

CUESTIONES PRACTICAS

Nota sobre la expedición de copias de instrumentos públicos por mandato judicial en virtud de diligencia para mejor proveer en proceso civil

La doctrina actual de la Dirección General de los Registros y del Notariado está representada por la Resolución de 14 junio 1972, la cual estima que la Ley de Enjuiciamiento Civil faculta a los Jueces y Tribunales para acordar que se traiga a la vista cualquier documento que crean conveniente para esclarecer el derecho de los litigantes; «que ningún funcionario público puede negarse a cumplir el requerimiento hecho por la autoridad judicial cuando éste se halle revestido de las formalidades legales y obra dentro de su competencia y atribuciones puesto que los derechos individuales están subordinados al interés social de la Administración de Justicia»; que el Tribunal no puede ignorar la índole reservada del protocolo y ha debido apreciar la existencia de motivos justificados; por último, señala que en el supuesto existía un doble mandamiento judicial, estando el requerimiento de expedición de copia «reforzado por la ratificación hecha por el Tribunal Superior, por lo que el fedatario debe cumplimentar el mandato judicial, quedando salvada su responsabilidad y transferida ésta a los órganos judiciales que ordenaron la expedición de copia». Aunque no se trataba de un supuesto análogo, la Resolución de 9 junio 1976 reitera esta doctrina, estimando que, pese al deber genético de mantener el secreto del protocolo, el mandamiento judicial para mejor proveer resulta de inexcusable cumplimiento para el Notario, por constituir una decisión libre y personalmente adoptada por el Juez en interés objetivo de la resolución del pleito.

Causa extrañeza esta doctrina (referida, además, a un supuesto de expedición de copia de testamento) porque la Resolución de 14 junio 1972 sólo cita dos antiguas Resoluciones (de 25 marzo 1922 y 31 diciembre 1931), con olvido de la doctrina del Centro directivo contenida en la Resolución de 31 octubre 1962, que, después de afirmar que «los Notarios deben procurar cumplimentar los mandamientos judiciales de expedición de copias, por la obligada cooperación que todos, especialmente los funcionarios de toda clase, han de prestar a la Administración de Justicia», establece que deben negarse a la expedición cuando exista incongruencia de la petición con el procedimiento en que se deduce o cuando se prevean fundadamente daños y perjuicios por la revelación del protocolo.

Parece necesario señalar desde el principio lo que parece un error en el que incurre reiteradamente la doctrina de la Dirección General, que supone que el artículo 340, 1.º, L. E. Civ. constituye una norma que viene a configurar un caso de los «determinados por las leyes» (artículo 32, último párrafo, de la Ley del Notariado) en que el Juez está facultado para ordenar la expedición de copia. Mas, como es claro, el precepto citado contiene una norma meramente procesal, relativa a lo que el Juez o Tribunal pueden acordar para mejor proveer, y no además una norma que venga a establecer que el Juez o Tribunal puede hacer que se traiga a la vista cualquier documento que crean conveniente para esclarecer el derecho de los litigantes. Resulta evidente que la disponibilidad del documento no se rige, salvo excepciones, por normas procesales sino sustantivas, y que el artículo 340 L. E. Civ. no ha venido a poner a disposición del Juez en un pleito civil cualquier documento de cualquier clase. Basta considerar que el Juez o Tribunal carece de poder para exigir a los no litigantes la exhibición de documentos privados de su propiedad exclusiva (artículo 603 L. E. Civ.). La disponibilidad del documento está determinada en cada supuesto por normas sustantivas distintas (administrativas, mercantiles en el caso de libros de los comerciantes, etc.). Es preciso examinar el supuesto concreto de los instrumentos públicos, que se rigen por la legislación notarial.

A efectos de disponibilidad, los instrumentos públicos siguen un régimen propio. Se ha dicho respecto a los documentos públicos en general que los funcionarios que en concepto de tales disponen del documento tienen la obligación de presentarlo al Juez, lo que viene corroborado por las normas penales relativas a la denegación de auxilio para la administración de justicia (artículo 371 del Código Penal); mas ello sin carácter absoluto, puesto que depende en definitiva del contenido del documento, que puede ser secreto. Pero los instrumentos públicos no siguen esa norma, sino que tienen un régimen jurídico propio. Como señalaba la antigua doctrina notarialista, estos documentos, en cuanto a su contenido material, son documentos privados. Por ser el Notario un funcionario público o por pertenecer los protocolos al Estado en nada se altera este carácter jurídico. El régimen de indisponibilidad general de estos documentos es lo que ha venido denominándose siempre secreto del protocolo (que no cabe confundir con el secreto profesional del Notario), limitado únicamente por las leyes para supuestos concretos y en medida diversa. Más aún, el secreto del protocolo puede alcanzar incluso a la actuación del Notario como funcionario público autorizante; así ocurre en cuanto al libro y protocolo reservados (artículos 34 y 35 de la Ley del Notariado), respecto a los cuales, aunque sea temporalmente, se protege al particular de tal manera que ni siquiera la actuación notarial puede ser revelada; es decir, no sólo se protege el contenido del documento sino que se vela también el acto de la autorización, porque la extensión del secreto alcanza a los índices, por lo cual se califica a estos protocolos como «especialmente reservados» (artículo 67 del Reglamento Notarial de 1862, ar-

título 274 del vigente). En tanto que exista el secreto del protocolo, el Notario, salvo que se trate de protocolos reservados, puede testificar de todo lo que afecta a su intervención como funcionario público autorizante (Resolución de 6 agosto 1913, segundo considerando); pero, por lo que se refiere al contenido del instrumento, únicamente podrá referirse a lo que le permitan las leyes configuradoras del secreto del protocolo. A este sistema responde el régimen jurídico que establecen los artículos 17, 18 y 32 de la Ley del Notariado, que no permiten la expedición de copias sino a los otorgantes, partes interesadas o interesados (términos sinónimos en el sistema legal), a los herederos o causahabientes, lo mismo que ocurre respecto a la exhibición del protocolo, salvo en los casos determinados por las leyes, y en virtud de mandamiento judicial, como preceptúa el último párrafo del artículo 32 de la Ley del Notariado, relativo a los reconocimientos y cotejos.

No obstante lo antedicho, en la actualidad el secreto del protocolo no puede fundamentar siempre una actitud negativa del Notario frente al mandamiento judicial para mejor proveer. Ello se debe a la profunda evolución experimentada por el régimen jurídico de expedición de copias, llevada a cabo por los sucesivos Reglamentos Notariales y por la doctrina de la Dirección General. En la actualidad, aunque se mantiene el principio de secreto del protocolo, ya no tiene éste el mismo contenido. Frente a la antigua concepción de unidad de fondo y de forma del negocio, ambos dentro del ámbito de autonomía concedido a la persona, lo que constituye la base del sistema de expedición de copias en la Ley del Notariado (no interesan aquí las sucesivas interpretaciones respecto al tema de primeras y segundas o ulteriores copias), la expedición de copias se ha ampliado, y es el Notario el que, salvo excepciones concedidas a los otorgantes, califica, conforme a las leyes, acerca del derecho a obtener copia, con la extensión de la facultad de obtenerla a quienes acrediten, a juicio del Notario, tener interés legítimo en el documento. (No es de este lugar el examen del tema del interés legítimo, que ha venido a desembocar, como podía esperarse, en la teoría administrativa acerca del concepto: Orden de 9 de noviembre de 1976). Aunque la prudencia notarial ha minimizado en lo posible el profundo cambio, en la actualidad la aplicación del secreto del protocolo no cubre en su totalidad la actuación de los particulares que acuden al Notario, sino que se refiere, de modo más estricto, a la protección debida a sus secretos íntimos (de orden personal y familiar, especialmente); tema, por cierto, de muy difícil y a veces imposible apreciación. En este estado de cosas, en relación con el tema objeto de esta nota se ha llegado a una solución de carácter práctico, que es la representada por la ya citada Resolución de 31 de octubre de 1962, que establece el principio de cooperación con los Jueces o Tribunales, siempre que con ello no se prevean fundadamente daños y perjuicios por la revelación del protocolo, distinguiéndose también entre los instrumentos públicos «inter vivos» y los «mortis causa», pues respecto a los últimos el criterio del Notario debe ser más res-

trictivo (cfr., además de la Resolución citada, las de 4 octubre 1952, 17 julio 1963 y 12 noviembre 1971, por ejemplo). Frente a esta doctrina no puede mantenerse el criterio de la Resolución de 14 junio 1972, que supone la abdicación por el Notario de su función calificador, a la par que concede al Juez o Tribunal (por una anómala interpretación del artículo 340 L. E. Civ.) un poder absoluto para ordenar la expedición de copias, incluso de testamentos, con la paradójica consecuencia de que, como «traer a la vista» supone (como unánimemente estima la doctrina) incorporar el documento a los autos, el Juez, que no puede conocer de antemano el contenido de la copia, queda innecesariamente expuesto a graves responsabilidades.

Por último, parece conveniente hacer una breve referencia al «interés legítimo» que algún autor atribuye al Juez o Tribunal. Sólo para decir que este concepto es totalmente inaplicable. El Juez o Tribunal carecen de interés legítimo calificable notarialmente; estarán o no autorizados por la Ley para ordenar la expedición de copias, lo que es una cuestión totalmente distinta.

Parece que lo expuesto en esta nota resulta suficiente para mostrar el estado de la cuestión. Pero quedaría incompleta si no se aludiera en ella al tema del procedimiento. El artículo 232 del Reglamento Notarial regula el supuesto en que no se pueda librar copias con arreglo a las leyes y reglamentos, pero este precepto se viene interpretando de tal modo que se entiende que en el supuesto por él contemplado existe negativa del Notario a expedir la copia (artículo 231 del Reglamento Notarial), con la consecuencia del recurso de queja ante la Dirección General, lo que viene a situar en posición desairada a Jueces y Tribunales. El procedimiento resulta inadecuado y tal vez no sea procedente interpretar como negativa el proceder del Notario. La Real Orden de 30 de mayo de 1852 permitía a los funcionarios administrativos pedir noticias al Juez acerca del origen de la causa o pleito y del objeto para el que se estimaba necesaria la diligencia, y establecía la dación de cuenta al Ministerio respectivo para la resolución oportuna cuando graves consideraciones de Gobierno y de interés del Estado se opusieran al cumplimiento, comunicándose por oficio al órgano judicial que su contestación dependía de la decisión superior, con el fin de que los Tribunales, recibido este aviso, lo elevasen con justificación al Ministerio de Gracia y Justicia para los efectos correspondientes. En consecuencia, no existía negativa propiamente dicha, sino suspensión del cumplimiento. En el ámbito notarial, el Juez se dirigía y se dirige actualmente al Notario (aunque la forma sea ya anacrónica) por medio de mandamiento (artículo 288 L. E. Civ., art. 186 L. E. Crim.), es decir, el Juez ordena, puesto que el Notario en el sistema de la Ley del Notariado, de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de las Leyes procesales estaba considerado como funcionario (independiente) de la Administración de Justicia (art. 289 L. E. Civ., artículo 187 L. E. Crim.). Esta subordinación respecto al Juez suponía (y ello ha enturbiado en gran medida el tratamiento del tema objeto de esta nota) que la negativa del Notario constituía un supuesto de desobe-

diencia que tenía carácter delictivo (en la actualidad, artículo 369 del Código Penal), por lo que el Notario se encontraba ante la difícil alternativa de desobedecer el mandamiento o dejar de guardar el secreto del protocolo. Pero si existían motivos graves para la ejecución de la orden podía suspenderla, es decir, aplicar la doctrina de la «remonstratio» o «representación», alegando que de la ejecución resultarían o podrían derivarse graves daños no previstos al dictarse aquélla; mas, desaprobada la suspensión, debía cumplirla para no incurrir en delito (art. 370 del Código Penal). Existía, por tanto, un trámite de suspensión sin negativa. Parece que en este sentido puede y debe interpretarse el artículo 232 del Reglamento Notarial, desligándolo del 231.

JERÓNIMO LÓPEZ LÓPEZ
JUAN SEGOVIA OTERO

