

EL NOTARIADO PORTUGUÉS: UNA REALIDAD DENTRO DEL NOTARIADO EUROPEO

Francisco Javier García Más. Notario. Letrado adscrito a la Dirección General de los Registros y del Notariado.

SUMARIO.

I. Introducción.

II.- El notariado Portugués en la Unión Europea. Sistemas notariales.

III.- La conceptualización de la seguridad jurídica preventiva.

IV. El notariado Portugués en el Notariado Europeo: Otros aspectos del documento público notarial.

V.- El notario como oficial público. El artículo 45 del Tratado. La condición de nacionalidad. El informe Monti: justificación a las reglas restrictivas de la compete.

VI.- Perspectiva de futuro para el Notariado Portugués.

I. Introducción.

El objeto del presente trabajo es el intentar analizar la situación del Notariado Portugués en el espacio de la Unión Europea y como consecuencia de ello su incardinación en el notariado europeo y el papel que de hecho juega y puede jugar en el futuro en las organizaciones de

carácter supranacional del notariado, así como el futuro en un marco sujeto a continuas modificaciones producto de las relaciones económicas que cada vez adquieren un tinte de mayor globalización.

El Notariado Portugués no se encuentra aislado y separado en una urna de cristal, sino que se desarrolla tanto desde el punto de vista interno como desde el punto de vista internacional.

Instituciones y organizaciones internacionales como la UIN (Unión Internacional del Notariado, anteriormente denominada Unión Internacional del Notariado Latino.UINL.) y la CNUE (Consejo Permanente de los Notariados de la Unión Europea) son una prueba de ello.

Además el Notariado Portugués se encuentra inmerso dentro de un marco superior de carácter inmediato como es la Unión Europea. Los estados miembros de la UE comparten soberanía en muchos campos, y la normativa que se dicta desde Bruselas tiene una influencia directa en cada uno de los estados, no siendo en este caso el notariado una excepción a esta influencia.

Es por ello que la actividad del notariado español en el campo internacional cobra cada vez mayor importancia, ya que debe acercarse a los centros del poder europeo teniendo que desplegar una actividad intensa en el seguimiento de toda la normativa que le pueda afectar directa o indirectamente. Pero esa actividad no se debe realizar en solitario, sino acompañado por unos viajeros que tengan las mismas preocupaciones en el campo de la función notarial, y en este caso es a través de la CNUE donde se despliega esa actividad.

Si hiciéramos un repaso a la última normativa que se está preparando en distintas materias podríamos constatar la importancia de estas en la función notarial. La normativa de servicios, la de cualificaciones profesionales, el conjunto de medidas relativas al derecho de la competencia, el título ejecutivo europeo, las medidas en materia de derecho societario, la de los contratos, mediación y arbitraje, y un largo etcétera, plantean continuos retos al notariado europeo que debe ir

adaptándose a las nuevas circunstancias, intentando mantener sus principios básicos.

II.- El notariado Portugués en la Unión Europea. Sistemas notariales.

Cuando muchas veces se hace referencia al notariado europeo, la expresión puede dar lugar a muchas preguntas, y entre otras las siguientes: ¿existe un único sistema notarial en toda Europa?, ¿existen notarios en el conjunto de la Unión Europea?, y por último, quizás la más importante ¿dentro de un mismo sistema notarial hay un hilo conductor común y unas bases mínimas que regulan la profesión?

El Notariado Portugués es consecuencia del sistema jurídico denominado de derecho civil o latino-romano-germánico, frente al denominado sistema jurídico del Common-Law.

No es este el momento para hacer un análisis en profundidad de los dos sistemas pero sí indicar que en el sistema de derecho civil la norma jurídica es la fuente de derecho, y que dentro del sistema documental aparece el documento público como expresión de la intervención de determinadas personas a las que la ley les confiere una autoridad para poder autorizar documentos públicos. Por el contrario en el sistema del Common-Law, es la actividad de los Tribunales a través de sus sentencias y del precedente, las que determinan la esencia de la fuente del derecho, junto con la no existencia del documento público, con las consecuencias que de ello se derivan.

En la Unión Europea de los 27 países miembros 21 de ellos podríamos decir están incardinados en el sistema de derecho civil, y el resto en otros sistemas alejados en cuanto a su origen y concepción del mundo jurídico. En este sentido, países como Reino Unido e Irlanda participan del sistema del Common-Law, y de otra parte los denominados sistemas escandinavos que están más cerca del sistema del Common-Law que del sistema latino. Como consecuencia de ello, en estos últimos países no existe la figura del notario como la entendemos en España o en Portugal, y en otros muchos países tanto en lo referente a la función que

desempeña, como al acceso a la profesión y sobre todo por el carácter de su actuación.

El Notariado Portugués pertenece al Notariado Latino que se caracteriza porque el notario es un oficial público que actúa por delegación de la soberanía del estado en el ejercicio de la función pública. La expresión de esa actividad tiene su culminación en la autorización de documentos públicos notariales, que como tales documentos públicos el estado les dota de unos especiales efectos legitimadores, probatorios y ejecutivos.

La ley 49/2003, de 22 de agosto, del Parlamento Portugués, concede la autorización legislativa, para el desarrollo correspondiente a los efectos de la modernización del notariado portugués como notariado de tipo latino-germánico.

Este desarrollo normativo ha tenido lugar fundamentalmente a través de las siguientes disposiciones: el Estatuto del Notariado, aprobado por Decreto-Ley 26/2004, de 4 de febrero, con entrada en vigor el 10 de febrero.

El Estatuto de la Orden de los Notarios, aprobado por Decreto-Ley 27/2004, de 4 de febrero.

Así mismo la denominada **Tabela de Precios**, que fija las tarifas o aranceles aprobada por la **Portaria Número 385/2004, de 16 de abril**.

En cuanto a un breve análisis de estos textos indicaremos lo siguiente.

El Estatuto de los Notarios, es la norma básica de desarrollo, que puede ser considerada como el Reglamento Notarial.

En la Exposición de Motivos se dice de manera clara que: **“El Notariado constituye uno de los elementos integrantes del sistema de justicia que configura y da soporte al funcionamiento de una economía de mercado, en cuanto instrumento al servicio de la**

seguridad y de la certeza de las relaciones jurídicas... con esta reforma la actividad notarial gana mayor relevancia, delegación de la fe pública, consultor imparcial e independiente de las partes y ejerciendo una función preventiva de litigios...”

En cuanto a la naturaleza de la función notarial y del notario, el artículo 1º en sus párrafos 2 y 3, no deja lugar a dudas al establecer que: **“el notario es simultáneamente un oficial público** que confiere autenticidad a los documentos... y un profesional liberal que actúa de forma independiente, imparcial, y por la libre elección de los interesados. **La naturaleza pública y privada de la función notarial es inescindible”**.

En el recorrido del articulado del Estatuto, aparecen una serie de principios esenciales como los del **número clausus, la competencia territorial, el principio de independencia, de imparcialidad, de libre elección, de exclusividad, y el muy fundamental principio de legalidad o control de legalidad** regulado en el artículo once de manera clara y rotunda.

Posteriormente se regulan los requisitos de acceso a la función notarial, en el artículo 25, donde no aparece recogido la necesidad de poseer la nacionalidad portuguesa para poder tener acceso a la profesión notarial en Portugal.

Se regula también el régimen de concurso de pruebas, de la atribución del título de notario.

Una cuestión importante contenida en el artículo 106, es el régimen transitorio para pasar del antiguo notariado al nuevo notariado. Se prevé que en el plazo de dos años los antiguos notarios opten por pasar al nuevo régimen, o bien integrarse como funcionarios en la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Por último se configura un nuevo mapa notarial en el anexo, con 543 licencias para todo el país, distribuyéndolas en determinadas regiones, y en mi opinión de una manera bien articulada, en relación con las necesidades del sistema notarial.

Todo lo indicado anteriormente expresa con meridiana claridad los principios más esenciales del Notariado de tipo Latino- Germánico-Continental o de derecho civil.

Este notariado al que hacemos referencia, redacta y autoriza el documento público, realiza el control de legalidad del contenido del mismo, asesorando a las partes, realizando la función de identificación, de capacidad, de la legitimación y representación de estas. Estas características conforman toda una serie de actuaciones que desembocan en una misma finalidad, el ejercicio de una función pública que es patrimonio del Estado y que éste delega.

En los otros sistemas jurídicos, el notario no existe, y cuando existe lo es a los meros efectos de realizar una actividad de legitimación de firmas, pero nunca en el control de legalidad del contenido del documento, por lo que podemos decir que en nuestra opinión, no existe tal sistema notarial o institución notarial.

En la Declaración de Buenos Aires de 8 de octubre de 1948 existe una definición que determina este carácter que hemos indicado anteriormente de la función notarial, en el sentido que *“el notario latino es el profesional del derecho encargado de una función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin y confiriéndoles autenticidad, conservar los originales de éstos y expedir copias que den fe de su contenido”*.

En este sentido también hay que tener en cuenta el acuerdo de la CNUE de 23 de marzo de 1990 conocido por Declaración de Madrid, donde se establece entre otros apartados que *“el notario es un oficial público que tiene una delegación de la autoridad del Estado para dar a los*

documentos que redacta y de los cuales es el autor, el carácter de autenticidad que confiere a dichos documentos, cuya conservación asegura, la fuerza probatoria y la fuerza ejecutiva”.

Otra de las características del denominado notariado latino es que el notario es un profesional del derecho, cuestión ésta inescindible a la de su carácter de oficial o funcionario público, condiciones ambas que no pueden separarse y que en el Reglamento Notarial Español de 1944 se expone con claridad cuando establece en su artículo 1º que *“Los Notarios son a la vez profesionales del derecho y funcionarios públicos, correspondiendo a este doble carácter la organización del notariado. Como profesionales del derecho tienen la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquellos se proponen alcanzar. 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 a las declaraciones de voluntad de las partes en el instrumento público redactado conforme a las leyes”.*

En la Declaración de Madrid ya citada, se dice que el notario ejerce su función en el marco de una profesión liberal que abarca todas las actividades jurídicas no contenciosas.

Estas características que hemos expuesto sobre la función notarial, de tipo latino son en principio esenciales para hablar de este sistema notarial, y en principio deberían ser los requisitos mínimos exigibles para poder incardinar al notariado en este sistema.

En la UIN (antes UINL) confluyen más de 70 notariados de diferentes países, todos bajo el marchamo del notariado latino. No obstante es muy difícil hablar de una uniformidad debido a las diferencias culturales, sociales, incluso jurídicas en determinadas materias. A pesar de ello existe un hilo conductor, y unas bases mínimas en todos estos notariados. Curiosamente desde hace pocos años China y en concreto los notarios de Shangai pertenecen a la UIN, e incluso los denominados

notarios de Londres, con un status especial en el momento en que ingresaron, que ha ido evolucionando en su país de manera clara, ya que antes estos notarios de Londres, nombrados por el Arzobispo de Canterbury, tenían facultades para autorizar documentos a los efectos de su validez en el extranjero, con la apariencia y formalidades de los documentos públicos de los notarios latinos.

Con ello quiero indicar la dificultad de poder hacer un denominador común en los notariados miembros de la UIN, aunque formalmente participan de los dos elementos o requisitos ya citados.

La Unión Europea tuvo ocasión de expresarse a través de la Resolución del Parlamento Europeo de 18 de enero de 1994 sobre la situación y la organización del notariado en los 12 estados miembros de la Comunidad. En esta Resolución, se intenta definir las características de la actividad del notario, y en concreto del notariado de tipo latino, aunque no lo cita como tal. En este sentido se indica en la resolución: *“que la actividad del notario se caracteriza por una delegación parcial de la soberanía del Estado, que garantiza el servicio público de la elaboración de contratos y la legalidad y autenticidad y fuerza ejecutoria y probatoria de éstos, así como el asesoramiento previo e imparcial prestado a las partes interesadas...”*. En otro apartado de la resolución se vuelve a incidir sobre esta cuestión al decir que la profesión de notario... *“se caracteriza en lo fundamental por una serie de elementos prácticamente comunes, que pueden resumirse de la siguiente forma: delegación parcial de la soberanía del estado para asegurar el servicio público de la autenticidad de los contratos y de las pruebas; actividad independiente que se ejerce en el marco de un cargo público, bajo la forma de una profesión liberal... pero sometida al control del estado... en lo que se refiere a la observancia de las normas referentes al documento notarial, a la reglamentación de las tarifas en interés de los clientes, al acceso a la profesión, o a la organización de la misma”*.

La reciente Resolución del Parlamento Europeo de marzo de 2006 sobre las profesiones jurídicas y el interés general en el funcionamiento

de los sistemas jurídicos define de manera nítida las características de este Notariado Latino o de derecho civil. Se trata de un documento de gran valor ya que ha sabido plasmar en un texto de la Unión Europea, las bases y esencias de este tipo de Notariado. En este sentido se establece en la citada Resolución: “.....Considerando que los notarios son designados por las autoridades de los Estados miembros como funcionarios públicos entre cuyas funciones se cuentan las de redactar documentos oficiales con especial valor probatorio y de inmediata aplicabilidad, Considerando que los notarios desempeñan una amplia labor de investigación y examen, en nombre del Estado, en materias relativas a la protección jurídica no judicial, particularmente las relacionadas con el Derecho de sociedades — competencia comunitaria en algunos casos—, y que, como parte de esta labor están sometidos a una supervisión disciplinaria, por parte del Estados miembro correspondiente, equiparable a la que se aplica a los jueces y funcionarios, K. Considerando que la delegación de una parte de la autoridad por parte del Estado constituye un elemento original inherente a la profesión de notario, y considerando que esta autoridad se ejerce en la actualidad de manera regular y supone la mayor parte de la actividad de un notario,.... Asimismo enuncia una aseveración esencial cara al notariado que siempre hemos defendido al indicar que:”...17.

Entiende que el artículo 45 del Tratado es de aplicación plena a la profesión de notario como tal;...”

Las características de este Notariado de tipo Latino o de Derecho Civil, no cabe la menor duda que tienen una aproximación más clara en los notariados pertenecientes a la Unión Europea, y más en concreto a los de la CNUE, que en la actualidad, y por las ampliaciones comunitarias, son 21 los notariados de la Unión Europea, que pertenecen a la CNUE.

Es decir, una mayoría de notariados del tipo latino, en donde, junto a los países tradicionales como España, Francia, Alemania, Italia, etc., se han ido incorporado otros como Hungría, Polonia, Lituania, Letonia, Chequia, Eslovaquia, Eslovenia, hasta incluso Malta.

Hay que hacer constar que se trata de notariados muy jóvenes, pues no debemos olvidar que la mayoría de ellos provienen de los antiguos países del Este, donde el notariado estaba totalmente estatalizado, y donde la propiedad privada no existía como tal. No obstante debo reconocer que al empezar el contacto con estos nuevos notariados he constatado un ánimo de lucha muy importante, y el querer desarrollar y ampliar la función notarial, teniendo muchos problemas, por presiones sobre todo de otras profesiones jurídicas que intentan diluir en algunos campos la función del notariado latino. Debo decir que en el campo de las nuevas tecnologías me ha sorprendido muy gratamente el esfuerzo de adaptación a las mismas por estos nuevos notariados, y baste como ejemplo el notariado checo que desde hace años participa activamente en lo que podríamos denominar registro de bienes muebles y garantías, donde la gestión control y aportación de datos son llevadas por el notariado

Podemos decir que existen ciertamente unas características comunes, de carácter fundamental en los notariados pertenecientes a la CNUE. En este sentido y siguiendo a Gómez-Martínho¹ podemos indicar los siguientes:

1º La concepción del notario como un oficial o funcionario público que ejerce su actividad bajo forma de una profesión liberal.

2º La consideración de la función notarial como una función unitaria integrada por una actividad privada junto a una actividad pública.

3º La atribución al documento notarial del carácter auténtico o público, con unos efectos probatorios y ejecutivos.

4º La extensión de la actividad del notario a todos los actos, contratos y negocios o relaciones jurídicas de carácter no contencioso entre particulares.

¹ Gómez-Martínho Faerna, Augusto, “La función del Notario en la Unión Europea”, Colegios Notariales de España, 2ª edición, 1999, pág. 61 y siguientes.

5º La facultad de libre elección de notario por los particulares y la retribución directa por estos al notario de sus servicios.

6º La organización, para el ejercicio de la función, bajo el sistema propio de las organizaciones profesionales, pero siempre existiendo una tutela superior del poder público.

7º La responsabilidad del notario en el ejercicio de su función.

8º La actuación como medio de garantizar la seguridad jurídica, realizándose por el notario el control de legalidad.

Junto a estas características comunes existen diferencias como por ejemplo:

1º La extensión del ámbito funcional de la actividad del notario concretada en un determinado territorio, sistema que existe en la mayoría de los países. Son excepciones en este sentido Francia y Luxemburgo, donde el notario puede utilizar documentos en todo el territorio nacional, y en Holanda en algunos supuestos.

2º La intervención de uno o varios notarios en un solo contrato nombrados por cada una de las partes. Es un sistema típico de Francia y Bélgica, aunque al final es un solo notario el que autoriza el documento. Ello hay que ponerlo en relación con el concepto que tenemos en España de la imparcialidad.

3º La existencia de excepciones al principio general de conservación por el notario de los documentos públicos y originales, admitiéndose en algunos ordenamientos los llamados documentos en brevet, en los que el notario se desprende del original del documento y conserva solo una copia del mismo no firmada, dándose esta circunstancia normalmente en un tipo de documentos como son los poderes. En este sentido puede encuadrarse Italia.

4º Existen otro tipo de diferencias que provienen fundamentalmente no de las normas notariales sino de los códigos o normas generales, en cuya virtud varía la clase de documentos en que es indispensable para la validez de un acto o contrato el documento notarial.

Ejemplos pueden ser los de Francia en relación con las sociedades mercantiles, ya que desde 1984 no es necesario el documento público para su constitución, o en otro sentido, en Alemania donde para la transmisión de un inmueble es necesaria la escritura pública, y para los inmuebles situados en Alemania solamente esa transmisión puede realizarse por notario alemán.

También consecuencia de las propias normas internas, el notariado en algunos países tiene más facultades que en otros en materia llamada de jurisdicción voluntaria, y sobre todo en el tema de actas. En este campo, en concreto el de las actas, podemos decir que el notariado español es el que más amplias facultades tiene para su actuación, ya que en otros países como Francia estas están reservadas a otros oficiales públicos de la justicia.

III.- La conceptualización de la seguridad jurídica preventiva.

Es preciso indicar que las relaciones que surgen en el tráfico jurídico civil y mercantil, constituyen en una economía moderna uno de los pilares esenciales. Ninguna economía que quiera ser estable y moderna puede desarrollarse en un sistema jurídico, que no dote de protección a todos los operadores y que en definitiva sea inseguro.

Frente a aquellos que equivocadamente han dicho desde diversos foros nacionales e internacionales que los controles jurídicos y legales supone una cortapisa al sistema económico, es necesario reivindicar que con un buen sistema de seguridad jurídica estos operadores actuarán con más tranquilidad en el mercado y con mayor protección.

Dentro de esa categoría genérica de la seguridad jurídica se encuentra el de la seguridad jurídica preventiva, al que el maestro Mezquita del Cacho le dedicó mucho esfuerzo y estudio. Podríamos trasladar este principio a otros campos indicando que más vale prevenir que curar y que es mejor el remedio que la enfermedad. Si existe un sistema de seguridad jurídica preventiva adecuado ello determinará como consecuencia lógica una paz social desde el punto de vista jurídico, una disminución importante de la conflictividad y como consecuencia de ello

una descongestión en los juzgados y tribunales. Por otra parte creará un bienestar en el ciudadano que no verá frustradas sus expectativas, ya que ha utilizado unos medios jurídicos adecuados. Es este sistema de seguridad jurídica preventiva, es el punto esencial diferenciador con otros sistemas jurídicos de corte anglosajón. En estos la inseguridad de los títulos, la continua utilización del precedente, la ausencia del documento público son elementos en sí generadores de conflictos y de una judicialización entre otros campos en el tráfico jurídico civil y mercantil.

Para evitar en gran parte estos hechos negativos el sistema de seguridad jurídica preventiva se basa en unos elementos o pilares. Por una parte la existencia de la escritura pública como documento público que goza de unas presunciones y de unos efectos privilegiados, por razón de la intervención y de la autorización por un oficial o funcionario público habilitado especialmente por la ley. El notario de tipo latino al autorizar el documento público realiza como indicábamos en otro momento un control del documento en su totalidad. Ese control de legalidad satisface a los ciudadanos que son asesorados por una persona imparcial e independiente, y advertidos en todos los campos de las consecuencias del acto que están realizando. Por otra parte un conocimiento del estado de la documentación que se ha autorizado, con las consecuencias de todo orden que de ello se puede derivar como son las fiscales, estadísticas, catastrales, así como la prevención del blanqueo de capitales.

La escritura pública disminuye el conflicto entre las partes, y en el caso de incumplimiento por alguna de ellas la ley dota de un privilegio especial a ese documento, garantizando así a las partes su eficacia.

Otro de los pilares en nuestro sistema español es el de la inscripción en el registro público, registro jurídico que a través de la publicidad de los derechos que se constituyen, modifican, transmiten o extinguen en la escritura pública, dota a través de la inscripción de una oponibilidad frente a los terceros, y de una presunción de legitimación al titular inscrito.

Ese sistema de seguridad jurídica preventiva es mucho más eficaz que otros sistemas que se han propuesto como los seguros de título de gran predicamento en algunos sistemas y propiciados fundamentalmente por intereses económicos de las entidades que los proporcionan, así como por alguna institución como el Banco Mundial que continuamente quiere orillar el documento público y la función notarial

Trasladando este principio a la Unión Europea, yo lo denominaría el sistema de justicia preventiva, con la creación de un espacio jurídico, que viene perfilándose cada vez con más fuerza desde Tampere. Recordando la resolución del Parlamento Europeo de 18 de enero de 1994, en relación a la situación del notariado en Europa hace dos referencias a esta seguridad jurídica preventiva, propiciada por la función notarial ya que habla en relación a la actividad del notario con miras a descongestionar a los Tribunales, y al referirse a la función notarial, la denomina como función preventiva a la del juez, en cuanto que elimina o reduce los casos de litigio. La palabra seguridad jurídica también aparece en la Declaración de Madrid, ya citada, del 23 de marzo del 90 indicando que *“Los Tribunales de Justicia resuelven los conflictos que originan la incertidumbre o la infracción de las normas legales, pero lo hacen a un coste social elevado. Su actuación, por tanto, ha de prevenirse, facilitarse o abreviarse”*.

En este sentido creo que debe encuadrarse este sistema dentro de la Unión Europea. Creo firmemente que la actividad notarial contribuye y puede contribuir aún más al desarrollo del espacio jurídico de seguridad en la Unión Europea a través o por medio de un documento de calidad, homologado que pueda circular en el espacio europeo. Otra cuestión diferente será la de los efectos que ese documento notarial autorizado por un notario de un Estado miembro pueda tener en otro Estado miembro, ya que no hay que olvidar los diferentes efectos que puede tener ese documento público notarial, como los ejecutivos, probatorios, legitimadores, efectos que están regulados por la normativa de cada

Estado miembro que es la que determina, cuando tienen unos u otros efectos.

No cabe la menor duda que como hemos indicado una de las expresiones de esa seguridad jurídica preventiva o justicia preventiva es la de la actuación notarial que deriva en la autorización de la escritura pública, con el control de legalidad correspondiente a la autenticidad del documento su fuerza probatoria y su fuerza ejecutiva o ejecutoria.

Este control de legalidad está recogido en los sistemas jurídicos a los que hacemos referencia, a través del ejercicio que de él hace el notario. Redacta el documento y lo hace conforme a la ley, además exigiendo dicha obligación al notario al ejercer su función.

En este sentido los artículos 3 y 5 del Reglamento Nacional Francés establecen que el notario debe explicar la ley y asegurarse de su aplicación. En Alemania, la Ley Federal del Notariado regula esta cuestión así como la Ley austriaca en su artículo 35. En España esta función, está perfectamente expuesta en los artículos 17 bis y 24 de la Ley del Notariado.

Control de legalidad que se percibe, cuando la ley impide al notario realizar determinados actos contrarios a esa ley. En Alemania el notario tiene la obligación de denegar la autorización del documento, especialmente cuando se pida su colaboración en actos que tengan fines ilícitos o fraudulentos. En Austria se prohíbe intervenir en los casos de prohibiciones legales y en España entre otros supuestos, cuando el acto o contrato, en todo o en parte, sean contrarios a las leyes, la moral o las buenas costumbres, o se prescinda por los interesados de los requisitos necesarios para la plena validez de los mismos. En el mismo sentido el código del notariado griego establece que el notario debe abstenerse de redactar documentos contrarios a la ley o a las buenas costumbres.

También la autenticidad se integra en la eficacia del documento, y ello está recogido en los Códigos Civiles de cada uno de los países.

Siguiendo a Gómez-Martinho², en los derechos francés, belga, holandés y luxemburgués, se emplea directamente, al regular el documento público, la denominación de documento auténtico. En cambio, en el derecho español, en el italiano y en el griego, se parte del concepto de la función notarial y, en la definición de notario, se dice que éste atribuye al documento fe pública y que el notario da fe.

Así el artículo 1319 del código francés dice que el documento auténtico hace plena fe de la convención que contiene, y el artículo 2700 del código italiano establece que el documento público es el redactado por un notario autorizado para atribuirle fe pública. En igual sentido el artículo 1 del Reglamento notarial.

En definitiva hay una autenticidad de forma y de fondo, la primera en cuanto a los hechos que se narran en el documento, y en cuanto al fondo comprende las declaraciones de las partes, demostrando el documento público que efectivamente se han realizado ante el notario.

La fuerza probatoria está inmersa en las normativas civiles de los países europeos así el artículo 1319 del código civil francés, y del belga y luxemburgués. El artículo 2700 del código civil italiano que establece que el documento público hace prueba plena, hasta la querrela de falsedad de la procedencia del documento de un oficial público, de las declaraciones de las partes y de los demás hechos que el oficial público declara sucedidos en su presencia o realizados por él. El código de procedimiento alemán establece que la fuerza probatoria del documento público comprende, no solo los hechos declarados como tales por el notario sino que también hacen prueba completa de los hechos autenticados por el notario. En Grecia, los artículos 438, 445 y 446 del código de procedimiento civil establecen también la fuerza probatoria plena del documento público tanto entre las partes como en relación a terceros.

En España esta circunstancia aparece clara en la Ley de Enjuiciamiento Civil y en el Código Civil.

² Gómez-Martinho Faerna, op. cit., págs 55 y siguientes.

En cuanto a la fuerza ejecutoria es uno de los elementos más importantes.

Esta función del notario en la seguridad jurídica preventiva queda plasmada de manera clara en el artículo 17 bis de la ley del notariado Español, artículo introducido por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre. Es bastante indicativo cuando en este artículo se indica que *“en todo caso, la autorización o intervención notarial del documento público electrónico ha de estar sujeta a las mismas garantías y requisitos que la de todo documento público notarial y producirá los mismos efectos. En consecuencia: a) 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. b) los documentos públicos autorizados por notario en soporte electrónico, al igual que los autorizados sobre papel, gozan de fe pública y su contenido se presume veraz e íntegro de acuerdo con lo dispuesto en esta o en otras leyes”*.

La ley Española 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social en parte ha recogido estas peticiones que se formularon en el Congreso Notarial de Zaragoza. La redacción del artículo 17 bis como expresión más clara del fundamento, significado y alcance del documento público notarial es un buen ejemplo de ello.

En la reciente Ley Española 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal se aclara aún más la función notarial, y en este sentido es bastante significativa, la modificación del artículo 24 de la Ley del Notariado, cuando en su párrafo segundo se establece que: *“ Los notarios en su condición 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.”*

IV. El notariado Portugués en el notariado europeo: Otros aspectos del documento público notarial.

Como indicábamos en otro epígrafe de este trabajo, el Notariado Portugués como elemento fundamental en el notariado europeo está acogido al sistema del denominado notariado latino-germánico, con las consideraciones y características que ya veíamos muy similares a las de otros países de nuestro entorno.

También dijimos que el asesoramiento y la imparcialidad del notario, suponen un elemento esencial, principio de imparcialidad e independencia, no solo contemplado en la legislación notarial española, sino en las europeas.

De esta labor de asesoramiento deriva un claro beneficio para el ciudadano, dando información a las partes contratantes, y protegiendo a la más débil.

Otro aspecto fundamental es el de la eficacia de ese documento público notarial, con los efectos de que le dota el ordenamiento jurídico.

El aspecto preventivo de litigios, elemento esencial ya considerado, teniendo en cuenta a efectos estadísticos en España, que desde 1979 hasta el año 2003, 22.000 pleitos se refirieron a escrituras públicas, frente a 94.000 de documentos privados.³

No podría hacerse un estudio completo del sistema de seguridad jurídica preventiva, y en concreto de la función notarial, sin acercarnos a aspectos o análisis económicos de la función notarial desde varios puntos de vista.

La economía, el mercado, son términos que cada vez van teniendo más importancia, y que a veces algunos contraponen a los principios de justicia y seguridad jurídica, contraposición que es de todo punto errónea, ya que existen importantes efectos económicos de la función notarial. Así

³ Bolás Alfonso, Juan, "El papel del notariado europeo en el nuevo espacio jurídico y económico". Escritura Pública, ensayos de actualidad. Colegios Notariales de España. Madrid, 2004, págs. 17.

Bolás Alfonso⁴ indica que *“La corrección de las citadas asimetrías informativas entre los contratantes, sin necesidad de otros operadores, con la consecuente disminución de los costes de transacción, de manera que la intervención notarial, más que un coste añadido a la transacción, es una pieza del marco institucional que evita mayores costes. b) la eliminación de la incertidumbre, la predictibilidad que permite una correcta gestión de riesgos y de previsión de costes y beneficios... Lo que exige también garantías que permitan la rápida y eficaz exigibilidad del cumplimiento de los compromisos económicos asumidos... c) añádase a todo ello el importante valor económico que tiene para la sociedad la eficacia profiláctica del documento público, pues ya se sabe que un derecho que no se pueda hacer cumplir o que el hacerlo cumplir tenga unos costes muy altos, pierde una gran parte de su valor económico... Pero es que además de todo lo dicho, la documentación notarial, con sus privilegiados efectos públicos, es la base de un buen sistema de propiedad formal, es decir, de un sistema jurídico que reconozca y proteja los derechos individuales... los registros, sin formación institucional sobre los acuerdos entre los particulares, no tienen como capturar la realidad. Para ello es básica la existencia de una infraestructura legal bien integrada, que evite que los registros publiquen cosas que no reflejen fielmente la realidad. Dicho de otra forma, es fundamental que el input que el registro recibe sea de primera calidad, como sucede en nuestro sistema inmobiliario, en el que documento e inscripción son las dos piezas básicas del sistema que se complementan íntimamente”*.

Uno de los temas de mayor actualidad, y especialmente en la Unión Europea, es el entramado de la libre competencia en general en las denominadas profesiones liberales.

Uno de los puntos esenciales en este camino europeo es el denominado informe del Comisario Monti, de 9 de febrero de 2004, donde se analizan una serie de profesiones liberales en Europa, y en concreto la notarial, a los efectos de analizar y estudiar aquellas reglas o normativa

⁴ Bolás Alfonso, Juan, “El papel del notariado europeo en el nuevo espacio jurídico y económico”. Escritura Pública, ensayos de actualidad. Colegios Notariales de España. Madrid, 2004, págs. 18 y siguientes.

interna de cada estado que puedan limitar, restringir o alterar el derecho a la libre competencia.

Desde el punto de vista de la Unión Europea, el notariado español y el europeo deben estar muy atentos a todos estos nuevos vientos, exclusivamente economicistas, y donde ciertamente a veces se olvidan otros valores que como señaló el Presidente de la Abogacía Europea, Helge Kolrud, existen valores relativos a la administración de la justicia y a la defensa del estado de derecho que están por encima de la competencia.

En definitiva es necesario e imprescindible transmitir a la Comisión Europea que las restricciones establecidas en los estados miembros en lo referente a la profesión notarial, con respecto al derecho de la competencia, son necesarias, para el cumplimiento de los objetivos generales que habrán de concretar, proporcionales, por no ir más allá de dichos objetivos y justificadas por no poder sustituirse por otras medidas que cumplan el mismo fin pero sean menos restrictivas.

La profesión del notario, como la hemos definido, tiene grandes diferencias, con el resto de otras profesiones liberales por el carácter de la función pública que ejerce, y como consecuencia de ella en el control de legalidad que realiza. Como consecuencia de ello, ese carácter de función pública hace que los Estados sean competentes a la hora de establecer la regulación de esa profesión considerándose que la profesión de notario, se halla inmersa en el actual artículo 45 del Tratado, y en los artículos III-24 y III-35 de la Constitución Europea, ya que en virtud de estos se excluye de la aplicación de los principios de libre establecimiento y libre prestación de servicios, en lo que respecta al estado miembro interesado, a las actividades que en dicho estado, estén relacionadas aunque solo sea de manera ocasional, con el ejercicio del poder público. En este sentido también se enmarca la reciente Directiva de servicios, donde se excluye de su ámbito de aplicación a los notarios.

Como consecuencia de esa participación en el ejercicio del poder público, y única exclusivamente para poder desarrollar de la mejor manera esa función pública, es por lo que los Estados establecen una

normativa reglada a la profesión notarial, en cuanto al sistema de acceso, de ascenso, obligación de prestación de la función, honorarios tasados, jubilación, consiguiendo que ese servicio llegue a todos los ciudadanos, con independencia del lugar, del territorio, donde se encuentren, y con un control del estado que ha delegado en los notarios la función de la fe pública.

En definitiva el sistema de honorarios tasados por el estado, determina un criterio favorecedor a la independencia notarial, del control del estado en determinados documentos que considera de interés social, y en definitiva todo el conjunto de normas que en materia arancelaria se dictan como bonificaciones y reducciones, ya que el estado considera que en esos casos la importancia social del documento público notarial es esencial.

Todo ello no implica que competencia y función notarial sean incompatibles, muy al contrario, existen ejemplos que determinan la existencia de esa competencia, lo que hay que indicar como reseña Bolás Alfonso que *“no hay que aferrarse a la idea de función pública para excluir toda competitividad, pero tampoco es razonable aplicar a la función notarial, sin más las normas propias del mercado de bienes y servicios, como si la fe pública fuera una mercancía olvidando su función controladota... por ello, tratándose de la función notarial, los criterios propios de la libre competencia deben ser modulados con mayor rigor”*.⁵

De todo ello, el principio de libre elección del notario es la base de esa competencia, pero siempre teniendo en cuenta el carácter de la función pública, y de la supremacía de los intereses generales del servicio público que se presta a los intereses particulares.

Se ha indicado, por algún sector la eficiencia de algún sistema jurídico distinto al latino-germánico, indicando que el coste calidad es

⁵ Bolás Alfonso, op. cit., páginas 30 y 31.

mejor a años luz que el coste calidad del sistema latino. En concreto, y siguiendo a Bolás Alfonso⁶ se ha dicho por algunos la gran eficacia y eficiencia del sistema anglosajón y de Estados Unidos.”... La comparación debe hacerse entre sistemas, atendiendo a su calidad y al coste final. En el sistema anglosajón, al no existir el notario latino, a la hora de formalizarse una compra-venta con un margen de garantía razonable, las partes deben contratar diversos servicios para protegerse de posibles irregularidades. En una simplificación del proceso, se empieza con la redacción de un contrato preliminar, posteriormente se encarga una investigación en registros y archivos para verificar si el vendedor es titular, después, se firma el contrato definitivo, y por último se asegura el buen fin de éste, bien sea con la correspondiente prima en una compañía de seguros, que es el sistema de Estados Unidos, o bien mediante exhaustivas investigaciones por el abogado del vendedor (tema británico). Ello determina un gran coste, y además existe una gran conflictividad ante los tribunales. Existen varias estadísticas que demuestran este tema. En el año 2002 la cuantía total de la litigiosidad en Estado Unidos ascendió a 233.000 millones de dólares, lo que supone un incremento de los costes judiciales del 13,3%.

En cuanto a los costes de una transacción inmobiliaria, comparando el sistema español y el americano, sin contar impuestos, sería el siguiente: para una venta de 100.000 €, el coste en España de notaría-registro, sería de 380 €, en el Estado de Nueva York, de 774, en Pennsylvania 864 y en Tejas 992 €.

En definitiva, el hablar de libre competencia en la función notarial, debe ser atemperada con la función pública que aquella desarrolla, y con una finalidad de mayor eficiencia. De otro modo estaríamos llegando a un sistema de privatización de la función pública, privilegiando a los grandes operadores económicos, y orillando en general a los ciudadanos y consumidores.

⁶ Bolás Alfonso, op. cit., páginas 33 y 34

Ello no significa que el notariado español y el notariado europeo no deban adaptarse continuamente a los nuevos cambios y a las demandas sociales, en beneficio única y exclusivamente de los ciudadanos.

La aplicación de las nuevas tecnologías a la función notarial es un elemento esencial de modernización, en la que el notariado español ha tomado desde hace años un interés muy especial. El futuro está abierto, pero creo sinceramente que la función notarial seguirá desempeñando un papel importante en el sistema jurídico español, y el concierto de la Unión Europea, contribuyendo de manera eficaz al desarrollo de ese espacio de libertad, de justicia y de seguridad.

V.- El notario como oficial público. El artículo 45 del Tratado. La condición de nacionalidad. El informe Monti: justificación a las reglas restrictivas de la competencia.

Hemos hecho referencia en diversas ocasiones a la idea de que el notario en el sentido de notario latino-germánico es un oficial o funcionario público, con unas características especiales por razón del ejercicio de la función pública que desarrolla. Por ello cuando se quiere incardinar el concepto de libre competencia en el notariado latino, es necesario siempre acercarse con unos parámetros adecuados para saber cual es la función pública que desarrolla el notario en la sociedad.

La Comisión Europea ha desarrollado a través de distintas estrategias el concepto de conseguir que en la Unión Europea la economía sea cada vez más dinámica y competitiva. Partiendo del famoso informe realizado al efecto para la cumbre de Jefes de Estado de la Unión Europea, celebrada en el 2004, con el lema de “Hagamos Lisboa”, a los efectos de dar un nuevo impulso a la estrategia puesta en marcha en el año 2000 y que persigue para el 2010 lo ya indicado sobre una economía más dinámica y competitiva.

Uno de los focos de atención ha sido lo que en lenguaje comunitario se denominan profesiones reguladas, incluyendo en éstas a

los profesionales que prestan un servicio remunerado, y que como consecuencia intervienen como auténticos operadores económicos en el mercado, e incluso deben ser considerados como empresas. Este concepto de empresa está contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado, y que implica la aplicación de las normas de competencia, con un alcance muy amplio ya que se identifica empresa con operador económico en general. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en la sentencia de primera instancia de 4 de marzo de 2003 intenta definir el concepto de empresa en el sentido de que aquel comprende “en el contexto del derecho comunitario de la competencia, cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia de su estatuto jurídico y de su modo de financiación”.

Como desarrollo de este proceso indicado se publica el informe sobre la competencia en los servicios profesionales el 9 de febrero de 2004, y que hemos definido como informe Monti, por ser el comisario Monti el competente en aquel momento en los temas de competencia.

La importancia de este informe en relación en especial a la profesión de notario, radica en la cada vez mayor fuerza que tienen en los distintos estados, las denominadas autoridades de competencia, con una fuerza impresionante sobre todo a través de la aprobación del reglamento 1/2003, que entró en vigor el 1 de mayo del 2004.

Fundamentalmente el informe Monti hace un repaso a un conjunto de profesiones liberales, y expone las reglas que las regulan, o mejor dicho aquellas reglas que pueden directa o indirectamente ir en contra del principio del derecho a la libre competencia. El enfoque es fundamental y esencialmente economicista y olvida todo planteamiento de cuestiones como la seguridad jurídica, como elemento esencial en un orden económico adecuado y conveniente para los intereses de todos los operadores y en especial el de los ciudadanos.

El informe ha sido objeto de unas críticas, achacándole fundamentalmente, una influencia norteamericana. Así mismo son

significativas las palabras del Presidente de la Abogacía Europea, Helge Kolrud, cuando indica que “existen valores relativos a la administración de la justicia y a la defensa del estado de derecho que están por encima de la competencia.

En dicho informe se dice que únicamente podrán ser mantenidas estas restricciones si se demuestra que son necesarias, para el cumplimiento de los objetivos generales que habrá que concretar, proporcionales, por no ir más allá de dichos objetivos, y justificadas, por no poder sustituirse por otras medidas que cumplan el mismo fin pero sean menos restrictivas.

También hemos indicado en otro momento que considerábamos que estas medidas restrictivas en el campo notarial cumplían los tres requisitos del informe Monti, es decir, que son necesarias, proporcionales, y justificadas, y que en el campo de la función notarial solo con el mantenimiento de las mismas se podría conseguir de una manera plena y eficaz la finalidad de la función pública notarial, es decir, la mejor prestación del servicio público.

En el informe Monti se describe las normas restrictivas, y los campos sobre las que actúan. Por ello es necesario el poder justificar con argumento sólido, la necesidad y conveniencia del mantenimiento de estas restricciones.

En lo que se refiere a las tarifas es necesario indicar que el establecimiento de las mismas es consecuencia del propio status de la función notarial y del ejercicio de esta función pública. Estamos hablando de un auténtico servicio público, uniforme y homogéneo en todo el territorio nacional. En razón de la naturaleza de la función pública de la función notarial y en el marco de la garantía a los ciudadanos de la igualdad de acceso a la prestación de un servicio público, la remuneración de los notarios son establecidas y fijadas con precisión por el propio estado. Estas reglas protegen a la autoridad que ejerce la función pública pero también a los ciudadanos, que desde un

primer momento conocen el coste de los servicios solicitados. La posible liberación de las tarifas sin límites produciría efectos contrarios a los que se pretenden. Quizás con respecto a los grandes operadores, el beneficio en la rebaja de los costes podría ser posible, pero para la mayoría de los actos realizados por los ciudadanos se produciría un aumento de los emolumentos con claro detrimento para la mayor parte de los consumidores.

De otro lado las tarifas determinadas por la ley aseguran la independencia e imparcialidad de los oficiales públicos. Un oficial público que en todos los supuestos negocia el precio de su actividad con una de las partes corre el riesgo de perder su neutralidad. Los baremos de las tarifas determinan el coste de intervención del notario en función del valor de la transacción, y la tarifa fijada por la ley representa una relación proporcional a la importancia económica de la transacción realizada. Por otra parte, estas tarifas permiten garantizar que situaciones iguales tengan un mismo tratamiento, existe la previsibilidad y la transparencia, y éstas deben estar sometidas al principio de proporcionalidad.

Por otro lado los emolumentos percibidos por los notarios deben ser compatibles con los principios de equivalencia y de cobertura del gasto, principios derivados del derecho constitucional.

El principio de equivalencia viene determinado por la prohibición de tomar medidas excesivas. Según este principio, los emolumentos deben estar escalonados en los límites de su aplicabilidad y del principio de la proporcionalidad, de manera que exista una contraprestación adecuada para la prestación del servicio público.

En este sentido las medidas aprobadas por el Gobierno Español, medidas para promocionar la dinamización de la economía se indica que se aprobará un nuevo arancel notarial y registral basado en principios como el de la proporcionalidad, y el de la verificabilidad, junto con el de la transparencia.

Todo ello no quiere decir que deban permanecer los mismos criterios en cuanto a los aranceles o tarifas, sino que es necesario adaptarlos a la realidad social del momento, mejorándolos en aquello que sea necesario, pero manteniendo su existencia, controlada y regulada por el Estado para la mayor garantía del servicio público.

Otra de las cuestiones tratadas en el informe Monti es la relativa al *numerus clausus*, considerando este informe que esta regla debe ser eliminada en la mayoría de los supuestos.

Por la propia esencia de la delegación del estado en el ejercicio de la función pública notarial a unas personas que son los notarios, determina que el notario es un órgano de la administración de la justicia, asegurando un servicio público próximo a los ciudadanos. Las reglas que controlan el número de notarios, en su calidad de órganos de la justicia forman parte de las medidas necesarias destinadas a asegurar el derecho subjetivo a pedir, o a obtener del estado, una respuesta adecuada para que sus ciudadanos se vean beneficiados en sus derechos por personas independientes. Es el estado el que determina el número suficiente de notarios, o mejor dicho el número de oficinas notariales, como obligación intrínseca del Estado para organizar la justicia, también la preventiva.

El *numerus clausus* como medida en materia de organización de la justicia permite asegurar de manera general el acceso al servicio público notarial a través de una buena cobertura territorial de oficinas notariales, incluso en las zonas más alejadas o deprimidas. Se evita una concentración del número de notarios en las grandes ciudades, y en núcleos de gran aglomeración, así como la salvaguarda de los empleos de todos los colaboradores del notario en aquellas zonas más alejadas o deprimidas, permitiendo la independencia del ejercicio de la función del notario.

La desaparición o supresión del *numerus clausus*, produciría de hecho unas desventajas importantes tanto para los ciudadanos como para las empresas.

Por una parte la puesta en peligro de la independencia, de la calidad del servicio y de la imparcialidad del notariado. El notario en su entorno se vería presionado y obligado a buscar el aliciente lucrativo. Otro riesgo fundamental sería la desaparición de los despachos notariales en las zonas más alejadas de las ciudades, y de los centros rurales. Se caería en el peligro de la falta de asistencia jurídica que en la actualidad se ofrece al ciudadano y como decíamos anteriormente una concentración de despachos notariales en las grandes ciudades.

Otra cuestión importante es que la Comisión estima que el límite impuesto a las denominadas actividades multidisciplinarias es una frontera jurídica al mercado interior de los servicios, aunque reconoce que estas reglas tienden a asegurar la independencia y autonomía entre actividades diferentes. Desde el punto de vista del notariado, en virtud del artículo 45(antes 55) del Tratado, la actividad notarial, no está sometida a la libertad de establecimiento ni a la libre prestación de servicios por el carácter de participar del concepto de autoridad pública. La imposibilidad del ejercicio del notario con otras profesiones de manera conjunta, resulta de la función de oficial público. Los notarios no tienen el poder de decidir, es el Estado quien decide en aplicación de la ley y de los reglamentos. Los notarios son nombrados por el Ministerio de Justicia, o por el Estado en general, y la actividad propia tiene las prerrogativas de poder público. El derecho de la competencia, en toda su extensión y sin límites no le es aplicable por esencia.

El notario está encargado de la justicia preventiva, y estos servicios son de interés general.

Íntimamente relacionado con el *numerus clausus* se encuentra el de los requisitos de acceso a la profesión, y ello como consecuencia de todo lo indicado anteriormente, ya que el Estado debe asegurarse de elegir a aquellos que considere más adecuados para el ejercicio de una función pública, como ocurre por ejemplo en el caso de los jueces. Esas reglas de acceso impuestas y determinadas por el Estado garantizan una elección imparcial y dotan de independencia al sujeto que cumple con las

normas de acceso. De otra manera se desdibujarían completamente los aspectos básicos de esa función notarial.

No obstante lo indicado anteriormente existen algunos países de notariado latino, como Letonia, Polonia, Holanda o Suiza, que no conocen el *numerus clausus* para el acceso a la profesión notarial.

En materia de publicidad, otro de los puntos señalados en el informe Monti, será necesario analizar las normas de cada uno de los países, pero como principio general hay que indicar que el carácter especial de la función pública limita de manera importante la publicidad que puedan realizar cada uno de los notarios. Por ello habrá que distinguir entre la publicidad individual y la publicidad colectiva, y dentro de esta publicidad individual, aquella información que sea necesaria y suficiente para el público, que evite comparaciones u otras actuaciones que pongan en peligro la idea de función pública y la deontología profesional.

Existen otras restricciones que varían desde el punto de vista notarial, según los países. Por ejemplo el tema del ejercicio dentro de un área territorial, es decir, la competencia territorial del notario. Esta regla no es uniforme en todos los notariados, y así por ejemplo en Francia y Austria es posible el ejercicio de la función, en cualquier parte del territorio, aunque es obligatorio que tenga su despacho profesional en un lugar, concreto y determinado por el Estado.

Es quizás el notariado holandés tras la ley de 1999 el que ha sido más liberalizado, en el concepto en que esta palabra puede ser utilizada en la función notarial. En este sentido en cuanto al tema de las tarifas, no existen tarifas fijas ni recomendadas, sino que por el contrario, hay libertad. En cuanto a la publicidad está permitida en principio con algunas condiciones. En cuanto al acceso a la profesión se requiere una formación jurídica adecuada, y la presentación de un proyecto de empresa viable. En algunos aspectos específicos en materia de derecho inmobiliario, de derecho de las personas, de familia y de las empresas,

tienen un monopolio. En cuanto a la estructura orgánica de su despacho, el notario está en libertad de elegir la forma jurídica de su estudio, aunque tiene que adaptarse a unas reglas predeterminadas en cuanto a la gestión del mismo. La cooperación inter-disciplinar está permitida con los asesores fiscales y los abogados, en cambio con otros colectivos como por ejemplo los expertos contables, está prohibida.

Como observación general del notariado holandés, como hemos indicado en diversos momentos, en 1999 entró en vigor la nueva ley sobre la oficina notarial. Esta ley supone una fuerte liberalización, en comparación a la antigua ley que sustituye, liberalización por otra parte que está siendo evaluada actualmente. Esta evaluación es realizada por una comisión independiente, bajo el patrocinio del Ministerio de Justicia.

Por otra parte el Ministerio de Economía quiere impulsar una liberalización aún más avanzada y propone abandonar la obligación de la prestación del servicio en los tres ámbitos jurídicos y eliminar el monopolio en el ámbito de derecho de personas y de la familia. A finales del 2004, la autoridad holandesa de competencia ha analizado las reglas de la deontología notarial, y ha discutido estas en el contexto de la ley de la competencia. A principios del 2005, el Parlamento Holandés discute el control sobre el notariado, y a mediados del 2005 se discutiría y analizaría la evaluación que se haya realizado por la comisión independiente creada en el Ministerio de Justicia. Como simple comentario indicar los efectos que la liberalización de tarifas, no han producido una muy buena consecuencia para el ciudadano de a pie, ya que se ha visto solo una disminución en los honorarios en relación, con los grandes operadores económicos, pero no en relación a los ciudadanos, que han visto incrementado el coste del servicio notarial, con relación a la situación anterior.

Se ha intentado indicar por algunos que la Comisión Europea no reconoce el papel público del notario, y además que el artículo 45 del Tratado no le es aplicable a la profesión notarial, y que incluso el Tribunal

Europeo no ha reconocido el ámbito de aplicación de este artículo 45 al notariado.

En este sentido y siendo lo más objetivo posible sobre esta cuestión podemos decir:

1º.- La Resolución Marinho de 1994, ya citada en otra parte de este trabajo, declara a través del Parlamento en cuanto al notariado, “la existencia de una delegación parcial de la autoridad del Estado en tanto que elemento inherente al ejercicio de la profesión de notario...”

2º.- La Resolución del Parlamento Europeo de marzo de 2006 sobre las profesiones jurídicas, transcrita en otro lugar de este trabajo afirma con rotundidad entre otras cosas, que la actividad y la esencia de la función notarial supone una delegación de la autoridad del Estado, y de otra parte se dice literalmente que el notario está inmerso en el artículo 45 del Tratado.

3º.- En la Directiva de Comercio Electrónico (2000/31/CE), existe una excepción, para las “actividades de notario o las profesiones equivalentes, en la medida que ellas comportan una participación directa y específica en el ejercicio de la autoridad pública.”(Artículo 1, apartado 5 d)).

4º.- En relación al Derecho de Sociedades, en varias disposiciones del Reglamento 2157/2001/CE, relativo a la Sociedad Europea, los certificados expedidos por los notarios son reconocidos como equivalentes a los que emanan de los Tribunales, y como consecuencia de ello emanantes del ejercicio de la autoridad pública.

5º.- En el Reglamento 805/2004/CE, relativo al Título Ejecutivo Europeo, las escrituras públicas autorizadas por una autoridad habilitada a este efecto, competencia de los notarios, son reconocidas igual que los actos emanados por los Tribunales.

6º.- En cuanto a los servicios excluidos del GATS, hay que decir que en un anexo al informe sobre los Servicios profesionales (COM (2005)0405 final de 5 de septiembre de 2005), en la nota 33 relativa al

punto 71, se dice que el notariado latino se caracteriza por el hecho que sus delegatarios son titulares de un a función u oficio público, y que ellos realizan actos cuasi judiciales.

7º.- En el tema de las cualificaciones profesionales, en el Considerando 41 de la Directiva 2005/36/CE, relativa al reconocimiento de las cualificaciones profesionales, se dice claramente que “La presente Directiva no prejuzga la aplicación del art. 39, apartado 4, y el art. 45 del Tratado, especialmente en lo que concierne a los notarios.”

8º.- En cuanto a la muy reciente Directiva de Servicios la cuestión es aun mucho más clara, cuando establece en su artículo 2, apartado 2, punto 1), de una manera general, también en relación a la libertad de establecimiento, que la Directiva no se aplica a los “servicios prestados por los notarios....nombrados por los poderes públicos.”. Asimismo el Art. 17 que regula las derogaciones suplementarias a la libre prestación de servicios, menciona expresamente en su apartado 12, a los “actos para los cuales la ley requiere la intervención de un notario.”

Por último indicar que la Directiva de equivalencia de diplomas no se aplica a la profesión notarial. Esta Directiva 89/48/CEE establece en su Considerando 12 que “el sistema general de reconocimiento de diplomas de enseñanza superior no prejuzga en nada la aplicación del Art. 48 apartado 4 (actual Art. 39 apartado 4) y al artículo 55 del Tratado (actual artículo 45).

Es decir como el artículo 45 del Tratado excluye o exceptúa de las disposiciones relativas a la libre prestación de servicios y al libre establecimiento a las actividades que participan del ejercicio de la autoridad pública, y se ha demostrado que la profesión de notario tiene esa participación, es por lo que se debe concluir la no aplicación de esta última Directiva reseñada.

Con relación al tema de las sociedades multidisciplinarias, y su conexión con las normas de la libre competencia, hay que hacer una

mención especial a dos sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

La primera sentencia es de 19 de febrero del 2002 y tiene por objeto una demanda que se interpone contra el Colegio Nacional de Abogados de Holanda con relación a la regulación del ejercicio de la profesión, y en concreto la prohibición que se establecía en dicha regulación, en el sentido de que estaban prohibidas las asociaciones de abogados con auditores. En el fallo de la sentencia se declara que un reglamento sobre la colaboración entre abogados y otras profesiones liberales, reglamento de 1993 del Colegio de Abogados de los Países Bajos, debe considerarse una decisión adoptada por una asociación de empresas, a los efectos del artículo 81, apartado 1, del Tratado. Así mismo que una normativa nacional, como el referido reglamento no infringe el artículo 81, apartado 1 del Tratado, dado que dicho organismo pudo considerar razonablemente que tal normativa, a pesar de los efectos restrictivos de la competencia que le son inherentes, era necesaria para el buen ejercicio de la abogacía tal y como está organizada en el estado miembro de que se trata. Así mismo que, un organismo como el Colegio de Abogados de los Países Bajos, no constituye una empresa, ni una asociación de empresas a efectos del artículo 82 del Tratado. Por último, continúa el fallo del Tribunal, se indica que los artículos 43 y 49 del Tratado no se oponen a una normativa nacional como la dictada por el Colegio de Abogados, que prohíbe toda colaboración integrada entre abogados y auditores, dado que se pudo considerar razonablemente que era necesaria para el buen ejercicio de la Abogacía tal y como está organizada en el país de que se trata.

Como podemos apreciar esta sentencia era de una importancia vital, ya que tienen muy en cuenta las normas de deontología, y el buen hacer de determinadas profesiones. Cuando estas normas de deontología, pueden ir en contra de aspectos meramente económicos como los de la libre competencia, triunfan las primeras por considerarse

que hay un valor superior, diría yo de seguridad jurídica, con independencia de otras cuestiones pura y estrictamente economicistas. Es decir, es necesario resaltar que cuando la Unión Europea detecta que en algunos estados miembros, para determinadas profesiones reglamentadas, existen normativas que pueden ir en contra del principio de la libre competencia, no por este solo hecho estas deben ser derogadas. Es necesario analizar y ver el fundamento de las mismas, y sobre todo establecer que solo y exclusivamente con esas normas reglamentarias se pueden conseguir los fines que la sociedad demanda. Dicho de otra manera, que esas reglas restrictivas de la competencia, son suficientes, proporcionadas y adecuadas. Esto se puede predicar del conjunto de las profesiones liberales, pero también muy especialmente de la profesión notarial, que en los países del notariado latino-germánico, el notario es a la vez oficial o funcionario público y profesional del Derecho, por ese carácter de oficial público, en el que el Estado delega una serie de competencias, en la dación de fe pública, ello implica como contrapartida el que esa profesión esté especialmente reglamentada, en cuanto al acceso, el número de clausus, las tarifas, la publicidad, etc. Y como consecuencia de que el objeto de su actividad, o el resultado de la misma es un bien público, es por lo que debe considerarse y analizarse, el que esa reglamentación determina que gracias a ella, es posible, o mejor dicho, es la única manera de conseguir las finalidades, que el estado quiere en la función pública notarial, como un auténtico servicio público a los ciudadanos.

Este es un poco, el sentido en el que debe ser respondida la propuesta del Comisario Monti, en febrero de 2003, donde identifica un conjunto de profesiones reglamentadas, y donde dice que será necesario analizar y en su caso instar a los estados miembros, a los efectos de que estos supriman o en su caso modifiquen estas normas, que pueden ser restrictivas a la libre competencia. El planteamiento del informe Monti, es un planteamiento pura y exclusivamente economicista, midiendo a todos por el mismo rasero, y utilizando parámetros y variables, de oferta

y demanda, de rebaja de precios, etc., sin tener en cuenta que existen, otros puntos de vista, parámetros o variables diferentes, en el sentido de principios jurídicos como el de la seguridad, tan importantes en un estado de derecho, y que además son condición indispensable y esencial, para un buen tráfico económico, ya que sin seguridad el mercado no ofrece confianza, y los operadores que en él intervienen, pueden abstenerse de participar y en su caso irse a otros lugares, que ofrezcan una seguridad jurídica.

A pesar de estas ideas que para mí son claras, las espadas están en alto, e incluso textos normativos de la Unión Europea pueden tambalear todo lo dicho anteriormente. En este sentido el Reglamento CE número 1/2003 del Consejo de 16 de Diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del tratado, es un claro ejemplo de lo indicado anteriormente. En efecto la entrada en vigor ha sido la del 1 de Mayo de 2004 y se concede a las autoridades de cada estado en materia de competencia, un conjunto de atribuciones, en mi opinión, bastante espeluznantes. Así el artículo 1 de este Reglamento en su apartado 1 establece que: “Los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas contemplados en el apartado 1 del artículo 81 del Tratado que no cumplan las condiciones del apartado 3 de dicho artículo están prohibidos, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto”. En este Reglamento se establecen unas facultades omnímodas a las autoridades de competencia de los estados miembros, ya que estas autoridades, son competentes para aplicar los artículos 81 y 82 del Tratado, y a tal efecto, ya sea de oficio, ya previa denuncia de parte, podrán adoptar decisiones, en cuanto a la orden de cesación de la infracción, la adopción de medidas cautelares, la aceptación de compromisos, y la imposición de multas sancionadoras, coercitivas, o de cualquier otra sanción prevista por su derecho nacional.

Otra sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de febrero de 2002, relativa a una denuncia que se realiza sobre el baremo obligatorio de honorarios de los abogados, mediante acuerdo del Consejo Nacional de

Colegios de Abogados y la aprobación del Ministerio de Justicia. En el fallo de la sentencia se declara que: “Los artículos 10 y 81 del Tratado no se oponen a que un estado miembro adopte una medida legislativa o reglamentaria que aprueba, basándose en un proyecto elaborado por un Consejo de Colegios de Abogados, un baremo que fija los límites mínimos y máximos para los honorarios de los miembros de la profesión, cuando dicha medida estatal se adopta en el marco de un procedimiento como el previsto por el Real Decreto-ley número 1578, de 27 de noviembre de 1933, en su versión modificada”. El punto esencial de la cuestión, es que este proyecto de baremo aprobado por el Consejo de Colegios de Abogados carece de fuerza si el Ministro de Justicia no lo aprueba, por ello no cabe considerar se dice en los considerádoos de la sentencia, que el Estado Italiano haya delegado en operadores privados la responsabilidad de adoptar decisiones de intervención en materia económica, lo que tendría la consecuencia de privar de su carácter estatal a la normativa controvertida en el procedimiento principal. Dice la sentencia, también en los considerádoos que por estas razones, tampoco puede acusársele ni de imponer o favorecer prácticas colusorias contrarias al artículo 85 del Tratado, ni de reforzar sus efectos.

VI.- Perspectiva de futuro para el Notariado Portugués.

No obstante lo indicado anteriormente en otros apartados de este trabajo, el Notariado Portugués a pesar de haberse modernizado integrándose totalmente en el Notariado Latino desde la reforma llevada a cabo en el año 2004, puede en cambio ver frustradas sus expectativas de desarrollo en beneficio de los ciudadanos como consecuencia de un conjunto de normas, unas ya efectivas y otras en marcha, relativas a la desformalización de los actos, en definitiva a la desaparición en gran medida del documento público como máxima expresión de la función notarial.

Considero una equivocación adoptar medidas provenientes de otros sistemas jurídicos que desconocen la función notarial y como consecuencia los efectos del documento público.

A modo de ejemplo baste citar la normativa portuguesa referente al Derecho de Sociedades donde se ha producido un proceso de desformalización de la documentación pública, haciendo desaparecer la intervención notarial.

Este proceso es francamente negativo sobre todo cara a la seguridad jurídica que es un valor que a veces no se puede apreciar pero que es esencial en un Estado de Derecho moderno. El control de las sociedades mercantiles en una economía es una pieza básica: La veracidad de esa constitución con todos los controles que realiza el notario, de identificación de los socios, de su capacidad, de la legitimación, de las autorizaciones, de la veracidad del desembolso del capital social, y un largo etc. Asimismo, las actuaciones posteriores de esa sociedad en cuanto a los aumentos de capital, cambio de sede, fusiones, transformación, hacen impensable que ello se deje fuera de la documentación pública.

Países muy cercanos como España, Alemania, Italia, tienen muy claro que la intervención notarial en todo el proceso de constitución, y en general en todos los actos que realizan las sociedades mercantiles es esencial.

La agilización se puede conseguir perfectamente con la utilización de las nuevas tecnologías en la función notarial, y ello sin perder un mínimo de seguridad jurídica. Buena prueba de ello es en España, la constitución de las Sociedades Limitadas, donde se utilizan procedimientos telemáticos, pero con la intervención del notario en todo el proceso. El antecedente de este sistema, fue la Sociedad Limitada Nueva Empresa, también fruto de la normativa española.

Si existe seguridad jurídica y control en el derecho societario los inversores extranjeros acudirán a un determinado país, sino a la larga se marcharán por falta de seguridad en las transacciones de todo tipo.

De la misma manera una documentación societaria de poca calidad también traerá problemas desde el punto de vista interno de un país. Cuestiones como el fraude, la simulación contractual, falsas empresas empezarán a surgir al mundo económico.

Además el conjunto de problemas de conflictividad ante los Tribunales de Justicia que provoca el documento privado, hecho constatado en todas las estadísticas.

Lo mismo podemos indicar para todo el conjunto de las transacciones inmobiliarias, y en general en el tráfico jurídico civil y mercantil.

Por todo ello, el proceso de desformalización no será en absoluto positivo, ni para el Estado, ni para el ciudadano, ni para el empresario, ni en general para la sociedad.

Esperemos que se recapacite y se tengan en cuenta estos argumentos para volver a una situación donde la seguridad jurídica sea un auténtico valor protegido por el Estado, como un auténtico derecho que tienen los ciudadanos.