los requisitos establecidos en el apartado 3.2.

Esta imparcialidad se refuerza mediante la imposición prohibiciones e incompatibilidades. El notario no podrá autorizar aquellos actos o contratos en los que

---

<sup>48</sup> Artículos 794 y 800. Ley sobre Procedimiento Civil alemán (Zivilprozessordnung).

<sup>49</sup> Artículo 1. Ley del 25 de Ventoso del año XI, de 16 de marzo de 1803.

alguna de las partes tenga relación de parentesco. De igual manera, se le imposibilita ejercer ciertas profesiones o cargos públicos, ya que es considerado como un oficial público. Sin estos requisitos se desvirtúa el carácter de imparcialidad que se exige de la función notarial.

En Francia también existe la libertad de selección de notario, característica de una profesión liberal. Adicionalmente, se permite que, en los actos bilaterales, ambas partes puedan elegir el notario al que acudir, haciendo posible que un mismo documento sea recibido por dos notarios (máximo)<sup>50</sup>.

El documento notarial francés es muy similar al alemán y el español. El notario debe explicar la ley y asegurar que se está cumpliendo con la misma. De esta manera el documento goza de autenticidad, otorgando al documento fuerza probatoria y fuerza ejecutoria. Sin embargo, a diferencia del alemán, y en concordancia con el español, el documento notarial francés requiere de una fórmula ejecutoria, que no cláusula, para que las copias tengan carácter ejecutorio inmediato<sup>51</sup>.

### **5.3. El Notariado en Italia.**

Los notarios italianos son: “*oficiales públicos instituidos para recibir documentos entre vivos o de última voluntad, atribuibles la fe pública, conservarlos en depósito, expedir copias, certificados o extractos*” de acuerdo con lo establecido por el artículo 1 de Ley Notarial de Italia<sup>52</sup>. Al igual que el Notario francés, el italiano es un oficial público, que no funcionario, abarcando todo acto inter vivos o de última voluntad. Por lo tanto, este desarrolla una función pública, pero a su vez una privada, asesorando y aconsejando a los particulares, pudiendo incurrir en responsabilidad en caso de provocar daño o perjuicio en el ejercicio de sus funciones. Ambas funciones, pública y de profesional cualificado, deben entenderse como un todo, no pudiendo separar lo público de lo privado.

---

<sup>50</sup> Artículo 60. Règlement national et règlement intercourts du Conseil supérieur du notariat, de 22 de julio de 2014.

<sup>51</sup> Gómez-Martinho Faerna, A., *La función del Notario en la Unión Europea*, Colegios Notariales de España, 1999, pp. 212-213

<sup>52</sup> Artículo 1. Ley Notarial de Italia, 89/1913 de 1913 (disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Banners/MemoriaEncuentro/CONF/AW-DI%20ZENZO.pdf>; última consulta 17/06/2021)

El deber de asesoramiento y consejo del Notario es de averiguar la voluntad de las partes, de ambas para garantizar la imparcialidad, para dirigir la redacción del documento notarial en dichas direcciones. Esta función de aconsejar es esencial dentro del Notariado, ya que de esta manera se pretende dirigir a las personas hacia una situación de seguridad jurídica, si bien las partes tienen libertad para desoír al Notario, salvo que se incumpla la ley.

Como en Francia y España, existe libertad de elección de Notario, siendo este independiente como debido a su cualidad de profesional liberal. Respecto del documento notarial, el Notario es el autor del mismo, debiendo cumplir con las formalidades exigidas por la ley. No obstante, el Derecho italiano no emplea el término de autenticidad para hacer referencia al documento notarial, sino que utiliza la expresión fe pública al hablar de documento público. El documento público tiene tanto fuerza probatoria plena, hasta la querrela de falsedad, como ejecutoria plena, tratándose de un derecho cierto y exigible<sup>53</sup>.

Se puede decir que el Notario inglés, francés y alemán son muy similares incluso iguales al español, pues proceden de la base del notario latino, si bien existen diferencias que tienen que ver con la autonomía que tienen los estados para regular la normativa notarial.

#### **5.4. El Notariado en Portugal.**

Portugal, como se menciona en este mismo apartado, constituye una de las excepciones dentro del cuerpo notarial europeo, ya que la institución notarial provenía del notario latino.

Esa autonomía de legislación mencionada en el apartado 3, llevó a al Estado portugués a funcionalizar la función notarial en 2004, de tal modo que existen profesionales que desarrollan las funciones privadas de asesorar, conformar y redactar documentos, relegando a los notarios tradicionales a dar de dichos documentos<sup>54</sup>, al igual que un

---

<sup>53</sup> Gómez-Martinho Faerna, A., *La función del Notario en la Unión Europea*, Colegios Notariales de España, 1999, pp. 258-264.

<sup>54</sup> Arruñada, B., “Análisis económico del Notariado”, Consejo General del Notariado, Madrid, 1995, p.24 (disponible en <https://www.arrunada.org/files/research/F04.pdf>; última consulta 15/06/2021).

tabelión. De esta manera, se produce una escisión de las funciones públicas y privadas, acabando con esa seguridad jurídica preventiva que garantiza el notario latino. A los notarios, se les dio un periodo de 2 años para que los notarios se adecuaron a sus nuevas funciones<sup>55</sup>. Sin embargo, la limitación de competencias que produjo una disminución considerable de los salarios obtenidos por los notarios, hizo que gran parte de estos se pasarán al sector privado, desempeñando una función privada. Esas funciones de asesoramiento y consejo gratuito, esenciales en las funciones privadas de los notarios dentro de la inescindible función público-privada, desaparecen para ser ejercidas por profesionales o abogados, los cuales cobran por dicho asesoramiento, perdiéndose las características de imparcialidad e independencia.

A esta nueva función notarial se accede por concurso y no por oposición exigiéndose una serie de requisitos. Se puede decir que la función notarial portuguesa ha sufrido una transformación hacia el sistema anglosajón.

### **5.5. El “notario” anglosajón.**

Para comprender el sistema anglosajón es necesario atender a su origen. En el siglo XI, Gran Bretaña es conquistada por los normandos. Los romanos, tras siglos de dominación, habían introducido dos fundamentos del Derecho Romano: la importancia de las decisiones judiciales para crear Derecho, así como el carácter fundamental de las pruebas comunicadas directamente ante el juez, relegando a un segundo plano las documentales. Esto sirvió para que los Tribunales de la Corona formaran el Derecho de la “*Common law*”, un Derecho unificado en el que la forma documental no goza del mismo valor probatorio que las pruebas testificales<sup>56</sup>.

En **Inglaterra** debemos de diferenciar tres profesionales: el *solicitor*, el *commissioner of oaths* y el *public notary*. De estos tres, ninguno desempeña la función notarial entendida

---

<sup>55</sup> López Navarro, J., “El notario portugués. Matrimonio, régimen económico y Derecho sucesorio en Portugal”, *NotariosyRegistradores.com*, 2017 (disponible en <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas/portugal-notariado-matrimonio-regimen-economico-y-derecho-sucesorio/>; última consulta 15/06/2021).

<sup>56</sup> Mezquita del Cacho, J. L., “La función del documento notarial en la prevención de la seguridad jurídica privada”, Colegios Notariales de España, *Libro homenaje a Ildefonso Sánchez Mera*, España, 2002, pp. 2299-2328



como tal en el Derecho codificado, ni los tres a la vez pueden considerarse notarios, ya que hay profesionales que pueden ostentar las tres cualidades. El Derecho anglosajón no conoce el documento auténtico, lo que hace del *public notary* una especie de testigo cualificado, pero no auténtico, debido a la falta de atribución de fe pública a esa figura.

El *solicitor* desempeña una labor de documentación, si bien es a su vez jurista, siendo esta función atribuida por Ley. Esta función, no se puede equiparar a la función de consejero privado, acercándose más a la del *tabellius* romano, el cual documentaba sin fe pública o escribano. No obstante, el Consejo Permanente de la Unión admitió a *The Law Society of England*, encargados de los *solicitors*, como miembro correspondiente y no como miembro de Derecho, dentro de la Sección del Mercado Común en 1973. Esto se debió a que, si bien realizan una función documentadora similar a la del notario descrito en este trabajo, no cumplía con sus características<sup>57</sup>. El *public notary* es la figura más alejada del notario latino, cuya actuación se limita al comercio exterior.

Existe otra figura adicional que es la de los *Scriveners Notaries*<sup>58</sup>, los cuales solo pueden ser encontrados en el distrito financiero de Londres. Su función principal es la de redactar documentos que surtan efectos en el exterior, de acuerdo con el Derecho extranjero de que se trate. No obstante, esta documentación resulta de enorme dificultad, ya que son nativos ingleses incapaces de traducir a la perfección a la lengua de destino, necesitando de traductores especializados para la traducción. Esta figura, más que un “Notario” inglés, es considerado como un Notario extranjero en Londres, ya que utilizan las formulas e idioma extranjero, produciendo efectos en los países extranjeros de Derecho Notarial y no en Inglaterra. Su similitud al notario latino es tal que dicha asociación de Londres es miembro de la Unión Internacional del Notariado Latino<sup>59</sup>. Los *Scriveners* son capaces de reconciliar las diferencias entre el derecho consuetudinario y el derecho civil y crear

---

<sup>57</sup> Rodríguez Adrados, A., *Sobre las consecuencias de una funcionarización de los notarios*, Guadalajara, 1999, p. 91.

<sup>58</sup> Rodríguez Adrados, A., *Sobre las consecuencias de una funcionarización de los notarios*, Guadalajara, 1999, p. 91.

<sup>59</sup> Mezquita del Cacho, J. L., “La función del documento notarial en la prevención de la seguridad jurídica privada”, Colegios Notariales de España, *Libro homenaje a Ildefonso Sánchez Mera*, España, 2002, pp. 2299-2328.

puentes entre ambos, teniendo los documentos autorizados por los mismos fuerza probatoria ante los Tribunales<sup>60</sup>.

En **Estados Unidos**, el nivel notarial es inferior al de Inglaterra. El “*notary public*”<sup>61</sup> americano realiza la única función de dar fe legitimando firmas, debiendo ser una persona sin antecedentes policiales o judiciales, dado que tiene que gozar de un cierto prestigio social en su comunidad. Se trata de un funcionario público que autentifica firmas y toma declaraciones y juramentos en documento privado, lo cual no asegura la validez y eficacia de estos actos. Únicamente garantiza la identidad de las personas que han intervenido en el acto. Esta ausencia total de figura notarial ha hecho que, para determinados negocios jurídicos, como por ejemplo en la compraventa de inmuebles, que se acuda al abogado u otras figuras profesionales para la redacción de los contratos. Esta ausencia implica una doble problemática: en primer lugar, la falta de seguridad jurídica en dichos actos y; en segundo lugar, los altos costes que suponen para las partes estos actos, pues no están sujetos a aranceles como en los países europeos. Al no haber seguridad jurídica preventiva, la apertura de procedimientos judiciales es constante, sustentando a los abogados, los cuales únicamente buscan su prestigio y salario, y a las compañías de seguros.

Para suplir esa falta de figura notarial, se introduce lo que se conoce como seguro de títulos de propiedad respecto de los contratos de compraventa inmobiliaria. Este seguro, a diferencia del resto de contratos del mismo tipo, cubre contra riesgos asociados a hechos ya acaecidos, pero desconocidos en el momento, y que se descubren o no en el futuro<sup>62</sup>. De esta manera, al no existir una certeza sobre el título del vendedor, ya que no hay escritura pública ni Registro de la Propiedad que acredite que el vendedor es el titular del inmueble, el comprador, mediante un seguro de títulos, asegura económicamente el título que se le traspa en el caso de evicción. Este seguro se trata de una indemnización

---

<sup>60</sup> Kennair, W., “Notarios ‘Scriveners’ en Inglaterra”, *El Notario del siglo XXI*, n. 15, 2007 (disponible en <https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-15/2272-notarios-scriveners-en-ingles-0-9211648748453379>; última consulta 16/06/2021).

<sup>61</sup> Márquez González, J. A., “¿Qué es lo que hace un ‘notary public’?”, *El Notario del siglo XXI*, n. 71, 2017 (disponible en <https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-71/7317-que-es-lo-que-hace-un-notary-public>; última consulta 17/06/2021).

<sup>62</sup> Arruñada, B., “El seguro de los títulos de propiedad”, *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, vol. 80, n. 681, 2004, pp. 53-141.

económica en caso de pérdida de la titularidad por el valor del precio pagado, pero este seguro no genera seguridad jurídica, sino seguridad económica *a posteriori*.

## 6. CONCLUSIÓN

La seguridad jurídica preventiva es un bien en sí mismo y, por tanto, digna de protección y desarrollo por el Estado.

Las sociedades necesitan de la seguridad jurídica preventiva para su organización y desarrollo, ya que sin esta no es posible la inversión y el crecimiento económico. Hernando de Soto ya apunta como una de las causas que en los países en vías de desarrollo dificulta su evolución la falta de seguridad jurídica preventiva<sup>63</sup>.

En estos países en vías de desarrollo sin seguridad jurídica preventiva no existen títulos, la gente no tiene escrituras con las que poder acreditar ser los dueños de sus casas y sus tierras. Tampoco pueden acreditar ser los titulares de sus negocios (sociedades) o los apoderados de los mismos. En definitiva, no pueden probar la realidad jurídica. Serán dueños de sus tierras, de sus casas, de sus negocios, pero si no lo pueden acreditar para el tráfico jurídico, mercantil y económico, es como si no lo fueran.

En la sociedad moderna en la que nos encontramos, es necesario que fluya el dinero para que haya inversiones. El dinero fluye a través de los bancos que son los que canalizan los préstamos y créditos, tanto a sociedades como a particulares, para que puedan invertirlo en sus proyectos. Los bancos no pueden dar préstamos a los particulares si estos no pueden acreditar que son dueños de sus casas y tierras, es decir, no pueden aportar garantías al banco, y por tanto no habrá crédito.

Hay que tener en cuenta, además, que la documentación notarial no solo se refiere a escrituras en las que se hace constar la titularidad de bienes atribuyendo la propiedad de los mismos, sino que también interviene para dar seguridad jurídica, en las llamadas pólizas del tráfico bancario, donde se recogen los préstamos y créditos no hipotecarios a sociedades y particulares.

Por lo tanto, hay un doble elemento de seguridad. Por un lado nos encontramos con las escrituras de propiedad de casas y tierras, con las que poder acreditar la titularidad sobre

---

<sup>63</sup> De Soto, H., “Valor económico de la propiedad formal”, *Consejo General del Notariado*, Madrid, 2004.

un patrimonio, que servirá de garantía a los bancos, y por otro, las propias operaciones bancarias de préstamo o crédito son articuladas mediante documentos intervenidos por el Notario para dar seguridad de que el préstamo se ha concedido, que el prestatario lo recibe, entiende el alcance del mismo y sus consecuencias, todo esto gracias a la labor de información y asesoramiento imparcial del Notario a los particulares. Toda esta seguridad da la posibilidad de que en caso de impago tenga un título probatorio y ejecutivo para aportar al correspondiente procedimiento, lo que le permite la concesión generalizada de préstamos y créditos.

Es esencial poder acreditar con seguridad quienes son los titulares de los bienes, ya sean inmuebles o negocios. Pero, surge la cuestión de si esa seguridad o certeza de titularidad se puede garantizar a través del Registro de la Propiedad o del catastro en otros países.

El Registro de la Propiedad o en su caso el catastro, ya que ambas son instituciones donde se hace constar los datos de los inmuebles, podrían certificar las titularidades y características del inmueble, pero surge la duda de la seguridad de esas certificaciones. La respuesta a esta pregunta depende de cómo dichas oficinas han llegado a tener esas certezas, es decir, de qué documentación se han nutrido para practicar sus correspondientes inscripciones o anotaciones. Es decir, si estos registros de carácter inmobiliario se nutren de documentos privados sin los requisitos de seguridad de la escritura en la que el Notario da fe pública de identidad y de capacidad de las partes, donde el mismo ha adecuado la voluntad de las partes al negocio que realmente quieren, sin todos estos requisitos de la seguridad jurídica preventiva a través de la fe pública notarial, dichos registros comenzarán a incorporar información y datos que en muchos casos serán erróneos, no ajustados a la realidad, por lo tanto, lo que daría lugar a que las certificaciones de dichos registros no aporten seguridad, ya que los datos de los mismos, al provenir de documentación no segura, tampoco serán seguros, con lo cual volveríamos al principio, a una situación de falta de seguridad jurídica, que es lo que se pretende evitar.

Si no hay seguridad jurídica, no hay seguridad económica, por lo que no habrá inversión y no fluirá el dinero. Para asegurarlo, en otro caso, tendríamos que recurrir a procedimientos externos y *a posteriori*, seguro de títulos, como en Estados Unidos, dando lugar a una litigiosidad excesiva. Además, este sistema es mucho más defectuoso, al no dar seguridad jurídica, dando en su caso seguridad económica de indemnización del bien

que se pierde por evicción o por otra causa. Pero es que, además, este último sistema es mucho más caro, ya que, para hacer los seguros, las compañías aseguradoras realizan una serie de investigaciones, *due diligence*, que requieren la intervención de otros operadores como agentes inmobiliarios, abogados, etc., que va encareciendo el producto, gastos que se repercuten al cliente. Ni aun así las compañías de seguros tienen certeza de las titularidades, por lo que en sus pólizas excluyen ciertas indemnizaciones si se producen determinados imprevistos que no cubrirían con el seguro, dando lugar a una indefensión del asegurado en esos casos. Por otro lado, la póliza de seguro es cara en sí misma, porque cuanto más inseguro es el objeto del contrato de seguro, mayor es la prima del mismo.

Dicho todo esto, los Registros o catastro de inmueble podían certificar y dar seguridad en la medida en que sus datos precedan de documentación segura, dotada de todos los requisitos de la fe pública notarial para que puedan cumplir sus objetivos.

Como se explica a lo largo del trabajo, la seguridad jurídico preventiva es necesaria para el desarrollo económico y por tanto el progreso de los países. Esta seguridad jurídico preventiva es una atribución del Estado y debe proveerla a sus ciudadanos, al igual que la Justicia, la Sanidad, y otras. Ahora bien, el Estado, puede ejercer la seguridad jurídico preventiva de diversas formas. Se puede ejercer directamente por el Estado a través de sus funcionarios, la puede liberalizar y ejercerla a través de particulares que simplemente pagan una licencia para ejercerla, o la puede ejercer a través de unos funcionarios especiales que, a su vez, e inescindiblemente, son profesionales del Derecho, que es una especie de tercera vía, la del Notariado latino de la mayor parte de los países de Europa continental.

Dado que la seguridad jurídico preventiva es necesaria e imprescindible, se debe establecer cuál es la mejor manera de ejercerla.

La funcionarización plena de la misma es el sistema que adoptaron los países de influencia soviética. En aquel contexto la adopción de este sistema era lógico, ya que todo estaba estatalizado, también la fe pública. Por otra parte, tampoco había posibilidad de negocio entre particulares para generar riqueza, no había propiedad privada ni sociedades o empresas privadas, siendo estas del Estado. El Estado en sí mismo era el que daba seguridad a toda la economía del país, el Estado lo era todo y, por tanto, no necesitaba

proveerse de un sistema para dar seguridad jurídica, ya que la propiedad, los negocios y la economía dependían totalmente del Estado.

La adopción por parte de esos países de un sistema funcionarizado de la seguridad jurídica era razonable, pero en países con una economía libre de mercado no resulta ser el sistema más adecuado, ya que la funcionarización absoluta, dejando todo en manos del Estado, da lugar a importantes disfunciones económicas, como se vio con la posterior apertura económica de dichos países. Estos, una vez liberalizadas sus economías, optaron en su mayor parte por el sistema de notariado latino, pidiendo incluso su ingreso Unión del Notariado Latino.

La absoluta liberalización de la fe pública, como la conocemos en la Europa continental, llevaría en la práctica a la falta de la misma, como pasa en los países anglosajones y en especial en Estados Unidos. Como se menciona en el apartado 5.5, el Reino Unido ha tenido que habilitar para la *city* de Londres (distrito financiero de Londres) un notariado, los *Scriveners*, aunque solo sea para los documentos que tienen que hacer fe pública fuera del Reino Unido, semejante al notariado latino. De hecho, se ha admitido la incorporación de este grupo de notarios en la Unión del Notariado Latino.

En Estados Unidos, el particular paga una licencia para ejercer de “*notary public*”, pero realmente es un mero legitimador de firmas en documentos redactados por despachos de abogados o incluso agentes de la propiedad inmobiliaria en caso de ventas de inmuebles, por lo que realmente no existe la seguridad jurídica preventiva. Todo lo fían a los Tribunales y a los seguros de títulos, pero esto, en todo caso, sería seguridad jurídica *a posteriori* que es la que da los Tribunales, con la consiguiente judicialización que se produce por este sistema, encareciéndose la pretendida seguridad jurídica.

El sistema de seguridad jurídica preventiva, que garantiza el notariado latino, vigente en la mayor parte de Europa continental, y por supuesto en España, parece ser el más adecuado para cumplir la función que se le encomienda, así como el más económico para los particulares y para el propio Estado, puesto que la oficina del Notario la financia el Notario titular de la misma a coste cero para el Estado.

Al tratarse de un sistema mixto e inescindible, funcionario – profesional del Derecho, se potencian todas las posibilidades de la seguridad jurídico preventiva, tanto a favor de los particulares, como a favor de la sociedad y la economía en general.

Por un lado, al ser funcionario, el acceso a dicho cargo, depende de unas oposiciones convocadas por el Estado (Ministerio de Justicia), donde el candidato ha de acreditar, unos profundos conocimientos de las materias de Derecho Privado, necesarios para luego el ejercicio, en el que el Notario, como profesional del Derecho, deberá recibir la voluntad de las partes, conformarla y adecuarla a las normas positivas, para que produzcan los efectos deseados por las partes. Esto se traduce en la escritura, documento público elaborado por el Notario, que una vez autorizada por el mismo, da fe del contenido de la misma.

El Estado, por tanto, tiene un control previo de quien accede a dicho cuerpo, pero luego, sigue teniendo control sobre los miembros del mismo a través del Ministerio de Justicia y la posibilidad de responsabilidades disciplinarias de los mismos, sin perjuicio de las posibles responsabilidades civiles a dilucidar estar por los Tribunales.

Además, el Estado también organiza la distribución territorial del Notariado, a través de la demarcación, establece el número de Notario de toda España y su distribución por los diferentes pueblos y localidades, así como cuantos puede haber por localidad. Este control administrativo, necesario para la organización del Notariado, no impide ni perturba la absoluta independencia de los notarios en su ejercicio profesional.

Creemos por tanto que el sistema de notariado latino es el más adecuado para la prestación de la seguridad jurídica preventiva, de la forma más eficaz posible, tanto para los particulares como para la sociedad a la que sirve, quedando evidenciado en la calificación que historiadores de la economía hacen de dicha seguridad jurídica preventiva que es el Notario como “el milagro europeo”<sup>64</sup>.

---

<sup>64</sup> Tena Arregui, R., “El valor del documento notarial”, Consejo General del Notariado, Madrid, 2003.



## 7. BIBLIOGRAFÍA

### LEGISLACIÓN

1. Código de Notario federal de 13 de febrero de 1937 (Bundesnotarordnung – BnotO)
2. Constitución Española (BOE 29 de diciembre de 1978)
3. Legislación Notarial, Academia Matritense del Notariado
4. Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE de 03 de julio de 2015)
5. Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario (BOE de 16 de marzo de 2019)
6. Ley del 25 de Ventoso del año XI, de 16 de marzo de 1803
7. Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862 (Gaceta de Madrid de 29 de mayo de 1862)
8. Ley Federal alemana sobre autenticación, de 28 de agosto de 1969 (Beurkg)
9. Ley Notarial de Italia, 89/1913 de 1913
10. Ley sobre procedimiento civil alemán (Zivilprozessordnung)
11. Normativa notarial nacional, de 22 de julio de 2014 (Règlement national et règlement intercourts du Conseil supérieur du notariat)

### OBRAS DOCTRINALES

1. “El documento notarial. Su valor añadido y el valor económico de la seguridad jurídica”, *El notario del siglo XXI*, n. 10, 2006 (disponible en <https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-10?id=2674:rodrigo-tena-el-documento-notarial-su-valor-anadido-y-el-valor-economico-de-la-seguridad-juridica-0-5169860352920238>; última consulta 16/06/2021)
2. Amat Alcaraz, E., “Las dos caras del Notario: funcionario y autónomo”, *Notarios en Red*, 2016 (disponible en <https://www.notariosenred.com/2016/10/las-dos-caras-del-notario-funcionario-y-autonomo/>; última consulta 15/06/2021).
3. Arruñada, B., “Análisis económico del Notariado”, Consejo General del Notariado, Madrid, 1995, p.24 (disponible en <https://www.arrunada.org/files/research/F04.pdf>; última consulta 15/06/2021).
4. Arruñada, B., “El seguro de los títulos de propiedad”, *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, vol. 80, n. 681, 2004, pp. 53-141.

5. Belloch Julbe, J. F., “Sistema público extrajudicial de seguridad jurídica preventiva”, *El Notario del siglo XXI*, n. 5, 2006 (disponible en <https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-5/3123-sistema-publico-extrajudicial-de-seguridad-juridica-preventiva-0-10549709955742313>; última consulta 17/06/2021)
6. Bernabé, R., “Arancel notarial e imparcialidad”, *El notario del siglo XXI*, n. 45, 2021 (disponible en <https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-45/338-arancel-notarial-e-imparcialidad-1-0-44635384943927997>; última consulta 15/06/2021).
7. Bolás Alfonso, J., “Un espacio europeo de seguridad jurídica: un valor para la familia y para el ciudadano, una oportunidad para la empresa”, Consejo General del Notariado, 2008, pp. 24-38.
8. Castro-Girona Martínez, A., “Proyecto de ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”, *El Notario del siglo XXI*, n. 97, 2021 (disponible en <https://www.elnotario.es/index.php/opinion/opinion/10763-proyecto-de-ley-por-el-que-se-reforma-la-legislacion-civil-y-procesal-para-el-apoyo-a-las-personas-con-discapacidad-en-el-ejercicio-de-su-capacidad-juridica>; última consulta 17/06/2021).
9. De Soto, H., “Valor económico de la propiedad formal”, *Consejo General del Notariado*, 2004.
10. Díez-Picazo, L., y Gullón, A., “Sistema de Derecho Civil”, vol. II, tecnos, Madrid, 2018, pp. 249-276.
11. Editorial. ¿Existe la función notarial europea?, *El notario del siglo XXI*, n. 97, 2021 (disponible en <https://www.elnotario.es/editorial/7984-existe-una-funcion-notarial-europea> ; última consulta 15/06/2021).
12. Gómez-Martinho Faerna, A., *La función del Notario en la Unión Europea*, Colegios Notariales de España, 1999, pp. 21-264.
13. Kennair, W., “Notarios ‘Scriveners’ en Inglaterra”, *El Notario del siglo XXI*, n. 15, 2007 (disponible en <https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-15/2272-notarios-scriveners-en-ingles-0-9211648748453379>; última consulta 16/06/2021).
14. López Navarro, J., “El notario portugués. Matrimonio, régimen económico y Derecho sucesorio en Portugal”, *NotariosyRegistradores.com*, 2017 (disponible en <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas/portugal-notariado-matrimonio-regimen-economico-y-derecho-sucesorio/>; última consulta 15/06/2021).

15. Márquez González, J. A., “¿Qué es lo que hace un ‘notary public’”, *El Notario del siglo XXI*, n. 71, 2017 (disponible en <https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-71/7317-que-es-lo-que-hace-un-notary-public>; última consulta 17/06/2021).
16. Mezquita del Cacho, J. L., “La función del documento notarial en la prevención de la seguridad jurídico privada”, Colegios Notariales de España, *Libro homenaje a Ildefonso Sánchez Mera*, España, 2002, pp. 2299-2328.
17. Núñez Palomino, G., “La responsabilidad civil del Notario”, *El Notariado del siglo XXI*, n.28, 2009 (disponible en <https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-28/1384-la-responsabilidad-civil-del-notario-0-3733512194579013>; última consulta 15/06/2021)
18. Olaizola, F., “Competencia entre notarios y contratación en masa: una necesaria regeneración”, *El notario del siglo XXI*, n. 46, 2012 (disponible en <https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-46/256-competencia-ente-notarios-y-contratacion-en-masa-una-necesaria-regeneracion-0-32398939535393323>; última consulta 16/06/2021).
19. Paz-Ares, C., “El sistema notarial. Una aproximación económica”, Consejo General del Notariado, 1995.
20. Pérez de Madrid Carreras, V., “Presente y futuro del Notariado”, *El Notario del siglo XXI*, n. 57, 2014 (disponible en <https://www.elnotario.es/index.php/seccion-corporativa/3831-presente-y-futuro-del-notariado>; última consulta 16/06/2021).
21. Resolución del Parlamento Europeo de 18 de enero de 1994, n. 0422/93, sobre el estado y la organización de la profesión de notario en los Estados miembros de la Comunidad.
22. Rodríguez Adrados, A., “El principio de libre elección”, *El notario del siglo XXI*, n. 18, 2008 (disponible en <https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-18/2074-el-principio-de-libre-eleccion-0-9360306746661948>; última consulta 15/06/2021).
23. Rodríguez Adrados, A., “La inescindibilidad de funciones”, *Escritos Jurídicos*, vol. 2, Colegios Notariales de España, Madrid, España, 1996, pp. 319-321.
24. Rodríguez Adrados, A., *Sobre las consecuencias de una funcionarización de los notarios*, Guadalajara, 1999, p. 91.
25. Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M., “La fe pública como valor constitucional”, *La fe pública*, Colegios Notariales de España, Madrid, 1994, pp. 17-30.
26. Ruiz-Gallardón López-Monís, R., “La responsabilidad profesional del Notario en su ejercicio profesional”, 2017.

27. Schwachtgen, A., “¿Hacia una fe pública universal ejercida por una profesión única en su género?”, *La fe pública*, Colegios Notariales de España, Madrid, 1994, pp. 31-57.
28. Segura Zurbano, M. A., “La expansión del Notariado latino en el mundo”, *El Notario del siglo XXI*, n. 15, 2007 (disponible en <https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-15/2257-la-expansion-del-notariado-latino-en-el-mundo-0-9794684564503547>; última consulta 16/06/2021).
29. Tamames Gómez, R. *Introducción a la Constitución Española*, Alianza Edit., Madrid, 1980.
30. Tena Arregui, R., “El valor del documento notarial”, Consejo General del Notariado, Madrid, 2003.
31. Tena Arregui, R., “La función notarial desde el análisis económico del Derecho”, *Revista Jurídica del Notariado*, n. 110, 2020, p. 99-112.
32. Tena Arregui, R., “La doble vertiente obstaculizadora y reputacional del control de legalidad notarial”, *Revista jurídica del Notariado*, n. 12, 2012.
33. Ugartemendia Eceizabarrena, J. I., El concepto y alcance de la seguridad jurídica en el Derecho constitucional español y en el Derecho comunitario europeo: un estudio comparado, *Cuadernos de Derecho Público*, n. 28, 2006 (disponible en <http://repositori.uji.es/xmlui/bitstream/handle/10234/159925/783-1016-1-PB.pdf;jsessionid=D23870A252056FFBEC371586F88CCC27?sequence=1>; última consulta 17/06/2021).
34. Von Ihering, R., *El espíritu del Derecho Romano en las diversas fases de su desarrollo*, trad. E. Píncipe y Satorres, Comares, Granada, 2011.