



Recurso Nº: 63/2007

29 MAYO 2008

REC.ORDINARIO(c/d) Num.: 63/2007

Votación: 23/04/2008

Ponente Excmo. Sr. D.: Octavio Juan Herrero Pina

Secretaría Sr./Sra.: Ilmo. Sr. D. Gonzalo Núñez Ispa

SENTENCIA

TRIBUNAL SUPREMO.
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN: SEXTA

Excmos. Sres.:

Presidente:

D. Ramón Trillo Torres

Magistrados:

**D. José Manuel Sieira Míguez
D. Octavio Juan Herrero Pina
D^a. Margarita Robles Fernández
D. Luis María Díez-Picazo Giménez
D. Agustín Puente Prieto**

En la Villa de Madrid, a veinte de Mayo de dos mil ocho.

Visto por esta Sección Sexta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, el presente recurso contencioso-administrativo 63/07, interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Manuel Lanchares Perlado, en nombre y representación del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, contra el Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, por el que se modifica el Reglamento de la organización y régimen del Notariado, aprobado



Recurso Nº: 63/2007

por Decreto de 2 de junio de 1944. Siendo partes demandadas la Administración General del Estado que actúa representada por el Abogado del Estado, el Consejo General del Notariado, representado por el Procurador D. Rafael Gamarra Megías y la Asociación Foro Notarial representada por el Procurador D. Jesús Verdasco Triguero.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación procesal del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España se interpone recurso contencioso administrativo contra el Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, por el que se modifica el Reglamento de la organización y régimen del Notariado, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944.

SEGUNDO.- Admitido a trámite el recurso y recibido el expediente administrativo, se dio traslado al Colegio recurrente para la formalización de la demanda, en la que comienza justificando su legitimación para la interposición del recurso contra el Real Decreto 45/2007 y, como fundamentos de derecho, invoca en primer lugar los artículos 51 y 62.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y el artículo 23.2 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, de Organización, Competencia y Funcionamiento del Gobierno, argumentando genéricamente sobre el principio de legalidad, como límite de la potestad reglamentaria, en su doble manifestación de reserva de ley y jerarquía normativa y, en segundo lugar, examina los vicios de legalidad que a su entender presentan los concretos preceptos del Real Decreto 45/2007 objeto de impugnación, terminando por solicitar que se declaren nulos de pleno derecho los apartados del artículo primero del Real Decreto impugnado siguientes:

Uno. Por el que se modifica el artículo 1: en su totalidad y, subsidiariamente, los incisos señalados en negrita:



Recurso Nº: 63/2007

"El Notariado está integrado por todos los notarios de España, con idénticas funciones y los derechos y obligaciones que las leyes y reglamentos determinan.

Los notarios son a la vez funcionarios públicos y profesionales del Derecho, correspondiendo a este doble carácter la organización del Notariado.

Como funcionarios ejercen la fe pública notarial, que tiene y ampara un doble contenido:

a) En la esfera de los hechos, la exactitud de los que el notario ve, oye o percibe por sus sentidos.

b) Y en la esfera del Derecho, la autenticidad y fuerza probatoria de las declaraciones de voluntad de las partes en el instrumento público redactado conforme a las leyes.

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

El Notariado disfrutará de plena autonomía e independencia en su función, y en su organización jerárquica depende directamente del Ministerio de Justicia y de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Sin perjuicio de esta dependencia, el régimen del Notariado se estimará descentralizado a base de Colegios Notariales, regidos por Juntas Directivas con jurisdicción sobre los notarios de su respectivo territorio.

En ningún caso el notario, ni en el ejercicio de su función pública, ni como profesional del derecho, podrá estar sujeto a dependencia jerárquica o económica de otro notario.

El ámbito territorial de los Colegios Notariales deberá corresponderse con el de las Comunidades Autónomas, de conformidad con lo previsto en el anexo V de este Reglamento.

Las provincias integradas en cada Colegio Notarial se dividirán en Distritos, cuya extensión y límites determinará la Demarcación Notarial".

Veintitrés. Por el que se modifica el artículo 61: el inciso señalado en negrita:

"El notario requerido para ejercer su ministerio, a quien se impida o dificulte el libre ejercicio de sus funciones con injurias, amenazas o cualquier forma de coacción, lo hará constar, a los efectos de lo dispuesto en los artículos 550, 551.1, 552, 553, 555 y 556 del Código Penal, por medio de acta,



Recurso Nº: 63/2007

que firmarán él mismo y los testigos concurrentes y, en su caso, la persona o personas que se presten a suscribirla, de cuyo documento se sacarán tres copias que, dentro de las veinticuatro horas siguientes, serán remitidas al Juez de Instrucción, al Presidente del Tribunal Superior de Justicia y a la Junta Directiva del Colegio Notarial. **Esta tendrá legitimación para ejercitar las acciones civiles y criminales que estime convenientes, incluso para interponer la querrela en nombre propio y en el del notario.**

De igual modo se procederá, a tenor de lo dispuesto en el artículo 634 del Código Penal, cuando, sin incurrir en delito, se faltare al respeto y consideración debida al notario. Además, el notario podrá reclamar directamente, y bajo su responsabilidad, la asistencia de agentes de la autoridad, los cuales vendrán obligados a prestarla, con arreglo a sus respectivos reglamentos".

Setenta. Por el que se modifica el artículo 145: los incisos señalados en negrita:

"La autorización o intervención del instrumento público implica el deber del notario de dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes e intervinientes.

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:

1.º 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.

2.º Todos o alguno de los otorgantes carezcan de la capacidad legal necesaria para el otorgamiento que pretendan.

3.º 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



Recurso Nº: 63/2007

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.

4.º 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.

5.º 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.

6.º 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 intervenirlo 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 podrá ser revocada por la Dirección General de los Registros y del Notariado en virtud de recurso de cualesquiera de los interesados, la



Recurso Nº: 63/2007

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".

Setenta y uno. Por el que se modifica el artículo 147: los incisos señalados en negrita:

"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 procede ésta y si la misma 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 a 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**".

Setenta y ocho. Por el que se modifica el artículo 157: los incisos señalados en negrita:

"Las circunstancias identificativas de los otorgantes o comparecientes se harán constar por lo que resulte de los documentos de identidad aportados **y en su caso de sus manifestaciones.**



Recurso Nº: 63/2007

Quando el otorgante fuere conocido con un segundo nombre unido al primero, o con un nombre distinto, se expresará también esta circunstancia. **Si se conociere un solo apellido, se hará constar así, no siendo necesario expresar el segundo cuando por los otros datos resultare perfectamente identificado. En caso de duda, podrá agregarse su filiación."**

Ochenta. Por el que se modifica el artículo 159: los incisos señalados en negrita:

"Las circunstancias relativas al estado de cada compareciente se expresarán diciendo si es soltero, casado, separado judicialmente, viudo o divorciado.

También podrá hacerse constar a instancia de los interesados su situación de unión o separación de hecho.

Si el otorgante fuere casado, separado judicialmente o divorciado, y el acto o contrato afectase o pudiese afectar en el futuro a las consecuencias patrimoniales de su matrimonio actual, o en su caso, anterior, se hará constar el nombre y apellidos del cónyuge a quien afectase o pudiese afectar, así como el régimen económico matrimonial.

Las circunstancias a que se refiere este artículo se harán constar por el notario por lo que resulte de las manifestaciones de los comparecientes.

Se expresará, en todo caso, el régimen económico de los casados no separados judicialmente. Si fuere el legal bastará la declaración del otorgante. Si fuese el establecido en capitulaciones matrimoniales será suficiente, a **todos los efectos legales**, que se le acredite al notario su otorgamiento en forma auténtica. El notario identificará la escritura de capitulaciones y en su caso, su constancia registral, y testimoniará, **brevemente**, el régimen acreditado, **salvo que fuere alguno de los regulados en la ley**, en que **bastará con hacer constar cuál de ellos es.**

En las escrituras de capitulaciones matrimoniales el notario hará constar que las modificaciones del régimen económico matrimonial realizadas durante el matrimonio no perjudicarán en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros".

Ochenta y uno. Por el que se modifica el Artículo 161: el inciso señalado en negrita:

"Respecto de españoles la nacionalidad y su identidad se acreditarán por el pasaporte o el documento nacional de identidad y la vecindad por el lugar de otorgamiento, salvo que manifieste el interesado otra cosa.



Recurso Nº: 63/2007

Respecto de extranjeros residentes en territorio nacional, su nacionalidad e identidad se acreditará mediante pasaporte o permiso de residencia expedido por autoridad española. Por último, respecto de extranjeros no residentes su nacionalidad e identidad se acreditará mediante pasaporte o mediante cualquier otro documento oficial expedido por autoridad competente de su país de origen que sirva a efectos de identificación, lo que se certificará en caso de duda por la autoridad consular correspondiente.

En todo caso, el documento utilizado deberá contener fotografía y firma del otorgante".

Ochenta y cuatro. Por el que se modifica el artículo 164: los incisos señalados en negrita:

"La intervención de las otorgantes se expresará diciendo si lo hacen por su propio nombre o en representación de otro, reseñándose en este caso los datos identificativos del documento del cual surge la representación, salvo cuando emane de la ley, en cuyo caso se expresará esta circunstancia, **no siendo preciso que la representación legal se justifique si consta por notoriedad al autorizante.**

Si el otorgante actúa en representación voluntaria de otra persona física o jurídica, el notario, antes de la autorización del acto o negocio jurídico de que se trate consultará el Archivo de Revocación de Poderes o el que le sustituya del Consejo General del Notariado, a los efectos de comprobar que no consta la revocación salvo que, bajo su responsabilidad, no estime necesario realizar la consulta.

Si la representación no resultare suficientemente acreditada a juicio del notario autorizante y todos los comparecientes hicieren constar expresamente su solicitud de que se autorice el instrumento con tal salvedad, el notario reseñará dichos extremos y los medios necesarios para la perfección del juicio de suficiencia. En tal caso, cuando le sean debidamente acreditados, el notario autorizante o su sucesor en el protocolo así lo harán constar por diligencia, expresando en ella su juicio positivo de suficiencia de las facultades expresadas. En todas las copias que se expidan con anterioridad a dicha diligencia el notario hará constar claramente que la representación no ha quedado suficientemente acreditada.

También se hará constar el carácter con que intervienen los otorgantes que sólo comparezcan al efecto de completar la capacidad o de dar su autorización o consentimiento para el contrato".



Recurso Nº: 63/2007

Ochenta y cinco. Por el que se modifica el artículo 165.

Ochenta y seis. Por el que se modifica el artículo 166: su párrafo primero en los incisos señalados en negrita:

"En los casos en que así proceda, de conformidad con el artículo 164, el notario reseñará en el cuerpo de la escritura que autorice los datos identificativos del documento auténtico que se le haya aportado para acreditar la representación alegada y expresará **obligatoriamente** que, a su juicio, son suficientes las facultades representativas acreditadas para el acto o contrato a que el instrumento se refiera. La reseña por el notario de los datos identificativos del documento auténtico y su valoración de la suficiencia de las facultades representativas harán fe suficiente, por sí solas, de la representación acreditada, bajo la responsabilidad del notario. **En consecuencia, el notario no deberá insertar ni transcribir, como medio de juicio de suficiencia o en sustitución de éste, facultad alguna del documento auténtico del que nace la representación**".

Ochenta y siete. Por el que se modifica el último párrafo del Artículo 168.

Noventa. Por el que modifica el artículo 171.

Noventa y uno. Por el que se modifica el Artículo 175.

Noventa y dos. Por el que se modifica el artículo 177: su párrafo sexto que dice:

"Si los otorgantes no pudieran acompañar, en todo o en parte del precio, los documentos acreditativos del medio de pago empleado, el notario deberá no sólo preguntar las causas por las que no se aportan los documentos justificativos de pago, sino también las fechas y los medios de pago empleados, haciendo constar en la escritura, bajo la responsabilidad en los términos que procedan de los otorgantes, sus manifestaciones al respecto".

Noventa y tres. Por el que se modifica el Artículo 178: los incisos señalados en negrita:



Recurso N°: 63/2007

"Se hará constar al final o al margen de la escritura matriz, por medio de nota, que deberá ser transcrita en cuantas copias de cualquier clase sean libradas en lo sucesivo:

1.º La escritura o escrituras por las cuales se cancelen, rescindan, modifiquen, revoquen, anulen o queden sin efecto otras anteriores, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.219 del Código Civil.

2.º Las de cesión de derechos o subrogación de obligaciones.

3.º Las de adhesión a que se refiere el párrafo 2.º del artículo 176 anterior, cuando aquélla conste en escritura independiente.

4.º Los endosos que constan en la primera copia del instrumento público de actos o contratos no inscribibles en el Registro de la Propiedad.

El notario que autorice alguna de las escrituras comprendidas en los tres primeros números anteriores lo comunicará telemáticamente al notario en cuyo protocolo se hallen las matrices que contengan los negocios a que la nueva escritura afecte mediante el sistema de información Central del Consejo General del Notariado. El notario que reciba la comunicación lo hará constar al margen por nota indicativa de la fecha de la segunda escritura y el nombre y residencia del notario autorizante. Si la primitiva matriz obrase en el mismo protocolo del notario autorizante del último documento, él mismo pondrá la nota.

Cuando al notario que custodie el protocolo en el que obre la escritura matriz objeto de cualquiera de las notas previstas en los números primero al cuarto de este artículo se le presente una copia auténtica de dicha escritura y se le requiera para ello por persona interesada, se transcribirá por él, al final de dicha copia, la nota correspondiente.

Tratándose de una escritura de revocación de poder el notario autorizante de la revocación comunicará telemáticamente la misma mediante el sistema de información Central del Consejo General del Notariado al Archivo de Revocación de Poderes del Consejo General del Notariado. Dicha comunicación deberá efectuarse en el mismo día o hábil siguiente al de autorización de dicha escritura. Asimismo, el notario comunicará telemáticamente y a través del mismo sistema de información al Consejo General y para dicho Archivo cualquier supuesto de extinción de poderes que le conste fehacientemente".

Noventa y cuatro. Por el que se modifica el artículo 179: El inciso final del párrafo segundo que dice:



Recurso Nº: 63/2007

"No se admitirán en ningún Registro u oficina dichas particiones si no aparecen otorgadas precisamente en escritura pública, y en ésta no consta el cumplimiento de lo dispuesto anteriormente".

Noventa y nueve. Por el que se modifica el artículo 196: su párrafo tercero, que dice:

"Esta regla será de aplicación respecto de los documentos susceptibles de inscripción en otros Registros Públicos con efectos jurídicos cuando sus Sistemas de Información estén debidamente conectados con el del Consejo General del Notariado".

Ciento uno. Por el que se modifica el artículo 197: su párrafo quinto que dice:

"En lo relativo a la consulta al Archivo de Revocación de Poderes se estará a lo dispuesto en el artículo 164 del presente Reglamento".

Ciento dos. Por el se añade un nuevo artículo 197 bis: su párrafo segundo que dice:

"No obstante, en los contratos realizados por representantes de entidades financieras, en lo que atañe exclusivamente a los otorgamientos por dichas entidades de operaciones propias de su tráfico ordinario referidas en el párrafo tercero del artículo 144 de este Reglamento, bastará con que el notario, si no concurren personalmente, se asegure, previamente a la intervención, de la legitimidad de las firmas, y de la suficiencia de los poderes de tales representantes, dejando constancia en la póliza de estas circunstancias".

Ciento tres. Por el que se añade un nuevo artículo 197 ter: su párrafo tercero que dice:

"Entre la fecha del primer otorgamiento y la del último, no podrá mediar nunca un plazo superior a dos meses. Transcurrido dicho plazo sin concurrir las circunstancias precisas para formalizar e intervenir la operación, no podrá el notario intervenirla, debiendo en su caso, volverse a otorgar y firmar por los interesados un nuevo documento".

Ciento Cuatro. Por el que se añade un nuevo artículo 197 quater: los incisos señalados en negrita:



Recurso Nº: 63/2007

"Como consecuencia del artículo 17 bis de la Ley del Notariado, la expresión "Con mi intervención" implica el **control de legalidad por el notario** y, en particular:

a) La identificación por el notario de los contratantes por sus documentos de identidad reseñados, salvo que se consigne otro medio de identificación de los establecidos en el artículo 23 de la Ley del Notariado.

b) La reseña de las circunstancias de los otorgantes conforme a lo prevenido en el artículo 197 bis, párrafo segundo, de este Reglamento.

c) El juicio de capacidad de los otorgantes para el acto o contrato intervenido y, en su caso, que los poderes relacionados son suficientes para el acto o contrato intervenido. **Será de aplicación lo previsto en el segundo párrafo del artículo 164 de este Reglamento.**

d) Que la calificación del acto o contrato es la que figura en el mismo, con el nombre conocido que tenga en derecho o le atribuyan los usos mercantiles, salvo que no tuviera denominación especial.

e) Que el contenido del negocio jurídico de que se trate se realiza de acuerdo con las declaraciones de voluntad de los intervinientes.

f) Haber hecho a los otorgantes las reservas y advertencias legales en la forma exigida por las leyes o por este Reglamento. No obstante el notario podrá incluir las reservas y advertencias legales que juzgue oportunas.

g) La conformidad y aprobación del contenido de la póliza tal como aparece redactada, por los otorgantes, y de haber estampado los mismos o los testigos instrumental es, en su caso, la firma ante el notario, o **juicio de legitimidad de la misma tratándose de representantes de entidades financieras, cuando legalmente se halle permitido.**

Si fuera requerida la actuación de un notario y éste se negara motivadamente a intervenir, los interesados si consideran injustificada la negativa, podrán ponerlo en conocimiento de la Dirección General de los Registros y del Notariado, la cual, oído el notario, resolverá en el plazo de quince días. La resolución será susceptible de recurso de alzada ante el Ministro de Justicia".

Ciento ocho. Por el que se modifica el artículo 198: los incisos señalados en negrita del número 10 y el número 60 de su apartado 1:

"1.Los notarios, previa instancia de parte en todo caso, extenderán y autorizarán actas en que se consignent los hechos y circunstancias que presencien o les consten, y que por su naturaleza no sean materia de contrato.



Recurso Nº: 63/2007

Serán aplicables a las actas notariales los preceptos de la sección segunda, relativos a las escrituras matrices, con las modificaciones siguientes:

1.º En la comparecencia no se necesitará afirmar la capacidad de los requirentes, ni se precisará otro requisito para requerir al notario al efecto, que el interés legítimo de la parte requirente y la licitud de la actuación notarial, salvo que por tratarse del ejercicio de un derecho el notario deba hacer constar de modo expreso la capacidad y legitimación del requirente a los efectos de su control de legalidad.

6.º En todo caso y cualquiera que sea el tipo de acta, el notario deberá comprobar que el contenido de la misma y de los documentos a que haga referencia, con independencia del soporte utilizado, no es contrario a la ley o al orden público".

Ciento diez. Por el que se modifica el artículo 199: el inciso señalado en negrita de su párrafo cuarto que dice:

"Se prohíbe el uso publicitario de toda acta que no se haya instado expresamente con la finalidad de tal uso y, en su caso, será necesaria la aprobación previa, por parte del notario autorizante, de los textos e imágenes en que la publicidad se concrete. El nombre del notario no deberá aparecer en publicación autorizada de dichos textos e imágenes. **Deberá el notario, igualmente, denegar la autorización cuando pueda inducir a confusión a los consumidores y usuarios sobre el alcance de la intervención notarial.**"

Ciento dieciséis. Por el que se modifica el artículo 203: el inciso marcado en negrita:

"Cuando el interesado, su representante o persona con quien se haya entendido la diligencia se negare a recoger la cédula o prestase resistencia activa o pasiva a su recepción, se hará constar así, y se tendrá por realizada la notificación. Igualmente se hará constar cualquier circunstancia que haga imposible al notario la entrega de la cédula; en este caso se procederá en la forma prevista en el párrafo sexto del artículo".

Ciento diecisiete. Por el que se modifica el artículo 204: su párrafo tercero que dice:

"A estos efectos no se considerarán días laborables los sábados".



Recurso Nº: 63/2007

Ciento veintidós. Por el que se modifica el último párrafo del artículo 209: el inciso señalado en negrita:

"Por acta de notoriedad podrán legitimarse hechos y situaciones de todo orden, cuya justificación, sin oposición de parte interesada, pueda realizarse por medio de cualquier otro procedimiento no litigioso. La declaración que ponga fin al acta de notoriedad será firme y eficaz, por sí sola, e inscribible donde corresponda, sin ningún trámite o aprobación posterior. El requerimiento a que se refiere el requisito primero se formalizará mediante acta con la fecha y número de protocolo del día del requerimiento. Concluida la tramitación del acta se incorporará al protocolo como instrumento independiente en la fecha y bajo el número que corresponda en el momento de su terminación, dejando constancia de la misma en el acta que recoja el requerimiento".

Ciento veinticuatro. Por el que se modifica el artículo 210.

Ciento veintiséis. Por el que se modifica el artículo 215: su párrafo tercero que dice:

"Los documentos privados sujetos al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, y al Impuesto de Sucesiones y Donaciones, no podrán ser objeto de acta de protocolización si no consta en ellos la nota que corresponda de la Oficina liquidadora o entidad bancaria colaboradora"

Ciento treinta y uno. Por el que se modifica el artículo 218.

Ciento treinta y dos. Por el que se modifica el artículo 219: su párrafo segundo que dice:

"Estas actas de liquidación se acomodarán a los requisitos formales, materiales y de registro, establecidos en el artículo anterior, con las especialidades derivadas del requerimiento".

Ciento treinta y cuatro. Por el que se modifica el artículo 220.

Ciento treinta y siete. Por el que se modifica el artículo 222: su párrafo segundo que dice:

"Ni de oficio ni a instancia de parte interesada decretarán los Tribunales que los Secretarios judiciales extiendan, por diligencia o



Recurso Nº: 63/2007

testimonio, copias de, actas, escrituras matrices y pólizas, sino que bajo su responsabilidad las exigirán del notario que deba darlas, con arreglo a la Ley del Notariado y el presente Reglamento, es decir, justificando ante el notario, y a juicio de éste con la documentación necesaria, el derecho de los interesados a obtenerlas, y siempre que la finalidad de la petición sea la prescrita en el artículo 256 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Para los cotejos o reconocimientos de estas copias se observará lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 32 de la Ley".

Ciento treinta y ocho. Por el que se modifica el artículo 224: el párrafo tercero y los incisos señalados en negrita del párrafo octavo del apartado 4 que dicen:

"Las copias autorizadas electrónicas una vez expedidas tendrán un plazo de validez de sesenta días a contar desde la fecha de su expedición. Transcurrido este plazo podrá expedirse nueva copia electrónica con igual finalidad que la caducada. La expedición de esta nueva copia autorizada electrónica con idéntico destinatario y finalidad **no devengará arancel alguno**". "De conformidad con el artículo 17 bis de la Ley del Notariado, los registradores, así como los funcionarios competentes de los órganos jurisdiccionales y administrativos, destinatarios de las copias autorizadas electrónicas notariales podrán trasladadas a soporte papel **dentro de su plazo de vigencia**, a los únicos y exclusivos efectos de incorporarlas a los expedientes o archivos que correspondan por razón de su oficio en el ámbito de su respectiva competencia. **Al pie del traslado a papel, dichos funcionarios deberán indicar su nombre y apellidos, cargo, fecha del traslado, número de folios que lo integran y su limitado efecto a la citada incorporación al expediente o archivo**".

Ciento treinta y nueve. Por el que se modifica el artículo 225: su párrafo primero que dice:

"Las copias de testamentos solicitadas por las Administraciones públicas, con ocasión de expedientes o informes sobre solvencia o en procedimientos de apremio sobre bienes de determinadas personas a las que el testamento reconozca derechos hereditarios, se expedirán sólo parcialmente, limitadas a las cláusulas patrimoniales en las que aquellas sean beneficiarias, y previa justificación fehaciente del fallecimiento del testador y de la existencia de los citados expedientes y procedimientos".



Recurso Nº: 63/2007

Ciento cuarenta y cuatro, Por el que se modifica el párrafo primero del artículo 237.

Ciento cuarenta y nueve. Por el que se modifica el artículo 249: su apartado 2 y los incisos señalados en negrita de su apartado 3, que transcribimos a continuación:

"2.Tratándose de copias autorizadas que contengan actos susceptibles de inscripción en el Registro de la Propiedad o en el Registro Mercantil, de conformidad con el artículo 112 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, a salvo de que el interesado manifieste lo contrario deberán presentarse telemáticamente.

En consecuencia, el notario deberá expedir y remitir la copia autorizada electrónica en el plazo más breve posible y, en todo caso, en el mismo día de autorización de la matriz o, en su defecto, en el día hábil siguiente. Se exceptúa el supuesto de imposibilidad técnica del que deberá quedar constancia en la copia que se expida en soporte papel de la causa o causas que justifican esa imposibilidad, en cuyo caso podrá presentarse mediante telefax en los términos previstos en el apartado siguiente. El notario deberá hacer constar en la matriz mediante diligencia la fecha y hora del acuse de recibo digital del Registro correspondiente, sin perjuicio de hacer constar tales extremos, en su caso, en el Libro Indicador.

El notario será responsable de los daños y perjuicios que se cause al interesado como consecuencia del retraso en la expedición de copia electrónica y su presentación telemática, excepto en los supuestos de imposibilidad técnica.

3. A salvo de lo dispuesto en el apartado precedente, el notario podrá remitir por telefax el mismo día del otorgamiento al Registro de la Propiedad competente comunicación sellada y suscrita, **en su caso**, de haber autorizado escritura susceptible de ser inscrita por la que se adquieran bienes inmuebles o se constituya un derecho real sobre ellos, y en los demás casos en que lo solicite algún otorgante, o lo considere conveniente el notario. **En su caso**, el notario será responsable de los daños y perjuicios que se causen como consecuencia de la presentación telemática de cualquier título relativo al mismo bien y derecho con anterioridad a la presentación por telefax de la comunicación, a salvo de que se hubiera utilizado esta vía por imposibilidad técnica o como consecuencia de que así lo hubiera solicitado el interesado. Dicha comunicación dará lugar al



Recurso Nº: 63/2007

correspondiente asiento de presentación y en ella constarán testimoniados en relación, al menos, los siguientes datos:

a) La fecha de la escritura matriz y su número de protocolo.

b) La identidad de los otorgantes y el concepto en el que intervienen.

c) El derecho a que se refiera el título que se pretende inscribir.

d) La reseña identificadora del inmueble haciendo constar su naturaleza y el término municipal de su situación, con expresión de su referencia catastral y, según los casos, del sitio o lugar en que se hallare si es rústica, nombre de la localidad, calle, plaza o barrio, el número si lo tuviere, y el piso o local, si es urbana, y, salvo en los supuestos de inmatriculación, los datos registrales.

El notario hará constar en la escritura matriz, o en la copia si ya estuviese expedida ésta, la confirmación de la recepción por el Registrador y su decisión de practicar o no el asiento de presentación, que éste deberá enviar el mismo día o en el siguiente hábil".

Ciento cincuenta y uno. Por el que se modifica el artículo 250: el inciso señalado en negrita del párrafo cuarto inciso 4º y su párrafo séptimo, que dicen:

"4.0 El contenido literal, total o parcial, o en extracto, del asiento a que se refiera el testimonio, según proceda, pudiendo utilizarse cualquier procedimiento de reproducción".

"Los testimonios en extracto acreditan los extremos que en ellas se comprendan, a instancia del solicitante, debiendo el Notario indicar si en lo omitido existe algún elemento que pudiere afectar, modificar o alterar los efectos de los extremos certificados".

Ciento cincuenta y cuatro. Por el que se modifica el artículo 252: su párrafo segundo que dice:

"Los documentos privados que deban ser obligatoriamente presentados ante la Administración Tributaria sólo podrán ser testimoniados cuando conste su presentación".

Ciento cincuenta y seis. Por el que se modifica el artículo 254: el inciso señalado en negrita de su párrafo primero que dice:

"Cuando en una escritura matriz o en una póliza haya de servir como documento complementario alguno que se halle en el Protocolo o Libro



Recurso Nº: 63/2007

Registro a cargo del notario autorizante o de sus antecesores, podrá éste insertarlo, relacionarlo o reproducirlo total o **parcialmente** en aquella, refiriéndose a la correspondiente matriz o asiento sin necesidad de obtener copia o testimonio independiente del mismo, y bastará que así lo haga constar en el original".

Ciento sesenta y dos. Por el que se modifica el artículo 258.

Ciento sesenta y cinco. Por el que se modifica el artículo 261.

Ciento sesenta y seis. Por el que se modifica el artículo 262: su párrafo primero que dice:

"Para realizar testimonios o legitimaciones el notario deberá apreciar en los solicitantes interés legítimo en su pretensión. Igualmente deberá conocer el contenido de los documentos testimoniados a efectos de apreciar el interés legítimo y que dicho contenido no es contrario a las Leyes o al orden público. En caso contrario, o si no apreciare el interés legítimo, denegará fundadamente lo solicitado, resultando de aplicación lo previsto en el último párrafo del artículo 145 de este Reglamento".

Ciento sesenta y nueve. Por el que se modifica el artículo 264: la letra c) del párrafo cuarto que dice:

"c) Las legitimaciones de firmas electrónicas reconocidas en los documentos en formato electrónico, previstas en el artículo 261 de este reglamento. En estos casos el notario dejará constancia de la identidad de los particulares cuyas firmas electrónicas reconocidas han sido legitimadas y, en su caso, la fecha de remisión del archivo informático a un registro público y los datos de presentación que sean remitidos por el registrador al notario amparados con su firma electrónica reconocida; cuando tales actuaciones se realicen en la fecha del testimonio se harán constar mediante asiento complementario, con numeración propia, relacionado con el principal".

Ciento ochenta y tres. Por el que se modifica el artículo 284: El inciso del párrafo primero señalado en negrita:

"Los Notarios deberán remitir índices de los documentos protocolizados, intervenidos y demás asientos del Libro Registro a las Juntas Directivas, que los archivarán bajo su más estricta responsabilidad. Si no



Recurso Nº: 63/2007

hubiera habido actividad durante el periodo de que se trate, el Notario enviará una certificación negativa. Tales índices se remitirán en soporte informático, mediante firma electrónica reconocida de los Notarios y a través de la red telemática que el Consejo General del Notariado tenga establecida conforme a lo dispuesto en el artículo 107 de la Ley 24/2001. **Estos índices tendrán la misma consideración, en cuanto a la información que contienen, que el protocolo, del que se considerarán parte".**

Ciento ochenta y cuatro. Por el que se modifica el artículo 285: sus párrafos primero y segundo que dicen:

"El Ministerio de Justicia determinará el contenido básico de los índices con independencia de su soporte, pudiendo delegar en el Consejo General del Notariado el desarrollo de tal contenido, así como la incorporación de nuevos datos que deban expresarse respecto de cada instrumento.

En cualquier caso, en los índices se expresará, respecto de cada instrumento, el número de orden, el lugar del otorgamiento, la fecha, el nombre y apellidos o denominación social de todos los otorgantes o requirentes y de los testigos cuando los hubiere y el domicilio de aquéllos; el objeto y la cuantía del documento y el número de folios que comprende y, en su caso, el nombre del notario autorizante que actúe por sustitución del titular del protocolo. También se expresarán en ellos los datos relativos a la sujeción del documento al turno de reparto, en su caso, y a las aportaciones corporativas".

La Disposición adicional única.

La Disposición final primera.

Todo ello con condena en costas a las partes demandadas.

TERCERO.- Dado traslado al Abogado del Estado para contestación a la demanda, alega la falta de legitimación del Colegio demandante para impugnar el Real Decreto 45/2007 y, por lo menos, en relación con los artículos: 147 párrafos cuarto y último, 161 en lo relativo a la vecindad civil, 196 párrafo tercero, 197 bis, párrafo segundo, 197 ter, párrafo tercero, 197 quater, 199, párrafo cuarto, 203, 204 párrafo tercero, 218, 219 párrafo tercero, 222 párrafo segundo, 225 párrafo primero, 249.2 y 3, 250, 258, 261, 284 último



Recurso Nº: 63/2007

inciso del párrafo primero y 285 párrafos primero y segundo, formula diversas precisiones sobre las alegaciones de la demanda relativas a los principios de jerarquía normativa y reserva de ley y examina de manera correlativa los vicios de ilegalidad que se atribuyen a cada uno de los preceptos impugnados, terminando con la solicitud de que se declare la falta de legitimación de la parte recurrente o, subsidiariamente, la falta de legitimación para impugnar los artículos antes citados o, subsidiariamente de lo anterior, la desestimación del recurso en su integridad por ser el Real Decreto 45/2007 plenamente conforme a Derecho.

CUARTO.- En el mismo trámite procesal de contestación a la demanda, la representación procesal del Consejo General del Notariado alega, igualmente, la falta de legitimación activa del Colegio demandante, cuestiona las alegaciones de la demanda sobre la supuesta infracción del principio de reserva de ley y agrupa el examen de la legalidad de los preceptos impugnados en razón de: las alegaciones de infracción del principio de reserva de ley; las supuestas infracciones del principio de legalidad; los preceptos relativos al acceso y presentación telemática y firma electrónica; el régimen de los poderes; y otros motivos diversos. Termina con la solicitud de que se dicte sentencia declarando:

1º La inadmisibilidad del recurso por falta de legitimación activa de la parte recurrente en lo que se refiere a la impugnación de los artículos 1, 145, 147, 157, 159, 179, párrafo segundo, inciso final, 197 ter, párrafo tercero, 199, párrafo cuarto, 203, 204, 209, último párrafo, 215, 218, 219, 220, 222, párrafo segundo, 225, 237, 250, 252, 254, 258, 261, 262, párrafo primero, 264, 284 y 285.

2º Subsidiariamente, y respecto de los preceptos mencionados en el punto anterior, la desestimación del recurso contencioso-administrativo.

3º Respecto de los restantes preceptos recurridos, la desestimación del recurso contencioso-administrativo, declarando en todo caso la conformidad a Derecho del Real Decreto 45/2007, de 19 de enero.

Por su parte, la representación procesal de la Asociación Foro Notarial invoca, igualmente, la falta de legitimación activa de la Corporación demandante, se remite a la contestación a la demanda formulada por la Abogacía del Estado, razona sobre la inexistencia de infracción de reserva de ley y la plena legalidad de los arts. 1, 61, 145, 164, 178 y 197 del Real Decreto 45/2007 y termina solicitando la íntegra inadmisión del recurso contencioso-



Recurso Nº: 63/2007

administrativo por falta de legitimación activa de la Corporación recurrente o, subsidiariamente, de inadmisión de las pretensiones impugnatorias de todos y cada uno de los preceptos cuya declaración de nulidad se pretende de contrario y para las que se denuncia falta de legitimación activa de la parte recurrente, o, subsidiariamente, la desestimación íntegra del recurso, declarando conforme a Derecho el Real Decreto 45/2007, de 19 de enero. Se opondrá, en otrosí, a que se tome en consideración el escrito de la recurrente de 17 de octubre de 2007, por el que formula alegaciones a la excepción de falta de legitimación opuesta por el Abogado del Estado.

QUINTO.- Habiéndose solicitado por las partes que el recurso se falle sin necesidad de recibimiento del pleito a prueba ni vista o conclusiones, quedaron las actuaciones concluidas y pendientes de votación y fallo, a cuyo efecto se señaló el día 23 de abril de 2008, fecha en la que se iniciaron las sesiones de deliberación, votación y fallo, que se prolongaron en días sucesivos.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **OCTAVIO JUAN HERRERO PINA**, Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se cuestiona por las partes codemandadas la legitimación activa del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España para impugnar el Real Decreto 45/2007, de 19 de enero. Tal causa de inadmisibilidad, por su naturaleza y alcance, debe ser objeto de examen prioritario, pues su estimación haría innecesario entrar al examen de la cuestión de fondo planteada en el recurso.

A tal efecto la Corporación recurrente invoca en la demanda el art. 19.1.b) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en defensa de los intereses profesionales de los colegiados, registradores de la propiedad y mercantiles (art.4.2.1º de los Estatutos), apoyándose en la jurisprudencia de esta Sala, con referencia a la sentencia de 10-11-2006, rec. 116/2004, añadiendo que dicha jurisprudencia



Recurso Nº: 63/2007

viene reconociendo legitimación a los colegios profesionales y a las asociaciones siempre que la norma impugnada afecte o tenga relación con los fines que deben cumplir, previstos en sus estatutos y con los derechos colectivos que representan y defienden, señalando como ejemplos relacionados con la impugnación del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, por el que se modifican determinados artículos del Reglamento Hipotecario, el reconocimiento de legitimación a la Asociación Foro Notarial y la Libre Asociación de Notarios en el recurso 507/1998 y acumulado, sentencia de 31 de enero de 2001, igualmente al Colegio de Abogados de Valencia y el Consejo General de la Abogacía en el recurso 516/1998 y acumulado, sentencia de 2 de junio de 2001, y a la Asociación Española Empresarial de Información Comercial en el recurso 519/1998, sentencia de 12 de diciembre de 2000. Entiende que en este caso y respecto del Real decreto 45/2007 impugnado, concurre "una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión, de tal forma que su anulación producirá automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio), actual o futuro, pero cierto, en el Colegio de registradores, y más en concreto en la actuación profesional de los registradores colegiados cuyos intereses aquél se encuentra legalmente obligado a defender, máxime cuando el recurso se dirige contra el reglamento notarial existiendo esa íntima conexión entre la función notarial y la registral derivada del binomio que conforman título e inscripción. Solo resta añadir que como veremos a lo largo de esta demanda el nuevo reglamento notarial incide de forma directa y desde nuestro punto de vista indebida en la actuación profesional de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles".

Por su parte las codemandadas entienden que la demanda, al menos buena parte de la misma, se dedica a atacar preceptos del Real Decreto impugnado que absolutamente nada tienen que ver con la función registral y cuya anulación, por tanto, no puede beneficiar de ninguna manera al Colegio demandante, señalando los concretos preceptos impugnados en los que no se aprecia tal legitimación, que debe referirse a cada uno de los preceptos que se recurren. La legitimación no deriva solo de la naturaleza de la persona física o jurídica demandante, sino, sobre todo, de la medida en que cada uno de los preceptos que se impugnan vulneran realmente los derechos e intereses del colectivo que representa, lesión que concurre en unos pocos supuestos, pero no en la inmensa mayoría de los preceptos impugnados, respecto de los cuales el recurso debe ser declarado inadmisibile. La representación de la Asociación Foro Notarial cuestiona que se tomen en consideración las



Recurso Nº: 63/2007

alegaciones del Colegio recurrente formuladas en escrito de 17 de octubre de 2007, planteamiento que no podemos compartir, pues la parte recurrente justifica la presentación de dicho escrito a la vista de la solicitud de que el recurso se falle sin necesidad de recibimiento a prueba ni de vista y conclusiones y aun cuando el precepto a cuyo amparo se presenta, art. 138.1 de la Ley Jurisdiccional, se refiere propiamente a la subsanación de requisitos de los actos procesales de parte, el principio de contradicción y la tutela judicial efectiva aconsejan que, ante la formulación de una causa de inadmisibilidad y la inexistencia de trámite hábil para ello en el proceso, se de la posibilidad de alegaciones por la parte, que en este caso se ha plasmado en dicho escrito.

Para resolver la cuestión de la legitimación y como reconocen las partes, debe tenerse en cuenta que en el orden contencioso-administrativo, superando el concepto de interés directo a que se refería el art. 28 de la Ley de Jurisdicción de 1956, viene determinada por la invocación en el proceso de la titularidad de un derecho o interés legítimo (art. 24.1 C.E. y art. 19.1.a) Ley 29/98) que suponga una relación material entre el sujeto y el objeto de la pretensión, de manera que la estimación del recurso produzca un beneficio o la eliminación de un perjuicio que no necesariamente ha de revestir un contenido patrimonial(S. 29-6-2004).

Como señala la sentencia de 19 de mayo de 2000, el mismo Tribunal Constitucional ha precisado que la expresión «interés legítimo», utilizada en el artículo 24.1 de la Norma Fundamental, aun cuando sea un concepto diferente y más amplio que el de «interés directo», ha de entenderse referida a un interés en sentido propio, cualificado o específico (sentencia del Tribunal Constitucional 257/1989, de 22 de diciembre), lo que en el ámbito de esta Sala del Tribunal Supremo ha llevado a insistir que la relación unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto impugnado), con la que se define la legitimación activa, comporta el que su anulación produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto (sentencia de este Tribunal Supremo de 1 de octubre de 1990), y presupone, por tanto, que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien alega su legitimación, y, en todo caso, ha de ser cierto y concreto, sin que baste, por tanto, su mera invocación abstracta y general o



Recurso Nº: 63/2007

la mera posibilidad de su acaecimiento (SSTS de 4 de febrero de 1991, de 17 de marzo y 30 de junio de 1995 y 12 de febrero de 1996, 9 de junio de 1997 y 8 de febrero de 1999, entre otras muchas; SSTC 60/1982, 62/1983, 257/1988, 97/1991, 195/1992, 143/1994 y ATC 327/1997)".

Tratándose de la impugnación de disposiciones generales que afectan a intereses profesionales, como señala la sentencia de 4 de febrero de 2004, la jurisprudencia reconoce legitimación a los profesionales y a las entidades asociativas cuya finalidad estatutaria sea atender y promover tales intereses. Pero "exige, sin embargo, que tengan carácter de afectados, en el sentido de que su ejercicio profesional resulte afectado por el reglamento impugnado (sentencias, entre otras, de 24 de febrero de 2000, 22 de mayo de 2000, 31 de enero de 2001, 12 de marzo de 2001 y 12 de febrero de 2002)".

Tal circunstancia ha sido examinada por esta Sala en una situación semejante, aunque inversa, cual es la impugnación del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, por el que se modificaban determinados artículos del Reglamento Hipotecario, señalando la sentencia de 31 de enero de 2001, que "el título público, cuya redacción corresponde a los notarios, y la inscripción son los elementos sobre los que descansa en nuestro sistema la eficacia frente a terceros de los negocios jurídicos, de forma tal que el binomio título-inscripción se torna indisoluble porque el título tiene vocación de ser inscrito para desarrollar su eficacia hasta sus últimas consecuencias y la inscripción tiene como presupuesto necesario la preexistencia del título, de manera que todo lo que afecte a la registración del título afecta también a la función notarial en cuanto a su cometido de redactar los únicos títulos que, junto con los judiciales y administrativos, acceden al Registro de la Propiedad y despliegan con ello sus máximos efectos". Planteamiento que a la inversa, aun cuando no todo instrumento notarial tenga por objeto su inscripción en el Registro, se produce en este caso, en el que el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, en defensa de los intereses de sus representados, impugnan el Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, por el que se modifica un amplio número de artículos del Reglamento Notarial, en cuanto esa relación entre la actuación notarial y la registral determina que no resulte indiferente para los intereses representados por el Colegio recurrente la regulación que se refiere al ejercicio de la función notarial, en sus aspectos subjetivos y objetivos. Como también indicaba dicha sentencia y las de 22 de mayo de 2000 y 2 de junio de 2001, en relación con otros recurrentes, los Registradores de la



Recurso Nº: 63/2007

Propiedad y Mercantiles, cuyos intereses representa el Colegio recurrente, se encuentran en una situación muy distinta a la de cualquier otro ciudadano respecto de la impugnación del Reglamento, en cuanto su actividad está directamente relacionada y resulta afectada por el desarrollo de la función notarial y las condiciones en que se lleva a cabo por el notario.

Ello pone de manifiesto la legitimación del Colegio recurrente para la impugnación de este Real Decreto 45/2007, en cuanto supone una amplia modificación del Reglamento Notarial que objetivamente afecta al ejercicio de su función pública por los Registradores de la Propiedad y Mercantiles. Ello no impide que en el examen de la concreta impugnación de alguno de los preceptos pueda advertirse la falta de esa relación con la función registral y de la afectación de los intereses representados por el Colegio recurrente, pero en tanto en cuanto no se justifique tal apreciación ha de entenderse que concurre el requisito de la legitimación.

SEGUNDO.- La parte recurrente, antes de concretar los preceptos impugnados y los motivos de su ilegalidad, efectúa un planteamiento general, invocando los artículos 51 y 62.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y el artículo 23.2 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, de Organización, Competencia y Funcionamiento del Gobierno, argumentando sobre el principio de legalidad, como límite de la potestad reglamentaria, en su doble manifestación de reserva de ley y jerarquía normativa.

En relación con el principio de reserva de ley se refiere a la sentencia del Tribunal Constitucional 112/2006, de 5 de abril, que contempla la alegación de dicho principio formulado en el art. 53.1 de la Constitución respecto de la regulación de los derechos y libertades fundamentales, y a la STC 37/1987, de 26 de marzo y las sentencias de este Tribunal Supremo de 6 de febrero de 1998 y 8 de noviembre de 1995, sobre el alcance de la remisión a la regulación reglamentaria en materias sometidas al principio de reserva de ley, de lo que concluye que el reglamento notarial no puede más que completar la regulación efectuada en la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862, señalando y razonando que en ningún caso el Real Decreto 45/2007 nace de la habilitación que otorgó al Gobierno la disposición adicional 24ª de la Ley 55/1999, que reguló el régimen de integración de notarios y corredores de



Recurso Nº: 63/2007

comercio. Señala que la jurisprudencia del Tribunal Supremo viene a afirmar que el hecho de que un precepto reglamentario sea reproducción o una modificación en detalle de artículos de un reglamento preconstitucional no sujeto en su momento al principio de reserva de ley no justifica su mantenimiento cuando la materia a la que se refiere excede de una norma reglamentaria, con cita de las sentencias de 22 de mayo de 2000 y 31 de enero de 2001, y ello en cuanto que el Real Decreto impugnado reproduce en muchos de sus preceptos el preconstitucional reglamento notarial.

Considera como materias sujetas al principio de reserva de ley que aborda el Real Decreto 45/2007, las siguientes: el estatuto del notario, por exigencias de los arts. 36, 103.3 y 149.1.18ª de la Constitución; los derechos de naturaleza civil (libertad contractual y propiedad) en aplicación de los arts. 33,38 y 149.1.6ª y 8ª de la Constitución, y art. 53.1 de la misma; la regulación del procedimiento que disciplina la prestación del servicio público notarial, aludiendo a la reserva para los procedimientos judiciales de los arts. 117.4 y 5 y 149.1.6ª y para los administrativos de los arts. 105.c) y 149.1.18ª de la Constitución; la regulación de los registros e instrumentos públicos, que deriva del art. 149.1.8ª de la Constitución.

Por lo que se refiere al principio de jerarquía normativa se limita a señalar que el Real Decreto impugnado debe respetar los límites materiales de normas de superior rango, como el Código Civil, la Ley Hipotecaria, el Código de Comercio, la Ley de Enjuiciamiento Civil y la Ley de Hipoteca Naval.

Finalmente entiende que el Real Decreto 45/2007 debe respetar los límites materiales que determinan el contenido de los reglamentos de desarrollo, concretándose a la Ley respectiva, manteniendo que cada grupo normativo está formado por su Ley y Reglamento respectivo, sin que pueda pretenderse por vía reglamentaria invadir campos o funciones propios de un grupo normativo diferente, citando al efecto las sentencias de 28 de octubre de 1995 y 7 de abril de 1997 y señalando que en el Reglamento impugnado se regulan una serie de materias que afectan a los requisitos y circunstancias de las inscripciones en los Registros Públicos, especialmente de la Propiedad y Mercantil y contradice numerosas disposiciones de la legislación relativa a los Registros Públicos.



Recurso Nº: 63/2007

Se oponen a dicho planteamiento las partes codemandadas, señalando la Abogacía del Estado las diferencias entre reserva material de ley y reserva formal y el ámbito de la potestad reglamentaria en uno y otro caso, que la reserva material de ley no puede deducirse de los preceptos constitucionales que regulan el orden de competencias (caso del art. 149.1 CE). Rechaza la existencia de reserva de ley en las materias tercera y cuarta indicadas por la recurrente y en cuanto a las materias que señala en primer y segundo lugar considera que la reserva legal tiene un carácter limitado que no impide el desarrollo reglamentario. Razona que el Real Decreto 45/2007 se mantiene dentro del ámbito propio de la función notarial. Y concluye discrepando con la parte recurrente en cuanto al alcance de la reserva de ley respecto de los reglamentos preconstitucionales y su actualización.

Por su parte, la representación procesal del Consejo General del Notariado, alega, frente al planteamiento de la demanda, que ninguna de las materias sobre las que inciden los preceptos el Reglamento Notarial impugnados en este proceso forman parte de las instituciones de derecho privado materialmente reservadas a la ley (matrimonio, propiedad, herencia y fundación), por lo que son válidas todo tipo de remisiones reglamentarias que las leyes puedan hacer. Razona que lo que se regula en la norma impugnada es, simplemente, el ejercicio de una función (la notarial), en ningún momento se fija a los particulares límites o condiciones distintas de las impuestas en la legislación vigente. Señala que nadie preconiza que el Reglamento impugnado se dicte en virtud de la habilitación conferida al Gobierno por la disposición adicional 24ª de la Ley 55/1999, que fue objeto de desarrollo por el Real Decreto 1643/2000 y con ello agotó su virtualidad. Indica que la reproducción de la parte de los preceptos no modificada responde a razones elementales de técnica normativa, sin que por ello sean textos legislativos de 2007, siguen siendo textos de 1944, a los que no es posible aplicar retroactivamente reservas de ley establecidas en 1978 ni pueden ser impugnados ahora directamente bajo el pretexto de su reproducción puramente mecánica. Razona ampliamente en contra de la reserva de ley en las materias y con el alcance que se invoca en la demanda, precisando sus límites en relación con las dos primeras materias indicadas y desvirtuando la existencia de reserva de ley respecto de las otras dos. Finalmente rechaza el planteamiento de la demanda en cuanto a la invocación de la construcción doctrinal de los grupos normativos como límite de la regulación reglamentaria.



Recurso Nº: 63/2007

La representación procesal de la Asociación Foro Notarial se remite a la contestación a la demanda formulada por la Abogacía del Estado, si bien abunda sobre la inexistencia de la infracción de la reserva de ley, incorporando la doctrina establecida en distintos aspectos por esta Sala del Tribunal Supremo y por el Tribunal Constitucional.

TERCERO.- Se plantea en este proceso el control judicial del ejercicio de la potestad reglamentaria, reconocida al Gobierno por el artículo 97 de la Constitución, a través de la cual el ejecutivo participa en la conformación del ordenamiento jurídico, desarrollando y complementando las previsiones de la Ley y atendiendo, en su caso, a las exigencias de organización de la Administración.

Tal actividad reglamentaria está subordinada a la Ley en sentido material (arts. 97 CE, 51 Ley 30/92 y 23 Ley 50/97), en cuanto no podrán regularse reglamentariamente materias objeto de reserva de ley, material y formal, y sin perjuicio de la función de desarrollo o colaboración con respecto a la Ley, los reglamentos no pueden abordar determinadas materias, como las que indica el citado artículo 23 de la Ley 50/97, de 27 de noviembre, del Gobierno (tipificar delitos, faltas o infracciones administrativas, establecer penas o sanciones, así como tributos, cánones u otras cargas o prestaciones personales o patrimoniales de carácter público).

Desde el punto de vista formal el ejercicio de la potestad reglamentaria ha de sujetarse al procedimiento de elaboración legalmente establecido (arts. 24 y 25 Ley 50/97), con respeto al principio de jerarquía normativa y de inderogabilidad singular de los reglamentos, así como la publicidad necesaria para su efectividad (art. 9.3 CE), según establece el art. 52 de la Ley 30/92.

Las delimitaciones sustantivas y formales de la potestad reglamentaria determinan el ámbito del control judicial de su ejercicio, atribuido por el art. 106 de la Constitución, en relación con el art. 26 de la Ley 50/97 y el art. 1 de la Ley 29/98 a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, lo que se plasma en el juicio de legalidad de la disposición general en atención a las referidas previsiones de la Constitución y el resto del ordenamiento, que incluye los principios generales del Derecho (interdicción de la arbitrariedad, proporcionalidad,...), y que conforman las referidas exigencias sustantivas y formales a las que ha de sujetarse, cumplidas las cuales, queda a salvo y ha



Recurso Nº: 63/2007

respetarse la determinación del contenido y sentido de la norma, que corresponde al titular de la potestad reglamentaria que se ejercita y que no puede sustituirse por las valoraciones subjetivas de la parte o del propio Tribunal que controla la legalidad de la actuación, como resulta expresamente del artículo 71.2 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, que aun en el supuesto de anulación de un precepto de una disposición general no permite determinar la forma en que ha de quedar redactado el mismo.

Este alcance del control judicial del ejercicio de la potestad reglamentaria se recoge en la sentencia de 28 de junio de 2004, según la cual: *"además de la titularidad o competencia de la potestad reglamentaria, tradicionalmente se consideran exigencias y límites formales del reglamento, cuyo incumplimiento puede fundamentar la pretensión impugnatoria: la observancia de la jerarquía normativa, tanto respecto a la Constitución y a la Ley (arts. 9.3, 97 y 103 CE), como interna respecto de los propios Reglamentos, según resulta del artículo 23 de la Ley del Gobierno; la inderogabilidad singular de los reglamentos (art. 52.2 de la Ley 30/1992; LRJ y PAC, en adelante); y el procedimiento de elaboración de reglamentos, previsto en el artículo 105 CE y regulado en el artículo 24 de la Ley 50/97. Y se entiende que son exigencias y límites materiales, que afectan al contenido de la norma reglamentaria, la reserva de ley, material y formal, y el respeto a los principios generales del Derecho. Pues, como establece el artículo 103 CE, la Administración está sometida a la Ley y al Derecho; un Derecho que no se reduce al expresado en la Ley sino que comprende dichos Principios en su doble función legitimadora y de integración del ordenamiento jurídico, como principios técnicos y objetivos que expresan las ideas básicas de la comunidad y que inspiran dicho ordenamiento.*

En nuestra más reciente jurisprudencia se ha acogido también, de manera concreta, como límite de la potestad reglamentaria la interdicción de la arbitrariedad, establecida para todos los poderes públicos en el artículo 9.3 CE. Principio que supone la necesidad de que el contenido de la norma no sea incongruente o contradictorio con la realidad que se pretende regular, ni con la "naturaleza de las cosas" o la esencia de las instituciones.

Ahora bien, respetadas tales exigencias, el Gobierno, titular de la potestad reglamentaria (art. 97 CE y 23 de la Ley del Gobierno, Ley 50/1997, de 27 de noviembre), puede utilizar las diversas opciones legítimas que permite la discrecionalidad que es inherente a dicha potestad. O, dicho en otros términos, nuestro control jurisdiccional, en el extremo que se analiza, se



Recurso Nº: 63/2007

extiende a la constatación de la existencia de la necesaria coherencia entre la regulación reglamentaria y la realidad sobre la que se proyecta, pero no alcanza a valorar, como no sea desde el parámetro del Derecho, los distintos intereses que subyacen en el conflicto que aquélla trata de ordenar, careciendo este Tribunal de un poder de sustitución con respecto a la ponderación efectuada por el Gobierno. Y ni siquiera procede declarar la invalidez de la norma por razón de la preferencia que de aquellos intereses refleje la disposición reglamentaria, como no suponga una infracción del ordenamiento jurídico, aunque sea entendido en el sentido institucional con que es concebido tradicionalmente en el ámbito de esta jurisdicción (arts. 83 de la Ley de la Jurisdicción de 1956, y 70 y 71 de la Ley de 1998), y que se corresponde con el sentido del citado artículo 9 de la Constitución (Cfr. SSTs 26 de febrero y 17 de mayo de 1999, 13 de noviembre, 29 de mayo y 9 de julio de 2001, entre otras)."

Desde este planteamiento han de examinarse la concretas impugnaciones de los distintos apartados del Real Decreto 45/2007 y preceptos del Reglamento Notarial que se formulan por la parte recurrente, con la consiguiente respuesta a las consideraciones generales antes indicadas, en la medida que se hagan efectivas invocándolas como fundamento de la impugnación de que se trate, que vamos a identificar, para mayor claridad con artículo del Reglamento Notarial, según la redacción dada por el Real Decreto 45/2007, de 19 de enero.

CUARTO.- Impugnación del artículo 1 del Reglamento Notarial.

Se solicita la declaración de nulidad de pleno derecho del artículo 1 y, subsidiariamente, de los incisos señalados en negrita, precepto según el cual: "El Notariado está integrado por todos los notarios de España, con idénticas funciones y los derechos y obligaciones que las leyes y reglamentos determinan.

Los notarios son a la vez funcionarios públicos y profesionales del Derecho, correspondiendo a este doble carácter la organización del Notariado.

Como funcionarios ejercen la fe pública notarial, que tiene y ampara un doble contenido:

a) En la esfera de los hechos, la exactitud de los que el notario ve, oye o percibe por sus sentidos.



Recurso Nº: 63/2007

b) Y en la esfera del Derecho, la autenticidad y fuerza probatoria de las declaraciones de voluntad de las partes en el instrumento público redactado conforme a las leyes.

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

El Notariado disfrutará de plena autonomía e independencia en su función, y en su organización jerárquica depende directamente del Ministerio de Justicia y de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Sin perjuicio de esta dependencia, el régimen del Notariado se estimará descentralizado a base de Colegios Notariales, regidos por Juntas Directivas con jurisdicción sobre los notarios de su respectivo territorio.

En ningún caso el notario, ni en el ejercicio de su función pública, ni como profesional del derecho, podrá estar sujeto a dependencia jerárquica o económica de otro notario.

El ámbito territorial de los Colegios Notariales deberá corresponderse con el de las Comunidades Autónomas, de conformidad con lo previsto en el anexo V de este Reglamento.

Las provincias integradas en cada Colegio Notarial se dividirán en Distritos, cuya extensión y límites determinará la Demarcación Notarial".

Se alega que el contenido del artículo en cuanto supone la definición del Notariado, su condición de funcionarios públicos y profesionales del Derecho, la atribución de la fe pública y determinación de su alcance, régimen de independencia funcional y dependencia jerárquica y de la organización territorial, excede del ámbito propio de la norma reglamentaria, exigiendo norma con rango de ley, por resultar así de los artículos 36,103 y 149.1.8ª y 18ª de la Constitución. Señala que no hay en la Ley del Notariado referencia al carácter de los notarios como profesionales, por lo que al menos en esa materia se produce una extralimitación legal. Se refiere al dictamen del Consejo de Estado y al Proyecto de Ley sobre Jurisdicción Voluntaria que contendría una redacción similar a la aquí cuestionada, lo que no legalizaría, caso de aprobarse posteriormente, un precepto que nace nulo de pleno derecho. Invoca las apreciaciones de la Secretaría General Técnica al respecto y concluye que el precepto es ilegal por la regulación que realiza del estatuto de notario y, en todo caso, por exceso respecto de la ley, los incisos marcados con negrita.



Recurso Nº: 63/2007

Las partes codemandadas cuestionan la legitimación de la actora en relación con dicho precepto, señalan que es reproducción del precedente, salvo la prohibición de que el notario dependa de otro notario y la reorganización del ámbito territorial de los Colegios Notariales, que la condición de profesionales del Derecho de los notarios y su misión de asesoramiento de los clientes está implícita en las funciones que le atribuyen las leyes (arts.17, 17 bis, 24 y 10.4 de la LN en la redacción dada por recientes leyes), que ha sido reconocida desde el inicio de la reglamentación y por la jurisprudencia, que la independencia jerárquica y económica respecto de otro notario no es más que una manifestación de la autonomía e independencia que se les viene reconociendo desde 1944 y que la organización territorial responde a la regulación reglamentaria.

El planteamiento de la impugnación sobre la condición y carácter del Notario, en cuanto se refleja en el ejercicio de su función, permite apreciar la relación con los intereses que representa el Colegio recurrente que justifica su legitimación en los términos generales que hemos indicado en el primer fundamento de derecho, sin que se justifique una excepción al respecto. Cabe añadir que en la sentencia ya citada de 31 de enero de 2001, rec. 507/98 se apreció la legitimación respecto de la impugnación del art. 334.1 en relación con el ejercicio profesional de su función pública por el Registrador.

Por lo que se refiere a la impugnación, el precepto no modifica el estatuto del Notario, cuya doble condición de funcionario público y profesional del Derecho ya se proclama en el Reglamento de 1935 y en el posterior de 1944 y se viene reconociendo por la jurisprudencia, sentencias de 23 de enero de 1990 y 26 de enero de 1996, haciendo referencia esta última, incluso, al amparo legal de tal consideración cuando dice que: "Junto a la función pública -dar fe de los contratos y demás actos extrajudiciales-, que puede explicar la condición de funcionario público, el Notario desarrolla una función profesional, de la que son exponente los arts. 13 y 17 de la Ley, el primero, en cuanto preceptúa que "los Notarios pagarán por ejercer su cargo el impuesto a que están sujetas las demás profesiones análogas" y, el segundo, al disponer que "el Notario redactará escrituras matrices...", previsiones que se han actualizado con la modificación operada en el art. 17 de la Ley del Notariado por la Ley 36/2006, de 29 de noviembre y la inclusión del art. 17.bis por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, que alude expresamente a la adecuación del



Recurso Nº: 63/2007

otorgamiento a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes.

A tal efecto conviene tener en cuenta la precisión efectuada en la citada de 23 de enero de 1990, que en relación con esa doble condición de funcionario público y profesional del Derecho, señala que *"no corresponde a esta Sala entrar a considerar cuál de las dos vertientes prevalece sobre la otra, baste con señalar, al efecto que nos ocupa, que no es que el Notario ejerza a veces de funcionario público y otras de profesional del Derecho, es que ambos aspectos se hallan íntimamente relacionados en el Notario, lo que determina un complejo orgánico y funcional que no permite incluirlo nítidamente y sin reservas dentro del campo del Derecho público ni del Derecho privado"*.

Se viene a significar con ello, que en su configuración legal, el carácter de profesional del Derecho se predica del Notario a efectos del ejercicio de la función notarial en su conjunto, o como resulta del propio artículo 1 del Reglamento Notarial que comentamos, de asesorar y aconsejar a quienes reclaman su ministerio, es decir, a efectos del desarrollo integral de la función que legalmente se le atribuye y no como una actividad autónoma o paralela.

En otro orden de cosas, esa misma concepción y por esas razones no resulta adecuado hablar de ejercicio de una profesión titulada en los términos que contempla el artículo 36 de la Constitución -se ejerce la función notarial- y, por lo tanto, de la reserva de ley que a tal efecto se establece en dicho precepto constitucional.

Por otra parte y junto a ello, ha de añadirse que el principio de reserva legal en relación con el estatuto funcional, que se invoca por la recurrente, viene referido, según el Tribunal Constitucional y como se ha indicado antes, a la adquisición y pérdida de la condición de funcionario, a las condiciones de promoción de la carrera administrativa y a las situaciones que en ésta puedan darse, a los derechos y deberes y responsabilidades de los funcionarios y a su régimen disciplinario, así como a la creación e integración, en su caso, de cuerpos y escalas funcionariales y al modo de provisión de puestos de trabajo al servicio de las Administraciones públicas, materias que no son objeto de este precepto, como se desprende incluso de la propia enunciación efectuada por la recurrente como justificación de su alegación.



Recurso Nº: 63/2007

Menos justificación tienen las alegaciones relativas a la independencia jerárquica y económica de los notarios que, como señalan las partes demandadas, no es más que una especificación reglamentaria de la independencia y autonomía del Notario, y sin que la adaptación de la organización territorial a la estructura autonómica del Estado pueda considerarse un exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria.

Por lo tanto, las alegaciones que se formulan por la recurrente no encuentran amparo en el principio de reserva de ley que se contempla en los arts. 36 y 103 de la Constitución.

Tampoco pueden encontrar amparo en la invocación del art. 149.1.8ª y 18ª de la Constitución, pues tal precepto constituye una norma de determinación y atribución de competencias y no de establecimiento de reserva de ley, y como ha señalado el Tribunal Constitucional en sentencia 135/2006, de 27 de abril, con referencia a la 173/1998, "la técnica de la reserva de ley tiene hoy, como tuvo en su origen y en su evolución histórica, una naturaleza distinta de la que poseen las reglas de atribución de competencia. El contenido y la finalidad de ambas figuras ha sido y es sustancialmente diverso."

La sola invocación del referido art. 149 de la Constitución, en cuanto a la atribución de competencia en una materia, no supone que la misma quede sujeta al principio de reserva de ley y menos aún que se excluya toda colaboración reglamentaria en su regulación.

Por todo ello la impugnación de este art. 1 del Reglamento Notarial, en la redacción dada por el Real Decreto 45/2007, debe de ser desestimada.

QUINTO.- Impugnación el artículo 61.

Establece dicho precepto que: "El notario requerido para ejercer su ministerio, a quien se impida o dificulte el libre ejercicio de sus funciones con injurias, amenazas o cualquier forma de coacción, lo hará constar, a los efectos de lo dispuesto en los artículos 550, 551.1, 552, 553, 555 y 556 del Código Penal, por medio de acta, que firmarán él mismo y los testigos concurrentes y, en su caso, la persona o personas que se presten a suscribirla, de cuyo documento se sacarán tres copias que, dentro de las



Recurso Nº: 63/2007

veinticuatro horas siguientes, serán remitidas al Juez de Instrucción, al Presidente del Tribunal Superior de Justicia y a la Junta Directiva del Colegio Notarial. **Esta tendrá legitimación para ejercitar las acciones civiles y criminales que estime convenientes, incluso para interponer la querrela en nombre propio y en el del notario.**

De igual modo se procederá, a tenor de lo dispuesto en el artículo 634 del Código Penal, cuando, sin incurrir en delito, se faltare al respeto y consideración debida al notario. Además, el notario podrá reclamar directamente, y bajo su responsabilidad, la asistencia de agentes de la autoridad, los cuales vendrán obligados a prestarla, con arreglo a sus respectivos reglamentos".

Se impugna este precepto en lo que atañe a la legitimación de la Junta Directiva del Colegio Notarial para el ejercicio de las acciones civiles y criminales correspondientes, alegando que la atribución de legitimación está sujeta al principio de reserva de ley en materia procesal (artículo 117 y 149.1.6ª CE).

Oponen las partes demandadas que el precepto se ha limitado a actualizar, sin innovar, la cita de los artículos del Código Penal que hacía el anterior, y que la norma no es sino una concreción de las generales sobre legitimación establecidas en el art 10 de la LEC y 270 de la LECr., añadiendo la representación procesal de la Asociación Foro Notarial la invocación del art. 5.g) y 6.3 de la Ley de Colegios Profesionales.

No se advierte en este caso un interés que represente un efecto beneficioso o perjudicial para los representados por el Colegio recurrente, distinto de la legalidad del precepto, manifiestamente cuestionable en cuanto incide en la regulación de una materia procesal como es la legitimación y que está sujeta a reserva de ley (art. 117 CE), pues la norma impugnada contiene un planteamiento genérico sin una concreta relación con el ámbito de la función registral, que permita apreciar una diferenciada posición de quienes la ejercen, representados por el Colegio recurrente, que ponga de manifiesto el interés exigido a efectos de legitimación.

En consecuencia procede declarar la inadmisibilidad del recurso respecto de esta impugnación.



Recurso Nº: 63/2007

SEXTO.- Impugnación del artículo 145.

Establece dicho precepto, en la redacción dada por el Real Decreto 45/2007, que: "La autorización o intervención del instrumento público implica el deber del notario de dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes e intervinientes.

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:

1.º 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.

2.º Todos o alguno de los otorgantes carezcan de la capacidad legal necesaria para el otorgamiento que pretendan.

3.º 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.

4.º 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.



Recurso Nº: 63/2007

5.º 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.

6.º 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 intervenirlo 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 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".

Se alega con carácter general que en la medida que trata de tipificar los supuestos en que los ciudadanos pueden verse privados de un otorgamiento que la legislación civil impone como obligatoria para la consecución de sus intereses y de regular el recurso que puede ejercitar



Recurso Nº: 63/2007

contra dicha decisión, resulta evidente que se requiere una norma con rango de ley, según los arts. 33, 149.1.6ª y 8ª, 117 y 105 de la Constitución.

En relación con los párrafos 1 y 2 señala la técnica defectuosa, en cuanto al primero, por limitarse a repetir lo establecido en el art. 17.bis de la Ley del Notariado en la redacción dada por la Ley 24/2001. Respecto del segundo alega que no se ajusta, en lo indicado en negrita, a la Ley del Notariado (arts. 1 y 2) en cuanto esta impone la obligación de dar fe que no puede escudarse en excepciones reglamentarias, que han de estar establecidas en las Leyes.

En cuanto al párrafo tercero entiende la parte que la inserción de un "control de legalidad" determinante de la "denegación de la autorización", en los amplios términos en que se hace, es contrario a la legalidad vigente, desbordando el contenido propio de un Reglamento, señalando que una cosa es "excusar su ministerio", lo que puede cumplirse con las advertencias notariales y otra negar la intervención notarial, una cosa es la obligación de emitir un juicio sobre los extremos a que se refiere el art. 17.bis.2.a) y dar fe de los mismos y otra negar de plano el otorgamiento, que tiene que obedecer a una justa causa, que no puede ser cualquier incumplimiento, sobre todo cuando no se produce la nulidad absoluta, ni la comisión de ningún delito, sino la eficacia del acto, y en concreto razona: A) Que el art. 145 implica la ampliación indebida de las funciones notariales y es contrario a los arts. 1,2,17 y 24 de la Ley del Notariado, ampliando las funciones notariales en cuanto a la denegación de autorización de la escritura pública, que solo puede hacerse por ley, estableciendo un control de legalidad denegatorio de otorgamiento con grave indefensión para los particulares y las entidades públicas, restringiendo la libertad personal y contractual, que no puede confundirse con el deber del Notario de cumplir las leyes asesorando y haciendo las advertencias pertinentes. Tampoco debe confundirse con la obligación de emitir juicios sobre identidad, capacidad, legitimación y cumplimiento de los requisitos del otorgamiento. En caso de juicio negativo han de efectuarse las correspondientes advertencias, pero no denegar el otorgamiento. B) Que la función de control de legalidad tiene que venir impuesta por una ley y producirse cuando ya está realizado el acto o contrato y no antes, so pena de someter a restricción el ejercicio de la libertad de contratar, protegida por el art 2 de la Constitución, como parte esencial del libre desarrollo de la personalidad, argumentando sobre el control de legalidad previsto en la



Recurso Nº: 63/2007

legislación hipotecaria y la duplicidad de controles. C) Que el pretendido "control de legalidad" notarial, denegatorio del otorgamiento, va en contra de derechos civiles fundamentales, entendiéndose que al menos siete obstáculos impiden su implantación: a) la infracción de la libertad de las personas, que según el art. 10.1 de la Constitución es fundamento básico del orden político y la paz social, perjudica la libertad de contratación y el libre desarrollo de la personalidad, invocando los arts. 1278 y 1279 del Código Civil y señalando la contradicción con el art. 17.bis.2.a), que lo que debe adecuarse a la legalidad es el otorgamiento, una parte concreta de la escritura, concepto no equivalente a acto, contrato o negocio, sino una parte formal del documento notarial, que se regula en los arts. 193-196 del Reglamento Notarial, dando fe de que el otorgamiento se adecua a la voluntad de las partes debidamente informada. Estableciéndose en el art. 17.bis.2.a) determinados requisitos o garantías sin que disponga que el juicio negativo determine la denegación del otorgamiento; b) se conculca el derecho a la prioridad registral del derecho defectuoso; c) el control de legalidad no puede ser ejercido en régimen profesional de libre elección y libre competencia; d) no está reconocido en la Ley del Notariado como causa de denegación del otorgamiento por razones de fondo; e) la referencia al control de legalidad que hace el art. 43 de la Ley 14/2000 en materia de régimen disciplinario; f) se infringe la habilitación concedida por el art. 43.dos.11 de la Ley 14/2000; g) se inmiscuye en la función de control de legalidad de los Registradores y de los órganos del recurso gubernativo. Examina cada uno de los apartados del párrafo tercero, así como los párrafos siguientes, señalando la ilegalidad del último en cuanto prevé un recurso que no está previsto en las Leyes, careciendo de cobertura legal.

Frente a ello la Abogacía del Estado señala que el art. 2 de la LN ya prevé la posibilidad de que el Notario se niegue a dar fe si concurre justa causa, que el art. 145 del Reglamento no hace sino concretar esas justas causas. Que es claro, a la vista de los arts. 17 bis y 24 de la LN, que el legislador ha querido atribuir expresamente a los notarios una función de control de legalidad de los negocios que frente a ellos se trata de documentar, control de legalidad que no es una novedad en nuestro ordenamiento, refiriéndose a los preceptos de los Reglamentos Notariales de 1921, 1935 y 1944 que contemplaban previsiones tal sentido, siendo el actual art. 145 una mera sistematización de semejante precepto del Reglamento de 1944. Entiende que el control sustantivo que se atribuye al Notario no afecta a la competencia de los registradores. Rechaza la infracción de la reserva de ley,



Recurso Nº: 63/2007

la libertad de contratación y la libertad personal, así como las alegaciones relativas a las previsiones disciplinarias del art. 43 dos, B,c) y 11 de la Ley 14/2000, los preceptos de la legislación hipotecaria relativos al derecho de prioridad registral y control de legalidad de los Registradores, señalando que no estamos ante controles superpuestos sino independientes. Mantiene que todos y cada uno de los supuestos enumerados en el art. 145 que el notario debe negar su autorización, tienen un fundamento objetivo suficiente para constituir justas causas a efectos del art. 2 de la LN. Niega igualmente las infracciones que se denuncian en relación con los demás párrafos del precepto impugnado.

La representación procesal del Consejo General del Notariado abunda en la consideración de que el art. 145 simplemente desarrolla qué ha de entenderse por justa causa, que es la función propia de los reglamentos, razona la atribución a los notarios de un control de legalidad de los actos y negocios que han de intervenir por los arts. 17.bis y 24 de la Ley Orgánica del Notariado, que no se vulnera la libertad contractual, que no tiene fundamento alguno la pretensión de que el control de legalidad haya de producirse solo en los casos excepcionales expresamente establecidos en las leyes, que el control de legalidad no puede limitarse a un mero deber de advertencia, que ese control de legalidad no puede ser sustituido por el control que los Registros ejercen a través de la calificación. Defiende la legalidad de los supuestos previstos en el párrafo tercero, así como de los tres párrafos finales del precepto impugnado.

También la representación procesal de la Asociación Foro Notarial defiende la plena legalidad de este art. 145, alegando la falta de legitimación del Colegio recurrente y abundando en las argumentaciones efectuadas por las otras partes codemandadas.

Así planteada la impugnación, pone de manifiesto la incidencia que tiene el precepto respecto de la función registral, en cuya defensa formula el recurso, lo que justifica suficientemente su legitimación en los términos que hemos indicado en el primer fundamento de derecho.

La amplia argumentación con la que la recurrente justifica la impugnación de este art. 145, viene a cuestionar el alcance del control de legalidad atribuido a los notarios por el precepto, señalando que ha de



Recurso Nº: 63/2007

concretarse al otorgamiento con las consiguientes advertencias notariales a los interesados, rechazando el control general de legalidad material del negocio jurídico en que intervienen, como justificación de la denegación del otorgamiento, que ha de establecerse expresamente por ley, entendiéndose que tal control de legalidad colisiona con el llevado a cabo a través de la calificación del registrador y supone la infracción de los derechos, libertades y preceptos que ampliamente expone.

En lo que atañe al alcance del denominado control de legalidad, conviene señalar que tal terminología no se utiliza por la Ley del Notariado, omisión que no resulta irrelevante, en cuanto con el término control el Reglamento viene a referir una decisión notarial sobre la legalidad del acto o negocio jurídico con los correspondientes efectos para la solicitud formulada por los interesados, facultad que por propia naturaleza y en cuanto afecta a la determinación de la legalidad sustantiva del acto o negocio jurídico pretendido por los interesados, no puede ejercerse sino en cuanto venga reconocida por la Ley, en los términos o medida que la misma establezca y por el procedimiento y régimen de revisión de la decisión igualmente establecido en la Ley. Así se contempla en los distintos supuestos en que se establecen controles de legalidad con dicho alcance, bastando como referencia el ámbito del Registro de la Propiedad, que fue examinado en alguno de sus aspectos por las citadas sentencias de esta Sala que resolvieron las impugnaciones frente a la modificación del Reglamento Hipotecario por Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre.

Las partes demandadas, teniendo en cuenta tal planteamiento, pretenden amparar el precepto en las previsiones del art. 17.bis.2.a) de la Ley del Notariado, introducido por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, y el art. 24 de la misma, modificado por la Ley 36/2006 de 29 de diciembre, e incluso el propio precepto recoge en el primer párrafo dicho art. 17.bis.2.a), sin embargo, no es ese el parecer de la Sala, pues, cuando dicho artículo establece que "con independencia del soporte electrónico, informático o digital en que se contenga el documento público notarial, el notario deberá dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes", se está refiriendo a la equiparación de la dación de fe por el Notario en el documento público con independencia del soporte electrónico,



Recurso Nº: 63/2007

informático o digital en que se contenga, como expresión de que el documento público electrónico ha de estar sujeto a las mismas garantías y requisitos que todo documento público notarial, según establece en el párrafo inmediatamente anterior, sin que se aluda a modificación alguna de tales garantías, de manera que el precepto no introduce un control de legalidad ex novo sino que se limita a señalar, entre tales garantías, el examen de la adecuación a la legalidad del otorgamiento, es decir, la dación de fe por el Notario de que el otorgamiento ha tenido lugar en las circunstancias que expresa el art. 193, hechas las reservas y advertencias legales a que se refiere el art. 194 y firmada la escritura en la forma dispuesta en el art. 195, tras lo cual el Notario autoriza el documento.

El propio art. 17.2.b) dispone esa equiparación de los documentos autorizados en soporte electrónico y sobre papel en cuanto a la fe pública de la que gozan y la presunción de veracidad e integridad de su contenido, que ni en la Ley (art. 1) ni el Reglamento (art. 2, en la esfera del Derecho se refiere a la autenticidad y fuerza probatoria de las declaraciones de las declaraciones de voluntad de las partes) se extienden a la legalidad sustantiva del acto o negocio jurídico, en congruencia con lo dispuesto en el art. 1.218 del Código Civil en el sentido de que los documentos públicos hacen prueba del hecho que motiva su otorgamiento y la fecha de éste y, contra los contratantes y causahabientes en cuanto a las declaraciones que hubieran hecho los primeros.

Tampoco el art. 24 incorpora ese denominado control de legalidad, limitándose a señalar que "los notarios en su consideración de funcionarios públicos deberán velar por la regularidad no sólo formal sino material de los actos o negocios jurídicos que autorice o intervenga, por lo que están sujetos a un deber especial de colaboración con las autoridades judiciales y administrativas", cuyo alcance ha de ponerse en relación con la finalidad de la Ley 36/2006 que modificó la redacción, prevención del fraude fiscal, aludiendo a ese genérico deber de los notarios, sin otra concreción sobre su materialización que no sea la especial colaboración con las autoridades judiciales y administrativas, cumpliendo las obligaciones que en el ámbito de su competencia establezcan dichas autoridades, lo que no permite atribuir tampoco a dicho precepto la implantación de un control de legalidad en los términos que venimos examinando y que recoge el precepto impugnado.



Recurso Nº: 63/2007

Ello no supone desconocer que en el ejercicio de su función de carácter complejo a la que nos hemos referido al examinar el art. 1, el Notario evalúa la legalidad del acto o negocio jurídico de que se trate y que a tal efecto los interesados acuden al mismo, fiados en su cualificación jurídica, para instrumentalizar adecuadamente tal acto o negocio jurídico, reflejándose en la sentencia allí citada de 26 de enero de 1996 el desarrollo de una función profesional con apoyo en la previsión del art. 17 de la Ley del Notariado, según el cual "el Notario redactará escrituras matrices...", se trata de precisar que ese deber de los notarios de velar por la regularidad formal o material de los actos o negocios jurídicos en que intervenga o el examen de la adecuada legalidad habrá de efectuarse en los términos y con el alcance que resulta de la ley que la propicia, antes señalados, materializándose en las correspondientes reservas y advertencias establecidas en la ley o, como resulta del art. 194 del propio Reglamento, en los Códigos Civil y de Comercio, Ley Hipotecaria y su Reglamento y en otras leyes especiales, así como en la adecuada información de la voluntad de los intervinientes, en los términos que resultan del art. 1 del propio Reglamento, e incluso otras previsiones legales como la ya indicada del art. 24 de la Ley.

Tampoco supone un juicio negativo sobre la viabilidad jurídica del establecimiento de un control de legalidad a cargo de los notarios en los términos generales señalados, y menos aún un juicio sobre su oportunidad, que como se deduce de lo indicado en el tercer fundamento de derecho, a propósito del alcance del control jurisdiccional de la actividad reglamentaria, no corresponde realizar al órgano judicial.

Se trata solamente de que su establecimiento, por las razones indicadas y las que se expresan seguidamente, ha de responder a la voluntad del legislador plasmada en la correspondiente norma de adecuado rango legal.

Efectivamente, menos amparo legal tiene el hecho de que reglamentariamente se anude al juicio de legalidad desfavorable del Notario, con la amplitud y generalidad que lo hace el precepto impugnado, la consecuencia de denegación de su autorización o intervención.

A tal efecto lo primero que debe significarse es la trascendencia que la denegación puede tener para los derechos y titularidades jurídicas de carácter patrimonial de los interesados, privándoles de la forma de documentación



Recurso Nº: 63/2007

pública (arts. 1278 y 1279 CC) y la correspondiente garantía y eficacia que de ello deriva (art. 1218 CC) y posibilidades de negociación que tal garantía facilita, así como de la subsiguiente protección registral, si quiera sea provisional y temporal, que proporciona el acceso al registro a través del correspondiente asiento de presentación, comenzando por la posible subsanación y con los consiguientes efectos derivados de tal prioridad (arts. 17,18, 24, 25, 32 LH; arts. 1473 párrafo segundo, 1526, párrafo segundo del CC, entre otros), por citar los aspectos más destacados.

Tales efectos se proyectan sobre el derecho de propiedad, comprometido en gran parte de los actos o negocios jurídicos en cuestión, afectando a su adquisición, conservación y eficacia, materia que por lo tanto ha de entenderse sujeta a reserva de ley según resulta del art. 33.2 de la Constitución, en relación con el art. 53.1 de la misma, en cuando incide en aspectos sustanciales del ejercicio y alcance del derecho.

Tal reserva de ley no impide la colaboración reglamentaria siempre que se trate de desarrollar y completar las previsiones legales y que no responda a una remisión general e incondicionada que suponga la deslegalización de la regulación, pues como señala la sentencia del Tribunal Constitucional 112/2006 de 5 de abril, con referencia a la sentencia 83/1984, de 24 de julio, el principio de reserva de ley *"entraña una garantía esencial de nuestro Estado de Derecho", siendo su significado último "el de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes", suponiendo que toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas, que limite y condicione su ejercicio, precisa una habilitación legal -por todas, SSTC 49/1999, de 5 de abril; FJ 4 y 184/2003, de 23 de octubre FJ 6, a)-*, precisando que no se excluye *<<que las Leyes "contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución a favor del legislador" (STC 83/1984, de 23 de julio, FJ 4, confirmado, por todos, en el FJ 14 de la STC 292/2000, de 30 de noviembre). Las habilitaciones o remisiones legales a la potestad reglamentaria deben, según nuestra doctrina allí expresada, restringir el ejercicio de dicha potestad "a un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia*



Recurso Nº: 63/2007

Ley", criterio "contradicho con evidencia mediante cláusulas legales... en virtud de las que se produce una verdadera deslegalización de la materia reservada, esto es, una total abdicación por parte del legislador de su facultad para establecer reglas limitativas, transfiriendo esta facultad al titular de la potestad reglamentaria, sin fijar ni siquiera cuáles son los fines u objetivos que la reglamentación ha de perseguir" >>, criterio que proyecta sobre el derecho de propiedad señalando que <<este Tribunal, en su STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 3, tuvo ocasión de decir que esta reserva de ley "prohíbe... toda operación de deslegalización de la materia o todo intento de regulación del contenido del derecho de propiedad privada (estaba en juego la Ley andaluza de reforma agraria, aclaramos ahora) por reglamentos independientes o extra legem, pero no la remisión del legislador a la colaboración del poder normativo de la Administración para completar la regulación legal y lograr así la plena efectividad de sus mandatos">>.

Pero en nuestro caso, aparte de lo ya expuesto sobre el control de legalidad en cuestión, falta una concreta habilitación legal que permita establecer reglamentariamente la denegación de la autorización o intervención notarial como consecuencia del juicio de legalidad desfavorable. Como se desprende de lo ya expuesto antes, no puede hallarse la misma en los citados arts. 17.bis y 24 de la Ley del Notariado, a pesar de su reciente modificación por las leyes 24/2001 y 36/2006, que ni siquiera sirven de amparo para justificar un control de legalidad en los términos que resultan del precepto reglamentario, según se ha razonado antes y que ninguna previsión contienen sobre la posibilidad de denegación por los notarios de su ministerio y la revisión de una eventual decisión en tal sentido.

Tampoco puede considerarse como norma habilitante el art. 2 de la Ley del Notariado, al que se remiten las partes demandadas, porque el mismo se refiere genéricamente a la obligación del Notario, requerido para dar fe de cualquier acto público o particular extrajudicial, que no puede negar, sin justa causa, la intervención de su oficio, de manera que no se contempla la concreta cuestión de denegación en razón de la valoración de la legalidad del acto o negocio de que se trate. El propio Reglamento en el art. 3 reitera el carácter obligatorio del ministerio notarial, siempre que no exista causa legal o imposibilidad física que lo impida, sin ninguna precisión al efecto. En tal sentido, aun considerando que el concepto justa causa se refiriera genéricamente a cualquier circunstancia que pudiera calificarse como tal,



Recurso Nº: 63/2007

incluido un juicio de legalidad desfavorable, el art. 2 de la LN, en el mejor de los casos, supondría una deslegalización de la materia, facilitando un desarrollo reglamentario independiente, en cuanto la Ley no contiene la mínima regulación que garantice que los supuestos de denegación de la autorización o intervención notarial responden a la voluntad del legislador, trasladando al ámbito reglamentario la facultad que la Constitución atribuye al legislador para su efectivo ejercicio, propiciando que por vía reglamentaria se haya configurado un régimen de denegación de la intervención notarial, en virtud de un juicio desfavorable de legalidad, con el carácter general que se desprende de los supuestos contemplados en el precepto impugnado, sin la necesaria precisión en cuanto al alcance de la deficiencia legal en que se sustenta el juicio desfavorable y sin ninguna valoración sobre la incidencia en los derechos tutelados y afectados por dicha denegación, que resulta insostenible como norma reglamentaria que carece de la necesaria cobertura legal.

Por lo demás, el propio legislador, a la hora de establecer concretas limitaciones de acceso a la autorización notarial de actos o negocios jurídicos, ha acudido a disposiciones con rango de Ley, como señala la parte recurrente, tales son los casos, entre otros, del art. 10.6 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que impide la autorización por el Notario de aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales; el art. 4.4 de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico, según el cual los notarios no pueden autorizar una escritura reguladora de un régimen de aprovechamiento por turno, mientras no se acredite el cumplimiento de los requisitos establecidos en los apartados 1 y 2 del propio precepto; el art. 20 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, que impide la autorización de escrituras públicas de declaración de obra nueva sin que se acredite la constitución de las garantías establecidas en el art. 19 de la Ley; o el art. 25.5 de la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de Montes, que impide a los notarios autorizar las escrituras de adquisición sin que previamente se acredite la notificación fehaciente a la Administración, que exige dicho precepto.



Recurso Nº: 63/2007

No es obstáculo para ello la invocación del carácter preconstitucional del precepto en su contenido esencial que se realiza por las partes demandas, a efectos de limitar su impugnabilidad y aplicación del principio de reserva de Ley, pues como ya indicamos en sentencia de 31 de enero de 2001, "el hecho de que algunos preceptos tuviesen vigencia con anterioridad a la redacción dada al Reglamento Hipotecario por el Real Decreto recurrido, no impide que, al publicarse éste, las personas legitimadas puedan impugnar todos aquéllos que hayan sido objeto de modificación o nueva redacción con independencia de lo extensa o intensa que sea la reforma introducida y de que sean mera reiteración de los precedentes sin que previamente se hubiese cuestionado su legalidad", y ello, según añade dicha sentencia en otro fundamento, "sin que la preconstitucionalidad del Reglamento modificado justifique la conculcación del principio de reserva de Ley, pues no cabe perpetuar indefinidamente normas reglamentarias preconstitucionales, que infrinjan este principio, con el pretexto de que no producen innovaciones en el sistema", lo que es congruente con la doctrina del Tribunal Constitucional, elaborada fundamentalmente en materia sancionadora, que si bien considera una excepción al principio de reserva de ley el supuesto de las normas preconstitucionales que no introducen innovaciones sustanciales, considera en sentencia 50/2003, de 17 de marzo, que *"permitir que se actualicen las normas reglamentarias sancionadoras preconstitucionales, por la misma vía reglamentaria, supone alterar el sistema constitucional de producción de normas jurídicas (STC 172/1992, de 2 de noviembre), con el perverso efecto de mantener in aeternum, después de la Constitución, infracciones que carecen de cobertura legal (STC 45/1994, 15 de febrero, FJ 5). La pervivencia de normas reglamentarias sancionadoras preconstitucionales tiene como valladar infranqueable la imposibilidad de que se actualicen luego por la misma vía, no respetando así el sistema constitucional de producción de normas (STC 177/1992, de 2 de noviembre), hasta el punto de vedar incluso la viabilidad de un reglamento posterior a la Constitución que se redujera a reproducir el contenido de la regulación anterior (STC 305/1993, de 25 de octubre). En caso contrario se produciría el efecto perverso de mantener ad calendas graecas después de la Constitución, infracciones que, se mire como se mire, carecen de la necesaria cobertura legal (STC 45/1994, de 15 de febrero y 117/1995, de 17 de julio)"*.

Lo que es trasladable a este caso, en el que el precepto impugnado introduce modificaciones que alteran sustancialmente su contenido y alcance, imponiendo una concepción del control de legalidad del Notario determinante



Recurso Nº: 63/2007

de la denegación de su ministerio, ampliando notablemente su contenido, y ello en el marco de una actualización del Reglamento en materia reservada a ley, tratando de perpetuar la situación anterior, que deriva de la manifiesta insuficiencia de la regulación de la Ley del Notariado, que se viene poniendo de relieve en el ámbito jurídico, señalando ya la sentencia de 28 de octubre de 1995, por referencia a los dictámenes del Consejo de Estado de 12 de mayo de 1944 y 9 de febrero de 1984 (emitidos en relación con el RN de 1944 y la modificación por R.D. 1209/84), que se reduce a principios, manifestando el segundo de dichos dictámenes que es muy deseable que se regularice la situación "colocando a la cabeza del grupo normativo notarial una ley que no sea mera inicial miniada de un texto reglamentario, sino que contenga las decisiones fundamentales en la materia".

No ha de perderse de vista, como ya hemos indicado antes, que lo que aquí se cuestiona no es la oportunidad o procedencia de que el Notario pueda denegar su autorización o intervención en determinadas situaciones, sino que ello no se haya establecido en norma de adecuado rango de legal.

Además de la apreciada infracción de la reserva de ley en los términos expuestos, ha de tenerse en cuenta que la regulación del precepto reglamentario afecta a aspectos de la contratación regulados en el Código Civil, como el acceso a determinada forma (art. 1279) o la libertad de pacto (art. 1255), aparte de otros aspectos que ya hemos señalado antes, que una disposición reglamentaria debe respetar y tomar en consideración a la hora de establecer una regulación que incida en las previsiones de la norma de rango superior, que en este caso tampoco se ha tenido en cuenta.

Por todo ello el precepto debe anularse en todos los párrafos que han sido objeto de impugnación en cuanto responden al control de legalidad que no se entiende amparado legalmente, debiéndose precisar que ello incluye el último inciso del párrafo segundo en cuanto puede amparar la denegación de la autorización e intervención notarial en virtud de la valoración del Notario en los amplios términos que se recogen en el mismo. Ello no excluye lo que pueda acordarse por el Notario a efectos de que se complete la solicitud de autorización o intervención formulada por los interesados en los términos que legalmente vengán establecidos.



Recurso Nº: 63/2007

También incluye la declaración de nulidad el último párrafo, que igualmente responde a la revisión de la denegación de la autorización o intervención en los términos contemplados en el precepto, que se anula y que en tal medida queda sin contenido, además de que su establecimiento como tal revisión de una actuación administrativa, como es la decisión del Notario en su condición de funcionario público relativa a la prestación o denegación de sus funciones, desborda el ámbito reglamentario al estar sujeto a reserva de ley (art. 105.c, CE), lo que ya declaramos en un caso semejante contemplado en sentencia de 12 de febrero de 2002, con referencia a la sentencia de 22 de mayo de 2000.

La estimación de la pretensión de anulación en tales términos hace innecesario el examen concreto de otras alegaciones de las partes, que en todo caso han de entenderse valoradas en relación con las razones expuestas como fundamento de tal pronunciamiento.

SEPTIMO.- Impugnación del artículo 147.

Según la redacción dada por el Real Decreto 45/2007, dispone dicho precepto que: "El notario redactará el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes, la cual deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico, e informará a aquéllos del valor y alcance de su redacción, de conformidad con el artículo 17 bis de la Ley del Notariado.

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 procede ésta y si la misma 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 a 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



Recurso Nº: 63/2007

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**".

Considera la recurrente que el párrafo segundo es inadmisibile por ser contrario al principio de libertad contractual, respecto al que existe reserva de ley, entendiendo que cuando se presenta minuta el Notario lo único que puede hacer si considera que el otorgamiento es ilegal es sugerir fórmulas alternativas, pero no imponer la alteración del negocio. Considera que la expresión "no vulneración del ordenamiento jurídico" del párrafo cuarto, por su amplia formulación, constituye una nueva función del Notario en materia de pólizas, y es una variante del control de legalidad del art. 145 ya criticado antes. En cuanto a la frase final del precepto "velar por el respeto de los derechos básicos de los consumidores y usuarios", considera que es genérica y excede de las competencias atribuidas por Ley al Notario en esta materia y no corresponde regularlo a un Reglamento. Solicita la declaración de nulidad del precepto en las partes señaladas con negrita.

Se oponen a la impugnación las partes demandadas señalando que los aspectos impugnados son expresión del control de legalidad que se atribuye al Notario en los arts. 17 bis y 24 de la LN, indicando que sus previsiones ya se contenían en el art. 83 del Real Decreto 853/1959, de 27 de mayo, por el que se regulaban las funciones de los Corredores de Comercio, al que se dio nueva redacción por el Real Decreto 1251/97, de 24 de julio, sin que el Tribunal Supremo apreciara tacha de ilegalidad en su sentencia de 21 de junio de 1999, añadiendo que la función genérica de velar por los derechos básicos de los consumidores encaja en dicho control de legalidad y viene amparada, entre otros por el art. 10.6 de la Ley 26/1984, de 19 de julio.

La previsión del párrafo segundo responde, como señalan las partes demandadas, a la concepción del control de legalidad notarial y su consecuencia denegatoria de la autorización que se recoge en el art. 145 del propio Reglamento, que hemos considerado ilegal, sin que pueda ampararse en las previsiones del párrafo que le precede en cuanto invoca el art. 17.bis de la Ley del Notariado, pues al examinar la impugnación del referido art. 145 ya hemos señalado cual es el alcance de dicho precepto legal que no sirve de cobertura al precepto reglamentario ni por lo tanto a la interpretación que del mismo se refleja en el párrafo primero de este art. 147, lo que lleva a la



Recurso Nº: 63/2007

anulación del párrafo segundo en cuanto se sujeta al referido control de legalidad y también el inciso "siempre que su contenido no vulnere el ordenamiento jurídico", por las mismas razones allí expuestas, en cuanto se condiciona la intervención de la póliza al resultado del juicio de legalidad sobre su contenido efectuado por el Notario.

Distinta ha de ser la respuesta a la impugnación del inciso final del precepto, según el cual el Notario "velará por el respeto de los derechos de los consumidores y usuarios", cuando la propia parte recurrente reconoce que, tanto el art. 10.6 de la Ley 26/84 como el art. 23 de la Ley 7/1998, imponen al Notario concretos deberes de información a los consumidores en asuntos propios de su especialidad.

Efectivamente, el art. 10.6 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, establecía que "Los Notarios y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

Los Notarios, los Corredores de Comercio y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, informarán a los consumidores y usuarios en los asuntos propios de su especialidad y competencia", previsiones que se recogen actualmente en los arts. 84 y 91 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

Por su parte el art. 23 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de Contratación, establece que "Los Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles advertirán en el ámbito de sus respectivas competencias de la aplicabilidad de esta Ley, tanto en sus aspectos generales como en cada caso concreto sometido a su intervención.

2. Los Notarios, en el ejercicio profesional de su función pública, velarán por el cumplimiento, en los documentos que autoricen de los requisitos de incorporación a que se refieren los Artículos 5 y 7 de esta Ley. Igualmente advertirán de la obligatoriedad de la inscripción de las condiciones generales en los casos legalmente establecidos."



Recurso Nº: 63/2007

En ambos preceptos, junto a actuaciones concretas del Notario se incluyen cláusulas de información genérica sobre la materia. Por lo que no se aprecia, en contra de lo sostenido por la recurrente, extralimitación alguna de la previsión reglamentaria.

En consecuencia, la impugnación de este inciso final debe ser desestimada.

OCTAVO.- Impugnación del artículo 157.

"Las circunstancias identificativas de los otorgantes o comparecientes se harán constar por lo que resulte de los documentos de identidad aportados **y en su caso de sus manifestaciones.**

Cuando el otorgante fuere conocido con un segundo nombre unido al primero, o con un nombre distinto, se expresará también esta circunstancia. **Si se conociere un solo apellido, se hará constar así, no siendo necesario expresar el segundo cuando por los otros datos resultare perfectamente identificado. En caso de duda, podrá agregarse su filiación."**

Entiende la recurrente que el precepto es contrario al art. 23 de la Ley del Notariado en cuanto al inciso "y en su caso de sus manifestaciones", pues no puede hablarse de circunstancias identificativas sin referirse de modo claro y rotundo, que no deje lugar a dudas, de la necesaria dación de fe del Notario sobre la identidad del compareciente.

Considera igualmente que en cuanto permite que se exprese uno solo de los dos apellidos, es contrario al art. 9 regla 4ª de la Ley Hipotecaria, que exige que en toda inscripción en el Registro se exprese la persona natural a cuyo favor se haga, y al art. 53 de la Ley del registro Civil, según el cual las personas son designadas por su nombre y apellidos, correspondientes a ambos progenitores.

Las partes demandadas entienden que el precepto ha de interpretarse en relación con los arts. 156, 161 y 163 del propio Reglamento y resulta compatible con el art. 23 de la Ley del Notariado, que no regula la constancia en las escrituras de circunstancias identificativas de los otorgantes sino la dación de fe por el Notario de la identidad de estos.



Recurso Nº: 63/2007

En cuanto a la posibilidad de hacer constar un solo apellido, ya figuraba en la redacción anterior del precepto, no afecta a la dación de fe del Notario, es una exigencia del tráfico jurídico, a la que se refiere el art. 168 del Reglamento, que no contradice al aquí impugnado, como tampoco advierten contradicción con los arts. 9 de la Ley Hipotecaria y 53 de la Ley del Registro Civil que tienen un ámbito distinto.

Los términos en que se plantea esta impugnación, puesta en relación con la actividad registral y las previsiones de la normativa hipotecaria, permiten considerar justificada la legitimación del Colegio recurrente.

En cuanto a dicha impugnación y por lo que se refiere al inciso "y en su caso de sus manifestaciones", resulta justificada la alegación de infracción del art. 23 de la Ley del Notariado, según el cual los notarios deben dar fe en las escrituras públicas y actas que por su índole especial lo requieran de que conocen a las partes o de haberse asegurado de su identidad por los medios supletorios que establecen las leyes y los reglamentos, señalando seguidamente los medios supletorios de identificación, sin que entre ellos figure la sola manifestación de los otorgantes, antes al contrario, entre tales medios se incluye la identificación de una de las partes contratantes por la otra, lo que da a entender que la identificación no puede efectuarse por manifestación del propio interesado. Por otro lado y frente a lo sostenido en las contestaciones a la demanda, la interpretación sistemática del precepto en relación con los arts. 156, 161 y 163 pone de manifiesto la identificación en la comparecencia con indicación de los documentos de identificación, el número de identificación fiscal cuando así lo disponga la normativa tributaria, la fe de conocimiento por el Notario o medios sustitutivos utilizados, el pasaporte o el documento nacional de identidad, es decir, por alguno de los medios supletorios establecidos en el citado art. 23 de la Ley, de manera que el precepto impugnado no resulta congruente con tales preceptos reglamentarios y contradice lo dispuesto en el citado art. 23 de la Ley, lo que conduce a la declaración de nulidad del mismo y consiguiente estimación de la impugnación en este aspecto.

Distinta ha de ser la respuesta a la impugnación del último párrafo del precepto, que contempla los supuestos en que se conozca un solo apellido a efectos de hacer constar tal circunstancia, sin otra exigencia cuando por otros datos resulte perfectamente identificado y, en otro caso, cuando exista duda,



Recurso Nº: 63/2007

se prevé la posibilidad de agregar su filiación. Se alude con ello a los supuestos de conocimiento de un solo apellido, distintos del que se prevé de manera expresa en el art. 168 del Reglamento en orden a la comparecencia en las escrituras, respecto de los extranjeros que usaren solo el primer apellido, en cuyo caso el "Notario se abstendrá de exigirle la declaración del segundo, aunque se trate de documentos inscribibles en el Registro de la Propiedad". Es el desconocimiento de segundo apellido, como supuesto específico, lo que justifica esta forma de constancia de la identidad del otorgante que, no obstante, condiciona la falta de expresión del segundo apellido a que por otros datos resulte perfectamente identificado y añade otra garantía, que en caso de duda se pueda agregar su filiación. De manera que esta forma de identificación no depende de la voluntad del Notario sino que viene justificada por la situación creada ante un otorgamiento y desconocimiento del segundo apellido del otorgante y siempre que, no obstante tal desconocimiento, resulte perfectamente identificado el otorgante por otros datos, es decir, en ningún caso la utilización del único apellido conocido ponga en cuestión la adecuada identificación del mismo.

Por otra parte, tal previsión no presenta contradicción con la regla 4ª del art. 9 de la Ley Hipotecaria, que se refiere genéricamente a la expresión de la persona natural o jurídica a cuyo favor se haga la inscripción, ni del art. 53 de la Ley del Registro Civil, que se refiere al régimen general de designación de las personas, por su nombre y apellidos, correspondientes a ambos progenitores, establecido y amparado por la Ley, que no supone la exigencia de utilización de tal forma de designación en todo ámbito jurídico de actuación, además de no contemplar la situación de quienes, por no ser aplicable o por incumplimiento, no son designados conforme a dicha Ley. En todo caso, como derecho de las personas no se desconoce por el precepto impugnado, que no afecta al uso de tal forma de designación por los interesados, que es la regla general, previendo el caso contrario de que se conozca un solo apellido, al que da respuesta garantizando, a pesar de ello, la adecuada identificación del otorgante.

Por lo tanto la impugnación de este último párrafo debe desestimarse.

NOVENO.- Impugnación del artículo 159.



Recurso Nº: 63/2007

"Las circunstancias relativas al estado de cada compareciente se expresarán diciendo si es soltero, casado, separado judicialmente, viudo o divorciado.

También podrá hacerse constar a instancia de los interesados su situación de unión o separación de hecho.

Si el otorgante fuere casado, separado judicialmente o divorciado, y el acto o contrato afectase o pudiese afectar en el futuro a las consecuencias patrimoniales de su matrimonio actual, o en su caso, anterior, se hará constar el nombre y apellidos del cónyuge a quien afectase o pudiese afectar, así como el régimen económico matrimonial.

Las circunstancias a que se refiere este artículo se harán constar por el notario por lo que resulte de las manifestaciones de los comparecientes.

Se expresará, en todo caso, el régimen económico de los casados no separados judicialmente. Si fuere el legal bastará la declaración del otorgante. Si fuese el establecido en capitulaciones matrimoniales será suficiente, a **todos los efectos legales**, que se le acredite al notario su otorgamiento en forma auténtica. El notario identificará la escritura de capitulaciones y en su caso, su constancia registral, y testimoniará, **brevemente**, el régimen acreditado, **salvo que fuere alguno de los regulados en la ley, en que bastará con hacer constar cuál de ellos es.**

En las escrituras de capitulaciones matrimoniales el notario hará constar que las modificaciones del régimen económico matrimonial realizadas durante el matrimonio no perjudicarán en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros".

Se impugna este precepto en los extremos que se han destacado en **negrita**, alegando que no es suficiente la mera manifestación de los comparecientes para acreditar el estado civil, según deduce del art. 222.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Considera que la frase "la acreditación al Notario será suficiente a todos los efectos legales" es inapropiada y desproporcionada, ya que predetermina la actuación posterior de otros funcionarios públicos que deban comprobar la validez del acto o contrato de que se trate, infringiendo los arts. 18 del Código de Comercio y 18 de la Ley Hipotecaria, así como el art. 1218 del Código Civil. Finalmente entiende que el último párrafo del precepto puede distorsionar los mecanismos de publicidad registral de las capitulaciones matrimoniales y sus efectos respecto de terceros, ya que ningún precepto impone que el notario haga esa advertencia



Recurso Nº: 63/2007

respecto de terceros, por lo que carece de cobertura legal; la escritura pública no es un documento idóneo para consignar derechos de terceros; no cabe copiar en una escritura un artículo del Código Civil sin insertar los demás artículos y doctrinas jurisprudenciales relacionados con él; se incurre en confusión con la normativa de los Registros Públicos respecto de terceros.

Las partes demandadas se oponen a esta impugnación señalando que no se pretende en las escrituras correspondientes acreditar el estado civil de las personas, que la constancia del estado civil en los documentos notariales por manifestación de los otorgantes se ha admitido tradicionalmente en nuestro derecho, que las demás expresiones del precepto que se impugnan no tienen el alcance que la parte les atribuye ni suponen vulneración de los preceptos que invoca.

Las alegaciones de la recurrente sobre la incidencia del precepto en la actuación de los registradores e incluso los efectos sobre la publicidad registral, conducen a apreciar la legitimación de la recurrente en los términos establecidos en el primer fundamento de derecho.

La impugnación de este precepto se concreta a los aspectos destacados en **negrita** y tiene distinto alcance, así, en lo que atañe a la constancia de las circunstancias indicadas en el precepto por las manifestaciones de los comparecientes, el artículo impugnado se refiere a la expresión de tales circunstancias, estado civil, régimen económico matrimonial, en los términos manifestados por los propios interesados. No se trata, por lo tanto, de acreditar la realidad de tales circunstancias sino de su mera expresión y constancia en el documento, de manera que la fe pública notarial se limita a las manifestaciones de los comparecientes en tal sentido sin otro alcance. No hay, por lo tanto, constatación de la acreditación de tales circunstancias de estado civil o régimen económico matrimonial sino de las manifestaciones de los otorgantes al respecto y como tal ha de valorarse, en su caso, por los funcionarios a los que la Ley atribuye la facultad de examen o calificación a los efectos oportunos. En consecuencia la impugnación del precepto en tal aspecto, en cuanto le atribuye un efecto que no responde a sus previsiones, debe ser desestimada.

Distinta respuesta merece la impugnación de la expresión "a todos los efectos legales", que se recoge en el precepto, sobre la suficiencia de la



Recurso Nº: 63/2007

acreditación al Notario del otorgamiento de capitulaciones matrimoniales en forma auténtica, pues con tal expresión omnicomprendiva y carente de cualquier elemento que permita delimitar su alcance, se puede incidir en distintos ámbitos ajenos al objeto de regulación reglamentaria, constancia del régimen económico matrimonial en el documento, desbordando los límites de dicha potestad reglamentaria y afectando a las previsiones legales sobre requisitos de eficacia de las capitulaciones matrimoniales o la valoración atribuida por la Ley a otros funcionarios, como señala la parte recurrente con referencia a los arts. 18 del Código de Comercio y 18 del Ley Hipotecaria y, en general, posibilitando una interpretación sobre al alcance de tal actuación notarial que no se corresponde con su régimen legal. En consecuencia la impugnación debe ser estimada en este aspecto.

Por lo que se refiere a la simple constancia del régimen legal pactado en capitulaciones matrimonial es congruente con el resto de las previsiones del precepto, que tratándose del régimen legal se limita a su cita.

No puede decirse lo mismo en cuanto a la previsión de que se testimonie "brevemente" el régimen económico matrimonial, distinto de los regulados por la ley, pactado en capitulaciones matrimoniales, pues, así como la referencia a un régimen legal permite la identificación del mismo y su alcance jurídico, tratándose de un régimen económico matrimonial distinto y plasmado en las correspondientes estipulaciones es preciso el conocimiento de las mismas para que pueda llegarse a su adecuada identificación y valoración de su alcance en semejantes condiciones a las que proporciona la sola indicación de un determinado régimen legal, lo que pone en cuestión un testimonio breve que impide llevar a cabo tal valoración en condiciones adecuadas por el funcionario que corresponda. En consecuencia la Sala entiende que el término "brevemente" debe anularse, estimándose en este aspecto la impugnación.

Finalmente, el último párrafo del precepto, que de manera asistemática se refiere al otorgamiento de capitulaciones matrimoniales, introduciendo una referencia a los efectos de las modificaciones del régimen económico matrimonial realizadas durante el matrimonio, transcribiendo el art. 1.317 del Código Civil, en cuanto se refiere genéricamente a las todas las capitulaciones matrimoniales, supongan o no una modificación del régimen económico matrimonial, se efectúa una referencia incompleta sobre los efectos



Recurso Nº: 63/2007

de tales capitulaciones matrimoniales y puede inducir a confusión sobre tales efectos respecto de terceros en relación con la normativa registral (Civil, Mercantil y de la Propiedad), entiende la Sala que supone una advertencia no amparada en la Ley establecida por el Reglamento que, por lo tanto, debe anularse en cuanto a este último párrafo.

DECIMO.- Impugnación del artículo 161.

"Respecto de españoles la nacionalidad y su identidad se acreditarán por el pasaporte o el documento nacional de identidad y **la vecindad por el lugar de otorgamiento, salvo que manifieste el interesado otra cosa.** Respecto de extranjeros residentes en territorio nacional, su nacionalidad e identidad se acreditará mediante pasaporte o permiso de residencia expedido por autoridad española. Por último, respecto de extranjeros no residentes su nacionalidad e identidad se acreditará mediante pasaporte o mediante cualquier otro documento oficial expedido por autoridad competente de su país de origen que sirva a efectos de identificación, lo que se certificará en caso de duda por la autoridad consular correspondiente.

En todo caso, el documento utilizado deberá contener fotografía y firma del otorgante".

Entiende la recurrente que el precepto se refiere de forma imprecisa a vecindad sin aludir a vecindad civil, entiende que es una presunción improcedente que, cuando el documento público no exprese la vecindad civil se presuma la del lugar de otorgamiento, porque no caben las presunciones reglamentarias de acuerdo con los arts. 385 y 386 de la LEC, por lo que se infringen tales preceptos y la reserva de ley en materia procesal del art. 117 y 149.1.6ª de la Constitución; porque infringe el art. 14 del Código Civil que establece los criterios para determinar la vecindad civil; porque carece de todo fundamento teniendo en cuenta la libre elección de Notario; porque del silencio no cabe deducir ninguna manifestación de voluntad.

La partes demandadas defienden la legalidad del precepto, señalando la escasa virtualidad del mismo y que se trata de la constancia de la vecindad civil y no de la efectiva posesión o constitución de la misma, sin que el precepto entre en la adquisición de la vecindad civil por los medios y circunstancias establecidos en el art. 14 de la Código Civil. Se rechaza



Recurso Nº: 63/2007

igualmente la infracción de los preceptos constitucionales y procesales que se denuncia por la recurrente.

La legitimación de la recurrente por la relación del precepto con una circunstancia inscribible, supone el mantenimiento del criterio reflejado en el primer fundamento de derecho.

Por lo que se refiere a esta impugnación y al margen de que la falta de precisión técnica del precepto no afecte a su legalidad, es lo cierto que recoge como forma de acreditación de la vecindad civil, por el lugar del otorgamiento, salvo que manifieste el interesado otra cosa, estableciendo reglamentariamente una presunción sobre la realidad de tal vecindad civil que no se corresponde con la regulación de la adquisición de la misma, establecida en el art. 14 del Código Civil.

A diferencia de lo dispuesto en el artículo anteriormente examinado sobre la mera constancia de una circunstancia personal, estado civil, que no tiene otro alcance que la expresión de la correspondiente manifestación, la acreditación supone entender justificada la realidad de tal circunstancia, de manera que debe corresponder con la adquisición de la misma según las previsiones legales, no cabe entender acreditada una determinada vecindad civil que no responde a las previsiones legales que permiten obtenerla y hacerla valer. Y es lo cierto que ello no sucede en este caso, sin que exija mayores argumentaciones, teniendo en cuenta que de acuerdo con el art. 14 del Código Civil la vecindad civil se adquiere de diversos modos, nacimiento, residencia,..., que puede mantenerse después de mudar el domicilio a territorio con distinto régimen civil, a lo que se unen factores como la libertad de elección de Notario, que puede no corresponder con el territorio de residencia del interesado.

Es claro que en estas circunstancias, la presunción de conexión del lugar del otorgamiento del documento público con la acreditación de una determinada vecindad civil es contraria a las previsiones del art. 14 del Código Civil, sin que guarde relación alguna con las formas de adquisición de una concreta vecindad civil, que tampoco resulta de la simple manifestación del interesado, lo que determina la anulación del precepto en cuanto al inciso objeto de impugnación.



Recurso Nº: 63/2007

UNDECIMO.- Impugnación de los artículos 164, 197 párrafo quinto y de la disposición adicional única y disposición final primera del Real Decreto 45/2007.

Establece el art. 164 que: "La intervención de las otorgantes se expresará diciendo si lo hacen por su propio nombre o en representación de otro, reseñándose en este caso los datos identificativos del documento del cual surge la representación, salvo cuando emane de la ley, en cuyo caso se expresará esta circunstancia, **no siendo preciso que la representación legal se justifique si consta por notoriedad al autorizante.**

Si el otorgante actúa en representación voluntaria de otra persona física o jurídica, el notario, antes de la autorización del acto o negocio jurídico de que se trate consultará el Archivo de Revocación de Poderes o el que le sustituya del Consejo General del Notariado, a los efectos de comprobar que no consta la revocación salvo que, bajo su responsabilidad, no estime necesario realizar la consulta.

Si la representación no resultare suficientemente acreditada a juicio del notario autorizante y todos los comparecientes hicieren constar expresamente su solicitud de que se autorice el instrumento con tal salvedad, el notario reseñará dichos extremos y los medios necesarios para la perfección del juicio de suficiencia. En tal caso, cuando le sean debidamente acreditados, el notario autorizante o su sucesor en el protocolo así lo harán constar por diligencia, expresando en ella su juicio positivo de suficiencia de las facultades expresadas. En todas las copias que se expidan con anterioridad a dicha diligencia el notario hará constar claramente que la representación no ha quedado suficientemente acreditada.

También se hará constar el carácter con que intervienen los otorgantes que sólo comparezcan al efecto de completar la capacidad o de dar su autorización o consentimiento para el contrato".

Por su parte el art 197, párrafo quinto establece que: "**En lo relativo a la consulta al Archivo de Revocación de Poderes se estará a lo dispuesto en el art. 164 del presente Reglamento**".

La disposición adicional única y la disposición final primera se impugnan en cuanto se refieren al Archivo de Revocación de Poderes.



Recurso Nº: 63/2007

Entiende la recurrente que el art. 164 del RN se aparta del art. 98 de la Ley 24/2001, reformado por la Ley 24/2005, porque respecto de la representación legal se introduce la notoriedad, cuando no todos los supuestos de representación legal se basan en hechos notorios, infringiéndose dicho precepto que exige acreditación mediante documento auténtico, cuando la representación derive de un documento, sin distinción de la clase de representación que sea, exigiendo igualmente que se haga una reseña, infringiéndose también los preceptos del Registro Civil y del Registro Mercantil que para supuestos de representación de tutores o de concursados prevén la acreditación a través de constancias registrales.

Para la resolución de esta concreta impugnación conviene señalar que el art. 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre no regula los casos en que ha de acreditarse la representación mediante documento auténtico y menos aún en el caso concreto de la representación legal, sino que contempla el juicio de suficiencia, cuando de instrumentos públicos otorgados por representantes o apoderados se trate, de la representación o apoderamiento por el Notario, según el propio enunciado del precepto, refiriéndose a la reseña identificativa del documento auténtico en que se haya aportado, el juicio de suficiencia y su alcance, de manera que no puede invocarse el mismo como fundamento de exigencia de una determinada forma de acreditación de la representación, tal y como se plantea en la demanda, pues lo que se regula en el mismo es el juicio de suficiencia de la representación acreditada documentalmente y no la exigencia de dicha tal aportación documental.

Por otra parte, el inciso del precepto que se impugna lo que establece es la excepción a la regla general de justificación de la representación legal, señalando que no se precisa si consta la notoriedad al autorizante, de manera que esta es una justificación excepcional y referida al caso concreto en el que concurra tal notoriedad, que pone en evidencia la representación ante el Notario responsable de efectuar tal constatación.

Por ello, la parte atribuye al precepto lo que no dice, pues la exclusión de la necesidad de justificar la representación legal va ligada al hecho notorio de la misma, no a la totalidad de los supuestos de representación legal, como parece considerar la recurrente.



Recurso Nº: 63/2007

Finalmente las previsiones del precepto se limitan a la acreditación de la representación de quienes comparecen al otorgamiento del instrumento público de que se trate, en ese caso concreto, y en nada afectan a la inscripción de la representación de tutores y concursados y los efectos que de tal inscripción o de su falta se puedan derivar.

En consecuencia no se aprecia la vulneración legal que se denuncia en esta impugnación que, por lo tanto, debe ser desestimada.

Se impugna igualmente el segundo párrafo del art. 164, considerando que es ilegal en cuanto conculca la exigencia legal de secreto del protocolo (art. 17,18 y 32 LN), carece de rango normativo suficiente para establecerlo y en cuanto crea un nuevo registro público sin sustento legal vulnera el principio de reserva de ley (art. 149.1.8ª CE). Para la recurrente la creación de un Archivo de Poderes en el Consejo General del Notariado excede en mucho de las previsiones de los índices informatizados y lo que estableció la sentencia de 12 de febrero de 2002 en relación con el art. 7 del Real Decreto 1643/2000, razonando al respecto con reproducción de la citada sentencia y la de 31 de enero de 2001, que anuló los arts. 386, 388, 391 y 399 del Reglamento Hipotecario. Entiende que la creación del archivo es contraria a los arts. 1738, 1734 y 1219 del Código Civil, que la imposición de una obligación al Notario y la determinación de responsabilidad en caso de incumplimiento está sujeta al principio de reserva de ley (art. 53.1 y 149.1.8ª) y que se infringe la legislación de protección de datos (arts. 11 y 21). Termina solicitando la anulación del precepto en la parte que se ha destacado, así como el párrafo quinto del art. 197, la disposición adicional única sobre revocación de poderes y la disposición final primera sobre comunicación de revocación de poderes.

Frente a ello las partes demandadas indican que la recurrente parte de la afirmación errónea de que el precepto crea un registro de poderes, de la que saca unas conclusiones que tampoco son ciertas, ya que dicho precepto hace referencia a un archivo o fichero de escrituras de revocación de poderes que se lleva en el Consejo General del Notariado desde hace años y que no tiene naturaleza de Registro, que fue creado por Orden JUS 484/2003, de 19 de febrero, en cumplimiento del art. 20 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre de Protección de Datos, estando incluido en el anexo II de dicha Orden como fichero automatizado de datos de carácter personal del Consejo General del Notariado, y aun cuando no se trata de un fichero asimilable a los



Recurso Nº: 63/2007

índices informatizados de documentos notariales a que se refiere el art. 7 del Real Decreto 1643/2000, guarda la suficiente analogía para poder afirmar, como dijo la sentencia de 12 de febrero de 2002, que no se crea un nuevo sistema registral o un registro paralelo "pues se ciñe a establecer para los notarios un sistema adicional de información propio de las nuevas tecnologías".

Se cuestiona por las partes el alcance del precepto impugnado en cuanto a la creación del Archivo de Revocación de Poderes a que se refiere, aludiéndose en la contestación a la demanda al fichero de revocación de poderes creado por Orden JUS 484/2003, de 19 de febrero, en cumplimiento del art. 20 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, a cuyo amparo vendría funcionando dicho Archivo. Pero es lo cierto que el precepto no solo no se refiere al mismo sino que ni siquiera habla de fichero, empleando la denominación de Archivo de Revocación de Poderes, con mayúscula, con lo que viene a identificar un instrumento jurídico distinto y de diferente naturaleza.

Efectivamente, un fichero creado al amparo de la Ley 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, constituye, según definición de su art. 3.b), un "conjunto organizado de datos de carácter personal, cualquiera que fuere la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso", mientras que un archivo de determinados documentos, en este caso de revocación de poderes, es el conjunto ordenado de tales documentos y no de concretos datos de carácter personal.

Por lo tanto no carece de justificación la imputación al precepto de la creación, en cuanto se refiere a un instrumento jurídico como es el Archivo de Revocación de Poderes, que ni se identifica ni se corresponde en su naturaleza con el fichero creado por la citada Orden JUS 484/2003, de 19 de febrero, por lo que no puede considerarse amparado por la cobertura legal de creación de dicho fichero, si es lo que se pretende mantener por las partes demandadas con la invocación de dicha Orden.

La consecuencia inmediata de tal situación es que el establecimiento del Archivo de Revocación de Poderes carece de cobertura legal, no se invoca ningún precepto legal que ampare su creación como tal Archivo, siendo que en su constitución afecta a derechos de la personalidad de los otorgantes, como



Recurso Nº: 63/2007

la protección de datos personales, y en su funcionamiento, en cuanto se hace depender de su consulta el juicio notarial sobre la representación invocada, afecta a la regulación legal del contrato de mandato recogida en el Código Civil, a los derechos y titularidades jurídicas reconocidos en normas de rango legal y que resultan comprometidos en el correspondiente acto o negocio jurídico que se trata de autorizar por el Notario, y a los sistemas de publicidad registral, también establecidos por norma de rango legal, con los que entraría en concurrencia en cuanto a los efectos, que son propios del sistema de publicidad registral (caso del registro Mercantil a que se refiere la parte). Cabe hacer referencia concreta a la alteración que los efectos de la prevista consulta del Archivo de Revocación de Poderes producirían en el régimen del mandato, en lo que se refiere a la eficacia del apoderamiento, pues el art. 1738 del Código Civil considera válido y eficaz respecto de terceros, lo hecho por el mandatario ignorando la muerte del mandante u otra cualquiera de las causas que hacen cesar el mandato, entre las que se encuentra la revocación, ignorancia que no puede entenderse superada a través de un Archivo que carece de cobertura legal y de efectos de publicidad respecto de terceros, y por otra parte, el mandante puede revocar el mandato a su voluntad y compeler al mandatario a la devolución del documento en el que conste el mandato (art. 1733), además de que cuando se haya dado para contratar con determinadas personas, la revocación no puede perjudicarlas si no se les ha hecho saber, formas de conocimiento de la revocación que, como acabamos de señalar, no puede sustituir el referido Archivo.

La consecuencia de todo lo expuesto no puede ser otra que la declaración de nulidad del párrafo segundo de este art. 164, en cuanto se refiere al Archivo de Revocación de Poderes que carece de cobertura legal como tal, lo que determina igualmente la nulidad del art. 197 párrafo quinto, que se remite a éste artículo 164, y la disposición adicional única y disposición final, por conexión, en cuanto se refieren a la actualización de este Archivo de Revocación de Poderes. Estimándose con ello y en tal sentido la impugnación formulada, sirviendo las razones indicadas de respuesta conjunta a las alegaciones formuladas por las partes en cuanto reflejan la valoración a efectos de la decisión adoptada, si bien conviene señalar la distinta naturaleza de la creación de índices informatizados de los documentos autorizados e intervenidos, a que se refiere el art. 7 del Real Decreto 1643/2000, y la interpretación que del mismo efectuó esta Sala en sentencia de 12 de febrero de 2002, y que ahora se contemplan en el art. 17 de la Ley del Notariado, e



Recurso Nº: 63/2007

igualmente, que ninguna connotación con esta situación jurídica tiene el caso de la anulación de los arts. 386, 388, 391 y 399 del Reglamento Hipotecario, por sentencia de 31 de enero de 2001, en razón de la ampliación del Libro de Incapacitados de los Registros de la Propiedad, cuya naturaleza registral no es preciso ponderar.

Cabe añadir, que aun en la consideración a la que aluden las partes demandadas del fichero creado por la Orden de 19 de febrero de 2003, habría de tenerse en cuenta que como fichero creado al amparo de la Ley 15/1999, de Protección de Datos, no se trata de un Registro, ni se constituye como tal ni tiene el contenido y funciones propias de un Registro, tampoco tiene carácter público ni consiguientemente los efectos propios de tal condición, y el acceso al mismo viene restringido por su propia naturaleza de fichero informatizado de datos de carácter personal, de manera que carece de fundamento la consulta prevista en el precepto impugnado a los efectos señalados en el mismo, en cuanto no puede atribuirse a la misma el efecto de publicidad propio de un Registro en que pueda fundarse un juicio sobre la representación y menos aún alterar los efectos de la misma, al no tomar en consideración la regulación del mandato y sus efectos en el Código Civil que se vería afectada en los términos antes expuestos, alteración de los efectos incompatible con su establecimiento en norma de rango reglamentario, lo que determinaría igualmente la nulidad del párrafo impugnado del art. 164 y los preceptos recurridos por conexión con el mismo.

DUODECIMO.- Impugnación del artículo 165.

"Cuando alguno de los otorgantes concorra al acto en nombre de una Sociedad, establecimiento público, Corporación u otra persona social, se expresará esta circunstancia, designando, además de las relativas a la personalidad del representante, el nombre de dicha entidad y su domicilio, datos de inscripción y número de identificación fiscal en su caso, e indicando los datos del título del cual resulte la expresada representación. El representante suscribirá el documento con su propia firma, sin que sea necesario que anteponga el nombre ni use la firma o razón social de la entidad que represente."

Se impugna este precepto en cuanto "el requisito de la inscripción en el Registro Mercantil de la representación alegada brilla por su ausencia", pues la



Recurso Nº: 63/2007

referencia a "datos de inscripción" se refiere a los de la entidad y no de la representación.

Esta impugnación no puede compartirse, pues, aparte de los datos de inscripción de la entidad de que se trate, el precepto se refiere a la indicación de "los datos del título del cual resulte la expresada representación", uno de los cuales y no el menos relevante es su inscripción cuando sea pertinente, por lo que la constancia de tal circunstancia está implícita en el precepto y no puede justificarse en el mismo su falta de reflejo en el documento. Cabe añadir, que la recurrente se refiere a la obligatoriedad de inscripción en el Registro Mercantil del nombramiento y cese de administradores y poderes generales concedidos por las sociedades mercantiles, ex art. 22 del Código de Comercio, sin tener en cuenta que el art. 165 del RN se refiere a "Sociedad, establecimiento público, Corporación u otra persona social", en general, a las que puede no ser aplicable dicha exigencia, lo que justifica la genérica redacción del precepto que, por lo demás, en nada afecta al régimen de inscripción de tales nombramientos y apoderamientos ni a las decisiones de la jurisdicción civil sobre la inscripción de los documentos otorgados en relación con la previa inscripción en el Registro Mercantil a que se refiere el citado art. 22 del Código de Comercio.

La impugnación, por lo tanto, debe ser desestimada.

DECIMOTERCERO.- Impugnación del artículo 166, párrafo primero.

"En los casos en que así proceda, de conformidad con el artículo 164, el notario reseñará en el cuerpo de la escritura que autorice los datos identificativos del documento auténtico que se le haya aportado para acreditar la representación alegada y expresará **obligatoriamente** que, a su juicio, son suficientes las facultades representativas acreditadas para el acto o contrato a que el instrumento se refiera. La reseña por el notario de los datos identificativos del documento auténtico y su valoración de la suficiencia de las facultades representativas harán fe suficiente, por sí solas, de la representación acreditada, bajo la responsabilidad del notario. **En consecuencia, el notario no deberá insertar ni transcribir, como medio de juicio de suficiencia o en sustitución de éste, facultad alguna del documento auténtico del que nace la representación**".



Recurso Nº: 63/2007

Entiende la recurrente que el precepto impugnado crea las dos obligaciones del Notario que se destacan en negrita, que no se encuentran previstas en el art. 98 de la Ley 24/2001 de 27 de diciembre, redacción dada por la Ley 24/2005, de 18 de noviembre del que trae causa.

Frente a tales alegaciones, el examen del invocado art. 98 de la Ley 24/2001 permite apreciar que el precepto reglamentario impugnado, rectamente interpretado, no es contrario a sus previsiones y no introduce obligaciones o modificaciones que supongan la infracción denunciada. Así, cuando el art. 98 establece que el Notario expresará que, a su juicio, son suficientes las facultades representativas acreditadas, el Reglamento establece que el Notario expresará obligatoriamente, lo que no hace sino precisar el carácter imperativo de tal juicio de suficiencia por el Notario que resulta del precepto legal.

Por otra parte, la previsión reglamentaria según la cual "el notario no deberá insertar ni transcribir, como medio de juicio de suficiencia o en sustitución de éste, facultad alguna del documento auténtico del que nace la representación", ha de entenderse que no establece otra cosa que la necesidad de que el Notario lleve a cabo un verdadero juicio de suficiencia de la representación invocada, sin que el mismo pueda sustituirse o limitarse a la mera inclusión o transcripción de facultades establecidas en el documento auténtico en el que consta la representación, lo que no impide que en la realización efectiva del juicio de suficiencia puedan incluirse y transcribirse cláusulas o estipulaciones del documento como fundamento del mismo, en otras palabras, lo que persigue el precepto es impedir que se eluda la realización del juicio personal del Notario sobre la suficiencia de la representación mediante la impersonal fórmula de transcribir las facultades según se reflejan en el documento presentado.

Ello no es más que una consecuencia de lo establecido en dicho artículo 98 de la Ley, que además de imponer el juicio de suficiencia al Notario, establece que "La reseña por el notario de los datos identificativos del documento auténtico y su valoración de la suficiencia de las facultades representativas harán fe suficiente, por sí solas, de la representación acreditada, bajo responsabilidad del notario. El registrador limitará su calificación a la existencia de la reseña identificativa del documento, del juicio notarial de suficiencia y a la congruencia de éste con el contenido del título



Recurso Nº: 63/2007

presentado, sin que el registrador pueda solicitar que se le transcriba o acompañe el documento del que nace la representación".

El Reglamento, con lo dispuesto en dicho párrafo impugnado, viene a reiterar y precisar la obligación impuesta por la Ley al Notario de efectuar un juicio de suficiencia de la representación alegada, que es el elemento fundamental en el que se sustenta la fe pública de tal representación, por lo que no puede sustituirse por la mera transcripción de las facultades que se establezcan en el documento auténtico presentado.

Por todo ello la impugnación de este precepto debe ser desestimada.

DECIMOCUARTO.- Impugnación del último párrafo del artículo 168.

"Cuando en la redacción de alguna escritura el notario tenga que calificar la legalidad de documentos otorgados en territorio extranjero, podrá exigir a su satisfacción que se le acredite la capacidad legal de los otorgantes y la observancia de las formas y solemnidades establecidas en el país de que se trate. En otro caso, el notario deberá denegar su función conforme al art. 145 de este Reglamento".

La parte recurrente se remite en su impugnación a las observaciones efectuadas al art. 145 respecto de la necesidad de que se regule mediante norma con rango de ley la denegación de la función notarial y la falta de norma de dicho carácter que atribuya al Notario la calificación de la legalidad, señalando que se trata de una función nueva de los notarios, que esta función es precisamente la que tienen atribuida otros funcionarios, que son los Registradores de la Propiedad y Mercantiles y los Registradores de Bienes Muebles e incluso los Encargados del Registro Civil. Se refiere a la restricción a la libre circulación de capitales a causa de la denegación de la autorización del Notario, según el dictamen de la Comisión Europea de 27 de enero de 1998, a la injerencia en las competencias de los funcionarios extranjeros, la oposición al art. 36 del Reglamento Hipotecario y la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Santa Cruz de Tenerife de 9 de marzo de 2006.

Las partes demandadas defienden la legalidad del precepto, señalando que su contenido ya figuraba en los Reglamentos de 1921 y 1935 y se recoge en el mismo art. 168 del Reglamento de 1944, que la función de control de



Recurso Nº: 63/2007

legalidad de los notarios se hace sin distinción del lugar en el que los documentos se hayan otorgado, remitiéndose a lo ya dicho en relación con el art. 145 y precisando que el Dictamen de la Comisión Europea y la sentencia del Juzgado de Primera Instancia que se citan no son de aplicación al caso, pues se refieren al otorgamiento de escrituras ante notarios extranjeros y su acceso a los registros españoles.

Esta impugnación debe estimarse por las mismas razones expuestas al examinar el art. 145, pues la propia redacción del precepto refiere la denegación de la intervención precisamente a lo dispuesto en dicho art. 145, y con ello al control de legalidad en los términos y con el alcance allí establecidos que hemos considerado ilegales y determinantes de la nulidad que, en consecuencia, también ha de predicarse de este último párrafo del art. 168, que contrariamente a lo que se sostiene en la contestación a la demanda introduce esa modificación sustancial en la redacción del precepto, contenida en el último inciso, al establecer la denegación de la función notarial como consecuencia del juicio de legalidad desfavorable.

DECIMOQUINTO.- Impugnación del artículo 171.

Dispone el precepto que: "En la descripción de los inmuebles, los notarios rectificarán los datos equivocados de acuerdo con lo que resulte de la certificación catastral descriptiva y gráfica que refleje su realidad material.

Al realizar la rectificación se consignarán con los datos nuevos los que aparezcan en el título para la debida identificación de la finca con los asientos del Registro; y en los documentos posteriores sólo será preciso consignar la descripción actualizada, rectificándola de nuevo si fuere preciso."

Entiende la recurrente que las modificaciones de la realidad física de las fincas tienen regímenes específicos para su rectificación y reflejo registral (arts. 208 LH, 22 L. Suelo de 1998, 19 Ley 8/2008, 198 y ss RH ó 53.7 Ley 13/96), y por tanto no susceptibles de alteración por norma reglamentaria, señalando que el verdadero peligro de la norma no es que se pretenda derogar tales regímenes sino que podría utilizarse para deducir que respecto de las alteraciones encubiertas de la realidad física de la finca, el Registrador debe aceptarlas obligatoriamente por su consignación en el documento público.



Recurso Nº: 63/2007

Oponen las partes demandadas que el precepto se limita a imponer al Notario la descripción del inmueble de acuerdo con lo que resulte de la certificación catastral descriptiva y gráfica, lo que es conforme con la legislación hipotecaria, y de hecho, cuando la certificación catastral no refleje la realidad material del inmueble, el Notario, los interesados o sus representantes, podrán instar ante los órganos del Catastro la acomodación de los datos descriptivos a la realidad material, que el Notario reflejará después rectificando los que figuran en el título. No obstante, si la descripción física obrante en el título no coincide con la registral, el título no accederá al Registro y el asiento registral deberá rectificarse acudiendo a los medios previstos en la LH.

Ciertamente el precepto viene a propiciar que el Notario, al amparo de la acomodación de la descripción del inmueble a la correspondiente certificación catastral, lleve a cabo una rectificación que afecta a materias como la realidad física de las fincas, puesta en relación con los asientos del Registro, que incide en la cuestión relativa a la concordancia entre el Registro y la realidad extraregistral, a la que aluden preceptos como el art. 53.7 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social o el Título IV de la Ley Hipotecaria (arts. 198 y ss), que se solventa de acuerdo con dicha regulación en el ámbito de la función registral, de manera que el precepto impugnado en cuanto posibilita una actuación notarial, que más allá de la simple descripción del inmueble supone plasmar bajo la fe pública una rectificación propia del ámbito registral, anticipando la misma, incide en la aplicación de tal normativa como consecuencia de la preexistencia de esa rectificación notarial, que no puede resultar afectada por una norma de carácter reglamentario. Lo que conduce a la estimación de la impugnación y la consiguiente anulación del precepto.

DECIMOSEXTO.- Impugnación del artículo 175.

"1. A los efectos de informar debidamente a las partes acerca del acto o negocio jurídico, el notario, antes de autorizar el otorgamiento de una escritura de adquisición de bienes inmuebles o constitución de derecho real sobre ellos, deberá comprobar la titularidad y el estado de cargas de aquellos.

2. El conocimiento de la titularidad y estado de cargas del inmueble se efectuará por medios telemáticos en los términos previstos en la Ley Hipotecaria. Excepcionalmente, en supuestos de imposibilidad técnica, podrá



Recurso Nº: 63/2007

efectuarse mediante un escrito con su sello que podrá remitirse por cualquier procedimiento, incluso telefax, en cuyo caso se estará a lo dispuesto en el apartado cuarto de este artículo.

3. Sin perjuicio de que como medio de preparación para la redacción de la escritura se acceda a los Libros del Registro de la Propiedad, el notario deberá efectuarlo también en el momento inmediato más próximo a la autorización de la escritura pública bajo su responsabilidad. En cualquier caso, el acceso se realizará sin intermediación del registrador mediante el empleo de la firma electrónica reconocida del notario y en los términos previstos en el art. 222.10 de la Ley Hipotecaria.

Dicho acceso sólo podrá efectuarse en el cumplimiento estricto de las funciones que la legislación vigente atribuye al notario.

El notario testimoniará e incorporará a la matriz el contenido del acceso telemático, indicando el día y la hora de éste.

4. Si se empleara telefax o cualquier otro medio escrito el otorgamiento de la escritura deberá realizarse dentro de los diez días naturales siguientes a la recepción por el notario de la información registral, si bien que en tal caso el notario advertirá a las partes de la posible existencia de discordancia entre la información registral y los Libros del Registro, al no producirse el acceso telemático a estos en el momento de la autorización.

La solicitud de información, que podrá referirse a una o varias fincas, contendrá, además del nombre del notario, su domicilio y número de telefax, la descripción de la finca o fincas con sus datos registrales y situación conocida de cargas, o bien solamente reseña identificadora en la que se haga constar su naturaleza, término municipal de su situación, extensión y linderos, con expresión, según los casos, del sitio o lugar en que se hallare si es rústica, nombre de la localidad, calle, plaza o barrio, el número, si lo tuviere, y el piso o local, si es urbana, y si fuesen conocidos, los datos registrales de ellas y los del titular registral o al menos los del transmitente.

La información podrá ser solicitada sin expresión de plazo o para un día determinado dentro de los quince naturales siguientes al de la petición.

5. Se excepcionan del deber a que se refiere los apartados anteriores, los siguientes supuestos:

a) Cuando se trate de actos de liberalidad.

b) Cuando el adquirente del bien o beneficiario del derecho se declare satisfecho de la información resultante del título, de las afirmaciones del transmitente y por lo pactado entre ellos siempre que, además, haga constar la urgencia de la formalización del acto en la escritura que autorice y todo ello sin



Recurso Nº: 63/2007

perjuicio de que el notario podrá denegar su actuación si no considera suficientemente justificada la urgencia alegada o si alberga dudas sobre la exactitud de la información que posee el adquirente."

Entiende la parte recurrente que el precepto establece por vía reglamentaria innovaciones que trascienden de la ordenación propia del instrumento notarial y pretenden desarrollar lo dispuesto en la Ley Hipotecaria, lo que es propio del Reglamento Hipotecario, invocando al efecto las sentencias de 31 de enero de 2001 y 12 de febrero de 2002, así como los dictámenes del Consejo de Estado de 22 de mayo de 1997 y 26 de mayo de 2005, relativos al respeto por los Reglamentos del ámbito material que corresponda. Considera que el RN no es texto adecuado para regular el acceso al Registro de la Propiedad y menos aún cuando se establecen cauces no previstos en la LH, razonado al respecto que se vulnera el art. 222 de la Ley Hipotecaria: 1) en cuanto impone al Notario no solo la obligación de conocer determinados datos sino el medio (en este caso telemático) con que debe obtenerlos, obligación que no impone el art. 222.10 de la LH; 2) en cuanto permite que la petición de información pueda hacerse "mediante un escrito con su sello" sin exigir firma del Notario; 3) en cuanto permite que el Notario "acceda a los Libros del Registro de la Propiedad, siendo que de acuerdo con el art. 222.1,2 y 10 de la LH, puede acceder al "contenido de los libros del Registro", pero no a los Libros, invocando las sentencias de 24-2-2000, 12-12-2000, 31-1-2001 y 7-6-2001, que establecen las diferencias entre ambos conceptos. Entiende, en razón de dicha doctrina, que el art. 222.10 de la LH, redactado por la Ley 24/2005, permite el acceso telemático de los notarios al contenido de los libros del Registro y no a éstos; 4) el apartado 3 del art. 175 no es admisible ya que la regulación legal está prevista en los apartados 6,10 y 11 del art. 222 de la LH y está pendiente de desarrollo reglamentario, lo cual no puede hacerse por el Reglamento Notarial; 5) la frase del apartado 3 "dicho acceso sólo podrá efectuarse en cumplimiento estricto de las funciones que la legislación vigente atribuye al notario", copiada literalmente del art. 222.10 de la LH, está fuera de contexto y ha regularse y desarrollarse conjuntamente con el derecho de acceso de los demás funcionarios, por lo que no está permitido que se desarrolle reglamentariamente, primando la actuación del Notario y no de otros funcionarios; 6) la referencia a que "el notario testimoniará e incorporará a la matriz el contenido del acceso telemático, indicando el día y la hora de éste", no está prevista en la Ley, por lo que constituye una extralimitación



Recurso Nº: 63/2007

reglamentaria; 7) el apartado 4 impone obligaciones al Notario respecto del plazo de otorgamiento de la escritura pública no previstas en la ley y entiende, la recurrente que, se haya hecho la consulta telemática al momento o por fax, se deberá advertir de que en caso de discordancia entre el Registro al tiempo de la presentación del documento y la situación de cargas o titularidad que consta en el mismo, prevalecerá siempre aquella; 8) que el apartado que permite al Notario pedir información para un determinado día, dentro de los quince naturales a la petición, impone obligaciones a los Registradores contrarias a las establecidas en el RH, cuyo art. 354.a.4ª establece un plazo de tres o cinco días para el cumplimiento de la solicitud; 9) respecto del apartado 5 da por reproducidos los comentarios a los arts. 145 y 168.

Oponen las partes demandadas la legalidad del precepto, señalando que el mismo regula el acceso del Notario al Registro en el desempeño de la función notarial, que es desde tal consideración que se impone al Notario la consulta sobre la titularidad y cargas de los inmuebles por medios telemáticos, imposición que es perfectamente legal en razón de esa condición de funcionarios públicos, que sobre la firma de la solicitud del Notario nada se regula en los preceptos invocados por la recurrente, además de que tal redacción procede del Real Decreto 2537/1994, que el art. 175 es perfectamente compatible con el art. 222.10 de la LH, que la distinción entre acceso a los Libros y a su contenido tiene sentido en el supuesto de consulta física, pero en el acceso telemático no hay acceso a los libros sino a su contenido, ninguna regla ni principio exige que el desarrollo reglamentario de una ley haya de hacerse con carácter general comprendiendo todos los supuestos posibles, no hay reserva legal en cuanto al testimonio del acceso telemático en la matriz y tampoco para el plazo de otorgamiento de la escritura, que la advertencia sobre la discordancia entre los datos del documento y el Registro resulta lógica y lo que se propone por la recurrente es una mejora técnica y que el último inciso del art. 175.4 no impone a los registradores obligación alguna.

Frente a lo que se alega como fundamento de la impugnación, se entiende que la regulación del precepto no contempla el desarrollo de la Ley Hipotecaria propio de su ámbito sino que regula un aspecto del ejercicio de la función notarial, como es la debida información a las partes en relación con un elemento esencial del negocio jurídico cual es la titularidad y estado de cargas de los inmuebles y la necesaria comprobación de tales circunstancias



Recurso Nº: 63/2007

por el Notario. A tal efecto no se regula el régimen de acceso al Registro de la Propiedad, que se contempla en la Ley Hipotecaria a la que se remite el propio precepto, sino el deber del Notario de llevarlo a cabo, a los efectos de información establecidos y siempre en los términos previstos en la Ley Hipotecaria.

El art. 175 impone al Notario la obligación de comprobar (deberá) la titularidad y estado de cargas de los inmuebles correspondientes al acto o negocio jurídico de que se trate, como una obligación propia de su función notarial y no como desarrollo de la Ley Hipotecaria en materia de acceso a la información registral, es decir, como una manifestación del deber impuesto por la Ley del Notariado (art. 17.bis) de dar fe de que el otorgamiento ser adecua a la voluntad debidamente informada de los otorgantes. Su amparo legal es la Ley del Notariado y no la Ley Hipotecaria como se alega por la parte recurrente y al mismo ámbito normativo ha de referirse la elección de la forma, de entre las legalmente previstas, en la que el Notario debe efectuar dicha comprobación de la situación registral de la finca, sin que la Ley Hipotecaria al regular dichas formas de publicidad registral imponga un régimen o sistema preferente, por lo que no se aprecia infracción de la misma por el hecho de que el precepto impugnado imponga el sistema telemático.

Por otra parte, la imposición de esa obligación ha de ponerse en relación con el destinatario de la misma, el adquirente, que puede disponer de tal información y considerarse satisfecho al respecto, manifestándolo así al Notario (como resulta del nº 5.b) del mismo precepto), que se ve liberado con ello de tal obligación de información, la cual no cabe imponer en contra de la voluntad manifestada del destinatario, para el que debe representar una aportación beneficiosa para sus intereses y no una carga. Así entendida la situación, no se justifica la exigencia de que el adquirente haga constar, además, la urgencia de la formalización del acto en la escritura que se autorice, pues ello es tanto como imponerle en los demás casos la obligación de sujetarse a dicha información notarial, aun en contra de su voluntad manifestada y sus intereses, para proceder a la formalización del acto en la correspondiente escritura, lo que resulta contrario a la interpretación del alcance del precepto que hemos indicado. En consecuencia entiende la Sala que debe anularse el inciso del nº 5.b) del precepto "siempre que, además, haga constar la urgencia de la formalización de acto en la escritura que autorice".



Recurso Nº: 63/2007

Por lo demás, la obligación impuesta no tiene otro alcance que el cumplimiento del indicado deber legal del Notario de informar adecuadamente la voluntad de las partes y, por ello, su incumplimiento afectará a la responsabilidad del Notario, pero no constituye una causa ni autoriza al Notario para denegar el otorgamiento de que se trate.

La posibilidad establecida en el precepto impugnado de que el notario, excepcionalmente, en supuestos de imposibilidad técnica, solicite la información mediante un escrito con su sello, sin que se exija su firma, no contradice previsión específica de la Ley Hipotecaria al respecto, que no se refiere a la necesidad de firma del Notario en los escritos de solicitud de información y tampoco se aprecia vulneración del art. 70 de la Ley 30/92, pues, además de que no se trata de la iniciación de un procedimiento, el propio art. 70 se refiere a la "firma del solicitante o acreditación de la autenticidad de su voluntad expresada por cualquier medio", lo que no parece insuficiente en el caso de la identificación del Notario por su sello, teniendo en cuenta el ámbito en que se produce la solicitud, de la notaría al registro, y haciendo constar el nombre del Notario, su domicilio y número de telefax, según se indica en el apartado 4, párrafo segundo del propio precepto.

El párrafo tercero del art. 175 señala expresamente que el acceso del Notario a los Libros del Registro se realizará "sin intermediación del registrador mediante el empleo de la firma electrónica reconocida del notario y en los términos previstos en el artículo 222.10 de la Ley Hipotecaria", de manera que podrá cuestionarse cual es el alcance de este artículo de la LH, pero no puede decirse en buena lógica que el art. 175 del RN sea contrario a un precepto a cuyas previsiones se remite como delimitación de la forma y alcance de tal acceso notarial al Registro, pues cuando el precepto, tras señalar la forma de acceso del Notario, añade "y en los términos previstos", está aludiendo claramente a los límites, extremos o contenido de tal acceso, según significación propia de la expresión "términos". Los cuales en este caso se precisan por el indicado art. 222.10 de la Ley Hipotecaria, señalando que la manifestación de los libros del Registro deberá hacerse, si así se solicita, por medios telemáticos y que dicha manifestación implica el acceso telemático al contenido de los libros del Registro, planteamiento que ha de examinarse desde las específicas características de ese acceso telemático, sin intermediación del registrador, que se produce directamente por el interesado



Recurso Nº: 63/2007

al contenido de los libros, por lo que no puede traerse a colación la doctrina establecida en las sentencias de 24-2-2000, 12-12-2000, 31-1-2001 y 7-6-2001, que se estableció antes de que se introdujera el número 10 del art. 222 de la Ley Hipotecaria y se refería a los supuestos de los números 1 y 2 de dicho precepto, es decir, la publicidad registral mediante la puesta de manifiesto de los libros del Registro a los interesados o la manifestación, por el Registrador, del contenido de los asientos registrales, por nota simple informativa o por certificación mediante el tratamiento profesional de los mismos, situaciones suficientemente distintas al acceso por medios telemáticos que ahora se contempla, como para que el propio legislador haya regulado ésta de forma específica. No se aprecia, por lo tanto la vulneración de la Ley Hipotecaria y la doctrina establecida en dichas sentencias que se alega al respecto por la recurrente.

Que la regulación reglamentaria no tenga carácter general y se circunscriba al ámbito notarial no se configura como motivo de nulidad en el ordenamiento jurídico, respondiendo a un criterio de oportunidad o técnica normativa que, como ya señalamos al principio, queda fuera del control de legalidad reglamentaria.

La incorporación a la matriz mediante testimonio del contenido del acceso telemático forma parte de la regulación de la función notarial y, por lo tanto, no cabe invocar al respecto la falta de previsión en la Ley o un desarrollo reglamentario conjunto de los apartados 6,10 y 11 del art. 222, como motivo de nulidad, ya que ha de examinarse en el ámbito propio de la normativa notarial, sin que al respecto se concrete vulneración legal en la que haya podido incurrir el precepto.

La previsión de un plazo para el otorgamiento de la escritura desde la recepción de la información registral, solicitada por telefax u otro medio escrito, se justifica por la propia efectividad de la comprobación realizada mediante el empleo de telefax o cualquier otro medio escrito, que viene afectada por el tiempo en cuanto pueden producirse alteraciones en la situación registral del inmueble, y es la forma en que se ha efectuado la comprobación la que justifica, igualmente, la advertencia notarial sobre la posible discordancia entre la información obtenida y los Libros del Registro, "al no producirse el acceso telemático a estos en el momento de la autorización", a diferencia de la comprobación por medios telemáticos que habrá de producirse "en el



Recurso Nº: 63/2007

momento inmediato más próximo a la autorización de la escritura pública", lo que no excluye o impide que también en este supuesto de acceso telemático se produzca la advertencia sobre la prevalencia de la situación registral en caso de discordancia con la información recibida, información que en ningún caso supone el cierre registral.

La posibilidad de que el Notario solicite la información para un día determinado, dentro de los quince siguientes a la petición, a la que también se alude en la regla 6ª del art. 354.a del Reglamento Hipotecario, ha de interpretarse en relación con las demás reglas generales contenidas en dicho precepto, en el sentido de que ello no altera el régimen y plazos de despacho de la solicitud por el Registrador atendidas las circunstancias de la misma y según los distintos supuestos que se contemplan. Por lo que tampoco advierte la imposición de nuevas obligaciones al respecto que no estuvieran previstas en dicho art. 354.a.

En consecuencia debe desestimarse la impugnación del precepto en tales aspectos.

Distinta ha de ser la respuesta a la impugnación relativa al apartado 5 del precepto, ya que en cuanto establece la posibilidad de denegación de su actuación por el Notario, si a su juicio no considera justificada la urgencia alegada o alberga dudas sobre la exactitud de la información que posee el adquirente, incurre en la misma ilegalidad apreciada al respecto en relación con el art. 145 del Reglamento, al establecer una causa de denegación del ministerio notarial sin la necesaria cobertura legal, a cuyos razonamientos nos remitimos y que determina la nulidad del precepto en tal aspecto, lo que unido a la nulidad antes apreciada, supone que la misma se extienda al inciso "siempre que, además, haga constar la urgencia de la formalización de acto en la escritura que autorice y todo ello sin perjuicio de que el Notario podrá denegar su actuación si no considera suficientemente justificada la urgencia alegada o si alberga dudas sobre la exactitud de la información que posee el adquirente".

DECIMOSEPTIMO.- Impugnación del párrafo sexto del artículo 177.

"Si los otorgantes no pudieran acompañar, en todo o en parte del precio, los documentos acreditativos del medio de pago empleado, el notario



Recurso Nº: 63/2007

deberá no sólo preguntar las causas por las que no se aportan los documentos justificativos de pago, sino también las fechas y los medios de pago empleados, haciendo constar en la escritura, bajo la responsabilidad en los términos que procedan de los otorgantes, sus manifestaciones al respecto."

Entiende el Colegio recurrente que este precepto, que desarrolla el art. 24 de la Ley del Notariado en la redacción dada por la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, es ilegal por ser contrario al principio de reserva legal establecido en el art. 53.1, dado que bajo la forma encubierta de regulación de un deber notarial se impone una obligación a las personas que atenta a su libertad personal. En ningún caso la Ley obliga a los otorgantes a acompañar los documentos acreditativos del medio de pago empleado y mucho menos manifestarse sobre las causas por las que no los aportan, lo que supone una extralimitación legal atentatoria de la libertad personal.

Frente a ello las demandadas mantienen que la propia Ley remite al desarrollo reglamentario y que este se limita a concretar lo ya dispuesto en la Ley, sin que afecte de modo alguno la libertad personal de los otorgantes.

La incidencia de la regulación del precepto en las determinaciones de la correspondiente escritura pública, justifican la legitimación del Colegio recurrente en los términos generales que se indicó en el primer fundamento de derecho.

No obstante, la impugnación en los términos que se plantea no puede prosperar, pues el art. 24 de la Ley del Notariado en la redacción dada por la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de Prevención del Fraude Fiscal, dispone, en lo que aquí interesa, que: "En las escrituras relativas a actos o contratos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan a título oneroso el dominio y los demás derechos reales sobre bienes inmuebles se identificarán, cuando la contraprestación consistiere en todo o en parte en dinero o signo que lo represente, los medios de pago empleados por las partes. A tal fin, y sin perjuicio de su ulterior desarrollo reglamentario, deberá identificarse si el precio se recibió con anterioridad o en el momento del otorgamiento de la escritura, su cuantía, así como si se efectuó en metálico, cheque, bancario o no, y, en su caso, nominativo o al portador, otro instrumento de giro o bien mediante transferencia bancaria". Pues bien, previéndose el desarrollo reglamentario del precepto, que exige la



identificación de los medios de pago empleados por las partes, no parece que la referencia reglamentaria a la aportación de los documentos acreditativos de tales medios, como forma más directa y clara de identificación, suponga una extralimitación o imposición de una carga no prevista en la misma, máxime si se tiene en cuenta la finalidad perseguida por la Ley y el alcance que la misma atribuye a esa exigencia de identificación, que no es meramente formal sino con expresión de las características del medio de pago, como se desprende de su regulación: cheque, bancario o no, nominativo o al portador. Que así se ha entendido resulta del propio art. 177, cuyo párrafo inmediatamente anterior al impugnado y que la parte no cuestiona, establece que el Notario deberá testimoniar en la escritura pública los cheques, instrumentos de giro o documentos justificativos de los medios de pago empleados, que se exhiban por los otorgantes, de forma que el párrafo que se impugna se establece con carácter subsidiario para el caso de que esa acreditación no se haya producido. Por las mismas razones se justifica que la actuación del Notario en esa identificación, incluya la pregunta de los motivos por los que no se aportan los documentos que acreditarían el medio de pago empleado. En definitiva las previsiones reglamentarias encuentran amparo en el precepto legal, que es el impone a los otorgantes la obligación de justificar, de manera precisa y no meramente indicativa, el medio o medios de pago empleados.

En consecuencia la impugnación debe ser desestimada.

DECIMOCTAVO.- Impugnación del artículo 178.

"Se hará constar al final o al margen de la escritura matriz, por medio de nota, que deberá ser transcrita en cuantas copias de cualquier clase sean libradas en lo sucesivo:

1.º La escritura o escrituras por las cuales se cancelen, rescindan, modifiquen, revoquen, anulen o queden sin efecto otras anteriores, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.219 del Código Civil.

2.º Las de cesión de derechos o subrogación de obligaciones.

3.º Las de adhesión a que se refiere el párrafo 2.º del artículo 176 anterior, cuando aquélla conste en escritura independiente.

4.º Los endosos que constan en la primera copia del instrumento público de actos o contratos no inscribibles en el Registro de la Propiedad.

El notario que autorice alguna de las escrituras comprendidas en los tres primeros números anteriores lo comunicará telemáticamente al notario en



cuyo protocolo se hallen las matrices que contengan los negocios a que la nueva escritura afecte mediante el sistema de información Central del Consejo General del Notariado. El notario que reciba la comunicación lo hará constar al margen por nota indicativa de la fecha de la segunda escritura y el nombre y residencia del notario autorizante. Si la primitiva matriz obrase en el mismo protocolo del notario autorizante del último documento, él mismo pondrá la nota.

Cuando al notario que custodie el protocolo en el que obre la escritura matriz objeto de cualquiera de las notas previstas en los números primero al cuarto de este artículo se le presente una copia auténtica de dicha escritura y se le requiera para ello por persona interesada, se transcribirá por él, al final de dicha copia, la nota correspondiente.

Tratándose de una escritura de revocación de poder el notario autorizante de la revocación comunicará telemáticamente la misma mediante el sistema de información Central del Consejo General del Notariado al Archivo de Revocación de Poderes del Consejo General del Notariado. Dicha comunicación deberá efectuarse en el mismo día o hábil siguiente al de autorización de dicha escritura. Asimismo, el notario comunicará telemáticamente y a través del mismo sistema de información al Consejo General y para dicho Archivo cualquier supuesto de extinción de poderes que le conste fehacientemente".

Entiende la recurrente que los apartados 1º y 2º suponen una ampliación indebida del art. 1219 del Código Civil, para lo que debería modificarse previamente el mismo y que el párrafo cuarto establece obligaciones al Notario en relación con el Archivo de Revocación de Poderes que debe declararse nulo por conexión con el art. 164.

Frente a ello las demandadas consideran que el precepto impugnado no amplía las previsiones del Código Civil, que tiene un ámbito distinto como es el efecto probatorio de los documentos públicos frente a terceros, que el apartado 1º se remite a dicho art. 1219 del CC y enumera supuestos que tienen encaje en el mismo, que el apartado 2º no se refiere a supuestos de citado art. 1219, y en cuanto al archivo de revocación de poderes se remiten a lo ya alegado antes.

Ciertamente el mero contraste del precepto reglamentario en el aspecto impugnado y el artículo 1219 del Código Civil, al que se remite como amparo,



Recurso Nº: 63/2007

pone de manifiesto la absoluta falta de correspondencia, incluyéndose en la norma reglamentaria distintos tipos de escrituras de cancelación, rescisión, revocación y anulación que no se comprenden en el citado art. 1219, precepto este que se refiere a escrituras hechas por los mismos interesados con la finalidad concreta de desvirtuar otra anterior, de ahí que se hayan venido considerando como tales aquellos supuestos de simulación o que tratan precisamente de privar de efectos aquellas manifestaciones de voluntad, intencionalidad que preside la nueva escritura.

Es claro que las escrituras a que se refieren los números 1º y 2º del precepto reglamentario, objeto de la impugnación, no participan de las condiciones y características indicadas que se desprenden el citado art. 1219 del Código Civil, por lo que resulta contrario a sus previsiones la inclusión como tales, de conformidad con lo dispuesto en el mismo, es decir, a su amparo, lo que determina su nulidad de acuerdo con el art. 62.2 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre.

No es obstáculo para ello que tales apartados del precepto respondan a la redacción del Reglamento Notarial anterior, pues como ya señalamos al examinar el art. 145, por referencia a la sentencia de 31 de enero de 2001, "el hecho de que algunos preceptos tuviesen vigencia con anterioridad a la redacción dada al Reglamento Hipotecario por el Real Decreto recurrido, no impide que, al publicarse éste, las personas legitimadas puedan impugnar todos aquéllos que hayan sido objeto de modificación o nueva redacción con independencia de lo extensa o intensa que sea la reforma introducida y de que sean mera reiteración de los precedentes sin que previamente se hubiese cuestionado su legalidad", porque rechazar tal impugnación sería contrario a "lo establecido por los artículos 1, 28, 39 y 58 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956 y por los artículos 1, 19, 25 y 46.1 de la vigente Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa".

Por lo que atañe al párrafo cuarto, la remisión que la parte hace a lo ya dicho anteriormente, nos lleva a remitirnos a lo que ya se expuso al respecto, con ocasión del examen de la impugnación del art. 164, lo que determina la anulación de este apartado y la estimación de esta impugnación.

DECIMONOVENO.- Impugnación del inciso final del artículo 179.



Recurso Nº: 63/2007

"No se admitirán en ningún Registro u oficina dichas particiones si no aparecen otorgadas precisamente en escritura pública, y en ésta no consta el cumplimiento de lo dispuesto anteriormente".

Se impugna este último inciso del precepto al considerar la parte recurrente que se trata de una norma de carácter registral, porque se refiere al título inscribible, que no corresponde a un Reglamento Notarial, siendo nulo de pleno derecho por regularse en una norma que no desarrolla la Ley Hipotecaria y por imponer limitaciones a la inscripción de los títulos en el Registro por vía reglamentaria cuando en la materia rige el principio de reserva de ley (la libertad de forma es parte de la libertad contractual amparada por el art. 53.1 CE).

No parece dudosa la legitimación del Colegio recurrente para la impugnación que este precepto en los términos en que se plantea, impugnación que resulta justificada, pues contemplándose en el precepto la autorización o elevación a escritura pública de testamentos en los cuales conste alguna disposición de carácter benéfico-docente, de interés general, social, cívico, entre otros, y la autorización o elevación a escritura pública de particiones o manifestaciones de herencia en tales casos, con la correspondiente notificación a los órganos competentes del texto íntegro del testamento, el último inciso viene a imponer la necesidad de que las particiones se otorguen en escritura pública, haciendo constar el cumplimiento de lo dispuesto anteriormente, como requisito de admisión en Registro u oficina pública, invadiendo un ámbito de regulación que no le es propio, determinando el título preciso para el acceso a cualquier Registro u oficina pública y restringiendo la forma de realización de tales particiones, sin tomar en consideración e incidiendo en la regulación legal, registral y civil, de tales materias, sin la necesaria habilitación para esa previsión reglamentaria, que por lo tanto resulta nula de acuerdo con el art. 62.2 de la Ley 30/92, estimándose con ello esta impugnación.

VIGESIMO.- Impugnación del párrafo tercero del artículo 196.

"Esta regla será de aplicación respecto de los documentos susceptibles de inscripción en otros Registros Públicos con efectos jurídicos cuando sus



Recurso Nº: 63/2007

Sistemas de Información estén debidamente conectados con el del Consejo General del Notariado."

Considera la recurrente que la previsión es ilegal por carecer de cobertura legal al establecer la forma de presentación de documentos en los Registros Públicos, rigiendo en esta materia el principio de reserva de ley (art. 149.1.8ª y 18ª CE).

Señalan las partes demandadas, además de cuestionar la legitimación de la recurrente, que no se infringe una supuesta reserva de ley que no resulta del art. 149 de la Constitución y que el precepto no hace sino desarrollar el art. 110 de la Ley 24/2001.

El apartado del precepto que se impugna establece la aplicación de la regla previamente establecida a los documentos susceptibles de inscripción en otros Registros Públicos distintos de la Propiedad y Mercantiles a que se refiere con anterioridad, de manera que, concretada la impugnación en estos términos y respecto de este párrafo tercero, no se advierte en que afecta a los intereses de los Registradores que representa el Colegio recurrente el mantenimiento o la anulación del inciso impugnado, por lo que debe apreciarse falta de legitimación y, en consecuencia, declararse la inadmisibilidad del recurso en cuanto a esta impugnación.

VIGESIMOPRIMERO.- Impugnación del párrafo segundo del artículo 197 bis.

"No obstante, en los contratos realizados por representantes de entidades financieras, en lo que atañe exclusivamente a los otorgamientos por dichas entidades de operaciones propias de su tráfico ordinario referidas en el párrafo tercero del art. 144 de este Reglamento, bastará con que el notario, si no concurren personalmente, se asegure, previamente a la intervención, de la legitimidad de las firmas, y de la suficiencia de los poderes de tales representantes, dejando constancia en la póliza de estas circunstancias."

Entiende la recurrente que la no presencia del Notario en el acto de firma de la póliza y su sustitución por un sistema de legitimación de firma, vulnera los arts. 1 y 17 bis de la Ley del Notariado, en cuanto a la obligación de dación de fe, conforme a las leyes, de la identidad de los otorgantes.



Recurso Nº: 63/2007

Frente a ello la Administración demandada, tras poner en cuestión la legitimación de la recurrente, señala que el precepto ya estaba incluido en el Real Decreto 853/59, que no existe vulneración de los preceptos que se citan puesto que la comprobación de la legitimidad de las firmas por el Notario y suficiencia de poderes es suficiente, en estos casos, para cumplimentar las exigencias de dación de fe, y que un precepto muy similar fue confirmado por sentencia de esta Sala de 21 de junio de 1999.

La legitimación del Colegio recurrente por la relación del precepto con la función registral, en este caso la inscripción de las pólizas en el Registro de Bienes Muebles, confirma las apreciaciones del primer fundamento de derecho.

El precepto trae causa del art. 33 del Real Decreto 1251/1997, de 24 de julio, que modificó parcialmente el Reglamento para el Régimen Interior de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, según el cual: "Los contratos objeto de intervención deberán suscribirse en presencia de corredor de comercio. No obstante, en los que realicen representantes de entidades financieras, en lo que atañe exclusivamente a los otorgamientos por dichas entidades, bastará con que el corredor de comercio, si no concurre personalmente, se asegure, previamente a la intervención, de la identidad, capacidad y legitimidad de las firmas de tales representantes, dejando constancia en la póliza de estas circunstancias."

La integración de los mismos en el Notariado y la comunicación de funciones tiene su reflejo en la Ley Notarial, que incluye la intervención de pólizas entre las actuaciones notariales (art. 17.1), señalando que "las pólizas intervenidas tienen como contenido exclusivo los actos y contratos de carácter mercantil y financiero que sean propios del tráfico habitual y ordinario de al menos uno de sus otorgantes, quedando excluidos de su ámbito los demás actos y negocios jurídicos, especialmente los inmobiliarios" (art.17.1 párrafo quinto), añadiendo que el Notario conservará en su Libro-Registro o en su protocolo ordinario el original de la póliza, en los términos que reglamentariamente se disponga.

El precepto impugnado se refiere a la intervención de pólizas en lo que atañe al otorgamiento por las entidades financieras de operaciones propias de



Recurso Nº: 63/2007

su tráfico ordinario, teniendo en cuenta que como señala el art. 197 ter, no se requiere la unidad de acto, es decir, la concurrencia simultánea ante el notario de los distintos otorgantes. En estas circunstancias la cuestión es si esa dación de fe, conforme a las leyes, que impone la Ley del Notariado en su art. 1 y que especifica su art. 17.bis, se ve vulnerada por la forma establecida en el precepto impugnado.

La Sala entiende que se produce tal vulneración, pues, tratándose del otorgamiento, la dación de fe viene determinada por la intervención del Notario, que no se limita a constatar la firma y representación de los otorgantes sino que incluye otros aspectos como la oportuna información sobre el contenido del instrumento público y la libre emisión del consentimiento por los otorgantes, siendo indicativo al respecto el art. 197 quater del propio Reglamento, en el que se señala que la expresión "con mi intervención" implica, entre otros aspectos, que el contenido del negocio jurídico se realiza de acuerdo con las declaraciones de voluntad de las partes, haber hecho a los otorgantes las reservas y advertencias legales, la conformidad y aprobación del contenido de la póliza. Dación de fe que exige la presencia notarial para su constatación y que no puede sustituirse por una forma de legitimación de las firmas y juicio sobre la suficiencia de los poderes presentados que se establece en el precepto. La invocación del régimen anterior a la integración de los Corredores de Comercio no puede justificar la alteración del régimen de fe pública legalmente establecido y tampoco una mayor agilización del tráfico jurídico, que no puede buscarse prescindiendo, por vía reglamentaria, de las garantías que legalmente se establecen al efecto.

En consecuencia ha de entenderse que el párrafo segundo del precepto que se impugna incurre en infracción del art. 1 y 17.bis de la Ley del Notariado, lo que determina su nulidad y la consiguiente estimación de esta impugnación.

VIGESIMOSEGUNDO.- Impugnación del párrafo tercero del artículo 197 ter.

"Entre la fecha del primer otorgamiento y la del último, no podrá mediar nunca un plazo superior a dos meses. Transcurrido dicho plazo sin concurrir las circunstancias precisas para formalizar e intervenir la operación, no podrá



Recurso Nº: 63/2007

el notario intervenirla, debiendo en su caso, volverse a otorgar y firmar por los interesados un nuevo documento."

Se impugna tal párrafo del precepto al considerar que el procedimiento de intervención de pólizas que se regula es contrario al principio de reserva de ley sobre regulación de instrumentos públicos (art. 149.1.8ª) y sobre libertad contractual en cuanto limita temporalmente la eficacia del acto de parte que ha otorgado en primer lugar la póliza, estableciendo un plazo de manifestación de voluntad de los demás intervinientes no previsto en la ley. Añade que se infringe el principio de reserva de ley en materia procesal (art. 117 CE) al establecer una presunción de revocación de consentimiento.

Las partes demandadas rechazan la existencia de reserva de ley basada en el art. 149.1.8ª de la Constitución, que se vea afectada la libertad contractual y la existencia de una presunción en materia procesal.

La legitimación del Colegio recurrente se apoya en las mismas razones que la impugnación anterior.

La impugnación de este precepto no encuentra fundamento en la invocación del art. 149.1.8ª de la Constitución, precepto de atribución de competencia del que no puede deducirse una reserva de ley en los términos que invoca la parte recurrente. Tampoco se advierte la existencia de una presunción que incida en la reserva de ley en materia procesal (art. 117 CE) que se alega, pues lo que se produce es la falta de intervención de la operación por el Notario, en razón del transcurso del plazo establecido.

Sin embargo, entiende la Sala, que el precepto, en cuanto impone a las partes un determinado plazo para el otorgamiento, partiendo de la no exigencia de unidad de acto, viene a restringir, sin previsión legal que le sirva de amparo, el ámbito de la autonomía de la voluntad y libertad contractual de las partes, cuya infracción se invoca genéricamente por la recurrente, voluntad contractual preexistente que se ve limitada en cuanto a su formalización e intervención notarial, con la consiguiente incidencia en la garantía y efectos que ello proporciona, en contra de las normas de carácter legal que la ampara (arts. 1255, 1278 ó 1279 del Código Civil), y que no excluyen la posibilidad de persistencia de tal voluntad de otorgamiento por las partes más allá del plazo recogido en el Reglamento, norma reglamentaria que no puede ir en contra de



Recurso Nº: 63/2007

lo establecido en normas de rango superior. Lo que determina la nulidad del párrafo que se impugna y la consiguiente estimación del recurso en este aspecto.

VIGESIMOTERCERO.- Impugnación del artículo 197 quater.

"Como consecuencia del artículo 17 bis de la Ley del Notariado, la expresión "Con mi intervención" implica **el control de legalidad por el notario** y, en particular:

a) La identificación por el notario de los contratantes por sus documentos de identidad reseñados, salvo que se consigne otro medio de identificación de los establecidos en el artículo 23 de la Ley del Notariado.

b) La reseña de las circunstancias de los otorgantes conforme a lo prevenido en el artículo 197 bis, párrafo segundo, de este Reglamento.

c) El juicio de capacidad de los otorgantes para el acto o contrato intervenido y, en su caso, que los poderes relacionados son suficientes para el acto o contrato intervenido. **Será de aplicación lo previsto en el segundo párrafo del artículo 164 de este Reglamento.**

d) Que la calificación del acto o contrato es la que figura en el mismo, con el nombre conocido que tenga en derecho o le atribuyan los usos mercantiles, salvo que no tuviera denominación especial.

e) Que el contenido del negocio jurídico de que se trate se realiza de acuerdo con las declaraciones de voluntad de los intervinientes.

f) Haber hecho a los otorgantes las reservas y advertencias legales en la forma exigida por las leyes o por este Reglamento. No obstante el notario podrá incluir las reservas y advertencias legales que juzgue oportunas.

g) La conformidad y aprobación del contenido de la póliza tal como aparece redactada, por los otorgantes, y de haber estampado los mismos o los testigos instrumentales, en su caso, la firma ante el notario, **o juicio de legitimidad de la misma tratándose de representantes de entidades financieras, cuando legalmente se halle permitido.**

Si fuera requerida la actuación de un notario y éste se negara motivadamente a intervenir, los interesados si consideran injustificada la negativa, podrán ponerlo en conocimiento de la Dirección General de los Registros y del Notariado, la cual, oído el notario, resolverá en el plazo de quince días. La resolución será susceptible de recurso de alzada ante el Ministro de Justicia".



Recurso Nº: 63/2007

La impugnación de este precepto en los aspectos que se han destacado en **negrita**, se funda en la consideración de que se atribuye al Notario un control de legalidad que carece de soporte legal, dando por reproducido lo manifestado en relación con los arts. 145 y 168 último párrafo. Entiende la recurrente que debe anularse el último inciso de la letra c) del párrafo primero en cuanto remite al segundo párrafo del art. 164. De la misma forma debe anularse la referencia al juicio de legitimidad de firmas de los representantes de instituciones financieras contemplado en la letra g) párrafo primero, por conexión con el párrafo segundo del art. 197 bis. Y finalmente, se solicita la nulidad del último párrafo del precepto, remitiéndose a los argumentos expuestos en relación con el último párrafo del art. 145.

No se desvirtúa la relación con la función registral, que también tiene sus expresiones en materia de pólizas como indica la parte recurrente, en que se apoya la legitimación del Colegio recurrente apreciada en el primer fundamento de derecho, por lo que hemos examinado esta impugnación, que se plantea por remisión a lo alegado respecto de otros preceptos recurridos, sin ninguna especificación o precisión, lo que conduce a resolver conforme a lo que allí se hizo. En consecuencia, debe estimarse la impugnación en cuanto al inciso "el control de legalidad del notario", por lo ya expuesto al examinar el art. 145, rechazando la cobertura legal de dicho control de legalidad en los términos que allí se regulan y aquí se invocan, con referencia a una interpretación del art. 17 bis de la Ley del Notariado que no se comparte, según se razonó; y también debe estimarse el recurso en relación con el último inciso de la letra c) "será de aplicación lo previsto en el segundo párrafo del art. 164 de este Reglamento", el último inciso de la letra g) "o juicio de legitimidad de la misma tratándose de representantes de entidades financieras, cuando legalmente se halle permitido", así como el último párrafo "Si fuera requerida la actuación de un notario y éste se negara motivadamente a intervenir, los interesados si consideran injustificada la negativa, podrán ponerlo en conocimiento de la Dirección General de los Registros y del Notariado, la cual, oído el notario, resolverá en el plazo de quince días. La resolución será susceptible de recurso de alzada ante el Ministro de Justicia", de acuerdo con las razones expuestas al resolver sobre el segundo párrafo del art. 164, el segundo párrafo del art. 197.bis y el art. 145, siendo de añadir respecto de este último párrafo, que la estimación de la impugnación no solo comprende la previsión de la denegación de su actuación por el Notario por lo allí expuesto, sino que incluye el régimen de revisión de tal decisión del



Recurso Nº: 63/2007

Notario, que supone el establecimiento de un procedimiento administrativo de revisión de una actuación administrativa, como es la decisión del Notario en su condición de funcionario público relativa a la prestación o denegación de sus funciones, que desborda el ámbito reglamentario al estar sujeto a reserva de ley (art. 105.c, CE), lo que ya declaramos en un caso semejante contemplado en sentencia de 12 de febrero de 2002, con referencia a la sentencia de 22 de mayo de 2000. En todo caso, tal procedimiento de revisión resulta sin contenido al anularse la posibilidad de denegación notarial, en tanto en cuanto no se establezca por Ley.

VIGESIMOCUARTO.- Impugnación del inciso final del número 1º y el número 6º del apartado 1 del artículo 198.

"1.Los notarios, previa instancia de parte en todo caso, extenderán y autorizarán actas en que se consignen los hechos y circunstancias que presencien o les consten, y que por su naturaleza no sean materia de contrato.

Serán aplicables a las actas notariales los preceptos de la sección segunda, relativos a las escrituras matrices, con las modificaciones siguientes:

1.º En la comparecencia no se necesitará afirmar la capacidad de los requirentes, ni se precisará otro requisito para requerir al notario al efecto, que el interés legítimo de la parte requirente y la licitud de la actuación notarial, salvo que por tratarse del ejercicio de un derecho el notario deba hacer constar de modo expreso la capacidad y legitimación del requirente a los efectos de su control de legalidad.

6.º En todo caso y cualquiera que sea el tipo de acta, el notario deberá comprobar que el contenido de la misma y de los documentos a que haga referencia, con independencia del soporte utilizado, no es contrario a la ley o al orden público".

La impugnación de los incisos marcados de este precepto se limita a invocar la vulneración del principio de legalidad, dando por reproducidos los argumentos expuestos en relación con los arts. 145 y 168 último párrafo, por lo que hemos de remitirnos a lo allí razonado como fundamento de su estimación, en cuanto la impugnación se refiere al control de legalidad que hemos considerado ilegal y el apartado 6º, en los términos que se expresa sobre la comprobación del contenido, viene a amparar una denegación en razón del resultado de ese control de legalidad sustantiva, que no resulta



Recurso Nº: 63/2007

admisible en los términos ya indicados al resolver dicha impugnación del art. 145.

En consecuencia debe declararse la nulidad de los aspectos impugnados de este artículo 198.

VIGESIMOQUINTO.- Impugnación del párrafo cuarto del artículo 199.

"Se prohíbe el uso publicitario de toda acta que no se haya instado expresamente con la finalidad de tal uso y, en su caso, será necesaria la aprobación previa, por parte del notario autorizante, de los textos e imágenes en que la publicidad se concrete. El nombre del notario no deberá aparecer en publicación autorizada de dichos textos e imágenes. **Deberá el notario, igualmente, denegar la autorización cuando pueda inducir a confusión a los consumidores y usuarios sobre el alcance de la intervención notarial.**"

Considera la recurrente que denegar la autorización "**cuando pueda inducir a confusión a los consumidores y usuarios sobre el alcance de la intervención notarial**" es una frase genérica y muy imprecisa que no es aceptable en un reglamento de carácter técnico, entendiéndose que el Notario no puede denegar la autorización con ese pretexto, pues es obligación suya redactar el acta para que no se produzca tal confusión, ya que en otro caso, se podría producir arbitrariedad o indefensión para los particulares que solicitan un acta notarial, lo que contradice el art. 2 de la Ley del Notariado que solo permite negar la intervención con justa causa y excede de las funciones atribuidas al Notario respecto de los consumidores y usuarios en la Ley General de Consumidores y Usuarios (art. 10.6) y la Ley de Condiciones Generales de Contratación (art. 23) según se indicó en el comentario al art. 147.

Se cuestiona la legitimación del Colegio recurrente para la impugnación de este precepto, a cuyo efecto la Sala entiende que estando en cuestión la autorización a efectos del uso publicitario del acta de que se trate y no la autorización del acta por el Notario, como parece entender el recurrente, no se advierte incidencia o relación alguna de dicha denegación con la función registral y los intereses que al respecto representa el Colegio recurrente, por lo



Recurso Nº: 63/2007

que habrá de concluirse que falta la necesaria legitimación para sostener esta impugnación que, por lo tanto, debe declararse inadmisibile.

VIGESIMOSEXTO.- Impugnación del artículo 203.

"Cuando el interesado, su representante o persona con quien se haya entendido la diligencia se negare a recoger la cédula o prestase resistencia activa o pasiva a su recepción, se hará constar así, y se tendrá por realizada la notificación. Igualmente se hará constar cualquier circunstancia que haga imposible al notario la entrega de la cédula; en este caso se procederá en la forma prevista en el párrafo sexto del artículo".

Entiende la recurrente que el artículo establece una norma sobre las consecuencias del rechazo de la notificación que se encuentran sujetas al principio de reserva de ley de todo procedimiento administrativo o judicial (arts. 105 y 117 CE) y en todo caso es contrario al art. 59 de la Ley 30/92, que únicamente admite que el rechazo de la notificación equivale al trámite cuando lo lleva a cabo el interesado o su representante, pero no cualquier otra persona con quien se haya entendido la diligencia.

Tampoco en este caso se excluye la relación con la función registral, siquiera sea en los concretos supuestos previstos en los arts. 147 y 192 del Reglamento del Registro Mercantil que se alegan por la recurrente, que justifican la legitimación en los términos señalados en el primer fundamento de derecho.

Se funda la impugnación en la infracción del principio de reserva de ley en materia de procedimiento, administrativo o judicial (arts. 105 y 117 CE), fundamento que se reitera en otras impugnaciones, por lo que conviene señalar que el procedimiento como garantía de la defensa y ejercicio de los derechos y titularidades jurídicas de los ciudadanos y de que la actuación del órgano, autoridad o funcionario en el ejercicio de sus funciones se ajusta a los cauces legales y se desenvuelve en el ámbito que le es propio, constituye una manifestación del sistema de garantías de que se dota el ordenamiento jurídico para su efectiva y recta aplicación, cuya trascendencia y relevancia ha sido apreciada por el Constituyente que ha venido a establecer reservas de ley en la materia, que se plasman en el art. 105.c de la Constitución para el ámbito del procedimiento administrativo y el art. 117 en lo que atañe al procedimiento judicial, reserva que supone garantizar que la regulación de esa



Recurso Nº: 63/2007

materia responde a la voluntad del legislador en el efectivo ejercicio de su función, que no cabe trasladar al ámbito reglamentario sino es a efectos de complemento de las previsiones de la Ley, que ha de contener una regulación suficiente, según doctrina del Tribunal Constitucional a la que ya nos hemos referido antes.

La función notarial, de carácter complejo como ya hemos señalado al examinar el art. 1, incluye la respuesta del Notario, como funcionario público - aspecto reforzado en el citado precepto reglamentario que se antepone a su condición de profesional del Derecho alterando el orden establecido en la redacción anterior y en la propia Ley del Notariado (art. 24) en sus modificaciones más recientes-, a la solicitud de los interesados, mediando la observancia de determinados procedimientos, que en cuanto ordenan el ejercicio de tal función pública tienen carácter administrativo.

El Notario al autorizar o intervenir el acto o negocio jurídico de que se trate, incorpora la respuesta a la solicitud de ejercicio de su función pública que le ha sido formulada, que determina su naturaleza que no puede confundirse con la del acto o negocio autorizado, respuesta que en cuanto esté sujeta a un determinado procedimiento administrativo, ha de ser establecido en norma de adecuado rango legal.

A tal efecto, las peculiaridades de la función notarial pueden justificar que la regulación de carácter procedimental se contemple en una Ley específica del ámbito notarial, a la que se alude en el art. 1217 del Código Civil, con el objeto de recoger aquellas particularidades propias de la función y efectuar una regulación adaptada a las mismas, pero lo que no cabe es prescindir de tal reserva de ley y regular los aspectos procedimentales directamente y sin habilitación legal en una norma de carácter reglamentario. Quien acude al Notario solicitando el ejercicio de su ministerio público no puede ser de peor condición que quien lo hace ante otra oficina pública y verse privado de la garantía que la reserva de ley establecida en la Constitución le otorga, en el sentido de que la actuación del funcionario público, en este caso el Notario, se ajustará a las normas de procedimiento establecidas por el legislador, como voluntad del mismo y no de la manifestada en otro ámbito de decisión a través del ejercicio de la potestad reglamentaria. Por tanto, el Reglamento Notarial no es la norma adecuada para regular aspectos de procedimiento a los que ha de sujetarse el Notario en el ejercicio de su función



Recurso Nº: 63/2007

pública, para los que no cuente con la necesaria habilitación legal y, en todo caso, no puede establecer disposiciones contrarias a la ley, notarial o, en defecto de esta, general, dictada en cumplimiento de la reserva de ley establecida al efecto.

Examinado el precepto impugnado desde estas consideraciones, la Sala entiende que la regulación de la efectividad de la notificación, llevada cabo en persona distinta del interesado o su representante que se niegue a recoger la cédula o prestare resistencia a su recepción, se aparta del régimen general establecido en la Ley 30/92, en materia sujeta a reserva de ley -de irregularidad procedimental se califica por el Tribunal Constitucional el defecto de notificación o falta de la misma (ATC 261/2002, de 9 de diciembre y STC 186/1998, de 28 de septiembre)-, estableciendo un supuesto de eficacia de la notificación no previsto en dicha Ley e incompatible con la misma y con el principio de reserva de ley, ello sin perder de vista que la regulación de la Ley 30/92 trata de cumplir la finalidad propia de la notificación, que como señala el Tribunal Constitucional en Sentencia 64/1996, es llevar al conocimiento de los afectados las decisiones con objeto de que los mismos puedan adoptar la postura que estimen pertinente, lo que puede justificarse cuando son los mismos o sus representantes quienes hacen inviable la notificación de cuya existencia, no obstante, toman conocimiento, pero resulta altamente cuestionable que ello se produzca cuando quien se niega a recibir la notificación es un tercero.

Por todo ello ha de estimarse la impugnación y declarar la nulidad del inciso de este precepto objeto de recurso.

VIGESIMOSEPTIMO.- Impugnación del párrafo tercero del artículo 204.

"A estos efectos no se considerarán días laborables los sábados".

Como en el caso anterior la recurrente entiende que el precepto contradice el art. 48 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, según el cual "siempre que por ley o normativa comunitaria europea no se exprese otra cosa, cuando los plazos se señalen por días, se entiende que estos son hábiles, excluyéndose del cómputo los domingos y los declarados festivos", sin que pueda un reglamento declarar inhábiles los sábados.



Recurso Nº: 63/2007

Planteada la legitimación de la recurrente en los mismos términos que la impugnación anterior, la respuesta a esta ha de ser semejante, pues el cómputo de los plazos y la determinación de los días hábiles al efecto, ya sea en el ámbito civil, administrativo o procesal, se fijan por Ley y no pueden regularse por norma reglamentaria.

Por lo que, estimando la impugnación, ha de declararse la nulidad del párrafo tercero de este precepto objeto de recurso.

VIGESIMOCTAVO.- Impugnación del último párrafo del artículo 209.

"Por acta de notoriedad podrán legitimarse hechos y situaciones de todo orden, cuya justificación, sin oposición de parte interesada, pueda realizarse por medio de cualquier otro procedimiento no litigioso. La declaración que ponga fin al acta de notoriedad será firme y eficaz, por sí sola, e inscribible donde corresponda, sin ningún trámite o aprobación posterior. El requerimiento a que se refiere el requisito primero se formalizará mediante acta con la fecha y número de protocolo del día del requerimiento. Concluida la tramitación del acta se incorporará al protocolo como instrumento independiente en la fecha y bajo el número que corresponda en el momento de su terminación, dejando constancia de la misma en el acta que recoja el requerimiento".

Se impugna este precepto al considerar que es ilegal por extralimitación de la Ley del Notariado y ser contrario a la Ley Hipotecaria (arts. 203, 202 y 18), alegando que las actas sirven para acreditar la notoriedad de hechos o situaciones, pero no para legitimarlos. La legitimidad de una situación jurídica dependerá de las concretas normas legales que regulen su producción y eficacia, y no de la simple comprobación de la notoriedad de dicha situación. Habrá de estarse a cada caso concreto para ver el efecto jurídico que se anuda a la declaración de notoriedad. En cuanto a la inscribibilidad, se ve que el acta de reanudación de tracto no es inscribible sin más, sino que precisa aprobación judicial (art. 203 LH) y depende de la antigüedad de la inscripción contradictoria (art. 202 LH). Además se vulnera el art. 18 de la LH, pues es incuestionable que la inscripción de tales actas está supeditada a la calificación registral favorable.



Recurso Nº: 63/2007

Los términos en que se plantea esta impugnación en su relación con la actividad registral permiten apreciar el interés de la parte recurrente, que justifica su legitimación.

El hecho de que la parte del precepto que se impugna señalada en negrita no suponga innovación respecto de la redacción anterior, no es obstáculo, como ya hemos señalado al resolver las impugnaciones de los arts. 145 y 178, por referencia a la sentencia de 30 de enero de 2001, para su impugnación, que la Sala entiende justificada en cuanto la norma reglamentaria contiene declaraciones que resultan contrarias a las normas legales que se invocan, realizando afirmaciones como la firmeza y eficacia, por sí sola, del acta de notoriedad y su condición de inscribible sin ningún trámite o aprobación posterior, que no se corresponde con las previsiones legales, tal y como se alega de contrario y resulta de los preceptos citados, estableciendo el art. 203 de la Ley Hipotecaria la necesidad de aprobación judicial de las actas de notoriedad a que se refiere, disponiendo el art. 204 de dicha Ley que las actas de notoriedad tramitadas a fines de reanudación del tracto sucesivo solo podrán inscribirse cuando las inscripciones contradictorias tengan más de treinta años de antigüedad, sin haber sufrido alteración, contradicción que no puede solventarse mediante una interpretación, como la sostenida en la contestación a la demanda, en el sentido de que se trata de una regulación general que no excluye supuestos especiales ni la calificación registral, pues ello supone prescindir de las categóricas afirmaciones del precepto y atribuir un alcance que no se desprende del mismo, como pone de manifiesto esa interpretación alternativa, que implica hacer decir al precepto lo que no resulta del mismo.

En consecuencia, el apartado del precepto objeto de impugnación ha de declararse nulo, de conformidad con el art. 62.2 de la Ley 30/92, estimándose con ello el recurso en este aspecto.

VIGESIMONOVENO.- Impugnación del artículo 210.

Se impugna este precepto, que no se transcribe, al entender la parte recurrente que afecta de modo directo a la inmatriculación de fincas, ya que se pretende introducir una nueva regulación de la tramitación de las actas de notoriedad complementarias del título público de adquisición de los arts. 205 de la Ley Hipotecaria y 298 del Reglamento Hipotecario. Considera que se



Recurso Nº: 63/2007

infringe el principio de reserva de ley que exige la Constitución para cualquier procedimiento, ya se entienda que es de jurisdicción voluntaria o administrativo (arts. 117 y 105 CE), como recuerda la sentencia de 22 de mayo de 2000. Un Reglamento Notarial no puede regular materias registrales. Que la LH prevé en el art. 199 el acta de notoriedad como complementaria y no como principal y, además, sin características especiales respecto de otras actas de notoriedad. Se contradice el art. 205 de la LH al duplicar el requisito de los edictos, cuando la inmatriculación y publicación de edictos es competencia exclusiva del Registrador. Es contrario al art. 222.5 de la LH, al desconocer que la nota simple informativa del Registrador no es medio suficiente para acreditar que la finca no se encuentra inmatriculada. Es contrario al art. 298 del RH, que prevé el acta de notoriedad complementaria como simultánea o posterior al título público y no sólo posterior a él. Es contrario al art. 53.7 de la Ley 13/1996, que prevé la certificación catastral descriptiva y gráfica como requisito necesario para la inmatriculación y no para el acta de notoriedad complementaria.

Basta examinar el precepto para apreciar que el mismo contiene la regulación de un procedimiento para el ejercicio de la fe pública notarial, con expresión de sus distintas fases de solicitud o requerimiento del interesado, determinación del objeto, instrucción, prueba y decisión, siendo aplicable al caso lo que hemos señalado al respecto en el examen de la impugnación del art. 203 sobre la reserva de ley en materia de procedimiento y la improcedencia de regulación reglamentaria carente de habilitación legal al respecto, que determina por sí solo la nulidad de este precepto, sin necesidad de examinar las demás causas invocadas por la parte recurrente.

TRIGESIMO.- Impugnación del párrafo tercero del artículo 215.

"Los documentos privados sujetos al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, y al Impuesto de Sucesiones y Donaciones, no podrán ser objeto de acta de protocolización si no consta en ellos la nota que corresponda de la Oficina liquidadora o entidad bancaria colaboradora."

Entiende la recurrente que el precepto es contrario a los artículos 52 párrafo segundo del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones



Recurso Nº: 63/2007

Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y 32.3 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, que regulan el suministro de información por parte de los notarios a las Administraciones Tributarias, pero no la negativa a protocolizar el documento.

A la dudosa legitimación del Colegio recurrente en relación con esta impugnación se añade la improcedencia de la misma, ya que la parte recurrente trata de identificar conceptos jurídicos de distinto alcance, en este caso las obligaciones de suministro de información de los notarios a las Administraciones Tributarias a las que se refieren los preceptos invocados y el examen de la constancia de la correspondiente nota en los documentos privados presentados a efectos de protocolización en lo relativo a la liquidación de los impuestos a que están sujetos como tales, que no es sino una manifestación de esa exigencia de regularidad tributaria en los documentos que se presentan ante las oficinas públicas y que se refleja en el art. 54 del citado Real Decreto Legislativo 1/1993, cuando señala que: "Ningún documento que contenga actos o contratos sujetos a este impuesto se admitirá ni surtirá efecto en Oficina o Registro Público sin que se justifique el pago, exención o no sujeción a aquél, salvo lo previsto en la legislación hipotecaria" y en el art. 33 de la referida Ley 29/1987, según el cual: "Los documentos que contengan actos o contratos sujetos al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones no se admitirán ni surtirán efecto en oficinas o registros públicos sin que conste la presentación del documento ante los órganos competentes para su liquidación, salvo lo previsto en la legislación hipotecaria o autorización expresa de la Administración".

Todo lo cual conduce a la desestimación de esta impugnación.

TRIGESIMOPRIMERO.- Impugnación del artículo 218 y el párrafo segundo del artículo 219.

Entiende la recurrente que el art. 218, que no se transcribe, no puede desarrollar preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ni regular cuestiones de procedimiento o pruebas, aunque se limite a reproducir aquella Ley, pues por mínimas que sean las adiciones, existe reserva de Ley para estas cuestiones procesales, por lo que en cuanto trata de desarrollar los arts. 572.2 y 573.1.2ª de la LEC, infringe el principio de reserva de Ley en materia



Recurso Nº: 63/2007

procesal (art. 117 CE), y lo mismo sucede por conexión con el párrafo segundo del art. 219.

El propio planteamiento de la impugnación pone de manifiesto la falta de un interés real y cierto que, representado por el Colegio recurrente, pueda resultar afectado por el mantenimiento o anulación de los preceptos impugnados, sin que pueda considerarse como tal la remota incidencia a que se remite la recurrente respecto de la inscripción de un eventual mandamiento de embargo y la regulación de las hipotecas en garantías de cuenta corriente, cuando lo que se suscita es la incidencia del precepto en la regulación de un concreto ámbito procesal por infracción de la reserva de ley en la materia, ajena a la actuación registral. Lo que conduce a la inadmisión de estas impugnaciones por falta de legitimación del Colegio recurrente.

TRIGESIMOSEGUNDO.- Impugnación del artículo 220.

Se impugna este precepto al considerar que en cuanto regula un procedimiento de actas de subasta, con una serie de trámites, va contra la reserva de Ley en materia de procedimientos, tanto judiciales como administrativos (arts. 117 y 105 CE), también la reserva de Ley en materia que afecta al derecho de propiedad (art. 33), y en todo caso debe anularse el párrafo cuarto de la regla 1ª del apartado 1, según el cual: "El notario no aceptará el requerimiento hasta que, estudiada la documentación presentada, y subsanada o completada en su caso, haya identificado al requirente, apreciado su capacidad legal para el requerimiento que efectúa, comprobado la concurrencia de las autorizaciones, consentimientos o requisitos necesarios y estimado, conforme al art. 145 de este Reglamento, que no concurre ninguna otra causa de denegación de funciones", dado que el art. 145 es ilegal. También debe anularse la regla 9ª del art. 220, que establece una obligatoriedad de escritura pública tratándose de inmuebles, que es contraria al sistema de libertad de forma del art. 1278 del Código Civil en la forma que se interpreta por la jurisprudencia el art. 1280, y también en cuanto amplía dicha exigencia a supuestos en que la ley exige documento público como requisito de validez y eficacia, jurisprudencia que señala que no es obligatoria, admitiendo documento privado y dejando libertad a las partes para que lo eleven a documento público. Igualmente la regla 9ª establece un título que determina inscripción, y los títulos inscribibles no corresponde determinarlos al Reglamento Notarial (reserva de ley arts. 33 y 149.1.8ª CE). Y el apartado 4



Recurso Nº: 63/2007

del art. 220 atribuye competencia a los Colegios Notariales para subastas, lo que tampoco es posible efectuar en un Reglamento.

Las referencias a un título inscribible que se contienen en el precepto y se indican por la parte permiten apreciar la legitimación de la parte recurrente y examinar la impugnación que se formula, que debe ser estimada por las mismas razones expuestas al examinar el art. 210 en relación con el art. 203, en cuanto el precepto contiene la regulación de un procedimiento para la dación de fe pública, requerimiento del interesado, comprobación por el Notario, condiciones de la celebración de la subasta, tramitación y resolución diligenciada por el Notario, que como tal es materia sujeta a reserva de ley y no puede ser objeto de regulación reglamentaria sin la necesaria y precisa habilitación legal, lo que conduce como en aquellos casos y por las razones allí expuestas a la declaración de nulidad del precepto.

TRIGESIMOTERCERO.- Impugnación del párrafo segundo del artículo 222.

"Ni de oficio ni a instancia de parte interesada decretarán los Tribunales que los Secretarios judiciales extiendan, por diligencia o testimonio, copias de actas, escrituras matrices y pólizas, sino que bajo su responsabilidad las exigirán del notario que deba darlas, con arreglo a la Ley del Notariado y el presente Reglamento, es decir, justificando ante el notario, y a juicio de éste con la documentación necesaria, el derecho de los interesados a obtenerlas, y siempre que la finalidad de la petición sea la prescrita en el art. 256 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Para los cotejos o reconocimientos de estas copias se observará lo dispuesto en el párrafo tercero del art. 32 de la Ley."

Entiende la recurrente que el precepto, en cuanto da órdenes a los Tribunales sobre la forma de actuación es ilegal por regir sobre la materia procesal reserva de Ley (art. 117 CE).

La falta de un interés que justifique la legitimación del Colegio recurrente para formular esta impugnación resulta de su propio planteamiento, que se refiere a la defensa de la reserva de ley en materia procesal sin concreta relación con la función registral, en cuanto el precepto incide en la forma que los Tribunales han de exigir las copias de los documentos en cuestión al Notario, interés que no puede identificarse con la genérica



Recurso Nº: 63/2007

referencia a los documentos expedidos por los Secretarios Judiciales como susceptibles de inscripción, cuestión no comprometida en este precepto, en cuanto en el ámbito del correspondiente proceso habrá de estarse a lo que órgano jurisdiccional en el ejercicio de sus funciones resuelva sobre las copias o testimonios que hayan de acompañarse a sus mandamientos y demás comunicaciones dirigidas al Registro. Por lo que debe declararse la inadmisibilidad por falta de legitimación.

TRIGESIMOCUARTO.- Impugnación del artículo 224.

Párrafo tercero del apartado 4 "Las copias autorizadas electrónicas una vez expedidas **tendrán un plazo de validez de sesenta días a contar desde la fecha de su expedición.** Transcurrido este plazo podrá expedirse nueva copia electrónica con igual finalidad que la caducada. La expedición de esta nueva copia autorizada electrónica con idéntico destinatario y finalidad no devengará arancel alguno."

Entiende la recurrente que el establecimiento de un plazo de validez de estas copias, además de ser absurdo dado que el traslado a papel de la misma realizado con los requisitos legales conserva su autenticidad y garantía notarial sin límite de plazo, es contrario al art. 17. bis de la Ley, que no establece límite legal de vigencia.

Párrafo octavo del apartado 4, "De conformidad con el art. 17 bis de la Ley del Notariado, los registradores, así como los funcionarios competentes de los órganos jurisdiccionales y administrativos, destinatarios de las copias autorizadas electrónicas notariales podrán trasladarlas a soporte papel **dentro de su plazo de vigencia,** a los únicos y exclusivos efectos de incorporarlas a los expedientes o archivos que correspondan por razón de su oficio en el ámbito de su respectiva competencia. **Al pie del traslado a papel, dichos funcionarios deberán indicar su nombre y apellidos, cargo, fecha del traslado, número de folios que lo integran y su limitado efecto a la citada incorporación al expediente o archivo.**"

Considera la recurrente que los incisos destacados en negrita son ilegales por suponer un exceso, sin habilitación legal, en relación con el apartado 6 del artículo 17 bis de la Ley del Notariado, en cuanto la expresión "durante el plazo de vigencia" por las razones ya expuestas y respecto del



Recurso Nº: 63/2007

último inciso en cuanto impone una obligación no impuesta por la Ley, que exige disposición legal (arts. 53.1, 105, 117 y 149.1.8ª CE).

Como reconoce la propia parte recurrente, la emisión de copias en soporte electrónico se regula en el artículo 17 bis de la Ley del Notariado, introducido por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, según el cual los instrumentos públicos notariales no perderán dicho carácter por el hecho de estar redactados en soporte electrónico, en cuyo número 2 remite a la regulación reglamentaria de los requisitos indispensables para la autorización o intervención y conservación del instrumento público electrónico en lo no previsto en este artículo, precisando que las copias en soporte electrónico sólo podrán expedirse para su remisión a otro Notario o a un Registrador o a cualquier otro órgano de las Administraciones públicas o jurisdiccional, siempre en el ámbito de su respectiva competencia y por razón de su oficio, añadiendo que si las copias autorizadas, expedidas electrónicamente, se trasladan a papel, para que conserven la autenticidad y garantía notarial, dicho traslado deberá hacerlo el Notario al que se le hubieran remitido, mientras que los demás destinatarios de las mismas, podrán trasladar a soporte papel tales copias, pero "a los únicos y exclusivos efectos de incorporarlas a los expedientes o archivos que correspondan por razón de su oficio en el ámbito de su respectiva competencia", estableciendo con carácter general que las copias electrónicas sólo serán válidas para la concreta finalidad para la que fueron solicitadas, lo que deberá hacerse constar expresamente en cada copia.

Pues bien, el indicado art. 17.bis de la Ley del Notariado, aunque limita los efectos de las copias electrónicas objetivamente a la finalidad para la que fueron solicitadas, en ningún momento establece un límite de carácter temporal a la validez y eficacia de tales copias, si siquiera para su traslado a papel y, a pesar de las reiteradas referencias del precepto a la eficacia objetiva de tales copias simples electrónicas y a la regulación y traslado a soporte papel por los distintos destinatarios, en ningún momento el legislador hace referencia a un límite temporal.

Por otra parte, la validez y eficacia de la copia simple electrónica es un elemento esencial de la misma, cuya alteración no puede efectuarse reglamentariamente sin la oportuna previsión legal que le sirva de amparo, que en este caso no se contiene, pues la remisión reglamentaria se refiere a los



Recurso Nº: 63/2007

requisitos para la autorización o intervención y conservación del documento público, de manera que el precepto reglamentario impugnado, en cuanto determina un plazo de validez de sesenta días desde su expedición y restringe la posibilidad de traslado a soporte papel por el mismo plazo, viene a establecer una limitación de la validez y eficacia de tales copias electrónicas no prevista en la Ley y contraria al principio que se recoge en el citado art. 17.bis, según el cual la autorización de documento público electrónico produce los mismos efectos que la de todo documento público notarial.

En consecuencia procede declarar la nulidad de los citados incisos del precepto impugnado.

Por otra parte, en cuanto a la impugnación del último inciso del párrafo octavo del apartado 4 del precepto, es lo cierto que el mismo se establece una exigencia sobre el contenido del traslado al papel de tales copias por los distintos funcionarios destinatarios de las mismas, incluyendo en tal concepto los órganos jurisdiccionales que también son destinatarios según el citado art. 17.bis.6, sin que exista una previsión legal al respecto e incidiendo en lo que es una actuación propia del ámbito en el que se produzca ese traslado al papel, en ese caso en el ámbito procesal, que queda sujeta a reserva de ley y fuera del marco notarial propio de la regulación reglamentaria que examinamos. Lo que conduce también a la anulación de este inciso en los términos que aparece redactado.

TRIGESIMOQUINTO.- Impugnación del párrafo primero del artículo 225.

"Las copias de testamentos solicitadas por las Administraciones públicas, con ocasión de expedientes o informes sobre solvencia o en procedimientos de apremio sobre bienes de determinadas personas a las que el testamento reconozca derechos hereditarios, se expedirán sólo parcialmente, limitadas a las cláusulas patrimoniales en las que aquellas sean beneficiarias, y previa justificación fehaciente del fallecimiento del testador y de la existencia de los citados expedientes y procedimientos."

Entiende la recurrente que no corresponde al Reglamento Notarial regular una materia que incide en aspectos procedimentales, no ya solo del Notario sino de otras Administraciones Públicas en expedientes tributarios o de



Recurso Nº: 63/2007

apremio, invocando los principios de reserva de ley en materia de procedimiento y jerarquía normativa. Remitiéndose a las observaciones realizadas seguidamente respecto del art.237.

El reflejo del testamento en el Registro en los términos del art. 166 del Reglamento Hipotecario, que se refiere por la recurrente, permiten mantener la legitimación de la misma en los términos indicados en el primer fundamento de derecho.

No obstante, el planteamiento de la parte no puede compartirse, pues la expedición de determinadas copias de documentos notariales no pierde su naturaleza de función notarial por el hecho de que la copia se solicite con ocasión de la sustanciación de expedientes y procedimientos administrativos de distinto contenido, función notarial de custodia del protocolo y régimen de expedición de copias (arts. 31 y 32 LN y concordantes del RN), al que queda sujeto el desarrollo de la función, cuya regulación reglamentaria encuentra amparo en tales preceptos legales, lo que lleva a rechazar las genéricas alegaciones que en contrario se formulan en esta impugnación, que tampoco puede prosperar en razón de las observaciones sobre la emisión de copias parciales efectuadas en relación con el art. 237, a las que se remite la parte y que se examinan seguidamente.

TRIGESIMOSEXTO.- Impugnación del párrafo primero del artículo 237.

"Es copia parcial la que expide el notario a instancia de parte legitimada para solicitarla reproduciendo o trasladando parte de la matriz, atendido su contenido, el requerimiento y el interés del solicitante."

Defiende la parte recurrente que el Reglamento transforma la copia parcial en un concepto totalmente indeterminado, carente de la precisión necesaria, dejando totalmente al arbitrio e interpretación del Notario el contenido del documento, lo que afecta a lo dispuesto en el art. 18 de la Ley Hipotecaria, pues a través de la copia parcial, con expresión por el Notario de que en lo omitido no hay nada que modifique lo transcrito, deja en sus manos el contenido del documento que ha de presentarse en los Registros Públicos, obteniendo por esta vía una limitación de la calificación de los Registradores y determinando lo que es contenido propio del Registro y lo que no. Concluye que se modifica subrepticamente el concepto de título inscribible, se limita el



Recurso Nº: 63/2007

ámbito de la calificación registral, se trasvasa la responsabilidad que establecen los arts. 18 y 99 de la LH, por la calificación de lo que tiene trascendencia registral a los notarios, se prejuzgan las circunstancias que ha de contener el asiento registral y se produce una intromisión en las funciones de los Liquidadores de Impuestos respecto de los actos contenidos en las escrituras públicas.

El planteamiento de la impugnación y su relación con la función registral permiten apreciar la legitimación del Colegio recurrente que, sin embargo, no puede prosperar por las siguientes razones:

No se justifica la ilegalidad de la existencia misma de las copias parciales, que vienen contempladas, si bien con distinta extensión, en los Reglamentos Notariales anteriores y que la propia parte no llega a excluir, pues aun cuando señala que la Ley del Notariado no las prevé, añade que en el supuesto de admitirse ha de serlo con toda precaución y en definitiva lo que cuestiona es su alcance y no su existencia. Lo cierto es que la Ley del Notariado, si bien no prevé las copias parciales tampoco las excluye no ya solo de forma directa sino indirecta, pues no se expresa la necesidad de que las mismas deben ser en todo caso íntegras, por lo que la previsión reglamentaria de las mismas no supone una contradicción o vulneración de dicha Ley y no carece de justificación en cuanto responda a la finalidad y objeto de la expedición de copias de dar satisfacción a los otorgantes y demás legitimados para su solicitud en la medida interesada por los mismos, que no necesariamente comprende la totalidad del instrumento público de que se trate.

Tampoco compartimos el planteamiento de la parte que descansa en la consideración de que la determinación del contenido de la copia parcial queda al arbitrio del Notario, cuya actuación condiciona la calificación registral y el contenido del registro, pues el propio precepto, tras determinar que la expedición de la copia parcial se expide a instancia de parte legitimada, añade que ello tendrá lugar atendiendo al requerimiento y el interés del solicitante, circunstancias que delimitan la respuesta del Notario y que ha de valorar en el ejercicio de su función técnica, valoración de la que, además, ha de dejar constancia bajo su responsabilidad, en el sentido de que en lo omitido no hay nada que amplíe, restrinja, modifique o condicione lo inserto, según se indica en el último párrafo del precepto.



Recurso Nº: 63/2007

Por otra parte, la expedición de la copia en los términos solicitados no impide el control de legalidad que corresponda efectuar al titular del Registro u Órgano al que se presente, que incluye la suficiencia de la copia como título exigido en cada caso, justificativo del acto o negocio jurídico que incorpora, pudiendo, por lo tanto, el titular del Órgano o Registro al que se presenta exigir la presentación de copia íntegra si lo estima necesario sin que al respecto resulte vinculado por el juicio del Notario.

No se aprecian por lo tanto las infracciones que se denuncian por la recurrente, fundamentalmente desde el punto de vista de la legislación hipotecaria y función de los Registradores, pues no se altera el concepto de título inscribible determinado por la ley y cuya suficiencia queda sujeta a la calificación registral, que determina la procedencia y contenido del asiento registral. Lo mismo sucede respecto de los Liquidadores de Impuestos y los actos contenidos en las escrituras públicas, en cuanto nada impide su valoración sobre la suficiencia del documento presentado a efectos de constatación del acto y sus circunstancias determinantes de la liquidación, pues, como en el caso de los registradores, no se invoca precepto legal alguno del que resulte la vinculación en el ejercicio de sus funciones a las valoraciones del Notario hechas a los solos efectos de expedición de la copia en los términos que se solicita por el interesado.

Por todo ello la impugnación ha de desestimarse.

TRIGESIMOSEPTIMO.- Impugnación de los apartados segundo y tercero del artículo 249.

"2.Tratándose de copias autorizadas que contengan actos susceptibles de inscripción en el Registro de la Propiedad o en el Registro Mercantil, de conformidad con el artículo 112 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, a salvo de que el interesado manifieste lo contrario deberán presentarse telemáticamente.

En consecuencia, el notario deberá expedir y remitir la copia autorizada electrónica en el plazo más breve posible y, en todo caso, en el mismo día de autorización de la matriz o, en su defecto, en el día hábil siguiente. Se exceptúa el supuesto de imposibilidad técnica del que deberá quedar constancia en la copia que se expida en soporte papel de



Recurso Nº: 63/2007

la causa o causas que justifican esa imposibilidad, en cuyo caso podrá presentarse mediante telefax en los términos previstos en el apartado siguiente. El notario deberá hacer constar en la matriz mediante diligencia la fecha y hora del acuse de recibo digital del Registro correspondiente, sin perjuicio de hacer constar tales extremos, en su caso, en el Libro Indicador.

El notario será responsable de los daños y perjuicios que se cause al interesado como consecuencia del retraso en la expedición de copia electrónica y su presentación telemática, excepto en los supuestos de imposibilidad técnica.

3. A salvo de lo dispuesto en el apartado precedente, el notario podrá remitir por telefax el mismo día del otorgamiento al Registro de la Propiedad competente comunicación sellada y suscrita, **en su caso**, de haber autorizado escritura susceptible de ser inscrita por la que se adquieran bienes inmuebles o se constituya un derecho real sobre ellos, y en los demás casos en que lo solicite algún otorgante, o lo considere conveniente el notario. **En su caso**, el notario será responsable de los daños y perjuicios que se causen como consecuencia de la presentación telemática de cualquier título relativo al mismo bien y derecho con anterioridad a la presentación por telefax de la comunicación, a salvo de que se hubiera utilizado esta vía por imposibilidad técnica o como consecuencia de que así lo hubiera solicitado el interesado. Dicha comunicación dará lugar al correspondiente asiento de presentación y en ella constarán testimoniados en relación, al menos, los siguientes datos:

- a) La fecha de la escritura matriz y su número de protocolo.
- b) La identidad de los otorgantes y el concepto en el que intervienen.
- c) El derecho a que se refiera el título que se pretende inscribir.
- d) La reseña identificadora del inmueble haciendo constar su naturaleza y el término municipal de su situación, con expresión de su referencia catastral y, según los casos, del sitio o lugar en que se hallare si es rústica, nombre de la localidad, calle, plaza o barrio, el número si lo tuviere, y el piso o local, si es urbana, y, salvo en los supuestos de inmatriculación, los datos registrales.

El notario hará constar en la escritura matriz, o en la copia si ya estuviese expedida ésta, la confirmación de la recepción por el Registrador y su decisión de practicar o no el asiento de presentación, que éste deberá enviar el mismo día o en el siguiente hábil".



Recurso Nº: 63/2007

La parte recurrente entiende que el art. 249 apartado 2 desliza una clara ilegalidad, al convertir en deber del Notario la presentación telemática en caso de silencio de las partes, cuando la ley sólo establece aquí una facultad y, además, le añade una carga de responsabilidad por retraso en la presentación telemática. Considera que se contradice la voluntariedad de la inscripción en el Registro de la Propiedad (art. 6 LH). Por otra parte, si el Notario tiene la posibilidad de presentación telemática deberá eliminarse la presentación por fax y si ésta no se elimina, debe suprimirse la responsabilidad por la anteposición de una presentación telemática. Además se crea un monopolio de hecho en la gestión telemática de documentos contrario al principio de libertad de mercado consagrado en el art. 38 de la Constitución, invocando la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos de la sociedad de la información y la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de información y de comercio electrónico, que supone la incorporación de dicha Directiva.

En cuanto al párrafo tercero del precepto, objeto en su día de redacción conjunta con el art. 418 del Reglamento Hipotecario por Real Decreto 2537/1994, entiende que no es procedente que se rompa la regulación coordinada y que incurre en ilegalidad en cuanto: la comunicación notarial ya no recoge la firma del Notario, al emplear la expresión "comunicación sellada y suscrita, en su caso", por lo que carece de autenticidad y del carácter de documento público susceptible de asiento registral; reitera que ninguna responsabilidad puede incumbir al Notario si presenta el documento por telefax en los plazos reglamentarios porque se anticipe un documento incompatible presentado telemáticamente, responsabilidad que debe establecerse por ley (art. 53.1 y 149.1.8ª CE); y, en cualquier caso el art. 249 del RN va contra lo dispuesto en el art. 249 de la LH, pues regula los requisitos del asiento de presentación.

Se oponen a la impugnación las demandadas señalando que la presentación telemática que se impone a los notarios deja a salvo la voluntad del interesado, no se crea monopolio alguno ni se infringe la Directiva 200/31/CE, contribuyendo a sus objetivos al facilitar el acceso de los ciudadanos a los sistemas de información, evitando la intervención de intermediarios, que el precepto impugnado no contradice la Ley 24/2001 sino



Recurso Nº: 63/2007

que la desarrolla y obedece a la misma lógica del precepto legal, invocando la interpretación sostenida por la DGRN en resolución de 4 de junio de 2007. En cuanto al párrafo tercero, se reitera la no aplicación al caso del art. 70 de la LRJPAC, que no existe perjuicio alguno para la seguridad del tráfico pues el título presentado por telefax debe consolidarse en los diez días siguientes y que el inciso "en su caso" se refiere a la remisión por telefax y no a la firma del Notario y que una cosa es el documento que se presenta y otra el asiento de presentación.

La relación de la regulación reglamentaria impugnada con la función registral, que pone de manifiesto la recurrente, justifica suficientemente su legitimación, frente a las alegaciones de contrario.

El motivo sustancial de esta impugnación, consistente en la imposición del deber del Notario de presentación telemática de las copias, ha sido examinado ya por esta Sala en sentencia de 29 de enero de 2008, dictada en el recurso 66/2007, en la que señalábamos la conveniencia de efectuar una interpretación sistemática de los preceptos indicados por la parte en relación con el art. 196 del propio Reglamento Notarial, pues es este último el que recoge la previsión del art. 112.1 de la Ley 24/2001, disponiendo que: "Salvo indicación expresa en contrario de los interesados, los documentos susceptibles de inscripción en los Registros de la Propiedad, Mercantiles o de Bienes muebles podrán ser presentados en éstos por vía telemática y con firma electrónica reconocida del notario autorizante, interviniente o responsable del protocolo. El notario deberá inexcusablemente remitir tal documento a través del Sistema de Información central del Consejo General del Notariado debidamente conectado con el Sistema de Información corporativo del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

El notario deberá dejar constancia de ello en la matriz así como, en su caso, de la correspondiente comunicación del registro destinatario.

Esta regla será de aplicación respecto de los documentos susceptibles de inscripción en otros Registros Públicos con efectos jurídicos cuando sus Sistemas de Información estén debidamente conectados con el del Consejo General del Notariado".

El art. 112.1 de la Ley 24/2001 viene a establecer, en el marco de la incorporación a los nuevos sistemas y técnicas de comunicación, la



Recurso Nº: 63/2007

presentación telemática de los documentos susceptibles de inscripción en los Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, posibilidad que se deja a la consideración del interesado, de acuerdo con el principio de inscripción voluntaria que se refleja en el art. 6 de la Ley Hipotecaria, en la medida que el mismo puede efectuar indicación en contra de esa previsión legal, pero en ausencia de la misma, desaparecido el único condicionante, ha de cumplirse la previsión legal que establece la presentación telemática de tales documentos, sin que otorgue al Notario facultades para decidir al respecto. Es la ley la que incorpora esa posibilidad de presentación de documentos en el Registro, con la sola exclusión por la manifestación de voluntad contraria de los interesados y no del Notario, que a falta de tal manifestación no tiene facultad de decidir, debiendo dar cumplimiento a la previsión legal.

Resulta congruente con ello la regulación del art. 196 del Reglamento al plasmar dicha determinación de la Ley 24/2001, y establecer el Sistema a través del cual deberá el Notario inexcusablemente remitir el documento correspondiente.

Y es en estas circunstancias que el art. 249.2, bajo el epígrafe "Las Copias", de la Sección quinta, Capítulo II, Título IV del Reglamento Notarial, al establecer el plazo en el que deberán ser libradas las copias, reitera la presentación en los casos del art. 112 de la Ley 24/2001 telemáticamente, debiendo expedir y remitir la copia autorizada electrónica en el plazo más breve posible y, en todo caso, en el mismo día de autorización de la matriz o, en su defecto, en el día hábil siguiente, de tal manera que el precepto no añade obligación al Notario que no estuviera establecida anteriormente en el propio Reglamento (art. 196), que encuentra amparo en el art. 112.1 de la Ley 24/2001, entendido en el sentido que se ha expuesto.

Por otra parte la presentación telemática deja a salvo, como se ha dicho, la voluntad contraria del interesado y también los supuestos de imposibilidad técnica, por lo que no se justifica la alegación de la parte sobre eliminación de la posibilidad de presentación por fax.

No se advierten las circunstancias propias de un monopolio en la presentación de documentos por vía telemática y la infracción del principio de libertad de mercado contraria al art. 38 de la Constitución, la Directiva



Recurso Nº: 63/2007

2000/31/CE, de 8 de junio y la Ley 34/2002, siendo que ello depende de la voluntad de los interesados y que, como reconoce la propia parte recurrente, el art. 5 de la Ley 34/2002, excluye de su ámbito de aplicación los servicios prestados por notarios y registradores de la propiedad y mercantiles en el ejercicio de sus respectivas funciones públicas, remitiendo a su normativa específica, en congruencia con lo dispuesto en el citada Directiva 2000/31/CE, cuyo art. 1.5.d) excluye de su aplicación "las actividades de los notarios o profesiones equivalentes, en la medida en que impliquen una conexión directa y específica con el ejercicio de la autoridad pública".

En cuanto a la impugnación del apartado 3, aparte de que el hecho de que la modificación no se haya efectuado de manera conjunta con el art. 418 del Reglamento Hipotecario no constituye motivo de nulidad del precepto, tampoco pueden compartirse las demás alegaciones que se formulan, pues la interpretación del inciso "en su caso" como exclusión de la firma del Notario no parece la más acertada, siendo que el precepto se refiere a la "comunicación sellada y suscrita", como la redacción anterior, y la expresión "en su caso" que ahora se introduce tiene su justificación en relación con la remisión de copia por telefax, que ahora no se establece en los términos generales de la redacción anterior, al resultar prioritaria la copia telemática, salvo manifestación en contrario de los interesados o imposibilidad técnica. Por otra parte, indicándose que la comunicación ha de remitirse sellada y suscrita, no hay ninguna razón que justifique que la expresión "en su caso" se refiere únicamente al segundo término, como sostiene la recurrente, y no a los dos unidos por la conjunción copulativa, por tanto la exigencia de sello y firma se produce siempre que la remisión se efectúe por telefax. A ello ha de añadirse que no se trata de la solicitud de un procedimiento administrativo a la que resulte de aplicación lo dispuesto en el art. 70 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, cuya infracción denuncia la actora.

La referencia a la responsabilidad del Notario se anuda al incumplimiento del deber de presentación telemática, dejando a salvo los casos en que se hubiera utilizado la vía de telefax por imposibilidad técnica o como consecuencia de la solicitud del interesado, y no es sino una manifestación concreta del régimen de responsabilidad del Notario en el ejercicio de su función, que se refleja en el art. 2 de la Ley del Notariado.



Recurso Nº: 63/2007

Finalmente, la regulación de los requisitos de la comunicación, que evidentemente han de guardar relación con los del asiento de presentación a que pretende dar lugar, no condiciona o sustituye la regulación que la Ley Hipotecaria contiene sobre el asiento de presentación, que ha de efectuarse conforme a las previsiones, establecidas en su art. 249.

Por todo ello la impugnación debe ser desestimada.

TRIGESIMOCTAVO.- Impugnación del artículo 250.

"4.0 El contenido literal, total o parcial, o en extracto, del asiento a que se refiera el testimonio, según proceda, pudiendo utilizarse cualquier procedimiento de reproducción".

"Los testimonios en extracto acreditan los extremos que en ellas se comprendan, a instancia del solicitante, debiendo el Notario indicar si en lo omitido existe algún elemento que pudiese afectar, modificar o alterar los efectos de los extremos certificados"

Se concreta la impugnación a los incisos señalados en negrita, por conexión con el párrafo primero del art. 237, que regula la copia parcial de la escritura pública, dando por reproducidos los argumentos allí expuestos.

En consecuencia ha de estarse a lo que ya señalamos al resolver dicha impugnación, que aun admitiendo la legitimación del Colegio recurrente, lleva a su desestimación.

TRIGESIMONOVENO.- Impugnación del párrafo segundo del artículo 252.

"Los documentos privados que deban ser obligatoriamente presentados ante la Administración Tributaria sólo podrán ser testimoniados cuando conste su presentación."

Se alega como motivo de impugnación que el precepto es ilegal por vulnerar los artículos 52 párrafo segundo del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y 32.3 de



Recurso Nº: 63/2007

la Ley 29/1986, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, como se puso de manifiesto en la impugnación del art. 215.

Las mismas razones expuestas al examinar la impugnación del art. 215, llevan a la desestimación de esta impugnación, debiendo reiterar que el precepto no es sino una manifestación de esa exigencia de regularidad tributaria en los documentos que se presentan ante las oficinas públicas y que se refleja en el art. 54 del citado Real Decreto Legislativo 1/1993 y el art. 33 de la referida Ley 29/1987, que allí se han transcrito.

CUADRAGESIMO.- Impugnación del párrafo primero del artículo 254.

Se alega la nulidad de la expresión "o parcialmente" por conexión con la impugnación efectuada del párrafo primero del art. 237 y del art. 250, dando por reproducidos los argumentos, lo que conduce a la desestimación de esta impugnación por las razones que llevaron la desestimación de aquellas.

CUADRAGESIMOPRIMERO.- Impugnación del artículo 258.

"Sólo podrán ser objeto de testimonios de legitimación de firmas los documentos y las certificaciones que hayan cumplido los requisitos establecidos por la legislación fiscal, siempre que estos documentos no sean de los comprendidos en el art. 1280 del Código Civil, o en cualquier otro precepto que exija la escritura pública como requisito de existencia o de eficacia. Queda a salvo lo dispuesto en el art. 207 de este Reglamento.

No podrán ser objeto de dichos testimonios la prestación unilateral de garantías, ni los contratos de carácter mercantil que el art. 144 de este Reglamento define como propios de las pólizas cuando exista pluralidad de partes con intereses contrapuestos."

La impugnación de este precepto comienza por señalar que, conforme a lo indicado respecto de los arts. 145 y 220, el precepto limita el derecho de las personas a utilizar libremente la forma pública o privada en sus relaciones jurídicas, sin que la intervención del Notario pueda denegarse por la forma que hayan utilizado; reitera que la exigencia de que se hayan cumplido los requisitos establecidos por la legislación fiscal resulta contraria a los artículos 52 párrafo segundo del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones



Recurso Nº: 63/2007

Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y 32.3 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, como se puso de manifiesto en la impugnación del art. 215 y 252 y vuelve a señalar que la obligatoriedad de escritura pública tratándose de inmuebles, es contraria al sistema de libertad de forma del art. 1278 del Código Civil en la forma que se interpreta por la jurisprudencia el art. 1280, y también en cuanto amplía dicha exigencia a supuestos en que la ley exige documento público como requisito de validez y eficacia, jurisprudencia que señala que no es obligatoria, admitiendo documento privado y dejando libertad a las partes para que lo eleven a documento público.

El precepto impugnado viene a sujetar los testimonios de legitimación de firmas al cumplimiento de los requisitos establecidos en la legislación fiscal, siempre que no sean los documentos que indica, referencia que no supone regulación o imposición de la forma que deben revestir tales documentos sino mera delimitación del alcance objetivo del precepto, es decir, documentos a que se refiere la exigencia del cumplimiento de los requisitos fiscales, por lo que ninguna virtualidad tienen las alegaciones que al respecto se formulan por la recurrente. Por lo demás el establecimiento de esa exigencia no vulnera los preceptos del Real Decreto Legislativo 1/1993 y la Ley 29/1987 que se invocan, por el contrario y como ya hemos señalado al resolver impugnaciones anteriores, encuentra amparo en las previsiones establecidas en los arts. 54 y 33, respectivamente, de tales normas, que regulan los efectos de la falta de presentación de tales documentos a la correspondiente liquidación tributaria.

Por todo ello la impugnación debe ser desestimada.

CUADRAGESIMOSEGUNDO.- Impugnación del artículo 261.

"1. El notario podrá legitimar las firmas electrónicas reconocidas puestas en los documentos en formato electrónico comprendidos en el ámbito del art. 258. Esta legitimación notarial tendrá el mismo valor que la que efectúe el Notario respecto de documentos en soporte papel. La legitimación notarial de firma electrónica queda sujeta a las siguientes reglas:

1ª El notario identificará al signatario y comprobará la vigencia del certificado reconocido en que se base la firma electrónica generada por un dispositivo seguro de creación de firma.



Recurso Nº: 63/2007

2ª El notario presenciará la firma por el signatario del archivo informático que contenga el documento.

3ª La legitimación se hará constar mediante diligencia en formato electrónico, extendido por el notario con firma electrónica reconocida.

2. La legitimación a que se refiere el apartado anterior se entenderá sin perjuicio de aquellos otros procedimientos de legitimación, distintos del notarial, previstos en la legislación vigente."

La recurrente considera que el precepto es contrario a la regulación establecida en la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, reproduciendo los arts. 1,3,5,6,11 y 12 de la misma y concluyendo que la firma electrónica identifica plenamente al firmante tras la actuación realizada por el prestador de servicios y es función de este garantizar la autenticidad del signatario y siendo ello así, la legitimación notarial de la firma electrónica equivale a exigir la nueva actuación de una entidad de certificación cuando ya ha actuado otra expidiendo el dispositivo seguro de creación de firma. Examina la disposición adicional primera de la citada Ley 59/2003 y deduce que su interpretación no puede ser otra que dejar a salvo las normas que establecían las funciones que desarrollaban hasta entonces los fedatarios públicos para dar fe de la firma manuscrita en documentos, teniendo en cuenta que ninguna norma permitía a los notarios legitimar la firma electrónica. Entiende que, en todo caso, si se pretende que dicha disposición ampare normas futuras de legitimación notarial, tal atribución debe realizarse por ley.

Se oponen a la impugnación las partes demandadas razonando que el precepto impugnado no es contrario a las previsiones de la Ley 59/2003, y que la regulación reglamentaria tiene su amparo en la Ley del Notariado, sin que la parte identifique infracción alguna del principio de jerarquía normativa.

Admitiendo la legitimación del Colegio recurrente, que se refiere a la inscripción de las cuentas anuales objeto de depósito en su escrito de 19 de octubre de 2007, la impugnación no puede prosperar.

Comenzando por el final del planteamiento de la recurrente, ha de señalarse que la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, desde su primer precepto (art. 1.2) pone de manifiesto que sus disposiciones no alteran las normas relativas a la celebración, formalización, validez y eficacia de los contratos y cualesquiera otros actos jurídicos ni las relativas a los



documentos en que unos y otros consten, y en relación con la fe pública y uso de firma electrónica, declara expresamente en la disposición adicional primera, que no sustituye ni modifica las normas que regulan las funciones que corresponden a los funcionarios que tengan legalmente la facultad de dar fe en los documentos en lo que se refiere al ámbito de sus competencias, con lo que se viene a indicar que la introducción de la firma electrónica, con la incidencia que pueda tener en la conformación de los documentos, no supone alteración del contenido de las funciones notariales, sin perjuicio de que se proyecten sobre esas nuevas modalidades de instrumentación, pues carecería de sentido tal previsión referida a las funciones realizadas por los fedatarios respecto de la firma manuscrita, como mantiene la recurrente, que no es objeto de regulación en dicha Ley.

Por otra parte, la legitimación de firmas no es sino un testimonio que acredita el hecho de que una firma ha sido puesta a presencia de Notario o el juicio de éste sobre su pertenencia a persona determinada (art. 256 RN), es decir, una de las formas de actuación notarial a las que se refiere el art. 17 de la Ley del Notariado.

Tampoco pueden acogerse las alegaciones que se refieren a la vulneración de la Ley 59/2003, de firma electrónica, en primer lugar, porque se limita a citar diversos preceptos y hacer una valoración conjunta de los mismos sin indicar qué concreta previsión legal resulta infringida o contradicha por el precepto impugnado y, en segundo lugar, porque lo que en definitiva viene a sostener es que, garantizada la autenticidad de la identidad del signatario por el prestador de servicios, la legitimación notarial equivale a exigir la nueva actuación de una entidad de certificación cuando ya ha actuado otra expidiendo el dispositivo seguro de creación de firma, como si se tratara de una doble legitimación, y lo cierto es que si bien en ambos casos se trata de garantizar la seguridad del tráfico jurídico con notables puntos de coincidencia, la función del prestador del servicio en garantía de la identidad del signatario se proyecta a través de los correspondientes certificados, que permiten la conformación y firma electrónica de los documentos en condiciones de control y seguridad que la Ley reguladora establece, mientras que la función de legitimación notarial supone la garantía de seguridad bajo la fe pública y se proyecta sobre el funcionamiento y materialización de tales instrumentos de actuación y firma electrónica, como se desprende del propio precepto impugnado, que se refiere a la identificación por el Notario del signatario y



Recurso Nº: 63/2007

vigencia del correspondiente certificado y su presencia en la firma por el signatario del archivo informático que contenga el documento. En todo caso, la concurrencia de ambas funciones de legitimación no se configura por la Ley como excluyente o sustitutiva, por el contrario y como hemos señalado antes, se dejan a salvo expresamente las funciones de dación de fe establecidas en la normativa específica, por lo que no se produce la infracción de la Ley 59/2003 que denuncia la recurrente.

Por todo ello la impugnación debe ser desestimada.

CUADRAGESIMOTERCERO.- Impugnación del párrafo primero del artículo 262.

"Para realizar testimonios o legitimaciones el notario deberá apreciar en los solicitantes interés legítimo en su pretensión. Igualmente deberá conocer el contenido de los documentos testimoniados a efectos de apreciar el interés legítimo y que dicho contenido no es contrario a las Leyes o al orden público. En caso contrario, o si no apreciare el interés legítimo, denegará fundadamente lo solicitado, resultando de aplicación lo previsto en el último párrafo del art. 145 de este Reglamento."

Se impugna este precepto por los mismos argumentos expuestos en relación con el art.145, señalando que es contrario a los arts. 1 y 2 de la Ley del Notariado, que vulnera la libertad de las personas, protegida por el principio de reserva de ley conforme al art. 53.1 CE, que es contradictorio con el segundo párrafo el art. 256, dando por reproducidas respecto del recurso que otorga el art. 262 las manifestaciones realizadas en relación con el art. 145.

Efectivamente y como en el caso del art. 145 el precepto impugnado, y modificando totalmente la redacción y contenido del art. 262 anterior, viene a establecer la denegación del testimonio o legitimación solicitada como una consecuencia del juicio negativo de legalidad efectuado por el Notario, en cuanto no aprecie interés legítimo o entienda que el contenido es contrario a las Leyes o al orden público, remitiendo de forma expresa para la revisión de la denegación al último párrafo del citado art. 145, por lo que la impugnación ha de estimarse al concurrir las mismas razones determinantes de la nulidad que allí se apreció y que debe trasladarse a este precepto.



Recurso Nº: 63/2007

CUADRAGESIMOCUARTO.- Impugnación de la letra c) del párrafo cuarto del artículo 264.

"c) Las legitimaciones de firmas electrónicas reconocidas en los documentos en formato electrónico, previstas en el art. 261 de este reglamento. En estos casos el notario dejará constancia de la identidad de los particulares cuyas firmas electrónicas reconocidas han sido legitimadas y, en su caso, la fecha de remisión del archivo informático a un registro público y los datos de presentación que sean remitidos por el registrador al notario amparados con su firma electrónica reconocida; cuando tales actuaciones se realicen en la fecha del testimonio se harán constar mediante asiento complementario, con numeración propia, relacionado con el principal."

La parte recurrente se limita a señalar que el precepto debe anularse por conexión con el art. 261 anteriormente impugnado, al cual se remite, de manera que debemos hacer otro tanto y, por las mismas razones allí expuestas, desestimar la impugnación.

CUADRAGESIMOQUINTO.- Impugnación del último inciso del párrafo primero del artículo 284.

"Los Notarios deberán remitir índices de los documentos protocolizados, intervenidos y demás asientos del Libro Registro a las Juntas Directivas, que los archivarán bajo su más estricta responsabilidad. Si no hubiera habido actividad durante el periodo de que se trate, el Notario enviará una certificación negativa. Tales índices se remitirán en soporte informático, mediante firma electrónica reconocida de los Notarios y a través de la red telemática que el Consejo General del Notariado tenga establecida conforme a lo dispuesto en el artículo 107 de la Ley 24/2001. **Estos índices tendrán la misma consideración, en cuanto a la información que contienen, que el protocolo, del que se considerarán parte**".

Entiende la recurrente que la consideración de los índices, en cuanto a la información que contienen, como protocolo del cual forman parte es contraria al art. 17 de la Ley del Notariado, sin que de la regulación de los índices informatizados que contiene el apartado 2 de dicho precepto se pueda deducir que formen parte del protocolo.



Recurso Nº: 63/2007

Los términos en que se plantea esta impugnación no guardan relación alguna con los intereses que representa el Colegio recurrente, que ni siquiera alude a ellos, limitándose a plantear la contradicción del precepto impugnado con la Ley del Notariado, sin efectuar ninguna conexión con la función registral, lo que no puede considerarse solventado con la genérica referencia en el escrito de 19 de octubre de 2007 a la legitimación reconocida en otro proceso, sin concretar en qué consista el interés representado y afectado en este proceso. Lo que lleva a apreciar la falta de legitimación del Colegio recurrente y determina la inadmisibilidad de esta impugnación.

CUADRAGESIMOSEXTO.- Impugnación de los párrafos primero y segundo del artículo 285.

"El Ministerio de Justicia determinará el contenido básico de los índices con independencia de su soporte, pudiendo delegar en el Consejo General del Notariado el desarrollo de tal contenido, así como la incorporación de nuevos datos que deban expresarse respecto de cada instrumento.

En cualquier caso, en los índices se expresará, respecto de cada instrumento, el número de orden, el lugar del otorgamiento, la fecha, el nombre y apellidos o denominación social de todos los otorgantes o requirentes y de los testigos cuando los hubiere y el domicilio de aquéllos; el objeto y la cuantía del documento y el número de folios que comprende y, en su caso, el nombre del notario autorizante que actúe por sustitución del titular del protocolo. También se expresarán en ellos los datos relativos a la sujeción del documento al turno de reparto, en su caso, y a las aportaciones corporativas."

Considera el Colegio recurrente que el precepto es ilegal en cuanto al concretar el contenido de los índices y permitir su futura determinación al Ministerio de Justicia no excluye a los testamentos y demás documentos a que se refiere el art. 34 de la Ley que se encuentran protegidos por el secreto del protocolo y que se inscriben en el Registro de Ultimas Voluntades con un contenido más limitado que el que prevé el art. 285.

Como en el caso anterior y por las mismas razones es de apreciar la falta de legitimación del Colegio recurrente, lo que lleva la inadmisibilidad de esta impugnación.



Recurso Nº: 63/2007

CUADRAGESIMOSEPTIMO.- Por todo lo expuesto procede estimar parcialmente el recurso en cuanto a la impugnación de los apartados del artículo primero del Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, y correspondientes artículos del Reglamento Notarial que se han indicado en los anteriores fundamentos de derecho, declarando su nulidad; declarar la inadmisión del recurso en cuanto a los artículos en que se ha apreciado falta de legitimación del Colegio recurrente y desestimarlos en todo lo demás; sin que haya lugar a hacer una expresa condena en costas al no apreciarse temeridad o mala fe en las partes.

FALLAMOS

PRIMERO.- Que estimando parcialmente el presente recurso 63/2007, interpuesto por la representación procesal del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España contra el Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, por el que se modifica el Reglamento de la organización y régimen del Notariado, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944, declaramos la nulidad de los siguientes apartados del artículo primero del citado Real Decreto 45/2007 y los artículos del Reglamento Notarial a que se refieren:

Setenta, por el que se modifica el artículo 145, en los siguientes extremos: "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:

1.º 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.

2.º Todos o alguno de los otorgantes carezcan de la capacidad legal necesaria para el otorgamiento que pretendan.

3.º 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



Recurso Nº: 63/2007

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.

4.º 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.

5.º 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.

6.º 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 intervenirlo 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 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



Recurso Nº: 63/2007

principio del mismo que lo efectúa como consecuencia de la resolución de la Dirección General a fin de salvar su responsabilidad".

Setenta y uno. Por el que se modifica el artículo 147, en los siguientes extremos: "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." y "siempre que su contenido no vulnere el ordenamiento jurídico".

Setenta y ocho, por el que se modifica el artículo 157, en el siguiente inciso: "y en su caso de sus manifestaciones."

Ochenta, por el que se modifica el artículo 159, en los siguientes extremos: "a todos los efectos legales", "brevemente" y "En las escrituras de capitulaciones matrimoniales el notario hará constar que las modificaciones del régimen económico matrimonial realizadas durante el matrimonio no perjudicarán en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros".

Ochenta y uno, por el que se modifica el artículo 161, en el inciso: "y la vecindad por el lugar de otorgamiento, salvo que manifieste el interesado otra cosa."

Ochenta y cuatro, por el que se modifica el artículo 164, en el siguiente apartado: "Si el otorgante actúa en representación voluntaria de otra persona física o jurídica, el notario, antes de la autorización del acto o negocio jurídico de que se trate consultará el Archivo de Revocación de Poderes o el que le sustituya del Consejo General del Notariado, a los efectos de comprobar que no consta la revocación salvo que, bajo su responsabilidad, no estime necesario realizar la consulta."

Ochenta y siete, por el que se modifica el último párrafo del artículo 168: "Cuando en la redacción de alguna escritura el notario tenga que calificar la legalidad de documentos otorgados en territorio extranjero, podrá exigir a su satisfacción que se le acredite la capacidad legal de los otorgantes y la observancia de las formas y solemnidades establecidas en el país de que se trate. En otro caso, el notario deberá denegar su función conforme al art. 145 de este Reglamento".

Noventa, por el que modifica el artículo 171: "En la descripción de los inmuebles, los notarios rectificarán los datos equivocados de acuerdo con lo que resulte de la certificación catastral descriptiva y gráfica que refleje su realidad material.

Al realizar la rectificación se consignarán con los datos nuevos los que aparezcan en el título para la debida identificación de la finca con los asientos



del Registro; y en los documentos posteriores sólo será preciso consignar la descripción actualizada, rectificándola de nuevo si fuere preciso."

Noventa y uno, por el que se modifica el artículo 175, en el siguiente extremo: "siempre que, además, haga constar la urgencia de la formalización de acto en la escritura que autorice y todo ello sin perjuicio de que el notario podrá denegar su actuación si no considera suficientemente justificada la urgencia alegada o si alberga dudas sobre la exactitud de la información que posee el adquirente".

Noventa y tres, por el que se modifica el artículo 178, en los siguientes extremos: "1.º La escritura o escrituras por las cuales se cancelen, rescindan, modifiquen, revoquen, anulen o queden sin efecto otras anteriores, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.219 del Código Civil.

2.º Las de cesión de derechos o subrogación de obligaciones." y "Tratándose de una escritura de revocación de poder el notario autorizante de la revocación comunicará telemáticamente la misma mediante el sistema de información Central del Consejo General del Notariado al Archivo de Revocación de Poderes del Consejo General del Notariado. Dicha comunicación deberá efectuarse en el mismo día o hábil siguiente al de autorización de dicha escritura. Asimismo, el notario comunicará telemáticamente y a través del mismo sistema de información al Consejo General y para dicho Archivo cualquier supuesto de extinción de poderes que le conste fehacientemente".

Noventa y cuatro, por el que se modifica el artículo 179, en el siguiente inciso final del párrafo segundo:

"No se admitirán en ningún Registro u oficina dichas particiones si no aparecen otorgadas precisamente en escritura pública, y en ésta no consta el cumplimiento de lo dispuesto anteriormente".

Ciento uno, por el que se modifica el artículo 197, en su párrafo quinto que dice: "En lo relativo a la consulta al Archivo de Revocación de Poderes se estará a lo dispuesto en el artículo 164 del presente Reglamento".

Ciento dos, por el se añade un nuevo artículo 197 bis, en su párrafo segundo: "No obstante, en los contratos realizados por representantes de entidades financieras, en lo que atañe exclusivamente a los otorgamientos por dichas entidades de operaciones propias de su tráfico ordinario referidas en el párrafo tercero del artículo 144 de este Reglamento, bastará con que el notario, si no concurren personalmente, se asegure, previamente a la intervención, de la legitimidad de las firmas, y de la suficiencia de los poderes



Recurso Nº: 63/2007

de tales representantes, dejando constancia en la póliza de estas circunstancias".

Ciento tres, por el que se añade un nuevo artículo 197 ter, en su párrafo tercero: "Entre la fecha del primer otorgamiento y la del último, no podrá mediar nunca un plazo superior a dos meses. Transcurrido dicho plazo sin concurrir las circunstancias precisas para formalizar e intervenir la operación, no podrá el notario intervenirla, debiendo en su caso, volverse a otorgar y firmar por los interesados un nuevo documento".

Ciento Cuatro, por el que se añade un nuevo artículo 197 quater, en los siguientes incisos: "el control de legalidad por el notario", "Será de aplicación lo previsto en el segundo párrafo del artículo 164 de este Reglamento.", "o juicio de legitimidad de la misma tratándose de representantes de entidades financieras, cuando legalmente se halle permitido.

Si fuera requerida la actuación de un notario y éste se negara motivadamente a intervenir, los interesados si consideran injustificada la negativa, podrán ponerlo en conocimiento de la Dirección General de los Registros y del Notariado, la cual, oído el notario, resolverá en el plazo de quince días. La resolución será susceptible de recurso de alzada ante el Ministro de Justicia".

Ciento ocho, por el que se modifica el artículo 198, en los incisos del número 1º y el número 6º del apartado 1: "a los efectos de su control de legalidad."

"6.º En todo caso y cualquiera que sea el tipo de acta, el notario deberá comprobar que el contenido de la misma y de los documentos a que haga referencia, con independencia del soporte utilizado, no es contrario a la ley o al orden público".

Ciento dieciséis, por el que se modifica el artículo 203, en su inciso: "o persona con quien se haya entendido la diligencia".

Ciento diecisiete, por el que se modifica el artículo 204, en su párrafo: "A estos efectos no se considerarán días laborables los sábados".

Ciento veintidós, en cuanto al último párrafo del artículo 209: "Por acta de notoriedad podrán legitimarse hechos y situaciones de todo orden, cuya justificación, sin oposición de parte interesada, pueda realizarse por medio de cualquier otro procedimiento no litigioso. La declaración que ponga fin al acta de notoriedad será firme y eficaz, por sí sola, e inscribible donde corresponda, sin ningún trámite o aprobación posterior."

Ciento veinticuatro, por el que se modifica el artículo 210, en su totalidad.



Recurso Nº: 63/2007

Ciento treinta y cuatro, por el que se modifica el artículo 220, en su totalidad.

Ciento treinta y ocho, por el que se modifica el artículo 224, en el párrafo tercero y los siguientes incisos del párrafo octavo del apartado 4:

"Las copias autorizadas electrónicas una vez expedidas tendrán un plazo de validez de sesenta días a contar desde la fecha de su expedición. Transcurrido este plazo podrá expedirse nueva copia electrónica con igual finalidad que la caducada. La expedición de esta nueva copia autorizada electrónica con idéntico destinatario y finalidad no devengará arancel alguno"; "dentro de su plazo de vigencia,;" "Al pie del traslado a papel, dichos funcionarios deberán indicar su nombre y apellidos, cargo, fecha del traslado, número de folios que lo integran y su limitado efecto a la citada incorporación al expediente o archivo".

Ciento sesenta y seis, por el que se modifica el artículo 262, en su párrafo primero: "Para realizar testimonios o legitimaciones el notario deberá apreciar en los solicitantes interés legítimo en su pretensión. Igualmente deberá conocer el contenido de los documentos testimoniados a efectos de apreciar el interés legítimo y que dicho contenido no es contrario a las Leyes o al orden público. En caso contrario, o si no apreciare el interés legítimo, denegará fundadamente lo solicitado, resultando de aplicación lo previsto en el último párrafo del artículo 145 de este Reglamento".

La Disposición adicional única, y la Disposición final primera.

SEGUNDO.- Que debemos declarar y declaramos la inadmisibilidad del recurso en cuanto a las impugnaciones que se refieren a los siguientes apartados del artículo primero del Real Decreto 45/2007 y artículos del Reglamento Notarial:

Veintitrés, artículo 61; Noventa y nueve, artículo 196; Ciento diez, artículo 199; Ciento treinta y uno, artículo 218; Ciento treinta y dos, artículo 219; Ciento treinta y siete, artículo 222; Ciento ochenta y tres, artículo 284; y Ciento ochenta y cuatro, artículo 285.

TERCERO.- Que debemos desestimar y desestimamos el recurso en todo lo demás.

CUARTO.- No hacemos una expresa condena en costas.



Recurso Nº: 63/2007

Así por esta nuestra sentencia, firme, cuya parte dispositiva se publicará junto con los preceptos anulados en el Boletín Oficial del Estado y que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



Recurso Nº: 63/2007

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

VOTO PARTICULAR

FECHA: 20/05/2008

VOTO PARTICULAR que formula, al amparo de lo dispuesto en el artículo 260.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el Magistrado Excmo. Sr. Don Agustín Puente Prieto, y al que se adhiere, en cuanto al artículo 203 del Reglamento Notarial, el Magistrado Excmo. Sr. Don Luís María Díez-Picazo Giménez, en relación con la Sentencia de la Sala de fecha 20 de mayo de 2.008, recaída en el recurso número 63/2.007.

PRIMERO.- Mi discrepancia con el contenido de la sentencia hace referencia, exclusivamente, a dos de los preceptos anulados por la sentencia recurrida. Concretamente, me refiero al párrafo quinto del artículo 159, en lo que se refiere a la supresión del término <<brevemente>> de dicho texto, así como al artículo 203 en los términos que luego se expresarán.

En lo que hace al primero, el expresado párrafo del artículo 159 del Reglamento recurrido, que se refiere a la expresión en el documento notarial de las circunstancias relativas al estado de los comparecientes y, en concreto, a su régimen económico matrimonial, indica que <<Se expresará, en todo caso, el régimen económico de los casados no separados judicialmente. Si fuere el legal bastará la declaración del otorgante. Si fuese el establecido en capitulaciones matrimoniales será suficiente, a todos los efectos legales, que se le acredite al notario su otorgamiento



Recurso Nº: 63/2007

en forma auténtica. El notario identificará la escritura de capitulaciones y, en su caso, su constancia registral, y testimoniará, brevemente, el régimen acreditado, salvo que fuere alguno de los regulados en la ley, en que bastará con hacer constar cuál de ellos es>>.

La sentencia de la que, con todo respeto para mis compañeros, discrepo, hace constar que cuando el régimen económico matrimonial no es el legal es preciso el conocimiento de las mismas para que pueda llegarse a su adecuada identificación y valoración de su alcance en semejantes condiciones a las que proporciona la sola indicación de un determinado régimen legal, lo que pone en cuestión un testimonio breve que impide llevar a cabo tal valoración en condiciones adecuadas por el funcionario que corresponda. En consecuencia la Sala entiende que el término "brevemente" debe anularse, estimándose en este aspecto la impugnación.

Considero que el criterio de la Sala conduce a la necesidad de testimoniar, en todo caso, en el documento notarial las capitulaciones matrimoniales en su integridad cuando éstas no se acomodan al régimen de alguno de los sistemas establecidos en el ordenamiento jurídico; y ello supone una exigencia innecesaria e improcedente, con un coste añadido para todo compareciente que, cualquiera que sea el alcance y contenido del documento notarial en que intervenga, deberá acompañar para su testimonio la escritura de capitulaciones matrimoniales, lo que a mi juicio resulta improcedente, ya que la adecuada valoración del régimen económico se facilita, según el texto del artículo 159 del Reglamento Notarial, por la exigencia que el precepto impone al notario de la identificación de la escritura de capitulaciones y de su constancia registral, facilitándose así, en todo caso, que el Registrador pueda tener íntegro conocimiento de la escritura de capitulaciones resultando, en consecuencia, innecesario el testimonio íntegro de la misma en el nuevo documento notarial.



Recurso Nº: 63/2007

Por otro lado, ha de tenerse en cuenta que de las capitulaciones matrimoniales y de los pactos, resoluciones judiciales y demás hechos que modifiquen el régimen económico del matrimonio, en cuanto afecten a inmuebles, como dispone el artículo 1.333 del Código Civil ha de tomarse razón en el Registro de la Propiedad en la forma y a los efectos previstos en la Ley Hipotecaria, de donde se infiere que la sola mención de la escritura de capitulaciones en el documento notarial, unida además a la concreción de su constancia registral, como exige el precepto al que nos venimos refiriendo, es suficiente para que el Registrador lleve a cabo la valoración a que la sentencia se refiere.

SEGUNDO.- El artículo 203 del Reglamento Notarial anulado dispone que <<Cuando el interesado, su representante o persona con quien se haya entendido la diligencia se negare a recoger la cédula o prestase resistencia activa o pasiva a su recepción, se hará constar así, y se tendrá por realizada la notificación. Igualmente se hará constar cualquier circunstancia que haga imposible al notario la entrega de la cédula; en este caso se procederá en la forma prevista en el párrafo sexto del artículo>>.

La Sala entiende que el precepto que dejamos transcrito regula aspectos de un procedimiento administrativo, y ello por la sola consideración de que se produce la notificación con intervención de notario en su condición de funcionario público.

Ha de precisarse, ante todo, que en el artículo 203 se expresa la eficacia de la notificación referida a las actas de notificación y de requerimiento que regula el artículo 202; mas en aquella norma no se regula la forma de practicar la notificación y requerimiento, lo que se hace en el artículo 202. El texto del citado artículo literalmente dispone lo siguiente:
<<Las actas de notificación tienen por objeto transmitir a una persona una información o una decisión del que solicita la



intervención notarial, y las de requerimiento, además, intimar al requerido para que adopte una determinada conducta.

El notario, discrecionalmente, y siempre que de una norma legal no resulte lo contrario, podrá efectuar las notificaciones y los requerimientos enviando al destinatario la cédula, copia o carta por correo certificado con aviso de recibo.

Siempre que no se utilice el procedimiento a que hace referencia el párrafo anterior, el notario se personará en el domicilio o lugar en que la notificación o el requerimiento deban practicarse, según la designación efectuada por el requirente, dando a conocer su condición de notario y el objeto de su presencia. De no hallarse presente el requerido, podrá hacerse cargo de la cédula cualquier persona que se encuentre en el lugar designado y haga constar su identidad. Si nadie se hiciere cargo de la notificación, se hará constar esta circunstancia. Cuando el edificio tenga portero podrá entenderse la diligencia con el mismo.

La diligencia se cumplimentará mediante entrega de cédula que, suscrita por el notario con media firma al menos, contendrá el texto literal de la notificación o el requerimiento y expresará el derecho de contestación del destinatario y su plazo, conforme al art. 204. Si la diligencia se entendiera con persona distinta de éste, la cédula deberá entregarse en sobre cerrado en el que se hará constar la identidad del notario y el domicilio de la Notaría. El notario advertirá, en todo caso, al receptor de la obligación de hacer llegar a poder del destinatario el documento que le entrega, consignando en la diligencia este hecho, la advertencia y la respuesta que recibiere.

La cédula podrá ir extendida en papel común y no será necesario dejar en la matriz nota de su expedición; bastará indicar el carácter con que se expide y la fecha de su entrega. El notario siempre que no pueda hacer entrega de la cédula deberá enviar la misma por correo certificado con acuse de recibo, tal y como establece el Real Decreto 1829/1999, de 3 de diciembre, o por cualquier otro procedimiento que permita dejar constancia fehaciente de la entrega.



Recurso Nº: 63/2007

La diligencia podrá practicarse en cualquier lugar distinto del designado, siempre que el destinatario se preste a ello y sea identificado por el notario.

Si se hubiere conseguido cumplimentar el acta, se hará constar así, la manera en que se haya producido la notificación y la identidad de la persona con la que se haya entendido la diligencia; si ésta se negare a manifestar su identidad o su relación con el destinatario o a hacerse cargo de la cédula, se hará igualmente constar. Si se hubiere utilizado el correo, o cualquier otro medio de envío de los previstos en este artículo, se consignarán sucesivamente las diligencias correspondientes.

La notificación o el requerimiento quedarán igualmente cumplimentados y se tendrán por hechos en cualquiera de las formas expresadas en este artículo.>>

La sentencia, incurre en el error, en mi opinión, de considerar que en el artículo 203 impugnado se regula un procedimiento administrativo por el mero hecho de que en la notificación intervenga el notario en su condición de funcionario público.

Porque el procedimiento, que, efectivamente, está afectado por el principio de reserva de ley, como se deduce del artículo 105.c) de la Constitución, como lo es igualmente el proceso judicial según se infiere del artículo 117 de la Constitución, es algo muy distinto de lo que regula, no ya el artículo 203, sino el 202 del Reglamento Notarial. Efectivamente, el procedimiento administrativo a que se refiere el artículo 105.c) de la Constitución no supone sino la regulación de los actos y trámites sucesivos establecidos por la ley en garantía del acierto y legalidad de la decisión administrativa plasmada en un acto con eficacia jurídica frente al administrado; por el contrario, en el acta de notificación y de requerimiento de los artículos 202 y 203 del Reglamento Notarial tan sólo se recoge la actuación, sí, de un funcionario público, el notario, pero que no adopta en modo alguno decisión alguna sino que se limita a transmitir a una persona, a requerimiento de otra, una información o una



Recurso Nº: 63/2007

decisión del que solicita la intervención notarial limitándose las de requerimiento, además, a intimar al requerido para que adopte una determinada conducta. De ello se infiere que nada hay aquí de producción de un acto administrativo, que es el supuesto que contempla el artículo 105.c) de la Constitución, sino la mera actuación rogada del funcionario público para que, con la fe pública de que está dotada su actuación, acredite la realidad de una notificación o un requerimiento y, en definitiva, de que lo solicitado por un tercero sea cumplimentado en términos legales.

Por si no fuera suficiente lo anterior, nada contiene el artículo 203 que permita vincularlo a trámite o procedimiento alguno en su contenido puesto que, simplemente, en él se expresa que se tendrá por realizada la notificación cuando el interesado, su representante o persona con quien se haya entendido la diligencia se negare a recoger la cédula o prestase resistencia activa o pasiva a su recepción, disponiendo que el notario lo hará constar así y se tendrá por realizada la notificación.

Y es que, efectivamente, la eficacia incluso de la notificación resulta de lo dispuesto en el párrafo último del artículo 202, no impugnado; en él, después de recoger la necesidad de que en el acta se exprese la manera en que la notificación o el requerimiento se haya realizado, indica que si la persona con la que se viene entendiendo la diligencia se negara a dar su nombre, indicar su relación con el destinatario o hacerse cargo de la cédula, copia o carta, se hará constar así y si se hubiese utilizado el correo se consignarán sucesivamente las diligencias correspondientes, precisando el último párrafo del artículo 202 que en cualquiera de las formas expresadas en este artículo quedarán igualmente cumplimentadas y se tendrán por hechas la notificación o el requerimiento, precepto que luego se reitera en el artículo 203 para el concreto supuesto de negativa a la recepción de la notificación o cédula. De lo que resulta que nada añade el artículo 203 a lo que, con carácter



general, proclama el párrafo último del artículo 202 del Reglamento Hipotecario que no ha sido objeto de impugnación.

Por último y en cuanto a la diferenciación y supuesta contradicción con lo dispuesto en el artículo 59 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común que, en opinión mayoritaria de la Sala, contiene una actuación distinta de la establecida para las actas de notificación y requerimiento notarial, en cuanto que solamente permite entenderse la notificación con el interesado o su representante, ha de advertirse que en el párrafo dos del artículo 202, no impugnado, se preve que la notificación se entienda con el destinatario en su domicilio y, en el caso de no hallarse el destinatario, la diligencia habrá de entenderse con cualquier persona que se encuentre en el lugar designado y haga constar su identidad, y sólo si nadie se hiciese cargo de la notificación, se hará constar esta circunstancia, añadiendo que cuando el edificio tenga portero podrá entenderse la diligencia con el mismo.

Por su parte, el artículo 59 de la Ley 30/92 en su apartado 2 párrafo 2º preve que cuando la notificación se practique en el domicilio del interesado, de no hallarse presente éste en el momento de entregarse la notificación, podrá hacerse cargo de la misma cualquier persona que se encuentre en el domicilio y haga constar su identidad. Resulta, pues, incierto que el mencionado precepto exija practicar la notificación solamente al interesado o a su representante puesto que, expresamente, preve la práctica de la misma con cualquier persona que se encuentre en el domicilio y haga constar su identidad.

Adviértase, además, que el notario habrá de expresar, en todo caso, conforme al párrafo cuatro del artículo 202 la obligación de aquél que reciba la cédula de hacer llegar a poder del destinatario el documento que le entrega,



Recurso Nº: 63/2007

consignando en la diligencia este hecho, la advertencia y la respuesta que recibiere, y que, en el supuesto de que no se pueda hacer entrega de la cédula, deberá enviarse la misma por correo certificado con acuse de recibo, añadiéndose, en definitiva, garantías superiores a las expresadas en el artículo 59 de la Ley 30/1.992. Razones todas ellas que justifican la improcedencia de la estimación del recurso y consiguiente declaración de nulidad del contenido del artículo 203 del Reglamento impugnado.

Dado en Madrid, en la misma fecha de la sentencia de la que se discrepa.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia juntamente con el voto particular por el Magistrado ponente Excmo. Sr. D. Octavio Juan Herrero Pina, estando constituida la Sala en Audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.