

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS NOTARIOS

1. INTRODUCCIÓN

Señalaba ya hace años YZQUIERDO TOLSADA¹ como es difícil hallar un periódico de cualquier país occidental que no contenga alguna noticia sobre condena de daños y perjuicios causados por profesionales de la ingeniería, el periodismo, la arquitectura, la farmacia y, sobre todo la cirugía, que y se ha llegado hablar de la siniestralidad desbordada debido, no fundamentalmente a que los profesionales actuales sean mas negligentes que los del siglo pasado, sino a una concepción diversa de la vida, y a una menor aceptación del infortunio.

Ciertamente en la exigencia de responsabilidad civil ha llegado en algunos supuestos contemplados y resueltos sobre todo por tribunales americanos a aspectos que podríamos llamar, cuando menos, de llamativos y extemporáneos; y esas situaciones que han producido un cúmulo de reclamaciones «muchas veces resueltas satisfactoriamente» han originado un doble efecto: pues si bien han producido la satisfacción de quien han tenido unos daños injustificados, por otro lado han llevado a planteamientos de defensa y a la no realización de determinadas actividades por parte del profesional que se podía sentir amenazado (un ejemplo lo puede constituir la llamada medicina preventiva).

¹ *La responsabilidad civil del profesional liberal, teoría general.* Madrid 1989, pág. 1 y ss.

No ha sido la profesión² de Notario aquella que más se haya visto sacudida por demandas de responsabilidad civil; pero, no obstante, si ha habido un incremento de las reclamaciones contra Notarios en nuestro país que puede constatarse con la confrontación de demandas «y de condenas» a Notarios habidas hace cuarenta años, por ejemplo, con las existentes en la actualidad.

Existen diversas profesiones jurídicas con distinta configuración y con distintas características, algunas son profesiones liberales propiamente dichas como las de Abogado, otras suponen el ejercicio de un imperium del Estado como la del Juez y sus integrantes constituyen parte de uno de los poderes estatales y no ejercen una profesión liberal propiamente dicha, si bien en otros aspectos participan de las características de ésta; otras, finalmente son intermedias entre ambas porque si bien son, en principio, profesiones liberales tienen preasignadas unas funciones en exclusiva, cuyas características de monopolio se refuerzan en algunas, como es el caso de los Registradores, contra cuyas decisiones cabe una vía de recursos que hace que la actuación de los mismos tenga muchos puntos en contacto con una actuación emanada de un órgano público.

Pero es más importante distinguir, en el tema de la responsabilidad civil la de aquellas profesiones que tienen previsto en la Ley un régimen específico de responsabilidad civil de aquellas profesiones que no tienen ninguna normativa concreta y específica sobre la responsabilidad jurídica y se rigen por las normas generales del Código Civil.

² Sobre responsabilidad profesional en general véase ALVAREZ SANCHEZ (Director) *La Responsabilidad civil profesional*, Madrid 2.003, HUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle. Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, París 1978; JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, Madrid 1991; LEGA, Carlos, *La libera professisoni intellectuali nell leggi e nella giurisprudenza*, Milán 1974; LEROY, M. *Contribution à l'étude des obligations du professionnel (les devoirs de répondre des risques créés par l'activité et le devoir de maîtrise professionnelle)*, Toulouse, 1995; MARTÍNEZ CALCERRADA, *La responsabilidad civil profesional*, Madrid 1996; SOTOMAYOR GIPPINI, *Introducción a la responsabilidad civil profesional* en "Conferencias sobre el Seguro de Responsabilidad Civil", Bilbao 1979; TRIGO REPRESAS, *Responsabilidad civil de los profesionales*, Buenos Aires 1978; e YZQUIERDO TOLSADA, *La responsabilidad civil del profesional liberal*, Madrid 1989.

Cabe señalar aquí que no son sólo las profesiones jurídicas las que tienen una regulación específica, sino que también hay profesiones no jurídicas que tienen unos preceptos concretos destinados a ellas dentro de la responsabilidad civil como los Arquitectos, conjuntamente con la de el constructor, con la particularidad, respecto de éstos que su responsabilidad está recogida en el propio Código Civil (al menos hasta la promulgación de la L.O.E.) al revés de lo que ocurre con las profesiones jurídicas cuya responsabilidad es regulada o en la Ley Orgánica del Poder Judicial «Jueces y Magistrados» o en Leyes especiales «Notarios y Registradores».

Los Notarios tienen la doble cualidad de profesionales liberales y funcionarios públicos³. El Notario es un funcionario público autorizado para dar fe conforme a las leyes de los contratos y demás actos extrajudiciales, de acuerdo con el artículo 1 de la Ley General del Notariado, pero señala, no obstante, BALLESTEROS ALONSO que no es funcionario en el sentido que señala el artículo 1 de la Ley de Funcionarios civiles del Estado por cuanto los Notarios no están incorporados a la administración «por una relación de servicios profesionales y retribuidos» sino que ejercen su función pública con plena independencia y autonomía y de ahí que los Notarios sean, de acuerdo con dicho artículo 1 del Reglamento Notarial, si se refieren al anterior hay que comprobar el actual, a la vez profesionales del derecho y funcionarios públicos, reflejándose también la obligatoriedad que para el Notario tiene la prestación de servicios, si no media justa causa, los artículos 2 de la Ley de Notariado y 145 del Reglamento Notarial.

Por eso en principio podría parecer que la responsabilidad del Notario tiene una doble vertiente, esto es, como funcionario público y como profesional independiente.

³ Así lo indicaba explícitamente el artículo 1.2 del Reglamento Notarial, aprobado por Decreto de 12 de junio de 1944: «Los notarios son a la vez profesionales del Derecho y funcionarios públicos, correspondiendo a este doble carácter la organización del Notariado. Como profesionales del derecho tienen la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarle los medios jurídicos más adecuados para los fines lícitos que aquellos se propongan alcanzar».

También SIMO SANTOJA⁴ precisa que cuando se trata de aludir a la responsabilidad civil del Notario lo que podríamos indicar primero es cual es el *facere* típico del Notario, es decir, en que consiste la función notarial para ver si, por las razones que fueron, el Notario no presta adecuadamente su ministerio; y recuerda que los notarios son funcionarios públicos de acuerdo al artículo 1 de la Ley del Notariado, y a la vez es un profesional del Derecho (artículo 1 del Reglamento), lo que suponen señalan mezclar y confundir dos aspectos que deberían desprenderse claramente: uno el aspecto objetivo de la función que el Notario debe y desempeña (función notarial) y otra el aspecto subjetivo de disposición respecto a la Administración del Estado (profesión notarial); y añade que desde el punto de vista subjetivo es evidente que el Notario no está integrado en la administración del Estado y que aunque depende directamente del Ministerio de Justicia y de la Dirección General de los Registros y del Notariado ello es una simple medida de control e inspección del ejercicio de una función pública que el Notario lleva a cabo con plena autonomía e independencia de acuerdo con el artículo 1 del Reglamento Notarial, y que con este alcance puede hablarse de una profesión notarial para significar que el Notario, aunque está controlado por la administración del Estado no está integrado en ella, con la doble e importante consecuencia de que sus actos no son actos administrativos ni por tanto generan la responsabilidad de la Administración.

La dicción literal de la Ley del Notariado en su artículo 2 es que:

El Notario que requerido para dar fe de cualquier acto público, particular, extrajudicial, negare sin justa causa la intervención de su oficio, incurrirá en la responsabilidad a que hubiere lugar con arreglo a las leyes.

De entrada hay que señalar, con BALLESTEROS ALONSO⁵, que no es aplicable a los Notarios las normas del título X de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las

⁴ *Instituciones de Derecho Privado*, tomo III, obligaciones y contrato, volumen III, coordinado por VICENTE ELES y SIMO SANTOJA, Madrid 2.003, pág. 1.012.

⁵ *Ibidem*, pág. 107.

Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común, ni tampoco el Reglamento en materia de responsabilidad de las Administraciones Públicas, (RD 429/1993 de 26 de marzo), ya que éstas normas se refieren a la indemnización por parte del Estado de los daños que los particulares sufran como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos; y aunque el Notario ejerza una función pública, y sea en efecto, funcionario público, no tiene con respecto a la Administración una relación de prestación de servicios ni, por consiguiente puede entenderse que cuando actúa es «Administración pública», ni que sus servicios sean, propiamente, un servicio público, sino mas bien un servicio profesional, ya que de los particulares que requieren sus servicios es de quien recibe su retribución.

2. REQUISITOS

La doctrina tradicional⁶ ha entendido que para que pueda nacer una responsabilidad debe existir en el agente una actuación culposa, doctrina que parte del concepto tradicional del Derecho romano a partir de la ley aquilia y que se ha seguido a lo largo de la historia por distintos ordenamientos, como las Partidas; necesitando, además de la culpa, como requisitos para la existencia de responsabilidad civil una acción u omisión antijurídica del agente, la producción de un daño y la relación causal entre la acción u omisión según ha recogido, en el orden práctico, una innumerable jurisprudencia del Tribunal Supremo⁷; planteándose aquí todas las dudas y discusiones doctrinales respecto a la apreciación de esa relación de causa-efecto especialmente en los casos en que concurren varias causas a la producción del daño, entendiéndose, en líneas generales, por la jurisprudencia, que es necesario para que pueda decirse que exista aquella relación de causalidad que la acción u omisión del Notario sea requisito sine qua non de los daños producidos⁸.

⁶ Por todos VINEY: “*La Responsabilité civile*”, París 1993, pág. 17 y sigs.

⁷ Sentencias 10 de octubre de 1968, [RJA 4.271]; 25 de octubre de 1968, [RJA 4.796]; 12 de mayo de 1964, [RJA 3.874]; 29 de diciembre de 1964, [RJA 5.911]; 28 de marzo de 1985, [RJA 1.252]; 17 de diciembre de 1988, [RJA 9.476] y 27 de octubre de 1.990, [RJA 1.781] entre otras.

Ciñéndonos a la responsabilidad del Notario señala BALLESTEROS ALONSO⁹ que no hay ninguna especialidad en esta materia, requiriéndose para que exista responsabilidad civil una acción u omisión culpable del Notario, un daño, un perjuicio y relación de causalidad entre la acción u omisión culpable del Notario y el daño que se ha producido; y finalmente relación de causalidad entre la acción y omisión culpable del Notario y el daño que se ha producido, no habiéndose tampoco, señala en éste caso ninguna especialidad en cuanto a los Notarios se refiere.

Por otro lado cobra importancia la actuación de determinadas profesiones la diferencia entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado¹⁰.

En las primeras alguien se obliga a poner los medios necesarios tendentes a un fin preestablecido, mientras que en la segunda el contratante se obliga no solamente a poner unos medios sino a entregar una prestación determinada, consista esta en bienes, servicios, u otro tipo de obligación. En la primera el que no se consiga el resultado no puede ser, sin más, alegado como incumplimiento de contrato, mientras que en la segunda sí.

¿En que clase de obligación deben encuadrarse las notariales? De entrada hay que señalar que, como recuerdan MAZEAUD Y TUNC¹¹, la obligación de resultado es lo normal y la excepción la

⁸ La STS de 18 de marzo de 1.998, [RJA 1998/1350] en que se debatía sobre un caso en el cual se autoriza una escritura notarial de hipoteca que el registrador no inscribió, alegando defectos; y cuando, finalmente se inscribió había ingresado en el registro una serie de embargos y una declaración de quiebra que ostentaba rango registral prioritario respecto a la hipoteca, dándose la circunstancia de que la fecha de retroacción de la quiebra era anterior a la del contrato de hipoteca, el Tribunal entendió que se había roto el nexo causal entre la actuación del Notario y el daño y señala que la “responsabilidad del artículo 22 de la Ley Hipotecaria, quizá objetiva respecto a la subsanación mediante una nueva escritura, deja de serlo respecto de los perjuicios que se causen “en su caso””.

⁹ *La responsabilidad civil de Registradores y Notarios* en “La responsabilidad civil profesional” Cuadernos de Derecho Judicial 7/2003, pág. 109 y sigs.

¹⁰ CATANEO *La responsabilidad del profesionalista*, Milán 1.958, pág. 45, y JORDANO FRAGA, *Obligaciones de medios y de resultados* (a propósito de alguna jurisprudencia reciente)” en *ADC*, tomo XLIV, 1991, fascículo 1, pág. 5 y sigs.

¹¹ *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, Buenos Aires, 1962, tomo I, volumen I, pág. 129.

de medios en las cuales el deudor solamente promete una diligencia en orden a obtener un resultado.

Sin poder generalizar el criterio a todas las actuaciones notariales hay que estimar que lo habitual será, con matices, entender que se trata de una obligación de resultados. Así si ambas partes encargar al Notario la redacción de una escritura pública de compraventa, y el Notario acepta el encargo, no solo deberá adoptar la diligencia necesaria para prepararla sino, de hecho, redactarla y autorizarla siempre que, eso si, las dos partes den su conformidad a la misma.

Ciertamente habrá actuaciones en que el Notario no podrá prometer un resultado, como es por ejemplo un acta de notificación, en la que la misma podría no tener efecto por no encontrar al destinatario ni persona a la cual, según la Ley, pudiera efectuarse la misma. Pero no obstante y con las lógicas matizaciones de cada actividad notarial habrá que estimar que lo habitual será que el Notario «si las partes otorgantes también ofrecen su cooperación total» se comprometa a una actividad de resultados.

3. NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD NOTARIAL

Sobre la calificación de la actuación del Notario como contractual o extracontractual en principio cabría entender que la actuación del Notario es contractual y que la misma se encuadra, como ha sido tradicional para calificar la relación entre el profesional ideal y su cliente como contrato de arrendamiento de servicios.

BALLESTEROS ALONSO distingue, ya que si el dañado es un tercero ajeno al otorgamiento de la escritura estamos en un supuesto de responsabilidad citando, en el orden jurisprudencial, las sentencias de 2 de diciembre de 1997 y 5 de febrero de 2.000, en el que el Notario no cumplió con su deber de identificación del compareciente y éste había suplantado la personalidad del poderdante; mientras que si por el contrario quienes han sufrido el daño son los que solicitaron la intervención notarial podía pensarse que la intervención del Notario es contractual, habida cuenta de que el perjudicado tiene con el Notario un contrato de arrendamiento de

servicios. Y cita las sentencias de 3 de julio de 1965 que entendían aplicable el plazo de quince años de prescripción de las acciones personales y si el de un año de responsabilidad extracontractual el artículo 1.968.2º aun en este caso jurisprudencia que ha servido para argumentar en contra de la teoría de la responsabilidad contractual del Notario.

El entender que en unos casos la responsabilidad notarial puede ser contractual y en otros extracontractual no sólo parece adecuada a la doble consideración de las tareas naturales sino que está de acuerdo con la forma de caracterizar la responsabilidad de otros profesionales¹².

Indica SANTOS BRIZ¹³ que, aunque el Tribunal Supremo ha establecido que la relación del Notario con el tercero perjudicado es de naturaleza extracontractual, la sentencia de 3 de junio de 1965 ha aplicado la acción en reclamación de resarcimiento de daños dirigida contra el fedatario la prescripción del daño que establece el artículo 1.968 del Código Civil, ya que se trata de una responsabilidad de carácter legal, deducida del artículo 1.900-3º-5º en relación con el artículo 1.902 del Código Civil, concordando con el artículo 40.3 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado.

La sentencia de 5 de febrero de 2000¹⁴, cita la precedente de 19 de junio de 1984 cuando señala que «la responsabilidad en que estos funcionarios pueden incurrir, la que puede derivar tanto por actuaciones que cabe enmarcar en las relaciones contractuales, como en las extracontractuales o incluso concurriendo ambas».

La sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2002¹⁵ señala que la responsabilidad del Notario es contractual

¹² Véase, por ejemplo sobre la responsabilidad médica FERNÁNDEZ HIERRO: *Sistema de Responsabilidad médica*, Granada 2002, pág. 19 y sigs.

¹³ SIMO SANTOJA y otros, pág. 696. En sentido contrario así ÁLVAREZ SÁNCHEZ *La responsabilidad civil de jueces y magistrados, abogados y procuradores*, en “La Responsabilidad Civil profesional-Cuadernos de Derecho Judicial VII-2003, pág. 29.

¹⁴ RJA 2000/251

¹⁵ RJA 2002/9927.

rechazando la alegación de que en este caso no había arrendamiento de servicios por haber actuado el Notario en sustitución de un compañero, y el Tribunal Supremo dice que en ese caso de acuerdo con el artículo 22 de la Ley del Notariado asume frente a los otorgantes las mismas obligaciones de los sustituidos, y las obligaciones que se derivan del artículo 146 del Reglamento Notarial.

La sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2006¹⁶ indica:

La llamada yuxtaposición de responsabilidades y la unidad de culpa y consiguiente infracción del artículo 1902 del Código Civil nada tiene que ver en este caso en el que el problema litigioso ha sido resuelto en base a la relación contractual existente entre las partes y esta calificación de las relaciones no ha sido combatida adecuadamente en el recurso, lo que impide considerar infringido un artículo que no se aplica, como es el art. 1902 del Código Civil, relativo a la responsabilidad extracontractual, así como la jurisprudencia de esta Sala al respecto, pues dicho precepto y jurisprudencia era además inaplicable desde un principio a una reclamación de cantidad fundada y resuelta con carácter principal en el incumplimiento de deberes impuestos por la relación de servicios convenida y como tal sometido al régimen igualmente establecido por dicho contrato.

La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de octubre de 1995¹⁷ precisa que la relación del Notario con el cliente debe de considerarse como de arrendamiento de servicio.

Para la jurisprudencia francesa la responsabilidad del Notario es contractual cuando actúa como mandatario¹⁸; pero, en cambio cuando la responsabilidad se exige por los terceros siempre se trata de responsabilidad extracontractual, según diversos fallos de Casación¹⁹.

¹⁶ RJA 2006/8203 Sentencia Tribunal Supremo núm. 627/2006 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 8 junio Recurso de Casación núm. 4850/1999

¹⁷ RJA 1996/1686.

¹⁸ Civ. 14 junio 1989, B.I. n° 238.

¹⁹ Civ. 1, 14 enero 81, B.I. n° 14, Civ. 1, 6 enero 94, B.I. n° 7.

4. LOS DEBERES NOTARIALES

La culpa del Notario estaría, como la de otros profesionales, en la infracción de la *lex artis* o reglas específicas de la profesión.

YZQUIERDO TOLSADA²⁰ señala cómo es insuficiente el error profesional para generar responsabilidad, si bien cita la doctrina que se basa fundamentalmente al error de diagnóstico médico en cuanto posible generador de responsabilidad penal²¹, e insiste en la aplicación de los principios probatorios comunes al campo de la responsabilidad civil del profesional si bien resalta la distinción, con las consecuencias que de ello derivan, entre obligaciones de resultado y obligaciones de medios o de actividad con las consecuencias que ello conlleva respecto a la necesidad de prueba.

¿En que consiste la culpa del Notario?. Es evidente que la culpa del Notario, como la de cualquier otro, es una falta de diligencia o previsión y en definitiva podemos unirlo, como ha hecho la doctrina en materia de responsabilidad de otros profesionales²² la infracción de los deberes profesionales, en definitiva, para que exista culpa tiene que haber una infracción de los deberes de la profesión.

Si decimos que la culpa del Notario consiste en la infracción de los deberes de la profesión el paso siguiente es examinarlos, siquiera sea sumariamente y para los sólo efectos de éste trabajo.

Notemos que el artículo 146 «y los demás preceptos notariales legales y reglamentarios» regulan la actuación del Notario y pueden ser base para la exigencia de responsabilidad civil pero no regulan específicamente las condiciones para la existencia y exigencia de responsabilidad civil que deberá regirse por las normas ordinarias sobre la misma, tanto en su aspecto sustantivo como en el aspecto procesal, limitándose exclusivamente el Reglamento Notarial a tratar a parte de lo indicado de la responsabilidad disci-

²⁰ *La responsabilidad civil del profesional liberal*, Madrid, 1989, pág. 296.

²¹ *Ibidem*, pág. 300 y sigs.

²² BONVICINI *La responsabilita civile*, Milán 1971, tomo II, pág. 767 y sigs.

plinaria de los Notarios. Por tanto la responsabilidad del Notario, como también se deduce del artículo 145 del Reglamento Notarial se derivará, como norma, de la prestación indebida de su función.

Pero en cualquier caso es de resaltar, como indica YZQUIERDO TOLSADA²³, que en el caso de los Notarios éstos responden de sus obligaciones contractuales u extracontractuales, sin que la reglamentación legal y la, mayor o menor intervención administrativa, pueda servir de título de imputación de sus actos a la Administración.

Los deberes de los notarios son complejos y tienen como hemos visto la doble vertiente del profesional liberal y el funcionario público sin olvidar que la Notaría funciona además, a veces, como una gestoría y que tiene unos empleados que, en su actuación como tales, pueden causar daños a terceros. No obstante y a pesar de su complejidad, conviene echar una rápida ojeada a los preceptos que lo rigen, incluso a los supuestos de responsabilidad específica que, de acuerdo con la Ley pudieran tener y que a continuación paso a detallar:

1º) Hay un supuesto que la propia Ley lo establece como tal cuando los artículos 1 y 2 de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862 indican que los Notarios incurren en responsabilidad cuando se negaren sin justa causa a intervenir según su oficio. Pero se ha señalado²⁴ que la responsabilidad por negativa a prestar su intervención es un supuesto insólito, o, al menos, no ha sido contemplado por la jurisprudencia, como si lo ha sido la derivada del incumplimiento de normas sustantivas a observar en el otorgamiento de los instrumentos públicos contenidos en el Código Civil; que de acuerdo a lo que señala el Reglamento Notarial de 2 de junio de 1944, modificado por el Decreto de 22 de junio de 1967, artículo 3, párrafo segundo, falta para el funcionario o fedatario la autonomía contractual que supone la libertad de contratar.

²³ Obra citada, pág. 109.

²⁴ *Tratado de Derecho Civil*, dirigido por SANTOS BRIZ, y coordinado por IGNACIO SIERRA GIL DE LA CUESTA, Bosch, Barcelona 2003, tomo III, pág. 693.

Tales preceptos son complementados con el artículo 145 del Reglamento Notarial que establece que:

La autorización del instrumento público tiene carácter obligatorio cuando el Notario con jurisdicción al que se someten las partes o corresponda en virtud de los conceptos de la legislación notarial²⁵.

²⁵ El resto del texto íntegro de dicho artículo en el texto aprobado por RD 45/2007 de 19 de enero es el siguiente: Dicha autorización e intervención tiene carácter obligatorio para el notario con competencia territorial a quien se sometan las partes o corresponda en virtud de los preceptos de la legislación notarial, una vez que los interesados le hayan proporcionado los antecedentes, datos, documentos, certificaciones, autorizaciones y títulos necesarios para ello. Esto no obstante, el notario, en su función de control de la legalidad, no sólo deberá excusar su ministerio, sino negar la autorización o intervención notarial cuando a su juicio: 1º La autorización o intervención notarial suponga la infracción de una norma legal, o no se hubiere acreditado al notario el cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos como previos. 2º Todos o alguno de los otorgantes carezcan de la capacidad legal necesaria para el otorgamiento que pretendan. 3º La representación del que comparezca en nombre de tercera persona natural o jurídica no esté suficientemente acreditada, o no le corresponda por las leyes. No obstante, si el acto documentado fuera susceptible de posterior ratificación o sanación el notario podrá autorizar el instrumento haciendo la advertencia pertinente conforme artículo 164.3 de este Reglamento, siempre que se den las dos circunstancias siguientes: a) Que la falta de acreditación sea expresamente asumida por la parte a la que pueda perjudicar. b) Que todos los comparecientes lo soliciten. 4º En los contratos de obras, servicios, adquisición y transmisión de bienes del Estado, la Comunidad Autónoma, la Provincia o el Municipio las resoluciones o expedientes bases del contrato no se hayan dictado o tramitado con arreglo a las leyes, reglamentos u ordenanzas. 5º El acto o el contrato en todo o en parte sean contrarios a las leyes o al orden público o se prescinda por los interesados de los requisitos necesarios para su plena validez o para su eficacia. 6º Las partes pretendan formalizar un acto o contrato bajo una forma documental que no se corresponda con su contenido conforme a lo dispuesto en el artículo 144 de este Reglamento. Cuando por consecuencia de resoluciones o expedientes de la Administración central, autonómica, provincial o local, deba extenderse instrumento público, el notario requerido para autorizarlo o intervenir tendrá derecho a examinar, sin entrar en el fondo de ella, si la resolución se ha dictado y el expediente se ha tramitado con arreglo a las leyes, reglamentos u ordenanzas que rijan en la materia, y que la persona que intervenga en nombre de la Administración es aquella a quien las leyes atribuyen la representación de la misma. En el caso de resoluciones judiciales que den lugar al otorgamiento ante Notario de un instrumento público, de apreciarse la falta de competencia, procedimiento, documentación o trámites necesarios para el mismo, el Notario se dirigirá con carácter previo al Juzgado o Tribunal poniendo de manifiesto dicha circunstancia. Una vez recibida la resolución del órgano jurisdiccional, el Notario procederá al otorgamiento en los términos indicados por el Juzgado o Tribunal, sin perjuicio de formular en el momento del otorgamiento las salvedades que correspondan, a fin de excluir su responsabilidad. La negativa de los notarios a intervenir o autorizar un instrumento público

De acuerdo con el artículo 349 del Reglamento Notarial es falta grave, a efectos disciplinarios, la negativa (si bien el texto de 2007 no alude a la morosidad reiterada) en la prestación de las funciones requeridas. Lógicamente, como apunta BALLESTEROS ALONSO²⁶ tal hecho podía ser también causa de responsabilidad civil. Sin embargo este precepto en la práctica no ha dado lugar, que yo sepa, a ninguna jurisprudencia.

El Reglamento Notarial de 2007 (y la anterior redacción del mismo también se pronunciaba en idéntico sentido) señala en el artículo 145 la posibilidad de recurso contra la negativa del Notario a otorgar escritura ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, pudiendo, si el recurso es estimado, el Notario hacer constar al otorgar el documento que es autorizado en base al criterio de la Dirección General; todo ello sin perjuicio de la falta muy grave que podía constituir la negativa injustificada y reiterada de las funciones requeridas de acuerdo con el artículo 348 del Reglamento de 1945.

Indica BALLESTEROS ALONSO²⁷ que la decisión del Notario de denegar su función está, con arreglo al artículo 145.4 del Reglamento Notarial sujeta a recurso ante la D.G.R.N. y sigue indicando que «por lo cual, habiendo recurso administrativo contra su decisión, no parece que ésta pueda llegar a derivarse responsabilidad civil, salvo que en el recurso se declare que la negativa del Notario ha habido malicia o ignorancia inexcusable y que del retraso en la intervención notarial se haya derivado otro juicio».

En cualquier caso lo que entiendo es que la responsabilidad del Notario no podrá exigirse mientras siga pendiente recurso gubernativo contra la negativa.

podrá ser revocada por la Dirección General de los Registros y del Notariado en virtud de recurso de cualesquiera de los interesados, la cual, previo informe del notario y de la Junta Directiva del Colegio Notarial respectivo, dictará en cada caso la resolución que proceda. Si ésta ordenara la redacción y autorización del instrumento público, el notario podrá consignar al principio del mismo que lo efectúa como consecuencia de la resolución de la Dirección General a fin de salvar su responsabilidad».

²⁶ Ibidem, pág. 112.

²⁷ Obra citada, pág. 111.

2º) Cuando el Notario otorga una escritura en que, a su juicio, todos o alguno de los otorgantes carezcan de la capacidad necesaria para hacerlo.

3º) Cuando la identificación de los otorgantes no se haya efectuado correctamente.

La STS de la Sala 1ª de 2 de diciembre de 1998²⁸ señala que el Notario dio fe del conocimiento personal de la persona que comparecía (suplantando a otra y exhibiendo un DNI falso) pese a que sólo la conocía «como declaró mas tarde» porque días anteriores fue a la Notaria con el referido DNI. Es más, el propio Notario demandado afirma que dadas las circunstancias (otorgamiento a favor de la compareciente) por una supuesta suegra la que fue propietaria del inmueble en cuestión, hace unos cinco años fallecida (dio un poder para verificar una compraventa) «recibió personalmente al poderdante y se cercioró de su capacidad y lucidez, problema que le preocupaba».

La sentencia del Tribunal Supremo de 11 de enero de 1.988 recuerda como la Ley de Notariado hubo de ser modificada en su artículo 23 por la Ley de 18 de diciembre de 1946, pues aun siendo consciente de la fundamental garantía que la intervención notarial presta a los actos y contratos que mediante ella se forma y al deber del Notario de dar fe de conocimiento de los otorgantes, asegurándose de su identidad, puso de relieve en su a modo de exposición de motivos la cierta y justificada alarma existente en el Cuerpo Notarial ante el hecho de que puedan producirse errores en el conocimiento provocado por los mismos otorgantes que podrían iniciar una acción criminal contra el Notario por una supuesta falsedad y exigir incluso una indemnización indebida, ya que no existiría la culpa o negligencia exigida por el artículo 1.902 del Código Civil, terminando por admitir que la consecuencia del error habían de ser distintas, estableciendo, en definitiva, en el último párrafo del artículo 23 que el Notario que de fe de conocimiento de alguno de los otorgantes, indujera a error sobre la personalidad de éstos, con la actuación maliciosa de los mismos, no incurrirá en responsabili-

²⁸ RJA 1998/9156.

dad criminal, la cual será exigida únicamente cuando proceda con dolo; pero será inmediatamente sometida a expediente de corrección disciplinaria con la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que se hayan producido por tal error a terceros interesados.

También precisa que en el caso de autos no puede pretenderse una indemnización sin haberse seguido previamente un expediente disciplinario contra el Notario que provocó el error en la identificación de uno de los otorgantes del instrumento público que utilizó, y del que dio fe de conocimiento sin haber seguido las pautas que el propio artículo establece para los supuestos que enjuicia, lo que lleva a la desestimación del primero de los motivos del recurso.

El Tribunal Supremo critica al calificar de ligereza la actuación del Notario autorizante porque señala que lo que realmente sucedió es que la identificación se produjo a través de un DNI falsificado y el que no advirtiera tal falsificación, sabiendo las dificultades prácticas de apreciarla por el especial cuidado con que se falsifican los documentos identificativos no puede calificarse de ligereza.

La sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 2000²⁹ se plantea el supuesto en que en el momento del otorgamiento del poder el otorgante fue suplantado por su hermano, que no tenía mandato expreso, diciendo el Notario en el acta que conocía al otorgante, y en vista de eso el Notario dijo literalmente «firma conmigo el Notario que conozco al compareciente», y luego anteriormente se incluyó la impresión de conocer al compareciente doy fe, con lo cual se vino a aceptar y dar por suficiente el conocimiento de Don Ramón G. suplantado por su hermano Don Javier que fue el que efectivamente concurrió a la Notaria.

4º) Cuando la representación del que comparezca en nombre de tercera persona no está debidamente acreditada.

²⁹ RJA 2000/251.

El problema será determinar cómo se acredita que tal representación no estaba debidamente acreditada, entendiendo que, a tales efectos, puede bastar la R.D.G.R.N. o la sentencia firme de un tribunal en juicio ulterior sobre la validez o no de tal representación.

5º) Cuando las resoluciones o expedientes administrativos en contratos de obra, servicio o adquisición o transmisión de bienes públicos no se hayan tramitado con arreglo a la legislación vigente.

Es de estimar que tal defecto de tramitación tiene que ser evidente, puesto que el Notario no es el responsable de tales defectos de tramitación ni tiene que investigar la misma solamente, en mi opinión, si tal resolución se incorpora a un documento notarial y hay un defecto grave y evidente que vicia la misma y el Notario no hace ninguna observación podía incurrir en nulidad.

6º) Cuando un testamento se hace con malicia o negligencia inexcusable, siendo de resaltar a este respecto el calificativo de inexcusable.

A este respecto es de resaltar el contenido del artículo 705 del Código Civil que señala:

Declarado nulo un testamento abierto por no haberse observado las solemnidades establecidas para cada caso, el Notario que lo haya autorizado será responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan, si la falta procediere de su malicia, o de negligencia o ignorancia inexcusables.

Dicho artículo se complementa con el 715, el cual manifiesta:

Es nulo el testamento cerrado en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades establecidas en esta sección; y el Notario que lo autorice será responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan, si se probare que la falta procedió de su malicia o de negligencia o ignorancia inexcusables. Será válido, sin embargo, como testamento ológrafo, si todo é estuviere escrito y firmado por el testador y tuviere las demás condiciones propias de este testamento.

También el artículo 712 señala en cuanto a la falta de presentación de testamento:

El Notario o la persona que tenga en su poder un testamento cerrado, deberá presentarlo al Juez competente luego que sepa el fallecimiento del testador.

Si no lo verifica dentro de diez días, será responsable de los daños y perjuicios que ocasione su negligencia.

Este artículo, a diferencia de los anteriores es aplicable no exclusivamente al Notario, sino al Notario u otra persona que tenga en su poder el testamento.

Respecto al primero de ellos indica BALLESTEROS ALONSO³⁰ que para su aplicación requiere que se cumplan una serie de requisitos:

- a) Que la nulidad del testamento sea completa.
- b) Que la nulidad derive de defectos formales.
- c) Que estos defectos formales sean imputables al Notario.
- d) Que haya sido judicialmente declarada.

Y continúa precisando que tales artículos no recogen ninguna especialidad respecto de la responsabilidad civil del Notario, sino que se limitan a contemplar unos supuestos particulares, por lo que, sin que se den tales requisitos, existe una responsabilidad del Notario, por ejemplo, por una nulidad parcial del testamento y que viceversa podía darse tales requisitos sin que exista responsabilidad civil al no haber existido daños, lo cual es evidente porque si no existe daño no existirá responsabilidad civil por mucho que exista culpa o negligencia por una actuación contraria del Notario contraria a sus deberes profesionales.

³⁰ Ibidem, pág. 114.

Ahora bien, lo difícil, como el mismo BALLESTEROS reconoce, es demostrar cuál era la voluntad del testador, porque si el documento es nulo y no sirve para demostrar la voluntad del testador al objeto de que sea respetada, difícilmente podrá servir para demostrar la existencia de daños y perjuicios, podría a lo mas haber una responsabilidad disciplinaria pero nunca una responsabilidad civil.

7º) La prestación indebida de la función.

Observemos que el Notario tiene un deber de asesoramiento e imparcialidad y de asistencia especial al otorgante necesitado de ella, tal y como señala la Resolución de la Dirección General de los Registro y del Notariado, de 26 de octubre de 1995³¹ la cual puntualiza:

Todo lo anterior no es óbice para que deba recordarse el deber que tiene el Notario de asesorar debidamente a los otorgantes, informándoles de forma exhaustiva sobre las circunstancias y los efectos del documento otorgado por los mismos, con una actuación profesional, cuya imparcialidad, legalmente exigida, implica “una asistencia especial al otorgante necesitado de ella.

Por ello, no es necesario recordar al recurrente que tiene abierta la vía jurisdiccional civil ordinaria para reclamar la declaración de una posible responsabilidad civil del Notario, todo ello en el supuesto de que la misma haya realmente existido y sea acreditada por el reclamante y reconocida por los Tribunales competentes. Y continúa la indicada resolución indicando que:

Debe recordar que, como esta Dirección General ha dicho de forma muy reiterada (Resoluciones de 22 de diciembre de 1988, 2 de marzo y 16 de noviembre de 1990, entre otras muchas) la materia de la responsabilidad civil del Notario está encomendada en exclusiva a los Tribunales Ordinarios, y absolutamente excluida de la competencia de la Dirección General, teniendo además, la decisión de la jurisdicción ordinaria sobre la existencia de responsabilidad civil, necesariamente carácter previo a cualquier decisión que en el ámbito de la responsabilidad

³¹ RJA 1.686 de 1.996

disciplinaria pueda adoptar esta Dirección General, siempre previa a la tramitación del correspondiente expediente (Resolución de 12 de noviembre de 1990).

Ha entendido la jurisprudencia francesa que el Notario debe entregar todas las informaciones en su poder susceptibles de aclarar a sus clientes sobre la naturaleza y el alcance de sus compromisos y sobre los riesgos de la información proyectada³²; y debe ponerles en guardia sobre los peligros de una determinada actuación o de una determinada medida³³; hasta el punto de desaconsejar formalmente la operación que se proyectaba³⁴.

8º) La negligencia o morosidad en la prestación de la misma. Evidentemente la existencia de la misma deberá ser demostrada por quien lo alegue y, a priori no parece que sea tarea fácil, supuesto recogido por el artículo 349 del Reglamento Notarial.

La sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 2004³⁵ estima que no incurrió en responsabilidad el Notario en que advirtió con claridad del riesgo del otorgamiento en una escritura de traspaso aunque solo dijera algo de palabra las reservas y advertencias legales, y en especial la del carácter fiscal y concretamente que se advirtió de la existencia del plazo legal de 30 días que establece la LAU para ejercitar el derecho de tanteo por la propiedad; porque la omisión formal «reglamentaria» no puede por si sola servir de fundamento a la responsabilidad civil.

La sentencia de la A.P. de Barcelona, sección 4ª, de 28 de enero de 2000³⁶ estima que hay responsabilidad del Notario por falta de notificación del traspaso en el plazo legal, habiendo una negligencia profesional ya que no se notificó en el plazo de ocho días que señala el artículo 32 del Texto Refundido de la L.A.U.

³² Civ. 1, 21 febrero 95

³³ Civ. 1, 28 abril 1986, B.I. n° 104, 12 noviembre 1987, B.I. 288 y 29 febrero 91, B.I. n° 79

³⁴ Civ. 1, 19 mayo 1992, B.I. n° 147.

³⁵ RJA 2004/3957.

³⁶ AC 2000/137.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, sección 2ª, de 13 de noviembre de 2001³⁷ entiende que no hay falta de diligencia y que no ha actuado negligentemente el Notario a pesar de haber tardado cuatro días en preparar el documento, cuando no se le hizo ver la urgencia del caso.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 6 de octubre de 2006³⁸ precisa:

En el caso presente, ni la actuación llevada a cabo por el titular de la Notaría ni por los trabajadores de la misma, ni el daño que se dice haber padecido ni que ese sea debido a aquella actuación, han sido suficientemente acreditados. En primer lugar, el retraso imputable a la gestión notarial no alcanza todo el tiempo referido por la actora, es decir, desde la firma de la escritura notarial de aceptación, adjudicación y segregación el 11 de diciembre de 2003 hasta el 20 de mayo del año siguiente, en que se despacha por el Registrador de la Propiedad, sino exclusivamente desde que se estampa la liquidación por la Oficina Liquidadora el 23 de enero de 2004, y no hasta la fecha exacta en que se practica la inscripción en el Registro de la Propiedad, ni tampoco hasta el día en que se presenta por parte de los encargados de la Notaría la escritura en el Registro para su asiento, sino en puridad hasta el día del fallecimiento del esposo de la actora, el día 3 de abril de 2004, puesto que esta es la fecha que toma en consideración la propia demanda para alegar el retraso en la tramitación de la escritura; nada de lo sucedido con posterioridad afecta en este pleito sino tan solo que no se hubiera podido inscribir aquella con anterioridad al fallecimiento del esposo de la actora. Luego, no más de unos dos meses y 10 días de efectivo y trascendental retraso a los efectos de exigir un resarcimiento por el mismo. En segundo lugar, la dilación en la tramitación y recogida del material necesario para practicar la inscripción por el Registro ha estado suficientemente justificada por la necesidad de aportar el testamento del padre de la actora, que no se hallaba en poder suyo a pesar de que en el archivo notarial constaba la existencia de dos copias del mismo expedidas con anterioridad; comprobado posteriormente el destino de esas copias para procedimientos judiciales en marcha, el Notario procedió a obtener una nueva copia del mismo en ese tiempo, la adjuntó con el resto de la documentación pertinente y al final se obtuvo el asiento registral que se pretendía.

³⁷ AC 2001/2.387.

³⁸ AC 2006/1.822.

9º) La falta de inscripción en el Registro del documento autorizado.

Hay que matizar a este respecto que si los interesados desean afectar directamente los trámites de inscripción en el Registro y luego no los siguen, ninguna responsabilidad cabe, lógicamente, imputar al Notario.

Otro supuesto es el de que el Registrador deniegue indebidamente la inscripción en el que de existir responsabilidad será del Registrador y no del Notario. Lo que no será fácil es el determinar cuando la inscripción de la escritura está mal denegada, aun cuando pudieran servir de pauta, si bien pueden no ser siempre definitivas, las resoluciones de los recursos interpuestos contra la denegación de la inscripción.

La sentencia de la A.P. de Baleares sección 5ª, de 23 de junio de 2000 señala que existe responsabilidad del Notario como consecuencia de una cancelación ilegítima de una hipoteca al haberse efectuado con la presentación de unas matrices, pero no del título original que era necesario para su cancelación.

10º) La omisión de solicitud de información registral en escritura de adquisición de inmuebles o constitución y transmisión» de derechos reales sobre los mismos, que constituiría un caso claro «y normalmente demostrable con facilidad» de responsabilidad civil, siempre que de tal omisión se hayan seguido daños y perjuicios, como sucedería con la existencia de cargas sobre un inmueble adquirido que eran ignoradas por los compradores.

11º) El retraso en la expedición de copias, aunque tal hecho puede ser de difícil prueba.

12º) La falta de presentación de fax en el registro.

13º) No guardar el secreto debido del protocolo.

14º) La expedición indebida de copias a quien no tiene interés legítimo, o la exhibición, en iguales condiciones, del protocolo, en base al artículo 32 de la Ley del Notariado.

15º) Negligencia en la conservación del protocolo.

16º) En general cuando el acto o contrato sea en todo o en parte contrario a las leyes, la moral o el orden público, o se prescindiera de los requisitos necesarios para su validez.

El artículo 147 del Reglamento Notarial señala:

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

Lo dispuesto en el párrafo anterior se aplicará incluso en los casos en que se pretenda un otorgamiento según minuta o la elevación a escritura pública de un documento privado.

En el texto del documento, el notario consignará, en su caso, que aquél ha sido redactado conforme a minuta y si le constare, la parte de quien proceda ésta y si la mismos obedece a condiciones generales de su contratación.

Asimismo, el notario intervendrá las pólizas presentadas por las entidades que se dedican habitualmente a la contratación en masa, siempre que su contenido no vulnere el ordenamiento jurídico y sean conformes la voluntad de las partes.

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

Los Tribunales franceses han precisado que el Notario debe conocer el derecho positivo, no debiendo cometer un error de derecho³⁹. Por eso no puede aplicar un régimen fiscal improcedente que el Notario debería conocer, ni aceptar autenticar un acuerdo del cual el conoce el riesgo de anulación⁴⁰ o igualmente autenticar una convención del cual el conoce el riesgo de que sea declarada

³⁹ Civ. 1, 3 mayo 95, B.I. n° 189.

⁴⁰ Civ. 1, 30 mayo 95, B.I. n° 226.

ilícita⁴¹ y no solamente debe aconsejar, sino que el Notario antes de autenticar un acto, cualquiera que sea, debe proceder a constataciones diversas a fin de proteger a las partes en el acto, por ejemplo su capacidad o su cualidad de propietario⁴².

Una puntualización importante que ha señalado la jurisprudencia francesa es que la responsabilidad del Notario depende de la persona del cliente: cuando mas inexperto sea en el tema de que se trate el consejo debe ser mas detallado⁴³ y la responsabilidad puede ser mas tenue, incluso, cuando las partes van asistidas de su propio consejero⁴⁴, pero aún en ese caso sin llegar a desaparecer⁴⁵.

5. OTROS REQUISITOS

Hemos visto la necesidad de la existencia de una culpa que en general es la infracción de unos deberes preexistentes, pero no solamente existe esa posibilidad, sino que existe otros dos: que haya unos daños y que haya relación de causalidad; si no existen daños por muy imprudente o ilícita que haya sido la actuación del Notario no existirá responsabilidad civil, sin perjuicio de la infracción administrativa en que el Notario hubiera podido incurrir.

Por otro lado el daño deberá derivar precisamente de la actuación del Notario: esto será el cumplimiento de la relación de causalidad, que deberá demostrarse en cada caso, y que, en el fondo, será una cuestión de prueba.

La sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1998⁴⁶ señala que:

La culpa o negligencia del Notario y de que los daños y perjuicios reclamados se concretaron por la parte actora, hoy recurrente, en el importe principal

⁴¹ Civ. 1, 10 enero 1995, B.I. n° 24.

⁴² Civ. 13 noviembre 91, B.. n° 310.

⁴³ Civ. 1, 2 julio 91, B.I. n1° 228

⁴⁴ Civ. 1, 7 octubre 75, B.I. n° 259.

⁴⁵ Civ. 1, 21 febrero 96, B.I. n° 95 y 10 julio 95, D. 95 inf 195.

⁴⁶ RJA 1998/1350.

de la deuda garantizada, de manera que no cabe tomar en cuenta tal resultado. Ya en este punto, bueno será partir igualmente de que esta Sala acepta la afirmación de la Audiencia, tanto en su contenido fáctico como jurídico, de que “aun concurriendo una conducta negligente en los demandados, pueden verse los mismos exentos de responsabilidad si acreditaran que entre su comportamiento y el resultado dañoso ha mediado una causa extrema de suficiente entidad que interfiriéndose en el nexo de causalidad lo rompa.

Y la sentencia entiende que hay una ruptura de la relación de causalidad y se desestima la demanda contra el Notario, ya que se señala que:

La nulidad del acto dispositivo incide no sólo sobre el nexo causal, sino que absorbe la negligencia indudable del Notario e impide que se declare que esta produjese el daño pretendido. Y tiene tal fuerza cuando antecede que anula también la indudable incidencia en aludido nexo causal del impago del impuesto por la demandante a un tercero, haciendo decaer los otros motivos y con ello el motivo en su totalidad, dados los términos, repetimos, en que parece plantear el debate, pues los daños y perjuicios no son consecuencia forzosa del incumplimiento contractual por negligencia, y la responsabilidad del artículo 22 de la Ley Hipotecaria, quizá objetiva respecto a la subsanación mediante una nueva escritura, deja de serlo respecto a los perjuicios que se causen en su caso, siendo de aplicación lo que se ha dicho respecto a la ruptura del nexo causal.

La sentencia de 26 de octubre de 2005⁴⁷ incide en la necesidad de prueba de la relación de causalidad:

Constituye causa toda condición de resultado, de acuerdo con las reglas de la experiencia, siempre que sea jurídicamente relevante de conformidad con criterios normativos. Esta relación causal no se presume sino que debe ser probada por quien la invoca como integrante del supuesto de la norma cuya aplicación reclama.

La prueba de la relación causal entre la acción omitida por el Notario y el daño causado a la demandante se la logró en el proceso dado que (a) según la norma reglamentaria mencionada la información registral debía haberla pedido el recurrente antes del otorgamiento de la escritura, acto este que tendría que haberse

⁴⁷ RJA 2005/8296.

realizado dentro de los diez días naturales siguientes a la recepción por el Notario de aquella información; (b) en ese espacio de tiempo en el que debería haber pedido el Notario la información registral, el asiento de presentación con el contenido que establece el artículo 249 de la Ley Hipotecaria no había caducado; y (c) el registrador de la propiedad, de haber sido requerido, hubiera dado, bajo su responsabilidad, información, no solo de los datos del folio registral de la finca sino también del contenido de los asientos de presentación concernientes a ella y practicados en el libro diario antes de la remisión.

6. PRUEBA

El principio común es que el demandante debe demostrar aquello en que se basa su demanda, y en el caso de la exigencia de responsabilidad civil la acción culposa del demandado, el daño ocasionado y la relación de causalidad entre una y otra.

Ciertamente en materia de responsabilidad civil la jurisprudencia ha dulcificado estos principios admitiendo expedientes como el de la inversión de carga de la prueba o la presunción de culpa, que viene a ser lo mismo, desde la óptica procesal.

Pero tal presunción de culpa no es, en principio, y con la clara excepción legal contenida en el artículo 1.591 del Código Civil «hoy de dudosa vigencia» y la de la responsabilidad médica, mayoritariamente⁴⁸ aunque no siempre admitida, aplicable a la responsabilidad profesional, por lo que habrá que demostrarse la culpa del Notario: lo cual si en determinados supuestos como los relativos a defectos de capacidad o de representación pueden ser demostrables en otros, sobre todos los que se derivan del asesoramiento indebido, serán de muy difícil prueba.

La sentencia de 5 de febrero de 2000⁴⁹ indica que era carga probatoria del Notario «que no cumplió» demostrar que su comportamiento funcional estaba ajustado a su función normativa.

⁴⁸ Sentencias de 20 de junio de 1.997, (RJA 4.881), 9 de diciembre de 1.998, (RJA 9.427), y 9 de marzo de 1.999, (RJA 1.368).

⁴⁹ RJA 2000/251.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva, sección 2ª, de 3 de mayo de 2001⁵⁰ señala que a los Notarios no es aplicable el principio de responsabilidad objetiva, aunque reconoce que la sentencia jurisprudencial ha ido hacia una progresiva objetivación de la responsabilidad, pero que en este caso había una ausencia de relación de causalidad además de unos daños y perjuicios no cuantificados.

Para la jurisprudencia francesa no existe inversión de carga de la prueba⁵¹.

7. RESPONSABILIDAD POR LOS ACTOS DE SUS EMPLEADOS

Es sabido que si el artículo 1902 sienta el principio general de responsabilidad civil por los actos propios el 1903 se ocupa de la responsabilidad civil por actos ajenos.

Se plantea entonces el problema de la responsabilidad civil del Notario por las actuaciones de sus empleados y de la persona que tiene como asistentes o dentro de su organización que a veces es completa y sofisticada y se trata de determinar si la responsabilidad civil del Notario se extiende a tales actuaciones.

El problema cobra especial importancia si tenemos en cuenta la actuación actualmente, o al menos en numerosas notarias, tienen estas de «gestorías» o «oficina de tramitación de escrituras»: habitualmente la Notaría hace el asiento de presentación de la escrituras en el Registro de la Propiedad y sigue después los trámites hasta la inscripción definitiva en el Registro «suponiendo que las escrituras sean de las que tienen acceso al mismo».

¿Quién se encarga de dichos trámites?. Puede hacerlo el Notario, la Notaría como organización o, todos o algunos de los empleados de la Notaría actuando como gestoría. Pero tiene que constar, de manera clara, la constitución de una gestoría autónoma e independiente, por parte de alguno o de todos los empleados de

⁵⁰ AC 2001/1380.

⁵¹ Civ. 1, 10 julio 84, B.I. n° 225

la Notaría, funcionando al margen de ésta, para excluir la responsabilidad del Notario; ya que de lo contrario entraría en juego el artículo 1.903 del Código Civil y así parece haberlo entendido la jurisprudencia, como la sentencia de 6 de junio de 2002⁵², que recalca que la Notaría es un complejo unitario de actividad profesional, y alude, clara y específicamente, a la responsabilidad del Notario por los actos de sus empleados, precisando:

El Notario demandado actuó correctamente en la función profesional que le competía al autorizar una escritura de constitución de hipoteca unilateral en garantía de diez obligaciones hipotecarias, y a consecuencia de la misma, se confeccionaron unos títulos que contenían una doble matriz, con lo que se actuaba en total concordia con lo dispuesto en el artículo 154 de la Ley Hipotecaria y en el artículo 247 del Reglamento Hipotecaria.

Y de esa doble matriz, no hubo toma de razón en el Registro de la Propiedad, gestión que se asumía normalmente en la Notaría.

Y por no existir tal diligenciamiento en el Registro de la Propiedad, de los títulos originales es por lo que no se pudo cancelar la hipoteca por incurso de un tercero ajeno a la presente cuestión, sin haberse cumplido sus fines para la parte demandante.

Y, ahora bien, como la Notaría es un complejo unitario de actividad profesional a cuya cabeza y para su dirección se encuentra el Notario, debe, este, responder de los perjuicios causados por las personas que tuvieran empleados y con ocasión de funciones propias.

Y esas funciones deben alcanzar también aquellas incidencias que tengan su origen en su marco en el desempeño de la actividad y que se hayan racionalmente vinculado a ella; sobre todo, a pesar de que alguna doctrina científica moderna no lo exige, cuando es el empleado o afecto a la Notaría, el que incurrió en la negligencia de omitir el diligenciamiento antedicho. Con lo que se configura plenamente la presunción de culpa «in eligendo» o «in vigilando» en relación al Notario, como titular de una empresa entendida como una organización de hombres y medios materiales.

Pues tampoco se puede olvidar que el Notario como director de la Notaría está dentro del orden de la profesionalidad y de la interna relación con la responsabilidad «la “accountability”», lo que supone que el trabajo a realizar en su campo laboral tendrá como finalidad la seguridad de que el cliente va a obtener en perfectas y lógicas condiciones y con todos sus efectos la escritura pública que

⁵² RJA 6755.

otorgaron, ya que en caso contrario estará obligado a indemnizar cuando no se consiga la finalidad pretendida con la confección de la misma y se ocasionen concretos perjuicios.

La sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2003⁵³ parte de la base de que, en un supuesto de constitución de hipoteca ante un Notario, se encargaba a un oficial de la misma Notaría la urgente presentación de dicha escritura en el Registro de la Propiedad, así como la tramitación subsiguiente hasta la consecución de la inscripción correspondiente, y si bien se presentó en el Registro no llegó a ser retirado para la liquidación del impuesto que gravaba el negocio jurídico celebrado por lo que caducó la anotación realizada en el libro diario, lo que permitió que posteriormente tuvieran constancia registral de diversos embargos sobre los inmuebles objeto de la hipoteca, por lo que la garantía obtenida resultó ineficaz.

La sentencia de la Audiencia fue absolutoria para el Notario entendiendo que no existía responsabilidad en el mismo y contra la misma se presentó recurso de casación alegando por una parte que existía un recibo de cantidad efectuado con membrete del Notario y sello de la Notaría, y que todo ello suponía relación con el Notario y además el Notario no podía ignorar las actividades ilícitas que el oficial había realizado, e insistiendo en el concepto de Notaría como un todo unitario.

La fundamentación jurídica de dicha sentencia, que por su interés se transcribe, es la siguiente:

Esta Sala ha tenido ocasión de examinar con anterioridad el tema de las consecuencias a efecto de responsabilidad, de la falta de diligenciamiento en el Registro de la Propiedad de las escrituras públicas de hipoteca, cuando la gestión de su inscripción «imprescindible para la eficacia de las mismas» había sido confiada a empleados del Notario autorizante, llegando a la conclusión de que la reparación de los perjuicios causados por sus dependientes con ocasión del desempeño de las funciones a los mismos atribuidas debe recaer sobre aquél, precisamente por ser el director de ese complejo unitario y de actividad profesional que toda Notaría constituye.

⁵³ RJA 2003/5387.

Como se decía en la sentencia de 6 de junio de 2002 las funciones (y, por ende, la responsabilidad) del Notario deben alcanzar también a todas incidencias que se hayan racionalmente vinculadas a ella, cuando ha sido uno de los empleados el que ha incurrido «por descuido o por otra causa» en la omisión de un diligenciamiento que impide que las personas que han acudido ante el fedatario a fin de que en el ejercicio de la importante función que el Estado le ha confiado con carecer exclusivo, solemnizando sus declaraciones de voluntad puedan obtener en perfectas condiciones todos los efectos pretendidos.

Hay pues, un exigente deber “in vigilando” que incumbe al Notario respecto al personal a su servicio, por cuanto el hecho de que en el despacho profesional del que es titular se desarrolle la función oficial a que nos hemos referido tener a los ciudadanos una razonable confianza hacer que la seriedad y seguridad con que ha de llevarse a cabo toda actividad que en el mismo se ejecute, ya sea la primera y fundamental delación de fe pública, ya cualquier otra que constituya consecuencia o complemento de la misma como la de realización de concretas gestiones ante determinados organismos que según es notorio se ha venido asumiendo en muchos casos en beneficio de las personas que lo requerían. Sin embargo, el problema que en el presente supuesto se planea es de si el demandado había autorizado para gestiones de dicha naturaleza al oficial al que se dirigieron los representantes de la parte recurrente a fin de que obtuviese la inscripción de la hipoteca concertada, lo que la Sala de instancia considera no probado, o si, en otro supuesto, habiendo sido conocedor de anteriores comportamientos ilícitos de aquél empleado no adoptó con el necesario rigor todas las medidas tendentes a excluir radicalmente de los mismos, lo que habría impedido la causación del perjuicio a que se refiere la demanda.

La Audiencia Provincial exonera al demandado de la responsabilidad a que establece el artículo 1.903.4 del Código Civil por entender que en el caso que nos ocupa el dependiente ha actuado en su único, exclusivo y personal provecho, sin que ello hubiese trascendido dado el sigilo con que suelen desarrollarse los actos ilícitos de la naturaleza del que nos ocupa.

A la vista de que dicho supuesto no fue único, según se deduce de las denuncias de varios perjudicados, como resulta de los testimonios de causas penales y del proceso de despido del oficial del que se trata (que fue declarado precedente), ha de analizarse si el demandado debía haber colocado algún cartel prohibiendo a su personal la tramitación ante el Registro de la Propiedad de las escrituras que autorizaba «como se argumenta por la entidad recurrente» o bien le incumbía la obligación de extremar su vigilancia y atención sobre la realización de las gestiones que pudieran ser encomendadas a sus dependientes y hasta realizar un seguimiento de las mismas y comparar su buen fin, no

en vano su despacho y la organización de medios personales y materiales que tenía a su servicio habían dado ocasión a relaciones directas entre sus empleados y sus clientes en el curso de los cuales los últimos pudieran ser víctimas de posibles abusos de confianza que suscitaba la naturaleza oficial de la función notarial.

En el presente supuesto, como se recoge en la sentencia impugnada (Fundamento Jurídico Cuarto, apartado segundo) el hecho de litis no fue único, sino que la actuación del Oficial de la Notaria del demandado había generado diversas denuncias de afectados que dieron lugar a la tramitación de causa penal y a que el Sr. Jesús Carlos le comunicara su despido, constándole los testimonios incorporados en segunda instancia la utilización por el mencionado Oficial en provecho propio al menos del importe de un cheque de 1.500.000, «pts. expedido el 22 de octubre de 1989 y de otro de 2.000.000,» de pts. de fecha 16 de junio de 1990.

Los hechos no han podido por menos de llegar al conocimiento del Sr. Jesús Carlos, por cuanto es un hecho constatado por la experiencia que la reacción primera de la persona afectada por sucesos de ésta naturaleza consiste «antes de acudir a la vía penal» en formular su justificada protesta y esperar la obtención de una solución privada del problema, para lo cual resulta natural y lógico que se dirijan al empleado a quien materialmente se hubiera hecho entrega del dinero que no ha sido aplicado a la finalidad señalada, pero también a la persona titular del despacho profesional en que el encargo se había conferido.

Las denuncias de los afectados no puede servir por tanto para deliberar de toda responsabilidad al demandado, como ha entendido la Sala de apelación, sino que por el contrario, vienen a poner de relieve la ausencia de una escrupulosa supervisión y control respecto al comportamiento de sus empleados en la realización de actividades que, como se ha dicho, son consecuencia y complemento la función que el mismo ejerce, y que habitualmente son encomendados en la propia Notaria con su tácita conformidad.

Como puede verse en esta sentencia el Tribunal Supremo extrema el deber de vigilancia del Notario aun admitiendo que los daños se deriven de una actuación ilícita de un empleado de la Notaria, por estimar que, dada la pluralidad de hechos de tal carácter que tal persona había cometido, debía haber existido una vigilancia atenta por parte del Notario, que tenía que haberse dado cuenta de lo que sucedía y poner remedio a la situación.

8. PROCEDIMIENTO

No existe un procedimiento específico para exigir la responsabilidad de los Notarios. Por tanto el procedimiento será el juicio ordinario declarativo correspondiente con la posibilidad de recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, y cuando la cuantía o la naturaleza del procedimiento lo justifiquen de recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

La RDGRN de 16 de Abril de 1996⁵⁴ señala cómo la responsabilidad civil de los notarios ha de hacerse con arreglo a las normas generales de la responsabilidad contenida en los artículos 1.902 y concordantes del Código Civil, y que lo deben de hacer exclusivamente los Tribunales ordinarios; y en cuanto a la responsabilidad disciplinaria del artículo 23 de la Ley del Notariado entiende que es improcedente tratándose de un error de identificación de los daños y perjuicios sufridos por los compradores de un inmueble vendido por quien suplantó la personalidad de su verdadero dueño, mediante la exhibición en el momento de la firma, de un documento de identidad falsificado; y que no puede calificarse de culposa la actuación del Notario que no advierte que el D.N.I. está falsificado.

Otra cosa es la responsabilidad administrativa que sería exigible con arreglo a lo que dispone el Reglamento Notarial.

Tal responsabilidad y la corrección disciplinaria están recogida en el título VI del Reglamento Notarial, artículos 346 a 364 los cuales han sido modificados por el R.D. 45/2007 de 19 de enero.

Las faltas muy graves son recogidas en el artículo 348 del Reglamento:

a) Las conductas constitutivas de delito doloso relacionadas con la prestación de la fe pública que causen daño a la Administración o a los particulares declaradas en sentencia firme.

⁵⁴ RJA 1991/9.847.

b) Las conductas que hayan acarreado sanción administrativa, en resolución firme, por infracción grave de disposiciones en materia de prevención de blanqueo de capitales, tributaria, de mercado de valores u otras previstas en la legislación especial que resulte aplicable, siempre que dicha infracción esté directamente relacionada con el ejercicio de su profesión.

c) La autorización o intervención de documentos contrarios a lo dispuesto en las leyes o sus reglamentos, a sus formas y reglas esenciales siempre que se deriven perjuicios graves para clientes, para terceros o para la Administración.

d) La actuación del notario sin observar las formas y reglas de la presencia física.

e) La reincidencia por la comisión de infracciones graves e el plazo de dos años siempre que hubieran sido sancionadas por resolución firme.

f) El incumplimiento grave de las normas sobre incompatibilidades contenidas en la ley 5/2006, de 10 de abril de Regulación de los Conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y Altos cargos de la Administración General del Estado y en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas.

g) La percepción de derechos arancelarios con infracción de las disposiciones por las que aquellos se rijan.

h) El incumplimiento del deber de fidelidad a la Constitución en el ejercicio de su profesión.

i) Toda actuación profesional que suponga discriminación por razón de raza, sexo, religión, lengua, opinión, lugar de nacimiento, vecindad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

j) La violación de neutralidad o independencia políticas, utilizando las facultades atribuidas para influir en procesos electorales de cualquier naturaleza y ámbito, así como la obstaculización al ejercicio de las libertades públicas y derechos sindicales.

k) El incumplimiento de las obligaciones de custodia y uso de la firma electrónica reconocida del notario, así como la obligación de denunciar la pérdi-

da, extravío o deterioro o situación que ponga en riesgo el secreto o la unicidad del dispositivo seguro de creación de firma de acuerdo con lo dispuesto en la legislación sobre el uso de firma electrónica de notarios y Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles.

Y son graves de acuerdo al artículo 349 del mismo Reglamento:

a) Las conductas que hayan acarreado sanción administrativa, en resolución firme, por infracción de disposiciones en materia de prevención de blanqueo de capitales, tributaria, de mercado de valores, u otras previstas en la legislación especial que resulte aplicable, siempre que dicha infracción esté directamente relacionada con el ejercicio de su profesión y no constituyan falta muy grave.

b) La negativa injustificada a la prestación de funciones requeridas, así como la ausencia injustificada por más de dos días del lugar de su residencia, siempre que cause daño a terceros: en particular, se considerará a los efectos de esta infracción de negativa injustificada a la prestación de funciones requeridas, la denegación injustificada por parte del notario a autorizar un instrumento público.

c) Las conductas que impidan prestar con imparcialidad, dedicación y objetividad las obligaciones de asistencia, asesoramiento y control de legalidad que la vigente legislación atribuya a los notarios o que pongan en peligro los deberes de honradez e independencia necesarios para el ejercicio público de su función.

d) Los enfrentamientos graves y reiterados del notario con autoridades, clientes y otros notarios, en el lugar, zona o distrito donde ejerce su función, debida a actitudes no justificadas de aquél.

e) El incumplimiento grave y reiterado de cualesquiera deberes impuestos por la legislación notarial o por acuerdo corporativo vinculante, así como el impago de los gastos colegiales acordados reglamentariamente.

f) La reincidencia por la comisión de infracciones leves en el plazo de dos años siempre que hubieran sido sancionadas por resolución firme.

g) La falta de rendimiento que afecte al normal funcionamiento del servicio y no constituya falta muy grave.

h) La falta de obediencia debida a las Juntas Directivas y al Consejo General del Notariado.

i) El incumplimiento y la falta de obediencia a las Instrucciones y Resoluciones de carácter vinculante de la Dirección General de los Registros y del Notariado, así como la falta de respeto o menosprecio a dicho Centro Directivo.

La Resolución de 12 de Junio de 1991⁵⁵ vuelve a indicar cuales son los procedimientos necesarios para la exigencia de responsabilidad civil, y que no puede pronunciarlo la Dirección General sino que tiene que ser mediante juicio ordinario o mediante el procedimiento arbitral previsto en el artículo 146 del Reglamento Notarial.

La citada R.D.G.R.N. de 9 de Octubre de 1991⁵⁶ se plantea el problema de la responsabilidad del Notario por no comprobar la cancelación de la hipoteca al efectuar una escritura de compraventa, aunque consta la afirmación expresa del Notario acerca de las advertencias relativas a tal extremo, entendiéndose que es suficiente la advertencia verbal y señala que:

No es competencia de este centro la declaración de responsabilidad civil del Notario, sino que está reservada con carácter exclusivo a los Tribunales de Justicia, sin perjuicio de la posibilidad de acudir al procedimiento arbitral previsto a tales efectos en el artículo 146 del Reglamento Notarial. En este procedimiento la Junta Directiva, sin prejuzgar la existencia o inexistencia de responsabilidad civil, si considera evidentes los daños y perjuicios y la procedencia de su indemnización dada la conducta del Notario, podrá formular a las partes una propuesta sobre la cantidad de resarcimiento como medio de evitar procedimiento judicial si una Venecia.

9. PRESCRIPCIÓN

Siendo por tanto una responsabilidad contractual la prescripción de las acciones contra los notarios por responsabilidad civil esta sujeta al plazo de quince años, según indica las senten-

⁵⁵ RJA 1991/9.845.

⁵⁶ RJA 1991/9.847.

cias del Tribunal Supremo, de 9 de octubre de 1991⁵⁷ y la de 6 de mayo de 1994⁵⁸.

10. SEGURO

Cita BALLESTEROS ALONSO⁵⁹ el artículo 3 de la Orden de 16 de noviembre de 1982, referente al Seguro de responsabilidad civil de los Notarios, cuando indica que «el ámbito de la cobertura del seguro será el del entero quehacer del Notario, incluidos los supuestos de actuación de sus empleados siempre que de ella deba aquél responder». Y precisa que para determinar en qué casos no debe responder el Notario de los daños causados por sus empleados hay que estar también a la norma general del último párrafo del art. 1903 Código Civil, conforme al cual «la responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño».

Jose Manuel Fernández Hierro

⁵⁷ RJA 1991/9847.

⁵⁸ RJA 1994/3718.

⁵⁹ *Ibidem*, pág. 130.