

**(CONFERENCIA)**

**ESTRUCTURA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL  
DE LOS NOTARIOS**

JOSÉ MARÍA PIÑAR GUTIÉRREZ  
*Torrejón de Ardoz - Madrid*

---



## I.- INTRODUCCIÓN

### 1.- Evocación de Burgos.

Permítanme ustedes, a modo de agradecimiento por esta oportunidad de hablarles, y a guisa de propia presentación, evocar un recuerdo de la memoria en relación a mi primer contacto con Burgos, la “Caput Castelae”.

Guardo claramente en mi recuerdo una tarde de junio de 1972, siendo alférez de la milicia universitaria con destino en San Marcial, pasar por delante del colegio notarial, ver su puerta y su rótulo y seguir adelante con cierta indiferencia. Era hijo de notario, amigo de su decano, quien por relación con mi padre se había hecho Notario además de Registrador y por entonces destinado en esta capital. Pero andaba yo por aquél tiempo dedicado a las más profundas y puras esencias metafísicas y lejos de la realidad concreta del derecho, al que tan apegada se realiza la labor del notario y, heme aquí, al cabo de casi treinta años, que entro por aquella desdeñada puerta, con más de veinte años de experiencia como notario, y nada menos que para hablar de responsabilidad civil de mi profesión, tema que no por mucha actualidad que desgraciadamente tiene, no por ello deja de ser enojoso, árido y creo que confusamente tratado por la doctrina y no rectamente aplicada por la justicia.

De aquí que he pasado de un primer encuentro con Burgos, anclado en el espíritu, en las ideas sobre el origen y el destino del ser humano, sobre la historia legendaria de España y el honor de la milicia, a éste asunto puntual y concreto, que nos centra esta tarde, sobre cuándo, cómo y en cuánto debe responder el notario en el ejercicio de su profesión.

El giro copernicano que se produce en la mente, disculpa la licencia que me he tomado, de romper el hielo del primer momento de mi intervención, con esta evocación personal, pero que, a fin de cuentas, me va a servir para sistematizar y estructurar el tema que me ocupa.

Desde entonces, siempre me he sentido unido a Burgos, donde dejé amigos entrañables que perduran, recuerdos innumerables y vínculos definitivos con sus milenarias piedras.

### 2.- Planteamiento clásico del tema.

Tradicionalmente la responsabilidad civil de los notarios se ha tratado dentro de la responsabilidad civil de los profesionales y como sea que la mayor jurisprudencia sobre el tema se centra en el mundo de la medicina, se le aplican de forma natural los mismos principios y semejantes reglas para regularla, exigirla y ejecutarla. Como mucho, se la circunscribe en el ámbito de los profesionales del derecho, pero aún así, como veremos, las consecuencias de esta forma de proceder no son satisfactorias.

La figura del notario es totalmente peculiar. Su actuación, en cuanto tal notario, está perfectamente regulada, por el reglamento notarial y en consecuencia, dentro de esta regulación y conforme a ella, debe establecerse el régimen jurídico de su responsabilidad civil.

Es cierto, que por ser también un profesional, muchos de los principios de su actuación, se aplicarán a los notarios, pero con las adaptaciones oportunas a su peculiar naturaleza y régimen reglado de proceder. Y ello no siempre para rebajar su responsabilidad, sino, a veces, para agravarla.

Por esta razón, voy a intentar construir la doctrina sobre la responsabilidad civil de los notarios, de un modo totalmente diverso al clásico, que la consideraba como un caso concreto de la responsabilidad civil de los profesionales.

### **3.- Intento de un nuevo planteamiento.**

El punto de arranque debe ser el estudio de la naturaleza del notario, cuál es su función pública, reglada y sujeta a límites; su carácter, a la vez, simultáneo o yuxtapuesto de profesional; su forma de actuar y su ámbito de actuación, para que de este modo, quede claramente establecido su ámbito, modo, régimen y reglas de responsabilidad.

Porque si no se procede de este modo, cualquier mínima desviación en la configuración jurídica de lo que es el notariado latino y en concreto en derecho español, se está abocado a decretar las más aberrantes consecuencias cuando llega a delimitar la responsabilidad civil.

Creo que esto es absolutamente necesario si queremos acertar en el diagnóstico de la responsabilidad del notario, para que no se eluda cuando corresponda y para que no se extralimite cuando la actuación del notario, equivocada o errónea o incluso correcta, es traída por los pelos para buscar un chivo más que expiatorio, pagano.

### **4.- Bosquejo de la estructura de la responsabilidad civil del notario.**

Esta es la razón del título que he elegido para la conferencia de esta noche. Es preciso conocer la estructura del quehacer notarial íntegramente, ya que es compleja, para deducir lógica y sistemáticamente su responsabilidad civil.

## **II.-PARTE FUNDAMENTAL**

### **5.- Naturaleza del Notario y responsabilidad.**

Nuestro derecho positivo no regula de forma global la responsabilidad civil del notario. Se encuentran un par de artículos en las reglas de los testamentos abiertos y cerrados; en el artículo 2 de la ley del notariado; en el 1 del Reglamento y en el 22 de la Ley Hipotecaria. De este modo se hace precisa su reconstrucción a partir del examen cuidadoso de su naturaleza.

Es curioso que ha sido la Dirección General de los Registros y del Notariado la que, tal vez sin quererlo y ante la enorme cantidad de recursos que ha tenido que resolver sobre quejas por actuaciones de los notarios, la que a lo largo del año 2000

y en una reciente Resolución del 2001, se ha visto obligada a perfilar la naturaleza del Notario. Su examen nos va a venir de maravilla para llegar a saber la naturaleza del notario.

Tengo la impresión que esto está sucediendo así por la enorme presión que sufre actualmente nuestra concepción del derecho privado por parte de las concepciones anglosajonas que nos llegan de todas partes, desde el cine hasta de juristas educados en ámbitos foráneos. La defensa de nuestra concepción, ante reclamaciones extrañas, ha obligado a la Dirección General a redefinir el concepto de notario.

La naturaleza concreta del notario español viene así descrita por la Dirección General con las siguientes palabras en la Resolución de 18 de diciembre de 2000.

“Dentro de la actividad que el Notario presta al que solicita sus servicios, se hace necesario distinguir entre: a) las actividades de asesoramiento previo, en las que el Notario asesora, y en algunos casos puede llegar hasta aconsejar, sobre los medios legales más adecuados para el negocio jurídico que se le somete surta efectos; b) las actividades de redacción y dación de fe de la escritura pública, y c) la posible gestión o tramitación del documento, para que mediante el desenvolvimiento de los trámites posteriores al otorgamiento del documento notarial, pueda éste surtir sus plenos efectos en todas las esferas registrales y administrativas”.

Y sigue la Resolución: “Todas estas actividades encajan, según los casos, dentro de la doble faceta en que queda configurada la figura del Notario, es decir, funcionario público y profesional del Derecho. Este doble carácter que tiene evidentes ventajas en la configuración de la compleja función notarial, implica precisar la normativa aplicable a su actuación en cada caso. Evidentemente, es posible la distinción conceptual de esta doble faceta. Tanto da, en cierto modo, decir que el Notario es un Profesional del Derecho, dotado de funciones públicas como que es un funcionario que se rige en su actuación por criterios profesionales”.

Y la doctrina intenta equilibrar o desequilibrar, a veces no limpiamente por espúreos intereses mercantilistas, esta doble naturaleza e incluso se ha atrevido a indagar si el notario es ambas cosas por yuxtaposición de funciones o la síntesis es tal, que de ella surge un nuevo ser, ni funcionario ni profesional, sino notario. Sea de esta simbiosis lo que fuere, lo que es cierto es que el notario, aún en sus funciones más alejadas de su carácter de funcionario, nunca deja de ser un consejero de todas las partes intervinientes, dotado de la máxima objetividad y coordinador de todos los intereses en juego. De ahí que la prohibición de ser árbitro, todavía vigente en España, resulte aberrante.

Pero completemos la doctrina de la Dirección General con la importante Instrucción de 5 de junio de 2000, que en el mismo sentido de la presión extranjera, ha tenido que recordar el modo de actuar del notariado español.

Y es que, ante previas amenazas a los notarios, vía cartas, vía fax, que no persiguen otra cosa que preconstituir las condiciones de su responsabilidad, en caso de que el resultado de la posterior documentación notarial no sea la deseada por la parte que representan, ha salido esta Instrucción al paso de todo ello, recordando claramente la naturaleza de nuestro sistema de seguridad jurídica preventiva así como la forma de proceder de los notarios, al margen de este tipo de cosas que en realidad no son sino coacciones.

En su parte expositiva esta Instrucción dice que ha tenido conocimiento de escritos y faxes dirigidos a los notarios —a veces por juzgados e incluso por notas distribuidas por los propios colegios notariales añado yo— para que se abstengan de autorizar documentos por entender que los transmitentes carecen de titularidad material o ponen en entredicho la legalidad de los acuerdos de los que deriva la legitimación de los otorgantes. Alarmada por las “graves consecuencias que dichas actuaciones puedan producir en el normal funcionamiento del tráfico jurídico, por la inseguridad jurídica que implican, al formularse de manera unilateral, basadas en manifestaciones privadas, esta Dirección General cree conveniente que en una Instrucción se determinen con claridad las pautas a las que debe sujetarse la actuación notarial en casos como los expuestos”.

Parecería hasta ahora que la Dirección se entromete en la libre actuación del notario, que como veremos a lo largo de la exposición, que trabaja bajo su directa y exclusiva responsabilidad, sin embargo, lo que viene a continuación de la Instrucción no es más que la escueta exposición de nuestro sistema jurídico, basado en una fortísima presunción de veracidad y legalidad de la documentación pública que en todo caso debe exhibir el transmitente y en su caso tener inscrita en los Registros Públicos correspondientes y que no voy a exponer aquí, aunque lo hace de modo sintético y claro la Instrucción, que sólo puede ser desvirtuada por los Tribunales Ordinarios, a los que, en estos casos se ha de acudir para pedir las medias provisionales que establece la ley ante situaciones que alguien considere irregulares, como son las anotaciones preventivas de demanda.

Termina la Instrucción con tres aclaraciones sobre la forma de actuar los notarios:

“Primera: Que no es competencia del Notario tomar decisiones que puedan entrañar medidas cautelares asegurativas de la eficacia de Resoluciones Judiciales futuras.

Segunda: El Notario cumple su función profesional redactando los Instrumentos Públicos, conforme a los títulos exhibidos y, en su caso, al contenido de los Registros de la Propiedad y Mercantiles sin tomar en consideración manifestaciones privadas en contrario, debiendo acudir, quien no estuviera conforme con lo que resulta del título exhibido o del contenido de los asientos registrales, a los Procesos Judiciales correspondientes y solicitar la adopción de las medidas cautelares que estime oportunas.

Tercera.- Cuestión distinta sería que lo comunicado al Notario tenga que ver con supuestas falsificaciones que afectan al título ... supuestos en los cuales el Notario adoptará las medidas preventivas que estime más convenientes para asegurarse de la autenticidad de los títulos públicos exhibidos, debiendo en los casos en que compruebe la existencia de indicios racionales de la falsificación denunciada, ponerlo en conocimiento de los órganos y autoridades que determina el artículo 262 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”.

Las dos primeras sirven para reafirmar la concepción de la responsabilidad del Notario en cuanto actúa como funcionario, en régimen de profesional pero sometido a un estatuto, en que sólo responderá por la omisión de su obligación y no por lo que hubiese sido normal hacer ante el caso concreto, que es la regla para los profesiona-

les liberales y por tanto también para el notario cuando actúa como tal y en libre competencia con otros profesionales, no sólo del derecho.

La tercera, como sea que los casos de falsificaciones de documentación han empezado a circular por medio de bandas bien organizadas, el Notariado ha tomado medias como la utilización de papel timbrado de uso exclusivo para documentos notariales, como la ilustración a los notarios sobre el modo de detectar documentos de identidad y tarjetas de residencia falsos y como el sello de seguridad que bajo la rúbrica del notario aparece siempre con su firma en los más recientes documentos.

El notario, por tanto, en cuanto tal notario ejerce una función pública por delegación del Estado, cual es la dación de fe en el ámbito extrajudicial, para los contratos, las actas y los testimonios. Pero esta delegación no lo es sino bajo un régimen estatutario de obligado cumplimiento que es el régimen recogido por el reglamento notarial. A esta función esencial va aparejada, de manera indisoluble o “inescindible”, la labor de asesoramiento a las partes que requieren su actuación, la de redacción de los documentos, en la que el notario no es completamente autónomo, pues el reglamento le impone la obligación de aceptar la redacción que le impongan las partes, si bien consignará si ha sido redactado según minuta y, si le constare, la parte de quien procede ésta y si la misma obedece a condiciones generales de su contratación, sin merma de su responsabilidad en este punto y el control de la legalidad, hoy sorprendentemente sometido a discusión por un sector de la doctrina registral.

Pero es que a la vez, el notario puede ejercer otras actividades, entremezcladas con las anteriores, en las que actúa en igualdad de condiciones que los demás profesionales, especialmente los abogados. Así con motivo de la autorización de una escritura de constitución de sociedad, si ha elaborado los estatutos, como sea que puede cobrarlos independientemente del arancel notarial, su responsabilidad seguirá los derroteros generales de la pericia adecuada al caso.

Además, el notario puede en competencia con otros profesionales y aquí ya no sólo con los abogados, gestionar los documentos que ha autorizado o está en relación con los que autoriza.

Finalmente, el ejercicio profesional de notario se realiza en régimen de empresa, lo que abre otro frente de responsabilidad, no sólo laboral, sino también subsidiaria en relación a sus empleados, especialmente por la salvaguardia de las provisiones de fondos para la gestión de documentos y por los accidentes que sus clientes puedan sufrir en sus dependencias donde también rige la responsabilidad civil.

Todo esto nos abre un amplio abanico de responsabilidad, aunque sólo me ocuparé de los aspectos más específicos.

Pero también una delimitación de la configuración jurídica de ella. Porque en cuanto tal notario, delegado de una función pública, su actuación es obligada y sometida a una reglamentación que establece ciertos requisitos para salvaguardar la responsabilidad del notario. Luego responde según sus obligaciones estatutarias no por una especial pericia ante el caso concreto.

En este sentido, un aspecto muy importante y no siempre tenido en cuenta, es lo limitado de las facultades del notario. El notario no investiga la causa por la sencilla razón de que no se lo permite su estatuto; no puede por tanto ni presumir el frau-

de, que sólo corresponde indagar, investigar e inquirir a los jueces ordinarios de lo civil o de lo penal, según los casos. No es tampoco un fiscal que pueda indagar los motivos últimos de los contratantes y que deba examinar, en cuanto a la identificación hasta determinar su pureza de sangre.

Si se quiere reformar la función notarial, dándole mayores competencias y por tanto exigiéndole mayores responsabilidades, hágase, con todas sus consecuencias sobre todo sabiendo que la inmediatez del actuar del notario, de la que luego hablaremos, produce una riqueza de datos que pueden ser muy útiles a la sociedad, como ya viene siendo reconocido a nivel de estadística y como ya se ha hecho en la comprobación de la aportación efectiva en la suscripción de los capitales en las sociedades.

Ahora bien, si está claro que el notario responde personalmente cuando actúa como otro profesional o como empresario, en nuestro derecho no hay una norma con rango de ley que diga que responde personalmente cuando actúa en su calidad de funcionario, lo que ha dado lugar a que se haya dirigido la reclamación contra el Estado en alguna ocasión. Y ha sido la Resolución de 20 de marzo de 2000 la que ha tenido que establecer la exclusión de la responsabilidad del Estado, en caso de reclamación contra notarios, estableciendo el régimen jurídico de la responsabilidad personal del notario.

Y es que, conforme a la modificación de la ley de procedimiento administrativo 30/92 por ley 4/99, se ha reforzado de tal manera la responsabilidad directa del Estado por actuaciones culposas o negligentes de sus funcionarios, excluyendo el derecho de repetir contra el funcionario causante del daño salvo casos de culpa grave, que no es de extrañar que algún incauto haya creído que en caso de notario, funcionario público, puede dirigir su reclamación, contra el Estado. Se hace preciso una vez más volver a la indagación de la naturaleza del notario, de su peculiar forma de actuar para acertar en que el notario actúa por delegación del Estado, pero fuera de su estructura orgánica, aunque no libremente sino de forma estructurada por su propio estatuto, esto es el Reglamento Notarial. De ahí que atienda a sus necesidades no sólo de la apertura de su oficina, sino de sus medios de mantenerla y atenderla y a cobrar un sueldo no con una partida presupuestaria del Estado, sino con el arancel, también perfectamente regulado por el Estado y no libre, que por cierto en la ley de tasas y precios públicos 8/88 se afecta expresamente a “los gastos de funcionamiento y conservación de las oficinas en que se realicen las actividades o servicios de los funcionarios, así como su retribución profesional”. Se supone que también al pago del importe de la prima del seguro de responsabilidad civil, que conforme al reglamento notarial se cubre de forma institucional, siendo tomador del seguro el Consejo General del Notariado y asegurados todos y cada uno de los notarios, en activo, jubilados y muertos, por cuanto asegura también a sus herederos.

Establece la Resolución citada ante la pretensión de un ciudadano de pedir responsabilidad directa al Estado para que le resarciera de los gastos producidos, según él por culpa del notario, en el retraso de la gestión de una escritura de cancelación de hipoteca lo siguiente: “Lo cierto es que el artículo 142 de la ley 30/92 se refiere a los procedimientos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, sin que el mismo pueda fundamentar la posible responsabilidad civil o patrimonial del notario, profesional no integrado como funcionario en la Administración Pública, sino que tal calificación hace referencia a la fe pública de la

que está investida su actuación y el interés público que sirve, pero sin que implique en modo alguno su jerarquización dentro de la Administración, pues el notario es independiente y decide por sí y ante sí como claramente pone de relieve el artículo 1º,4 del reglamento Notarial al afirmar que “el Notariado disfrutará de plena autonomía e independencia en su función”. Termina con el clásico recordatorio de que “La declaración de la responsabilidad civil del Notario no es procedente por vía administrativa ante esta Dirección General, sino que sólo puede hacerse efectiva bien mediante el ejercicio de las correspondientes acciones ante los Tribunales de Justicia ordinarios o bien mediante el procedimiento arbitral previsto en el artículo 146 del Reglamento notarial, vía esta última no utilizada por el recurrente; todo ello según tiene reiteradamente declarado este Centro Directivo”.

### III.- PARTE ESPECIAL.

Establecidos los principios, nos será mucho más fácil recorrer la parte especial, de examinar los grandes ámbitos de responsabilidad del notario, no sólo como tal funcionario, sino también como profesional del derecho y como profesional gestor de documentos y como empresario, siempre de la mano de los casos reales que han dado lugar a reclamaciones de responsabilidad, dejando de lado elucubraciones teóricas, que en caso de responsabilidad civil, siempre serían desafortunadas por naturaleza.

Referiré solo algunos.

#### A) Como Notario

##### 6.- Fe de conocimiento.

En su quehacer como notario, la primera de las misiones fundamentales del Notario encomendada por el Estado en su control de la legalidad, es el de la identificación de los otorgantes. El estatuto notarial establece un primer y directo sistema de identificación que se da cuando el notario conoce y da fe de ello, al otorgante, pues no todo documento notarial exige tan importante requisito. Y en defecto de este sistema, establece dos sistemas supletorios de los que el principal es la identificación por los documentos de identidad que le son exhibidos, especialmente el DNI.

Según la jurisprudencia parece que conocer es sinónimo de establecer la garantía total sobre la identidad de una persona. Pero dados los medios de que se dota al notario, no me resulta sencillo saber qué es lo que la ley del notariado quiere decir con la palabra conocer. Qué es saber quien es una persona a nivel de la fe de conocimiento notarial. Con un ejemplo de la jurisprudencia de los años sesenta se entenderá el problema con toda su crudeza. A un pueblo con notario llega un matrimonio; se introducen en los ambientes de la localidad; el matrimonio es conocido en el pueblo; al poco hacen testamento y el notario expresa en el documento que les conoce; al tiempo se descubre que la señora de verdad había sido suplantada por la amante. El Tribunal Supremo dió por buena la manifestación del notario porque consideró que conocer era algo así como haber fama en el ámbito en que se desenvuelve la persona que es quien aparece ser.

No se olvide que en nuestro derecho tiene importancia fundamental esta consideración social para determinar la identidad de las personas. En las acciones de

determinación de la filiación, arranque fundamental para la identidad de los seres humanos, la posesión de estado, entendida como ser conocido como hijo de, condiciona de forma sustantiva la procedencia de ciertas reclamaciones y la configuración de la prueba.

El Notario, a diferencia del juez, carece de competencias para indagar más allá de esta fama, para la identificación de las personas.

En casos de suplantación de personalidad, la oferta del vendedor es siempre ventajosa, es una oportunidad. Y solamente hay alguien que tiene posibilidad de descubrir el montaje, pero curiosamente es el que más interés tiene en que todo sea verdad: el comprador de la oferta tirada, porque como ustedes se pueden figurar, la finca está a muy buen precio y es preciso vender urgentemente, es la típica oportunidad del agobiado que no sabe bien el valor de lo que tiene y quiere vender. El avispaado comprador quiere sorprender al que se encuentra en una situación límite y es el que dota de su estatus de identidad al suplantador; no pide consejo ni asesoramiento al notario sobre este punto, sino urgencia para materializar y formalizar la operación, en la que luego resulta estafado. Aunque pueda resultar cruel habría que decir a este posterior reclamante contra el notario: “donde has puesto tu fe, pon ahora tu reclamación”. En una contestación a una demanda contra el notario por un así estafado, la argumentación se basa en este principio de la picaresca: no es de recibo que reclame el que estaba dispuesto a abusar de un aparentemente angustiado vendedor en apuros económicos con incluso participación en el delito de alzamiento de bienes del agobiado.

A pesar de todo esto, la actual doctrina jurisprudencial es tan sencilla como hacer depender la responsabilidad del notario para el pago de todo el precio de la cosa falsamente vendida, por suplantación de personalidad, según sea la fórmula sacramental empleada de conozco o de identifico por su DNI. Esto parece de una pobreza indigna de tan Alto Tribunal.

La más acertada resolución en este sentido fue la de la primera instancia de un pleito que acabó en el Supremo, aceptando la sentencia de la audiencia, que revocó aquella. En la suplantación de la personalidad de un vendedor, el juez no vio relación causal entre la forma de identificar y el daño causado por la estafa. En nada hubiera cambiado que dijera que conocía a que dijera, como era en realidad, que había identificado por medios supletorios; el daño hubiera sido el mismo. Curiosamente, cuando hubo sentencia condenatoria para el notario, los estafados exigieron responsabilidad disciplinaria, de la que se exoneró al notario por prescripción de la falta reglamentaria de no expresar correctamente el modo de identificar al vendedor, cuando era lo único que realmente había cometido. Y sólo a partir de ahí se debiera haber medido su responsabilidad.

El tema no puede ser tan sencillo como cambiar los formularios notariales de decir les conozco a decir les identifico por sus DNI que me exhiben.

### **7.- Juicio de capacidad.**

Es en el ámbito testamentario donde se ha producido la doctrina jurisprudencial sobre este tema.

Ahora bien, se hace imprescindible reexaminar la doctrina jurisprudencial a la luz de la estructura de la responsabilidad del notario que hemos establecido.

Las impugnaciones de la validez de los testamentos se hace siempre desde una perspectiva estrictamente interesada por puro valor económico. Para nada está presente la salvaguardia de la legalidad ni siquiera el cariño a los padres o parientes. Esto es muy importante. Y esto se tiene en cuenta en el momento del otorgamiento del testamento y se olvida, en el momento de la reclamación. Es verdad que el juez debe hacer valer la ley por encima de quienes sean sus beneficiarios, pero eso no debe llevarle a cerrar sus ojos para no ver la realidad que le rodea, pues la venda de los ojos de la diosa de la justicia lo es respecto de la parcialidad, no respecto de la verdad toda del caso juzgado.

Y es que la inmediatez del momento del otorgamiento del testamento, que preside, controla, presencia, vive el notario, es irrepetible. De ahí, que para mí, es primordial la presencia del notario, en el momento de la impugnación del testamento por falta de capacidad, en la que no siempre lo es.

Normalmente, sin embargo, en los procesos de anulación del testamento no se tiene en cuenta al notario, que sólo se entera de que se ha examinado el testamento que autorizó por todos los lados, cuando, decretada su nulidad, se procede contra él en la acción de responsabilidad. Se sostiene que todo lo que tiene que decir el notario está dicho en el documento mismo del testamento, pero ello no es toda la verdad. Falta la vivencia de lo real, el caso concreto, la experiencia de vida que supuso su otorgamiento y su autorización, que solamente el notario puede revivir ante el juez con toda su riqueza existencial, humana y jurídica.

En una sentencia que fue muy comentada hasta en la prensa ordinaria, anulando un testamento porque el notario había omitido recoger en el testamento el juicio de capacidad, cuando se procedió en la reclamación contra el notario, de nada valió la riquísima reconstrucción de la vivencia concreta del otorgamiento que hizo el notario, que recordaba como de origen gallego, testador y notario, ambos afincados en Cataluña por largos años, hablaron de su tierra, de sus canciones y hasta de sus bailes que intentaron remedar en pleno acto de otorgamiento y autorización.

Por eso no creo que sea una forma de hablar, la difícilísima palabra “su” que emplea el tantas veces sabio y prudente Código Civil español, cuando dice “el Notario expresará que a su juicio tiene el testador capacidad”. No estamos ante un aséptico examen de psiquiatra, ni ante un examen psicotécnico para ver si una persona tiene capacidad para desarrollar una profesión delicadísima. Estamos ante un ser humano que va a otorgar un documento que ya de por sí lo es en contemplación de la muerte ante la que las personas recapitulan su vida y no, raramente ponen remedio a errores e injusticias. El único que lo sabe, objetivamente, es el notario que autorizó el testamento.

Si como dice el Código Civil y ha mantenido siempre la jurisprudencia la verdadera voluntad del testador es la que siempre debe prevalecer, y si es preciso se acude a los actos anteriores y posteriores del testador para conocer su voluntad, creo que es más prudente, rehacer toda la vida del testador, de la que el notario está en condiciones de tener más noticia, debido a esa irrepetible inmediatez, que el examen médico del historial de su última voluntad.

### 8.- Falta de los requisitos formales.

Si al notario le corresponde como una de sus peculiares funciones, el cumplimiento de las formalidades legales, su responsabilidad cuando por error, omisión o negligencia las omite y estas son fundamentales, debe ser por los daños causados por estas omisiones y no por más.

Como sea que el testamento es el documento formal por antonomasia, es también en su ámbito, aunque no sólo, pues también en traspasos de locales de negocios el cumplimiento riguroso de los plazos da lugar a responsabilidad por falta de forma, donde la jurisprudencia se ha producido de forma relativamente abundante.

Ahora bien, hay rigores formales que parecen esenciales y otros que no lo son tanto. Y entre ellos el de la intervención de testigos, cuya esencialidad parece tan poco consistente, como que por reforma de hace casi diez años, han sido suprimidos, salvo ciertos casos, más bien marginales.

Pues bien, no obstante todo esto, por falta de idoneidad de los testigos, ha sido anulado un testamento y sentenciada la responsabilidad del notario, que se cuantifica en la totalidad de lo heredado, decretada al tiempo en que la necesidad de los testigos había sido ya legalmente suprimida. Para nada valió cual era la voluntad real del testador, la divergencia entre el testamento anulado y el anterior que por ella cobraba vigencia ante el mismo notario y con la intervención de testigos que incurrían en causas semejantes de falta de idoneidad; que esa práctica era habitual en la realidad social, tan importante desde la reforma del Código Civil de 1975. Es interesante que al final de infinitos años, el asunto se cerró por una transacción entre los reclamantes, compañía de seguros y Consejo General del notariado, con el asesoramiento de los más prestigiosos autores notarios, hartos ya del pleito. Siempre sin embargo ha quedado a todos los que intervenimos en el asunto, un agrio sabor de boca y disconformidad con el resultado del pleito.

Asustado por este asunto un notario propuso un acta previa a la autorización del testamento, por la que testador y testigos manifestaban que habían estado hablando entre sí más de treinta minutos y que después de ello, se tenían por conocidos entre ellos. Extremos de una situación extrema.

Tenemos también una jurisprudencia muy formalista en caso de la falta de firma del testador, de modo que la expresión de una causa distinta de la real de la falta de firma del testador, sustituida por la huella dactilar, actualmente del índice derecho, con la intervención de testigos, lleva a la nulidad radical del testamento. Así, si se dice que el testador no firma porque dice no saber y luego resulta que en el juicio correspondiente, se demuestra que lo que pasaba es que no podía por su enfermedad de artrosis, o por haber sufrido una trombosis que le ha dejado paralizado el brazo o tener tal temblor en la mano que le impide fijar el tino, el testamento es declarado nulo por culpa del notario y abierta por tanto la vía de su responsabilidad, cuantificada en el haber hereditario.

También ha sido declarado nulo un testamento en el que el notario omitió en el documento reflejar el juicio de capacidad, pero a diferencia del caso antes citado, el Notario luego subsanó el defecto, en un acta complementaria de las que el reglamento notarial permite, en la que reconoció que si bien había omitido recoger el jui-

cio de capacidad, realmente lo había hecho y así complementaba la omisión sufrida. El Alto Tribunal consideró tan formal al testamento, que no admitió la posibilidad de subsanar. Está ahora abierta la reclamación por responsabilidad contra el notario.

Sin embargo hay otras sentencias, más benignas en que bajo el principio del favor del testamento, han sostenido su validez aunque falte la firma de alguno de los testigos y aunque falte la consignación de la hora de su autorización. Pero en el caso de que los testigos no estaban presentes en el momento de la firma, el testamento fue declarado nulo y el notario respondió por el importe total de la herencia.

A mi me parece que el notario debe responder por ello, pero la identidad de la responsabilidad con el importe de la herencia, ofende a la voluntad del testador si puede ser reconstruida judicialmente y en cualquier caso da lugar a un enriquecimiento sin causa, que el derecho no debería amparar, pues no puede ser, en términos de justicia, que tengamos dos herencias, la del muerto y la del notario.

El daño sería entonces la reparación de todos los gastos necesarios para establecer judicialmente la verdadera voluntad del testador, que no ha querido morir abintestato, con todas sus costas, no el importe de la herencia o legado perdidos.

Finalmente, se ha suscitado recientemente un aspecto muy interesante y que es el de la responsabilidad del notario por su error en la elección de la forma del testamento que creo oportuno comentar. El notario aconseja una forma testamentaria no notarial, que luego necesita, para su plena eficacia jurídica una actuación judicial, que se produce. Prospera posteriormente la declaración de nulidad del testamento y se abre la responsabilidad judicial contra el notario que aconsejó aquella forma.

El consejo, función como vimos propiamente notarial, debe dar lugar sin duda a responsabilidad cuando es equivocado, sin que valgan disculpas de la urgencia del momento, porque un profesional no puede dejar de responder porque le agobie el contexto. Una cosa es exigirle una pericia especial para el caso y otra que sea un profesional que cumple rectamente su obligación aunque en casos urgentes y difíciles. Ahora bien, la pregunta es cuándo hay realmente testamento. El consejo del notario fue la elección de una forma especial de testamento, que para su perfección necesita un proceso judicial que escapa totalmente a su control y que precisamente se ha tenido que elegir, no cabe duda, por la dificultad de juzgar la capacidad del testador, internado en un hospital, para remitirla a la del juez que en este caso, es el que va a tener más medios de establecerla, que el notario en su inmediatez urgente no ha sido, "a su juicio", capaz de establecer.

No parece serio decir en la sentencia que reconoce la responsabilidad del notario, que la forma del testamento elegida sólo lo es precisamente, para el caso de que el notario no pudiese ser encontrado. Esto es la literalidad del precepto, para despachar sin más el asunto. Pero no porque el juzgador encuentre unas palabras que caigan como un traje a medida sobre parte de los hechos a analizar, le es permitido despachar sin más el asunto, que por todos los lados, se ve que, sin que nada de lo dicho sea falso, tiene más cosas que no pueden ser obviadas. Así, la intervención del juez que avaló la existencia del testamento, por lo que debe ser examinado todo el proceso por el que se manda la protocolización del testamento en forma especial. Y en su caso también debe haber algún tipo de responsabilidad por su defectuosa intervención. Y de nuevo la inmediatez del caso que el notario conoce de forma exclusiva.

Que esté un notario en el lugar de los hechos, incluso previamente requerido, no quiere decir que haya notario hábil, sino precisamente, que el notario lo que aprecia es que no procede un testamento de forma notarial y ello, en pura técnica jurídica, no puede ser más que porque el notario no se atreve, puestas así las cosas que él sólo y ni el juez que valida el testamento y menos el que decreta su nulidad y menos todavía el que sanciona la responsabilidad del notario, conoce. Es evidente que lo que sucedió es que el notario no se atrevió a juzgar la capacidad del testador y la remitió, incluso con su testimonio como testigo, directamente a la autoridad del juez, que a resultas de todo, debía establecerla si la tenía o no con todos los medios a su alcance.

### **9.- Traspasos.**

El otro caso en que las formalidades legales lleva, en caso de su incumplimiento a la responsabilidad del notario, es el de los traspasos de los locales de negocios. Las notificaciones y los actos de traspasos se han de hacer en unos plazos determinados, de modo que tanto si se hacen antes, sobre todo, como si se hacen después, el acto es nulo y como siempre se trata o de actos fehacientes, que se suelen hacer más notarial que judicialmente, o de actos que deben formalizarse en escritura pública, la responsabilidad del notario, en caso de incumplimiento, es clara. Ahora bien los daños se ven incrementados por el lucro cesante, que no siempre es imposible de determinar en caso de negocios cuya rentabilidad es relativamente determinable. Piénsese en un traspaso declarado nulo años después de haberse formalizado.

No obstante cabe plantear si es correcto hacer caer sobre el notario una indemnización equivalente al valor del traspaso anulado más el lucro cesante, en lugar de cargarle con todos los gastos de formalizar de nuevo y desde el principio todo el proceso legal de escrituración y notificación en tiempo y forma.

Como resumen de la responsabilidad de los notarios por defectos formales y extemporaneidad en plazos resulta un poco sarcástica con el rigor que hemos visto son exigidas por quienes no son modelos de respetar la presencia de sus actuaciones y cumplimiento de sus plazos.

### **10.- Régimen de cargas.**

Uno de los talones de Aquiles de que adolecía la seguridad preventiva de nuestro derecho era el régimen jurídico de las cargas y gravámenes en el momento de autorizar la escritura pública especialmente de compraventa. El artículo 175 del Reglamento notarial se despachaba con una anacrónica remisión del comprador al Registro. Un nuevo y revolucionario sistema se estableció en 1992, luego mejorado en el 1994, por el que aprovechando los más avanzados sistemas de comunicaciones se consigue casi a la perfección la coordinación del estado de cargas con la autorización de la transmisión. Creo que nuestro sistema de seguridad ha ganado muchísimo y ha demostrado una importante agilidad en la inmediata aplicación y utilización de los modernos medios a mejorar la seguridad jurídica.

Pero casi a la perfección porque por un lado siempre hay un lapso de tiempo en que el Registro queda abierto y porque el fax da lugar a fallos técnicos imposibles de controlar y a errores humanos.

Pero esto, casos extremos, no impide mantener que el sistema ha mejorado muchísimo aunque de lugar a nuevos ámbitos de responsabilidad, pues se produce

una clara responsabilidad del notario o del registrador en su caso, pues remitido el fax y a veces unido a la misma escritura, no se repara en la existencia de una carga.

## **B) Como profesional y como empresario.**

### **10.- El depósito.**

Si el Notario ejerce una función pública en régimen de profesional, aunque reglada y en cuyos términos debe responder, no es de extrañar, que de modo sin solución de continuidad, realice otra serie de cosas de las que también deba responder pero ello de manera totalmente diversa.

Hay una figura jurídica que se realiza por el notario como puente entre su actividad propia de notario, como funcionario público, es decir como tal notario, y como profesional liberal, que es el depósito. El depósito notarial de dinero o de cosas está regulado por el reglamento notarial y contemplado por los aranceles notariales. Además en los últimos tiempos ha cobrado una muy importante trascendencia como medio de pago, porque tanto en la nueva ley de arrendamientos urbanos, para el pago de las rentas, como en la ley de propiedad horizontal, para las cuotas de comunidad, el depósito notarial, tiene fuerza de pago de deudas, lo que no era recogido por el Código Civil que sólo admitía como tal la consignación judicial.

Sin embargo el Reglamento notarial establece que no es obligatorio como lo es la prestación de la función de dación de fe; y los aranceles notariales lo excluyen de su regulación. Por lo que cabría concluir que su régimen de responsabilidad cae en los términos de la general de los liberales. Sin embargo en los casos mencionados antes no parece que sea tan libre el notario de denegar el depósito del que quiere así pagar la renta o la cuota de comunidad, por lo que tampoco su responsabilidad debe extenderse más allá de cumplir estrictamente lo regulado por estas normas especiales que lo recogen.

### **11.- Responsabilidad como gestor.**

Pero la actividad más específicamente del notario independientemente de su función primordial, y en cuanto afecta además a la responsabilidad civil, es la de la gestión de los documentos que autoriza o que se relacionan con ellos, como antecedentes, posteriores o conexionado.

Después de ciertas vacilaciones sobre la posibilidad o la conveniencia de que el notario gestionase, la tendencia actual es la de fomentarla como servicio completo en relación a los documentos. Aquí lo esencial es que como sea que el notario es el responsable del buen fin de la gestión es que la lleve personalmente y que libremente le sea encargada por el obligado a ella. La libertad de honorarios es la consecuencia lógica de todo ello, Y también lo es la incompetencia de la Dirección General sobre reclamaciones sobre la gestión, no sólo en cuanto a la cuantía de la cantidad cobrada como por la forma de llevarla. Hay multitud de resoluciones que tienen que distinguir cuidadosamente la impugnación de aranceles notariales de las cantidades cobradas por gestión o que tienen que centrar la queja sobre la actuación del notario en su actividad notarial, declarándose incompetente en la de gestión a la que se remite a los tribunales ordinarios. Si bien por pura lógica ha tenido que establecer que el pago de la provisión de fondos pedida por el notario para la gestión del documento, supone el encargo de que haga la gestión.

Ahora bien en los retrasos en el cumplimiento de la gestión la responsabilidad del notario es patente, sin que en este caso, quepa la acción de repetición, que luego veremos. El notario responde de las multas y recargos por los retrasos y tan sólo le cabe negociar, como de hecho se hace, con los intereses de demora para que acepte el perjudicado la diferencia entre los que exige la administración y la del mercado para retribuir el pasivo.

Lo mismo cabe decir respecto de los gastos de tercerías de dominio cuando el retraso en la inscripción ha perjudicado al documento. Y lo mismo cuando por su culpa en la presentación, salvaguarda del rango o inscripción, ha hecho que se pierda la titularidad de su documento.

### **12.- Peculiaridades de la acción de responsabilidad.**

De todo lo visto la conclusión esencial es que el juzgador tiene que tener exquisito cuidado de distinguir cuando la responsabilidad del notario es puramente notarial de cuando es profesional.

No quiero sino mencionar el problema de los plazos de prescripción donde la jurisprudencia es tan vacilante como que no distingue entre ambas formas de actuar el notario. Tampoco es claro decir que responde por un año cuando es notario y durante quince cuando es profesional su actuación, pero ciertamente no puede ser lo mismo cuando su prestación de servicios es obligatoria que cuando es puramente libre.

Para mí la conclusión más importante es que cuando es notario responde por el cumplimiento de sus obligaciones y no por lo que podría haber hecho en caso de riesgo. Mientras que cuando es profesional debe responder por la pericia de un buen profesional ante las circunstancias de cada caso.

Otro aspecto que me llama muchísimo la atención en los procesos civiles contra los notarios en caso de suplantación de personalidad es que no se plantean como cuestiones previas la indagación de todo el procedimiento que se ha tenido que realizar para que una persona se hay pasado por otra. Se da todo por supuesto y el juzgador entra directamente en el estudio de la responsabilidad del notario, como mucho con rigor en el examen de los tres clásicos requisitos, de acto, daño y relación causal. Pero creo que previamente debería exigir al suplantado un mínimo de diligencia y un mínimo de precaución antes de tomarle por cierta su palabra. Una denuncia penal, al menos; un sucinto examen de las posibles relaciones entre suplantador y suplantado; un mínimo de diligencia ante el temor a serlo, como en los casos de segundos matrimonios. No es que quiera culpar al suplantado, cargando sobre él la carga de la prueba, ni mucho menos, pero hay algunos casos de suplantación en que todo el contexto da la sensación de un cierto montaje en que el suplantado o no es ajeno a la trama o claramente forma parte de ella, por tratarse de persona más que sospechosa a tenor de sus actos anteriores, simultáneos y posteriores a la suplantación. Nada de esta precaución se ve en las sentencias sobre responsabilidad en caso de suplantación.

### **13.- El derecho de repetir.**

Es esta una faceta totalmente inexplorada en la práctica de las reclamaciones por responsabilidad y creo que por diversos motivos.

En primer lugar porque cubierta la reclamación por pago, si la hace el notario personalmente, pocas ganas tiene de seguir con el asunto; porque si lo hace la compañía de seguros, si la cuantía entra dentro de su cuenta de resultados, como sucede con los notarios, no quiere generar más gastos; porque, fundamentalmente, ha pasado tanto tiempo desde que se produjo el siniestro, que el beneficiario del mismo ha podido más que de sobra devenir insolvente.

Pero el derecho y la justicia no pueden quedar satisfechos con este estado de cosas. A veces queda un amargo sabor de boca cuando se ha pagado por responsabilidad al verdadero causante del daño, sea porque fue el encargado de la gestión por el notario, sea, porque fue el verdadero avalador de la personalidad del suplantador, por citar dos de los casos examinados.

Pero para salvaguardar la acción de repetición hay que tomar medidas inmediatas.

Veamos primeramente cuando procede, ya que hay veces que no ha lugar a derecho de repetición de clase alguna.

Cuando el Notario, gestiona directamente, paga la sanción fiscal por presentar fuera de plazo, es el último destinatario de la pérdida patrimonial sufrida. No se ha producido desplazamiento alguno que haya favorecido a otro, como no sea el conjunto de la Comunidad, representada por la entidad que percibe el impuesto en forma y tiempo.

Pero hay otros casos, en que el Notario subcontrata la realización de los trámites, que por cuenta suya los realiza. En este caso, si bien, como ya se dijo, debe responder directamente frente al particular que le encarga la gestión, podrá repetir contra el subcontratado si el daño se ha producido por su culpa o negligencia en la parte de su trabajo encargado. Pero claramente en un momento posterior y sin yuxtaposición de responsabilidades sino una después de la otra, aunque para abreviar trámites se acumulen ambos procesos, pero siempre sin merma de garantía del perjudicado.

Pero mucho más importante son los casos en que condenado el notario, por ejemplo, por identificación errónea en caso de suplantación de personalidad, se puede repetir contra el suplantador, que se ha beneficiado del delito sólo por él mismo cometido. Existe un caso que se ha indemnizado recientemente, pero que el acto de suplantación es de hace diez años en el que un hermano, suplantando la persona de otro, le vende una finca por precio de treinta millones. El notario, mejor dicho sus herederos, jamás consiguieron que fuera llamado el suplantador. Creo que si el ordenamiento jurídico quiere funcionar con la pregonada protección judicial efectiva, debería haber hecho todo lo posible, tan pronto se ha hecho la denuncia de la suplantación de la personalidad de la persona engañada, para que el notario, ante su próxima responsabilidad, pudiera tomar todas las medidas que creyese necesarias, para que en su caso pudiera repetir contra el verdadero causante del daño y beneficiario del desplazamiento patrimonial fraudulento. Y todo ello sin merma alguna de su responsabilidad directa e inmediata. En este caso de hermanos, tal vez hubiera estado a tiempo de embargar la cantidad cobrada u otros bienes del suplantador, para salvaguardar su patrimonio. Al cabo de diez años, ni el hermano tendrá nada a su nombre ni a los herederos les va a apetecer nada continuar el pleito por vía de repetición.

Recientemente el derecho de repetir ha sido implícitamente aceptado contra el Registrador por parte del notario en el peculiar caso de calificación por defectos, que luego resulta ser la realmente defectuosa.

Es apasionante en ese sentido la Sentencia de lo Contencioso del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2000. Les hago un resumen. Una reforma por vía de Decreto pretende reformar el recurso gubernativo contra las calificaciones registrales haciéndolo más restrictivo para los Notarios, dando de lado su importancia para determinar la responsabilidad civil de la calificación: si el defecto es correcto, corresponde responder al notario por la subsanación conforme al artículo 22 de la ley hipotecaria; si el defecto es incorrecto, corresponde responder al registrador conforme al artículo 18 de la misma ley por los gastos de la subsanación.

La relación entre las responsabilidades de ambos se fundamenta en las siguientes palabras de la sentencia: Es cierto que para deducir el recurso gubernativo sólo están legitimados los interesados cuando se suspenda o deniega el asiento solicitado, pero, si éste se practica en virtud de una subsanación indebidamente impuesta, no cabe duda que los interesados (entre los que se encuentra el Notario) podrán reclamar, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 66 de la ley Hipotecaria, por el gravamen que tal subsanación les ha comportado y la resolución de este recurso gubernativo tiene, además de trascendencia doctrinal, la eficacia de corregir la carga subsanatoria indebidamente impuesta por el Registrador, trasladando la responsabilidad hacia éste (artículo 18 de la Ley Hipotecaria) en lugar de sobre el Notario autorizante del título (artículo 22 de la misma ley). El derecho a repetir, en su caso, es clarísimo, pues al menos le toca al Registrador pagar la escritura de subsanación.

#### **14.- Conclusión.**

De esta deslabazada exposición sólo debida a mi torpeza, permítanme que para terminar de cansarles saque las siguientes conclusiones:

Nuestro derecho no establece un régimen directo de la responsabilidad civil del notario, por lo que hay que inducirla de su naturaleza y de las pocas normas que hay para figuras jurídicas concretas.

De la naturaleza mixta del notario se concluye que responde por el cumplimiento de sus obligaciones estatutarias cuando actúa como funcionario público, pero personal y directamente por realizar esta función en régimen de profesional y responde por la aplicación debida del arte especial para el caso concreto cuando actúa como profesional, pero amortiguada por su carácter desinteresado y no partidista. Y en relación a la cuantía, por los daños causados que consistirán en un nuevo otorgamiento cuando esto sea posible o en los gastos de la intervención judicial necesaria para reestablecer el equilibrio patrimonial roto por su culpa, negligencia o defectuoso cumplimiento de su obligación. Si responde por más creo que se produce un enriquecimiento sin causa.

Y es que nunca se debe olvidar cuando se trata de exigir una responsabilidad al notario, que la aplicación práctica que realiza día a día del derecho a las pretensiones de los particulares, a la vez que a su través se organiza toda la vida privada de la sociedad, libera al Estado de multitud de querellas entre aquellos y ordena la vida económica en sus más importantes decisiones. De ahí que esa inmediatez irrepetible, de la que les he hablado y que preside, vive, controla y legaliza el Notario deba ser para el juzgador punto de referencia cuando ha de determinar su culpa, negligencia o defecto.

Muchas gracias y perdonen las molestias causadas.