

EJERCICIO PRIVADO DE FUNCIONES PUBLICAS

Por

FERNANDO SAINZ MORENO

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ANÁLISIS DE ALGUNOS SUPUESTOS: 1. *Capitán de buque*. 2. *Comandante de aeronave*. 3. *Práctico de puerto*. 4. *Prestación privada de servicios de seguridad*. 5. *Arbitro de Derecho privado*. 6. *Notarios*. 7. *Agentes de Cambio y Bolsa*. 8. *Corredores colegiados de comercio*.—III. RECAPITULACIÓN: 1. *Delimitación de la categoría*. 2. *Régimen jurídico*: A) Principios generales. B) Posición jurídica.

I. INTRODUCCIÓN

Este estudio tiene por objeto analizar algunas de las actividades profesionales que se suelen calificar como de ejercicio privado de funciones públicas, con la finalidad de determinar cuáles son sus características comunes, esto es, aquellas que determinan esa calificación. Se trata, pues, de alcanzar algunas conclusiones generales sobre el valor jurídico de esta categoría partiendo del análisis de casos concretos.

Se trata de una categoría que tiene una larga tradición.

Cuando en el año 1845 Pedro SAINZ DE ANDINO publicó su *Ensayo crítico sobre la contratación de la Bolsa de Comercio* definió a los agentes que en ella actúan como «oficiales públicos», señalando la diferencia esencial que los separaba de los «funcionarios públicos».

«231. Atendida la calidad de una y otra atribución, está declarado a los agentes el carácter de oficiales públicos, que, según los principios de derecho político, compete a todos los que ejercen en el orden civil de la sociedad atribuciones privativas, que se hallan establecidas y reglamentadas por la ley en beneficio común y servicio del Estado. Esta definición marca bien la diferencia esencial que hay entre los oficiales y los funcionarios públicos, a cuya segunda clase de modo alguno

corresponden los agentes. Para tener la primera consideración es bastante que el oficio tenga por objeto un servicio público: que sea de institución legal; que por la misma ley le estén marcadas las atribuciones; que el nombramiento proceda del Gobierno o de sus delegados, a quienes haya cometido esta facultad, pero en los funcionarios públicos, además de todas estas circunstancias, debe concurrir el ejercicio de atribuciones peculiares de la acción gubernativa o administrativa del Estado, en grado más o menos elevado. Un funcionario público es siempre una autoridad en alguno de los ramos de la Administración pública» (1).

Influido por la terminología francesa, SAINZ DE ANDINO utilizó el concepto de «oficial público» para designar a aquellos profesionales que sin perder su condición de tales ejercían alguna función pública (2). El concepto, sin embargo, no logró arraigar en España, siendo desplazado por otro más descriptivo, «ejerciente privado de funciones públicas», empleado con frecuencia en el Derecho europeo (3).

Los supuestos incluidos bajo esa expresión son muchos y muy variados en su contenido, lo que ha hecho dudar incluso de la utilidad de tal categoría jurídica. Sin embargo, el hecho es que ésta sigue siendo utilizada como una noción necesaria del Derecho público para aplicarse, al menos, a dos clases de supuestos: de un lado, a algunas actividades, que por haber adquirido un significado público especial, el Estado las asume como funciones públicas y las integra en el conjunto de servicios, de los que se hace responsable, aunque manteniendo en gran parte el carácter profesional privado de quie-

(1) Pedro SAINZ DE ANDINO: *Ensayo crítico sobre la contratación de la Bolsa de Comercio*, Madrid, 1845, p. 144, núm. 231.

(2) En el Derecho francés se emplea la expresión *officier public* para denominar supuestos de ejercicio privado de funciones públicas por personas que no son funcionarios públicos (v. más adelante, epígrafe III).

(3) En el Derecho alemán se suele denominar *Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private*; así, por ejemplo, el estudio publicado por Fritz OSSENBUHL y Hans Ulrich GALLWAS en el tomo 29 de las VVDStRL, 1971, y la bibliografía que más adelante se cita en la tercera parte de este artículo, donde también se trata de la «Beleihung»; en el Derecho austriaco también se emplea esta expresión; así, por ejemplo, el tomo 22 de los *Schriften der Bundeskammer der Gewerblichen Wirtschaft* 1972 dedicado al estudio de *Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Privatrechtssubjekte*. Con colaboraciones de SCHÄFFER y de PUCK; en Italia se utiliza la expresión *Esercizio privato delle pubbliche funzioni*, reafirmada en los conocidos estudios de Guido ZANOBINI sobre el tema a los que después se hace referencia; en Francia se utiliza la expresión *officier ministeriel*, expresión que se recogió en la literatura española del siglo XIX.

nes las ejercen; de otro, al ejercicio de algunas profesiones que por las condiciones en que se realizan exige la utilización de potestades administrativas. Lo que caracteriza estos supuestos consiste en que el ejercicio de una función pública, bien sea como objeto principal de una profesión, bien sea como complemento más o menos indispensable de la misma, no transforma al profesional en funcionario público, pero le somete a una reglamentación legal y a una intervención administrativa.

II. ANÁLISIS DE ALGUNOS SUPUESTOS TÍPICOS

A la hora de seleccionar algunos supuestos «típicos» hay que tener en cuenta que la noción de «ejerciente privado de funciones públicas» se aplica con frecuencia creciente a los casos más variados; ha desbordado su ámbito originario (el que media entre la profesión libre y la función pública) para ser aplicada a realidades de naturaleza muy distinta, tales como «sindicatos», «partidos políticos», «asociaciones y federaciones deportivas», «juntas de compensación» e, incluso, «grupos parlamentarios» (4). Tal extensión de su objeto ha hecho que pierda consistencia y utilidad jurídica. Ninguna consecuencia se obtiene al calificar del mismo modo al comandante de una aeronave y a un sindicato. Para que la noción de «ejerciente privado de una función pública» tenga valor jurídico es necesario mantenerla en sus límites tradicionales, esto es, dentro del ámbito del ejercicio privado de profesiones a las que, en todo o en parte, se les atribuye legalmente la cualidad de ejercer funciones públicas.

Partiendo, pues, de esta idea se han seleccionado aquellos supuestos que la doctrina española y extranjera suele incluir generalmente en esta categoría:

1. Capitán de buque,
2. comandante de aeronave,
3. práctico de puerto,
4. profesionales de algunos servicios de seguridad,
5. árbitro de Derecho privado,
6. notario,

(4) Sobre la naturaleza de los grupos parlamentarios, véase Antonio TORRES DEL MORAL: *Los grupos parlamentarios*, «Rev. de Der. Pol.» (8), 1981; Manuel RAMÍREZ: *Teoría y práctica del grupo parlamentario*, «Rev. de Est. Pol.» (10), 1979; Manuel ALBA: *La creación de grupos parlamentarios durante la legislatura*, «Rev. Der. Pol.» (14), 1982.

7. agente de Cambio y Bolsa.
8. corredor colegiado de Comercio.

El análisis podría extenderse a otros muchos supuestos, que con más o menos fundamento también reciben a veces esta calificación (registradores de la propiedad (5), médicos cuando extienden certificados de nacimiento o defunción, profesores de centros privados, a los que se reconoce la función pública de calificar alumnos, etcétera), pero haría excesivamente extenso este estudio y no aportaría, probablemente, nuevos elementos a los que se deducen de los casos anteriores (6).

1. Capitán de buque

En el capitán del buque se dan las características típicas del ejerciente privado de funciones públicas. «La nota que le distingue de todos los demás auxiliares del Derecho marítimo y del terrestre —dice Joaquín GARRIGUES (7)— consiste en la duplicidad de su naturaleza: el capitán es nombrado por el naviero y está ligado a éste por una relación de empleo con facultades representativas; mas, al propio tiempo, sobre la base de esta relación contractual privada, el cargo de capitán recibe, por decisión de la ley, un contenido jurídico público, que es peculiar a esta figura del Derecho marítimo.» En este sentido, SÁNCHEZ CALERO define al capitán como un ejerciente

(5) Sobre la naturaleza jurídica de los registradores de la propiedad —cuestión polémica desde hace mucho tiempo— además de las obras generales, véase Jesús GONZÁLEZ PÉREZ: *Naturaleza del procedimiento registral*, en «Rev. Crít. Der. Inm.», 1949, páginas 579 y ss.; *La impugnación de los actos registrales*, en «Rev. Crít. Der. Inm.», 1955, pp. 513 y ss.; *El recurso gubernativo contra la calificación del registrador de la propiedad*, en «Rev. Crít. Der. Inm.», 1976, pp. 1030 y ss., y *Los efectos de la inscripción de los actos administrativos*, en el núm. 74 de esta Revista, 1974, pp. 9 y ss. ROMANI CALDERÓN: *Carácter de la función calificadora: ¿es de naturaleza judicial o administrativa?*, en «Rev. Crít. de Der. Inm.», 1927, pp. 81 y ss. José Luis LACRUZ BERDEZO: *Dictamen sobre la naturaleza de la función registral y la figura del registrador*, en «Rev. Crít. de Der. Inm.», (530), 1979, pp. 75 y ss.

(6) Juan A. SANTAMARÍA (*Apuntes de Derecho Administrativo. El personal al servicio de la Administración pública*, 1982) incluye también a los «Recaudadores de Hacienda» y a los «Agentes de la Propiedad Industrial».

(7) Joaquín GARRIGUES: *Curso de Derecho Mercantil*, tomo II, 7.ª ed., Madrid, 1980, páginas 605 y ss. GARRIGUES califica al capitán de funcionario público: «La especialidad de la figura jurídica del capitán consiste precisamente en que, siendo un empleado a las órdenes del naviero, es al propio tiempo un funcionario público a bordo» (ob. cit., página 606). Y más adelante describe las obligaciones del capitán como funcionario público (ob. cit., pp. 611 y ss.). Sin embargo, es evidente que esta calificación no se hace en sentido técnico, sino para explicar que «a su carácter privado se superpone su calidad oficial y pública» (ob. cit., p. 606).

de funciones públicas: «El capitán —dice (8)—, sin llegar a adquirir la consideración de funcionario público, ejercita un conjunto de funciones públicas que le otorga el Ordenamiento jurídico; se trata de un particular que ejercita una función pública.» En el mismo sentido, Jesús RUBIO (9) y Manuel BROSETA PONT (10).

La autoridad que el capitán despliega sobre las personas y cosas existentes en el buque «tiene un doble origen: el nombramiento que recibe del naviero y la delegación de autoridad pública que recibe del Estado. El conjunto de facultades que en este carácter se concentran en la persona del capitán se designan en la doctrina sobre el nombre de "poder de mando" o "poder náutico" o "poder de a bordo"» (11).

Al capitán corresponde «mandar la tripulación y dirigir el buque al puerto de su destino, conforme a las instrucciones que hubiere recibido del naviero» (art. 610 del Código civil). Con este objetivo asume las facultades mercantiles (todas las que derivan de su condición de representante del naviero) y públicas (conferidas por el Ordenamiento jurídico) necesarias para ejercitar su poder de mando y cumplir a bordo las funciones propias de su condición de autoridad. Al capitán corresponde, en efecto, ejercitar las siguientes funciones:

— «Imponer, con sujeción a los contratos y a las leyes y reglamentos de la Marina Mercante y estando a bordo, penas correccionales a los que dejen de cumplir sus órdenes o falten a la disciplina, instruyendo, sobre los delitos cometidos a bordo y en la mar, la

(8) Fernando SÁNCHEZ CALERO: *Instituciones de Derecho Mercantil*, 8.ª ed., Valladolid, 1981, p. 572.

(9) Jesús RUBIO: *El capitán de buque*, publicado en «Estudios jurídicos en homenaje al profesor Federico de Castro», tomo II, Madrid, 1976, pp. 613 y ss. «El buque —colonia flotante— constituye la sede física de un conjunto de ciudadanos de un país —bajo una bandera— o de otros países cuya emancipación geográfica del ámbito de coacción del Estado dura a veces largo tiempo. En este punto los ordenamientos podían haber seguido el camino de imponer a cada buque uno o varios funcionarios que ejercieran en su nombre la autoridad y las atribuciones propias de la Administración. Pero una elaboración secular ha preferido recoger la figura jurídica predominante de la nave y revestirla con aquellas funciones: el capitán particular dedicado a la navegación y al comercio adquiere cuando manda un buque una condición de cuasi funcionario dotado de un poder general para el mantenimiento del orden público del barco: el poder naval. Y unas funciones especiales como registrador civil y como notario» (p. 617).

(10) Manuel BROSETA PONT: *Manual de Derecho Mercantil*, 4.ª ed., Madrid, 1981, página 734. El capitán, dice BROSETA, «asume funciones públicas como representante y autoridad delegada de aquella a la que pertenece el pabellón del buque».

(11) Joaquín GARRIGUES, ob. cit., p. 607, donde se describe la evolución histórica de este poder. También Jesús RUBIO, ob. cit., pp. 615 y ss.

correspondiente sumaria, que entregará a las autoridades que de ella deban conocer en el primer puerto a que arribe» (art. 610, 3.º). La Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante, de 22 de diciembre de 1955, protege a la autoridad del capitán tipificando los delitos de «sedición», «insulto», «desobediencia» (arts. 24 y ss.), pero con el límite del «abuso de autoridad» (arts. 39 y 40). El capitán dispone de la potestad disciplinaria, pudiendo imponer correctivos a los tripulantes, oficiales y pasajeros (art. 81), que «aplicará a su prudente arbitrio», «teniendo en cuenta la importancia de la infracción y las circunstancias que en cada una de ellas concurren» (artículo 87). «Los capitanes de buques o quienes hagan sus veces quedan autorizados para tomar, bajo su responsabilidad, medidas de policía con carácter extraordinario, que en los casos de peligro o naufragio estimen necesarias para el buen régimen del buque, las cuales serán cumplidas sin excusa alguna por todos los que se hallaren a bordo, quedando a salvo el ejercicio de las acciones que correspondan con arreglo a las leyes a los que se crean perjudicados» (art. 86).

— Como encargado del Registro civil, al capitán corresponde formalizar las actas de los nacimientos ocurridos en el buque, procediendo, conforme determinan los artículos 71 a 74 del Reglamento del Registro civil, y autorizar con carácter condicional los matrimonios que se celebren a bordo en inminente peligro de muerte (artículos 94 del Código civil y 71 del Reglamento del Registro civil).

— Como fedatario público, el capitán autoriza el testamento marítimo regulado en los artículos 722 a 730 del Código civil.

La doble condición, pública y privada, del capitán del buque aparece clara en nuestro derecho positivo. El capitán de un buque es un profesional privado, que teniendo la titulación correspondiente, es nombrado por el naviero, quedando ligado a éste por una relación de empleo para realizar una actividad que comprende, por ministerio de la ley, el ejercicio de ciertas funciones públicas. Tales funciones no las ejercita, como es obvio, bajo la dependencia del naviero, sino como autoridad pública que actúa en el ámbito de las competencias que le confiere la ley en el momento en que asume, efectivamente, el mando del buque, pudiendo, en su caso, tomar decisiones en esta materia contrarias a la voluntad del naviero (12).

(12) Jesús RUBIO: *El capitán del buque*, ob. cit., p. 630: «Debe aclararse que no se trata, pues, del ejercicio de actividades privadas o de vigilancia sobre la actividad profesional de la dotación, sino de funciones públicas encomendadas por el Estado.

2. Comandante de aeronave

La condición jurídica del comandante de aeronave es análoga, en gran medida, a la del capitán del buque, si bien presenta algunas diferencias que derivan del medio en que uno y otro ejercen sus funciones, el espacio que surcan naves y aeronaves, la duración de los viajes, etc.; tales diferencias se traducen en una mayor o menor duración, intensidad y autonomía en el ejercicio de sus funciones, pero no rompen el paralelismo evidente entre ambas figuras (13).

En la aviación civil, «el comandante de la aeronave es la persona designada por el empresario para ejercer el mando» (art. 59, 1, de la Ley de 21 de julio de 1960). Al comandante corresponde ejercer «funciones técnicas» (responsable de la operación de vuelo), «funciones auxiliares como representante de la empresa» y «funciones públicas» como autoridad a bordo (14). El comandante tendrá la condición de autoridad en el ejercicio de su mando y será responsable de la aeronave y su tripulación, de los viajeros y equipajes, de la carga y del correo desde que se haga cargo de aquélla para emprender el vuelo, aunque no asuma su pilotaje material» (art. 60, 1). La Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea de 24 de diciembre de 1964 confiere a los comandantes de las aeronaves competencia «para sancionar las faltas que cometan los tripulantes y demás personas a bordo de las mismas durante la navegación aérea» (art. 77), extendiendo un acta que elevará al jefe de la región o zona aérea

ante la consideración de que el buque, tanto en alta mar como en puerto extranjero, supone una partícula del Estado de su bandera, en la que es preciso exista un delegado para el ejercicio de las atribuciones de autoridad e imperio que a aquél corresponden y que, en definitiva, se traducen en la conservación del orden público del buque y en la facultad correspondiente llamada autoridad naval o poder de a bordo. Sobre la que conviene precisar que el capitán la ejerce en su condición de representante de la autoridad del Estado, sin la voluntad del naviero o contra la voluntad del naviero, y la adquiere no cuando estipula el contrato de embarco, sino cuando asume efectivamente el mando del buque. Por su carácter juspublicístico estas atribuciones suponen tanto un derecho como un deber: las facultades de corregir disciplinariamente a la tripulación y de instruir sumario sobre los delitos, la de adoptar las precauciones necesarias para que la mercancía no cause daño a la salud o integridad de los individuos de la dotación o de los pasajeros son, como se comprende, deberes del capitán a los que acompaña el poder legal suficiente para cumplirlas.»

(13) En la doctrina es frecuente señalar las diferencias entre el capitán del buque y el comandante de aeronave (así, Martín BRAVO NAVARRO: *El comandante de aeronave*, Madrid, 1966, pp. 23 y ss.; Luis TAPIA SALINAS: *Curso de Derecho Aeronáutico*, Barcelona, 1980, pp. 172 y ss.). Tales diferencias son evidentes, pero no afectan a la cuestión que aquí se examina del doble carácter público y privado de su actividad.

(14) Louis CARTOU: *Droit aérien*, PUF, París, 1963, pp. 180 y ss.; clasifica las funciones en tres categorías: «comercial», «técnica» y «administrativa».

(artículo 86, 2) (15). El comandante tiene la obligación de mantener la disciplina a bordo, de modo que «incurrirá en la pena de arresto mayor o pérdida del título profesional el comandante que no emplee los medios que estén a su alcance para reprimir cualquier acto de indisciplina si del mismo pudiere derivarse dificultad o perturbación para el servicio público o peligro para la vida de las personas, la seguridad de la aeronave o del cargamento» (art. 53).

El comandante de la aeronave realiza las mismas funciones que el capitán del buque al levantar actas sobre «nacimientos, matrimonios y defunciones ocurridos en circunstancias especiales» (artículos 71 a 74 del Reglamento de la Ley del Registro civil, aprobado por Decreto de 14 de noviembre de 1958).

El ejercicio, pues, de la profesión de comandante de aeronave implica la asunción de ciertas funciones públicas cuando concurren las circunstancias señaladas por la ley. Esta condición jurídica del comandante, que es, de una parte, auxiliar del empresario mercantil y de otra autoridad pública, se califica por la doctrina, con alguna excepción (16), como ejercicio privado de una función pública.

3. *Práctico de puerto*

El Reglamento General de Practicajes, aprobado por Decreto de 4 de julio de 1958, define al práctico de puerto como «capitán, piloto o patrón, facultado por el Ministerio de Marina, para pilotar los buques en las entradas y salidas del puerto, rías o barras, en los mo-

(15) El Convenio de Tókió sobre las infracciones y ciertos actos cometidos a bordo de las aeronaves de 14 de diciembre de 1963 (ratificado por España el 1 de octubre de 1969, publicado en el «BOE» el 25 de octubre de 1969) establece en su artículo 6.º que cuando el comandante de la aeronave tenga razones fundadas para creer que una persona ha cometido o está a punto de cometer a bordo una infracción o acto previsto en el artículo 1.º (infracción de leyes penales, o actos que puedan poner o pongan en peligro la seguridad de la aeronave o de las personas o bienes en la misma o que pongan en peligro el buen orden y la disciplina a bordo), podrá imponer a tal persona las medidas razonables, incluso coercitivas que sean necesarias.

(16) Francesco Alessandro Querci: *La figura giuridica del comandante di nave e di aeromobile*, Milán, 1964, p. 5; rechaza, sin embargo, la calificación jurídica del comandante como ejerciente privado de funciones públicas. Pese a que, dice este autor, la doctrina casi unánimemente utiliza indiscriminadamente esa calificación, sin embargo, no es satisfactoria porque la posición jurídica del comandante tiene una estructura jurídica apoyada en una trama muy compleja que no puede resolverse simplemente con el concepto de ejerciente privado de funciones públicas (p. 10). No cabe, dice, «un concepto genérico que comprenda las atribuciones públicas que se confieren al comandante como *jefe de la expedición* y aquellas otras que le corresponden en cuanto *jefe de la comunidad viajante*» (p. 18).

A mi juicio, sin embargo, estas sutiles distinciones no aportan, a la postre, ninguna novedad sustancial sobre la tesis tradicional del comandante como ejerciente de una función pública.

vimientos dentro de los mismos y en los amarrajes y desamarrajes» (art. 1.º, a) y regula su estatuto jurídico con características peculiares que la jurisprudencia ha destacado.

El práctico es un profesional (capitán, piloto o patrón) que en las entradas y salidas de los puertos, canales, ensenadas, etc., estando a bordo del buque toma el mando del mismo en el lugar del capitán (art. 612, núm. 7.º, del Código de comercio), pero al actuar como agente de la Administración imputa a ésta la responsabilidad patrimonial derivada de los daños que pueda ocasionar con su actividad profesional (Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 1982) (17). Esta situación jurídica del práctico de puerto lo sitúa, pues, en posición peculiar dentro de la función pública que justifica su inclusión entre las situaciones que estamos estudiando. La Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1980 (referencia Ar. 4715) lo describe en estos términos (18):

(17) En este caso se trataba de los daños causados por la actuación de un práctico del puerto de la ría de Arosa que dirigía la operación de fondo de una mejillonera. El Tribunal Supremo condenó a la Administración al pago de los daños porque cuando la Administración otorga la autorización para la instalación de una batea-mejillonera actúa en el ejercicio de una función pública regulada por una normativa administrativa de carácter especial —Ley de 30 de junio de 1969, sobre Ordenación Marisquera, y Orden de 25 de marzo de 1970— y cuando se procede a su fondeo bajo la dirección del práctico del puerto, éste actúa como agente de la Comandancia de Marina para controlar que la mejillonera se instale en el lugar que le ha sido asignado en la Orden ministerial de la concesión, por lo que no puede decirse que la reclamación de los daños que se hayan originado por una inadecuada colocación de la mejillonera sea competencia de la jurisdicción ordinaria, pues el conocimiento de cuantas cuestiones puedan suscitarse sobre el resarcimiento de los mismos tiene carácter administrativo a tenor de lo establecido en los artículos 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, artículo 3, b) de la Ley reguladora de esta jurisdicción y artículo 122 de la Ley de Expropiación Forzosa.

(18) En este caso, los recurrentes prácticos de los puertos de Aaiún y Villa Cisneros, plazas que obtuvieron en virtud de concurso-oposición, cesaron forzosamente en los destinos el 12 de enero de 1976 a consecuencia de la descolonización del territorio del Sahara por el Estado español en virtud de lo dispuesto en la Ley 40/75, de 19 de noviembre. Para solucionar su situación se dictó un Decreto de fecha 4 de enero de 1977 por el que se les concedía el derecho a acceder a los puestos de igual clase de la Península previo concurso-oposición, pero dándoles preferencia sobre los demás si superaban las pruebas durante un período de cinco años. Como esta disposición no satisfacía a los interesados, formularon petición al Consejo de Ministros para que acordase: 1.º Que los mismos tenían derecho a que se les reconociese su condición de funcionarios públicos y se les declarase en situación de excedentes forzosos mientras no se les destinase a otro puerto. 2.º Que se adoptasen las medidas necesarias para destinarlos con carácter provisional o en comisión a cualquier punto del territorio nacional en que exista plaza vacante hasta tanto obtengan nueva plaza en propiedad. 3.º Que de no accederse a las pretensiones precedentes, se les conceda la indemnización por perjuicios en la forma que concretan.

Desestimada su pretensión, interpusieron recurso contencioso-administrativo. El Tribunal Supremo rechaza sus dos primeras peticiones al no reconocerles el carácter de funcionarios civiles del Estado, pero, en cambio, estima su petición de indemnización, cuyo importe fija teniendo en cuenta el promedio de su retribución mensual.

«En efecto, a consecuencia de su especial normativa, el Reglamento General de Practicajes de 4 de julio de 1958, los prácticos acceden a los puestos de trabajo por concurso-oposición para cada puerto, por lo que carece de escalafón, no tienen derecho a traslado y cobran por arancel, reconociéndoseles únicamente el derecho a permanecer en el puesto hasta los sesenta y cinco años o los setenta, si se les prorroga por continuar con aptitudes físicas para ello, dependiendo del Ministerio de Marina, que es quien les concede los nombramientos y teniendo, según el artículo 5.º, "la consideración de funcionarios públicos". Pero esta condición de funcionario público, no de funcionario civil al servicio de la Administración, no permite les sea aplicable la Ley de Funcionarios Civiles de 7 de febrero de 1964, porque esta normativa comprende únicamente a aquellos funcionarios que perciban sueldos con cargo a los presupuestos del Estado; los recurrentes ni cobran sueldo con cargo a los presupuestos ni pueden gozar de situaciones como la de excedencia forzosa, razones por las que deben rechazarse sus pretensiones de que se les conceda la excedencia durante el tiempo que han estado sin destino.»

El tribunal, pues, tiene en cuenta como dato relevante para calificar su situación el de que no perciban un sueldo, sino una retribución por los servicios prestados, fijada según tarifas aprobadas por el Ministerio de Comercio (art. 34). De manera que la declaración del artículo 5.º, párrafo 2.º, de ese Reglamento, según la cual «en el ejercicio de su profesión estarán exclusivamente subordinados a la autoridad local de Marina, teniendo la consideración de funcionarios públicos» no se puede interpretar en el sentido estricto de que sean funcionarios civiles de la Administración del Estado, sino en el sentido, un tanto ambiguo, de «funcionario público», sin más. Tal calificación los aproxima a la situación que generalmente suele configurarse como de «ejercicio privado de una función pública», pero en este caso en una posición mucho más próxima a la de funcionario en sentido estricto que a la de profesional situado.

4. *Prestación privada de servicios de seguridad*

Proteger «el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana» es una misión que la Constitución encomienda a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad bajo la dependencia del Gobierno (art. 104). La seguridad pública es materia que corresponde a la competencia exclusiva del Estado, sin perjuicio de la posibilidad de creación de policías por las Comunidades Autónomas (art. 149, 1, núm. 29). La Ley de Policía de 4 de diciembre de 1978 establece que los Cuerpos de Seguridad del Estado, integrados por la Policía (Cuerpo Superior de Policía, Cuerpo de la Policía Nacional) y por la Guardia Civil, tienen por misión «defender el ordenamiento constitucional, proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana» (art. 2). Por tanto, garantizar la seguridad ciudadana es una función pública, primaria y fundamentalmente encomendada a órganos públicos.

Sin embargo, nuestro derecho positivo admite que esa función pueda ser ejercitada en algunos casos por particulares, esto es, por personas privadas, cuya profesión es la prestación de servicios de este tipo, asumiendo, como vamos a ver, el carácter de agentes públicos, pero sin adquirir la condición de funcionarios y percibiendo una retribución de quienes los contratan. Los supuestos que aquí se dan son muy variados («guardapescas jurados marítimos», «guardas piscícolas y fluviales», «guardas forestales», «guardas jurados», «guardas rurales», «vigilantes jurados de seguridad», «vigilantes nocturnos», «detectives privados»), pero no todos tienen la misma naturaleza. En algunos casos se trata de funcionarios públicos, en otros de simples profesionales. Para poder calificarlos de ejerciente privado, en esa función pública tiene que concurrir en primer lugar la nota de ejercicio «profesional» de esa función. Por tanto, no se incluyen aquí los supuestos de colaboración ocasional que todo ciudadano debe o puede prestar, según los casos, a esa tarea; por ejemplo, las detenciones que «cualquier persona» puede practicar de quienes se encuentran en los supuestos del artículo 490 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, o bien los casos en los que excepcionalmente el personal encargado de la vigilancia de una autopista «queda investido de carácter de autoridad» en ausencia de los agentes públicos competentes (art. 29 de la Ley de Autopistas de 10 de mayo de 1972).

Cuando, por el contrario, concurre la nota de profesionalidad es necesario, sin embargo, separar los casos en los que la función es

desempeñada por funcionarios de aquellos otros en los que se trata de auténticos ejercientes privados de una función pública.

A) El Servicio de Guardapescas Jurados Marítimos fue creado por Decreto de 25 de abril de 1974 («BOE» de 13 de julio), con la finalidad de proteger los establecimientos de acuicultura, cuando lo solicitan los concesionarios de los mismos. Los «guardapescas jurados marítimos, en el ejercicio de su cargo y dentro del establecimiento en que presten sus servicios tendrán la consideración de agentes auxiliares de la autoridad de Marina» (art. 3.º, 1), aunque «sus salarios y percepciones, cualquiera que sea su clase, correrán en todo caso a cargo de las personas o entidades para quien presten sus servicios y deberán ser establecidos de acuerdo con la legislación laboral» (artículo 3.º, 2). Los nombramientos de los guardapescas jurados serán otorgados por los comandantes de Marina (art. 16) una vez que hayan «jurado el cargo» (art. 17).

B) En cambio, la Guardería Fluvial (organizada por Decreto de 7 de noviembre de 1935 y Orden de 11 de enero de 1958), que ejerce las funciones señaladas en el Reglamento de Policía de Aguas y sus Cauces, y el Cuerpo de Guardería de Pesca Continental del Estado (regulado por un Reglamento aprobado por Decreto de 23 de julio de 1953), está formada por funcionarios públicos.

C) Lo mismo sucede con el Cuerpo Especial de Guardería Forestal del Estado, que «contará con el número de funcionarios que se fije por ley» (art. 3.º del Decreto de 10 de septiembre de 1966).

D) Los guardas particulares del campo, jurados, regulados por el Reglamento aprobado por Real Decreto de 8 de noviembre de 1849, tienen, a diferencia de los «no jurados» (art. 29), «el mismo carácter, facultades y consideraciones que los guardas municipales» (artículo 33), haciendo fe sus declaraciones juradas como las de los municipales (art. 17: «La ratificación bajo juramento de los guardas municipales en las denuncias hechas por ellos hará fe, salvo siempre la prueba en contrario, cuando con arreglo al Código penal no merezca el hecho denunciado más calificación que la de falta»). Aunque su misión es la de «atender a la custodia de las propiedades que se les hayan encomendado», deben «prestar a las personas, autoridades y sus agentes la protección y auxilio establecidos en el Reglamento (art. 37).

E) Los vigilantes jurados de seguridad, de reciente creación, tienen una naturaleza jurídica singular que corresponde a la típica de los ejercientes privados de funciones privadas.

El Decreto de 23 de julio de 1977, número 2112 («BOE» de 17 de agosto), impuso a todos los Bancos, Cajas de Ahorro y entidades de crédito la creación de un «departamento de seguridad», responsable de la organización y funcionamiento de ese servicio «con competencia en todo lo relativo a vigilantes jurados e instalación de dispositivos de alarma y programación» (art. 1.º). A estos efectos, las entidades mencionadas debían solicitar del Gobierno civil de la provincia el nombramiento del número de vigilantes jurados que estimasen necesarios para la prestación de los servicios (art. 2.º). Los vigilantes jurados pasaban a integrar el «Servicio de vigilantes jurados de Seguridad» (art. 3.º), cuyo régimen jurídico fue concretado posteriormente por el Real Decreto de 10 de marzo de 1978 («BOE» de 4 de abril), reformado por Real Decreto de 23 de febrero de 1983 («BOE» de 14 de abril) y desarrollado por Orden del Ministerio del Interior de 8 de abril de 1981. La obligación de mantener vigilantes jurados puede ser dispensada por los gobernadores civiles cuando los Bancos, Cajas de Ahorro y entidades de crédito cubran ciertas condiciones de seguridad que se especifican en el decreto (art. 7.º). El Tribunal Supremo ha declarado que «no se atribuye a la Administración una potestad discrecional para disponer o no la obligación de mantener vigilantes, sino que se trata de una decisión reglada según se cumplan o no las medidas de seguridad contempladas en el artículo 7.º del Decreto» (Sentencias de 16 de marzo de 1982 —Ref. Ar. 2130— y de 7 de octubre de 1982 —Ref. Ar. 6347—).

Para ser nombrado vigilante jurado de Seguridad es necesario reunir las condiciones establecidas en el artículo 1.º del Decreto de 1978 (aptitud física, carencia de antecedentes, conocimiento del manejo de las armas necesarias, etc.), superar las pruebas que a estos efectos se establezcan y prestar juramento ante el gobernador civil («cumplir bien y fielmente los deberes del cargo y defender los intereses puestos bajo su custodia en bien de la seguridad ciudadana y de España»). Una vez expedido el «título-nombramiento» toman posesión de su cargo ante el jefe de Seguridad de la empresa, director gerente, administrador o jefe de personal (art. 3.º).

Los vigilantes jurados, «cuando se hallaren en el ejercicio de las funciones de su cargo tendrán el carácter de agentes de la autoridad»

(artículo 3.º del Decreto de 23 de julio de 1977) y su misión, en general, será: «a) ejercer la vigilancia sobre los locales y bienes de la empresa, b) proteger a las personas y propiedades, c) evitar la comisión de hechos delictivos o infracciones obrando en consecuencia, d) identificar, perseguir y aprehender a los delincuentes, colaborando a tal efecto con las Fuerzas de Seguridad y Orden Público), e) efectuar el transporte de fondos y f) cualquier otra actividad que les corresponda por su condición de agentes de la autoridad» (art. 18 del Decreto de 10 de marzo de 1978).

Tales «agentes de la autoridad», sin embargo, «dependerán, en cuanto al servicio del jefe de seguridad de la entidad si lo tuviere y, en su defecto, del director gerente, administrador o jefe de personal, de quienes recibirán, con exclusividad, las instrucciones pertinentes para la práctica del servicio» y «sus condiciones de trabajo, salarios y percepciones a cargo de la empresa se establecerán de acuerdo con las normas laborales vigentes» (art. 11).

El servicio deben prestarlo de uniforme (arts. 7.º y ss.), utilizando las armas establecidas al efecto (según el Real Decreto de 23 de febrero de 1983, «BOE» de 14 de abril de 1983: el arma corta reglamentaria será el revólver calibre 38, de 4 pulgadas, y, en su caso, la escopeta de repetición del doce —art. 10, 2— y realizar los ejercicios y prácticas de tiro que se establezcan.

El cargo de vigilante jurado «es incompatible con la situación de servicio activo en las Fuerzas Armadas y Cuerpos de Seguridad del Estado o de otras entidades territoriales, y también con el ejercicio de la profesión de detective privado o de auxiliar de los mismos» (artículo 1.º, 2, del Decreto de 1978, reformado en 1983), debiendo dedicarse «dentro de la entidad o empresa en que presten sus servicios, única y exclusivamente, a la función de seguridad para la que han sido designados, no pudiendo simultanear la misma con otras funciones en la empresa» (art. 17 del Decreto de 1978). Es falta muy grave «la inhibición o pasividad en la prestación del servicio» (artículo 14 del Decreto de 1978).

Estos servicios pueden organizarse y prestarse por empresas especializadas, las cuales utilizan «vigilantes jurados». El Real Decreto 880/1981, de 8 de mayo, establece el régimen jurídico de las compañías privadas que realizan «prestaciones privadas de servicios de seguridad», «sin perjuicio de las competencias que tienen atribuidas los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado» (art. 1.º), con

los cuales, en todo caso, deben colaborar prestándoles «el apoyo que les sea requerido» (art. 7.º). Para el ejercicio de su actividad, las compañías deben inscribirse necesariamente en el Registro de la Dirección General del Estado y están sujetas a la inspección y vigilancia de las Jefaturas Superiores, comisarías provinciales y locales de Policía (art. 17), a las cuales deben mantener informadas sobre su actividad, debiendo, además, remitir anualmente a la Dirección General de Seguridad una Memoria detallada de las actividades realizadas (art. 17).

F) El Servicio de Vigilantes Nocturnos, que se estableció por Decreto de 15 de octubre de 1977 («BOE» de 5 de noviembre) para suplir, en parte, el Servicio de Serenos de Comercio y Vecindad, que había sido suprimido por Decreto de 4 de abril de 1974, configuró la naturaleza de los vigilantes con las características propias del ejercicio privado de funciones públicas. Se les atribuyeron las funciones «de prevención de los delitos y faltas, la colaboración en el mantenimiento del orden público y de la seguridad de las personas y cosas en la calle, así como la asistencia al vecindario», teniendo, sin embargo, el «carácter de trabajadores autónomos», que perciben su salario directamente de las asociaciones de vecinos, comunidades de propietarios o comerciantes de la zona que hubieran solicitado sus servicios (art. 3.º, 3). Pero en lo demás «serán considerados como agentes de la autoridad municipal, especialmente a efectos penales, vistiendo uniforme y portando arma corta y defensa reglamentaria, conforme a lo que se determine en la ordenanza municipal correspondiente» (art. 4.º, 1). «Los vigilantes nocturnos tendrán la condición de auxiliares de las Fuerzas de Orden Público, a cuyos miembros deberán prestar toda la ayuda que fuere necesaria, incluso sin requerimiento previo» (art. 4.º, 5).

La condición de vigilante nocturno se adquiere «mediante la habilitación y nombramiento municipal» otorgado a favor de quien lo solicite y reúna las condiciones enumeradas en el Decreto de 15 de octubre de 1977. El Tribunal Supremo, en Sentencia de la Sala Cuarta de 24 de septiembre de 1982 (Ref. Ar. 5496), ha declarado: «a) la enumeración de condiciones establecidas en el artículo 2.º del Decreto de 15 de octubre de 1977 tiene un carácter exhaustivo no dejando ninguna puerta abierta a posibles complementos posteriores, y b) las facultades que al alcalde se le conceden para conferir la habilitación son completamente regladas».

G) Por último, hay que mencionar en esta exposición a los «detectives privados», aunque sólo sea para señalar que éstos tienen, actualmente, el carácter de puros profesionales y no el de ejercientes de una función pública.

Para ejercer la profesión de detective privado (regulada por la Orden de 20 de enero de 1981 —«BOE» de 23 de enero—, desarrollada por Resolución de 11 de mayo de 1981 —«BOE» de 2 de junio—) es necesario obtener una «licencia» que otorga la Dirección General de Policía a quienes habiéndolo solicitado a través de las Jefaturas Superiores de Policía o Comisarías Provinciales o Locales reúnen los requisitos y superan las pruebas de aptitud establecidas en el artículo 1.º de la citada Orden de 1981. Estas disposiciones no definen el contenido de la profesión de detective, pero establecen ciertos límites a la misma: «Los detectives privados no podrán realizar investigaciones sobre delitos perseguibles de oficio, y si alguno de éstos llegara a su conocimiento, darán cuenta del mismo inmediatamente a las comisarías de Policía o puestos de la Guardia Civil. No obstante, podrán investigar los delitos perseguibles a instancia de parte legítima cuando estén autorizados por los agraviados y la autoridad judicial no se halle conociendo del asunto o cuando la investigación sea solicitada por parte directamente interesada y consienta en ello el órgano judicial» (art. 8.º de la Orden de 20 de enero de 1981). «Los detectives y sus auxiliares están obligados a guardar riguroso secreto de las investigaciones que realicen y no podrán facilitar datos sobre éstas más que a las personas que se las encomiendan, y a las autoridades policiales, juzgados y tribunales, cuando tales informaciones se soliciten formalmente por el organismo competente en cada caso» (art. 9.º); y cuando cesan en su actividad, su libro-registro y la documentación concerniente a sus investigaciones pasarán al profesional que les sustituya y, en su defecto, será depositada en la Dirección General de Policía (art. 13).

Por tanto, la profesión de detective privado está configurada como una actividad puramente profesional, aunque por la índole de su actividad se encuentre sometida a una especial regulación jurídica, que no sólo la delimita negativamente, sino que impone deberes para garantizar la protección de ciertos derechos (por ejemplo, el deber de reserva y entrega de sus libros-registros y documentos).

5. Arbitro de Derecho privado

El arbitraje de Derecho privado es una «institución por la que una o más personas dan solución a un conflicto planteado por otras que se comprometen previamente a aceptar su decisión» (art. 2.º de la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado de 24 de diciembre de 1953 (19). Los árbitros, designados siempre de común acuerdo (artículo 22), emiten un laudo sobre la cuestión de Derecho privado que se les somete (20), cuya ejecución, una vez firme, puede obtenerse «ante el juez de Primera Instancia del lugar donde se ha seguido el arbitraje», «del modo que la Ley Procesal establece para las sentencias» (art. 31). «El otorgamiento del compromiso impedirá a los jueces y tribunales conocer de la controversia sometida al fallo arbitral, siempre que la parte a quien interese invoque el compromiso de excepción» (art. 19).

¿Qué naturaleza jurídica tienen los árbitros que han aceptado desempeñar esa función? Como es sabido, la cuestión ha sido especialmente examinada por la doctrina procesal. El problema fundamental radica en determinar de dónde procede el poder que los árbitros ejercen al desempeñar su función y cuál es la naturaleza de este poder. La Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje parece situar la cuestión en el ámbito puramente contractual, de modo que los árbitros reciben de los contendientes la autoridad necesaria para imponerles una decisión (21). Sin embargo, un análisis más

(19) La materia objeto de arbitraje no sólo ha de ser una cuestión sujeta al *Derecho privado*, sino además ha de ser «de la libre disponibilidad de las partes». La *Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 25 de abril de 1975* (Ref. Ar. 1827) declaró que «... es indudable que, además de que las partes aceptaron al arbitraje, instituido contractualmente por libre determinación de las mismas, como medio de excluir la tutela jurídica estatal, el contenido de la controversia no tiene ninguna relación ni con el objeto cuyo examen ha de llevar a cabo la Junta General Ordinaria de las Sociedades Anónimas, en el primer semestre de cada ejercicio —art. 50— ni con la delegación de facultades del Consejo de Administración —art. 77—, tampoco con la nulidad de los acuerdos sociales —arts. 67 al 70—, ni con la actuación del órgano de censura de ellas —art. 108— todos esos preceptos de la Ley especial citada, invocados en el primer motivo del recurso, amparado en el número 3.º del artículo 1691 de la Ley procesal civil, como el motivo segundo por haber sido sometidos a la decisión arbitral, puntos que no son de índole civil, motivos que no pueden prevalecer, porque según lo expresado, la cuestión sometida a la decisión arbitral impugnada es materia de Derecho privado, de la libre disponibilidad de las partes.

(20) Sobre la naturaleza del laudo arbitral, véase *Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 30 de noviembre de 1973* (Ref. Ar. 4548), en la que se afirma que el laudo no es un simple dictamen, sino un fallo con fuerza ejecutiva.

(21) La exposición de motivos de la Ley de 22 de diciembre de 1953 dice: «Cuando ya no es posible un arreglo directo pero quedan zonas de armonía accesibles a terceros sin necesidad de acudir a la fuerza del Estado que habría de obtenerse *ex officio*

detenido de la posición de los árbitros muestra, con toda evidencia, que la función que éstos ejercen es de naturaleza pública, aunque es cierto que está sustentada en un acuerdo de voluntades. Y aquí, como es sabido, es fundamental distinguir entre el «contrato preliminar de arbitraje» (que obliga a la realización de cuantos actos sean necesarios para que el arbitraje pueda tener efecto, art. 9.º) y el «contrato de compromiso», que produce los efectos del arbitraje (artículo 12) (22). De modo que la clave de la cuestión no está en el contrato preliminar, sino en la «dación y recepción de árbitros» (artículos 20 a 25) (23). Jaime GUASP (*El arbitraje en el Derecho español*, 1956) ha advertido que si bien la «dación y recepción del arbitraje» (*datio arbitrii, receptum arbitrii*) se explican a través del contrato, sin embargo, un análisis a fondo puede suscitar ciertas reservas que conducen a la necesidad de tener en cuenta la *teoría del oficio*. Dice GUASP: «La teoría del oficio no pertenece al Derecho privado: probablemente, más que por incompatibilidad de esencia, por pereza de los privatistas. Pero se podría intentar señalar cómo ciertos legámenes, muchas veces calificados como contratos, no pertenecen en realidad sino a una categoría distinta, en la que alguien asume *un oficio* que le inviste de un estatuto legal, distinto del contenido puramente voluntario que cada contrato tiene. Igual que por razón del objeto hay tipos de adhesión..., igual por razón del sujeto

indicis... se da entrada a esta obra pacificadora de terceros que, gozando de la confianza de los contendientes, pueden recibir de éstos la autoridad necesaria, para imponerles una decisión satisfactoria.»

(22) La distinción entre «cláusula compromisoria» (o contrato preliminar de arbitraje) y «compromiso» de arbitraje ha sido examinada por la jurisprudencia en muchas ocasiones, afirmándose en ella, de modo reiterado, que sólo el «compromiso» de arbitraje elimina —si su existencia es alegada como excepción— la competencia de los órganos jurisdiccionales, de manera que la «cláusula compromisoria» no tiene más alcance que el de vincular a las partes a la conclusión futura del compromiso. Así la *Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 3 de mayo de 1975 (Ref. Ar. 2096)*.

«El tema de la *litis* objeto de decisión en su día por la resolución arbitral —dice la *Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1972 (Ref. Ar. 252)*— ha de ser, no precisamente las manifestaciones y pretensiones que las partes puedan hacer a través de sus escritos de alegaciones a que hacen referencia las reglas 1.ª y 2.ª del artículo 27 de la Ley de Arbitraje de 22 de diciembre de 1953, como en este recurso pretende el recurrente, sino el fijado en la propia escritura de formalización del compromiso suscrito por las partes, como así se especifica en el número 3 del artículo 17 de la referida Ley.»

(23) FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ: *Derecho procesal civil*, Barcelona, 1980, p. 1221, sobre la naturaleza de la asunción de su cargo por los árbitros (¿mandato?, ¿arrendamiento de servicios?) declara: «Sin embargo, estas calificaciones no pasan de ser loable esfuerzo por mantener la configuración contractualista del arbitraje. En el fondo no existe más que la institucionalización del juicio arbitral, nombramiento y aceptación de los árbitros y consiguiente ejercicio de su jurisdicción a través del proceso arbitral.»

se podría intentar distinguir y sustraer de la noción de contrato a aquellas prestaciones en que el sujeto que jurídicamente las realiza *más desempeña un oficio que cumple una verdadera prestación contractual* (24).

En resumen, pues, el árbitro de Derecho privado ejerce, por ministerio de la ley, una función pública que asume cuando acepta su cargo. Su «potestad arbitral» no deriva, en efecto, del convenio establecido entre los particulares que someten a arbitraje su controversia. Tal potestad deriva de la ley que configura el oficio de árbitro de Derecho privado. Tal oficio tiene carácter público; así lo reconoce el Código penal cuando dispone en su artículo 388 que lo dispuesto sobre el delito de cohecho es aplicable «a los jurados, árbitros, arbitradores, hombres buenos o cualesquiera personas que desempeñen una función pública».

6. Notarios

La función notarial es muy anterior a la actual configuración del Estado y, desde luego, a la acuñación de las categorías que el Derecho público de nuestros días utiliza para calificar a las personas que realizan actividades públicas o de interés público. La figura del notario se ha forjado a lo largo de la historia adquiriendo una entidad propia, cuyo perfil no es una creación del poder público, sino el resultado del ejercicio de una profesión a lo largo del tiempo (24 bis). El Estado ha incorporado a su organización la activi-

(24) Sin embargo, Jaime GUASP deja esbozada esta reserva «para el futuro» (p. 141) y prefiere por el momento explicar la dación y recepción del arbitraje desde la noción de contrato. Analiza entonces la clase de contrato de que se trata (mandato en unos casos, arrendamiento de servicios en otros) y la posición de las partes que en él intervienen, los compromisarios, los árbitros y el notario (este último en una función especial que no es aquí tanto la de fedatario público como la de encargado de una misión especial, la de representante de las partes contratantes del compromiso arbitral que ejecuta su declaración de voluntad —p. 147—). Pero, no obstante, en el momento de concluir su análisis, Jaime GUASP vuelve de nuevo a la teoría del oficio cuando responde a esta pregunta: ¿Qué es lo que adquiere el árbitro en virtud de su nombramiento y de su aceptación? «Adquiere la potestad arbitral, el oficio de árbitro, aquello que antes veíamos que quizá rebasara del marco propiamente voluntario de un contrato estricto. Adquiere la potestad arbitral en virtud de la cual jurídicamente puede decidir la controversia interpartes. Adquiere, por tanto, la potestad final de resolver el conflicto pendiente entre los sujetos comprometidos. Y, como es lógico, las potestades instrumentales que necesita para cumplir ese encargo o ese cometido final. ¿En qué términos? En los términos que la ley, y no las partes, establecen, y que constituye el régimen jurídico del procedimiento arbitral» (p. 151).

(24 bis) Véase José BONO HUERTA: *Historia del Derecho Notarial español, la Edad Media*, Madrid, 1982. MICHOT, J.: *Origines des notariat, ou histoire de la forme des conventions et actes privés depuis les temps les plus reculés*, Paris, 1878.

dad profesional de los notarios, asumiéndola en parte, pero respetando su peculiaridad histórica. De ahí que los notarios ocupen una posición media entre la de los funcionarios públicos y la de los profesionales. El notario tiene en el Derecho español un estatuto singular, en parte reglado por el poder público, en parte sujeto a las reglas generales de la libertad profesional. «En España —dice Federico DE CASTRO— el notario o escribano público fue considerado siempre como oficio de honor, que sólo se debía otorgar a personas aprobadas y conocidas por su fidelidad y conciencia... Tienen —continúa DE CASTRO— una posición especial en la organización jurídica, no constituyen una profesión libre, pues su ingreso está regulado por el Estado, su número es limitado y su actividad reglamentada; no son servidores del Estado, en sentido estricto, en cuanto son elegidos y remunerados por los particulares» (25).

Lo mismo sucede en otros países europeos, en los que los notarios ejercen la función de la fe pública sin llegar a ser por ello funcionarios (26). El estudio de la situación del notario en esos países —especialmente en Francia (27), Italia, (28) y Alemania (29)— puede

(25) Federico DE CASTRO: *Derecho Civil de España*, tomo I, IEP, Madrid, 1955, p. 579. Y continúa: «Forman una aristocracia profesional que el Estado selecciona, organiza y privilegia; poniendo al servicio de los particulares, para dar forma jurídica a sus actos, su formación científica y su cualificada experiencia. Su labor, aunque menos visible o más recatada que la del abogado, tiene un significado central en la realidad jurídica; actúa con su dirección y consejo en los actos más importantes de la vida económica y familiar y sus fórmulas son hoy la fuente más fecunda de jurisprudencia cautelar.»

(26) Esta es la característica común de los países del denominado sistema latino. Véase Manuel DE LA CÁMARA: *El notariado latino y su función*, en «Revista de Derecho Notarial», abril-junio 1972. Enrique GIMÉNEZ ARNÁU: *Derecho Notarial*, 2.ª edición, 1976, especialmente pp. 118 y 119.

(27) La regulación jurídica del notariado en Francia se caracteriza por las siguientes notas:

El artículo 1317 del Código Civil francés define el acto auténtico como «*celui qui a été reçu par officiers publics ayant le droit d'instrumenter dans le lieu ou l'acte a été rédigé, et avec les solennités requises*». A estos efectos tienen la condición de «*officier public*» los «*officiers de l'état civil —maire, adjoints, conseillers municipaux—, les notaires, les agents diplomatiques, les greffiers des tribunaux—*». Los notarios, pues, comparten con otros «*officiers publics*» la función de dar autenticidad a ciertos actos. Pero su función no queda reducida a esto. La figura del notario francés, dicen Ambroise COLIN y André CAPITANT, hay que situarla en el ámbito de la «aplicación del Derecho»; se trata de una persona cuyo papel «es esencialmente el de dar consejos a los particulares y ayudarles en la redacción de sus actos jurídicos. Ejercen una doble función: primero, tienen la misión de «conferer l'authenticité des actes instrumentaires» —art. 1.º de la Ordenanza de 2 de noviembre de 1945; y, segundo, tienen la misión de aconsejar a los particulares que acuden a ellos.

El Derecho notarial en Francia está contenido en una serie de normas dispersas que regulan distintos aspectos de su estatuto y de su función. Las disposiciones más importantes son la *Ley del 25 Ventoso del año 11* (16 de marzo de 1803), modificada por varias disposiciones ulteriores, de ellas la más importante es la *Ordenanza de 2 de*

noviembre de 1945, que contiene el estatuto jurídico del notariado francés. En otras normas y disposiciones se regulan la «disciplina notarial» (Ordenanza de 28 de junio de 1955 y Ley de 25 de junio de 1973) y la «compatibilidad de su cargo» (entre otros, el Decreto y la Resolución de 12 de agosto de 1973), su retribución, honorarios y suplidos (*honoraires et recouvrement*), etc. Véase *Encyclopedie juridique*, Dalloz (*Repertoire de Droit civil*, tomo III, París, 1953, y su *Mise à jour*, París, 1965), así como el libro de Jean YAIGRE (*Droit Professionnel notarial*, París, 1977).

El estatuto jurídico de los notarios en Francia tiene como notas más destacadas las siguientes:

El número y emplazamiento de las notarias se fija por Decreto a propuesta del ministro de Justicia, estableciéndose para cada notaría un territorio dentro de cuyos límites el notario puede ejercer su función. El nombramiento de los notarios se realiza mediante «investidura por el Estado de aquella persona que tiene derecho a ser nombrada notario». El cargo de notario es transmisible, considerándose como un bien mueble que puede venderse y comprarse. Jurídicamente, sin embargo, puntualizan COLIN y CAPITANT, lo que se compra y se vende es el derecho que tiene el titular de un oficio a presentar a su sucesor para que sea nombrado por el Gobierno. El Gobierno se reserva, sin embargo, la posibilidad de rechazar al candidato presentado si éste no reúne las condiciones fijadas por la Ley para ser notario. (La Ley regula minuciosamente estas condiciones y establece una formación específica para los futuros notarios, por un lado, y para los «clerc» —oficiales— y empleados por otro —Decreto de 5 de julio de 1973—; véase Jean YAIGRE, ob. cit., pp. 21 y ss.)

Y, asimismo, el Gobierno tiene potestad para controlar el precio convenido entre las partes para la cesión y reducirlo si estima que éste es excesivo. La jurisprudencia declara que es nula de pleno derecho la fijación de un precio oculto distinto del declarado al Gobierno. Este «derecho de presentación» lo tiene el notario titular para el caso de que dimita o sea suspendido en su función (no en el caso de ser destituido) y lo tienen también sus herederos, entendiéndose por la doctrina, en general, que se trata de un derecho extrapatrimonial, que no se pierde, pues, en caso de renuncia a la herencia.

En el supuesto de que se trate de la provisión de una notaría de nueva creación, o bien de una notaría vacante (esto es, de una notaría en relación a la cual no se ha ejercitado el derecho de presentación), el nombramiento de nuevo notario corresponde al ministro de Justicia en base a una propuesta realizada, con orden de preferencias, por una Comisión mixta de magistrados, notarios y un «clerc» de notaría (oficial de notaría).

El nombramiento de los notarios reviste la forma de Decreto del presidente del Consejo, a propuesta del ministro de Justicia. Los notarios son nombrados *de por vida* y no pueden ser privados de su título ni trasladados contra su voluntad, salvo que sean sancionados por un juez.

El Derecho francés, a partir de la Ley de 29 de noviembre de 1966, permite la creación de «sociedades notariales» (esta Ley se refiere a sociedades de personas que ejercen una profesión liberal y su aplicación al ámbito de los notarios se ha producido por Decreto de 12 de octubre de 1967). Se admiten tres tipos de sociedades: a) «Sociedades civiles de medios», esto es, sociedades cuyo objeto no es el ejercicio de una profesión ni el reparto de unos beneficios, sino, exclusivamente, facilitar a cada uno de sus miembros los medios de todo tipo para que puedan ejercitar independientemente su profesión; b) «Sociedades titulares de una notaría», esto es, sociedades que son designadas, la sociedad misma, como notario, de manera que sus miembros tienen la condición de «notaires associés»; y c) «Sociedades de notarios», esto es, sociedades que no son ellas mismas notarios, sino que están integradas por varios notarios que ejercen sus funciones por separado pero de modo coordinado, poniendo en común los rendimientos de su actividad, que son adquiridos de pleno derecho por la sociedad.

Los notarios se integran en las Cámaras notariales («Chambres des Notaires»), las cuales, a su vez, nombran delegados o están representadas en los «Consejos regionales» y en el «Consejo Superior del Notariado». El régimen disciplinario de los notarios está regulado por la Ordenanza de 28 de junio de 1973 y la Ley de 25 de junio del mismo año, donde se enumeran las medidas que pueden imponerse y los supuestos

en que el notario puede ser sancionado. Corresponde a las Cámaras notariales conocer, de modo inmediato, de los procedimientos disciplinarios que se inicien de oficio o a instancia del fiscal de la República («Procureur de la République»), siendo sus decisiones recurribles ante la misma Cámara y apelables ante el Tribunal de apelación, existiendo, por último, la posibilidad de recurrir en casación. La Ley permite, por otra parte, que el fiscal de la República promueva la acción disciplinaria contra un notario directamente ante el «Tribunal de Grande Instance», si bien advirtiendo de ello, previamente, al síndico de la Cámara notarial.

El ejercicio de la función notarial se basa en los siguientes principios: Los clientes tienen el derecho de *elegir el notario* que deseen, y este notario tiene el deber de ejercer su función salvo que exista alguna causa legal que le autorice a no intervenir (regularidad de los actos, imposibilidad física, interés directo en el asunto de que se trata, etc.). Los clientes tienen la obligación de pagar los derechos del notario y éste tiene el derecho a una remuneración de acuerdo a una tarifa unificada y fijada por la Administración pública, pudiendo, además, cobrar honorarios profesionales por actividades no comprendidas en la tarifa o arancel (art. 4.º del Decreto de 28 de octubre de 1975), prohibiéndose, si no existe previa autorización de la Cámara de notarios, la renuncia o reducción de su remuneración reglamentaria. El notario, además, tiene el deber de aconsejar, leal y desinteresadamente, a sus clientes. Es un deber del notario la defensa fiscal de su cliente, de manera que debe aconsejarle la solución más económica, siempre que sea lícita y aunque sea la menos remuneradora para el notario (MARCEL BRISSE: *Essai sur la rôle fiscal du notaire*, París, 1937). El notario debe abstenerse de realizar actos que no sean absolutamente indispensables para el cliente. El notario está obligado al secreto profesional dentro de los límites marcados por la ley.

La responsabilidad del notario tiene naturaleza civil exigible ante los Tribunales civiles. En todo caso, los notarios deben «asegurar» su responsabilidad civil, existiendo, además, un sistema de «garantía colectiva» de la responsabilidad profesional de los notarios.

En resumen, el notario francés tiene un estatuto peculiar, que lo distingue claramente del de funcionario público. En efecto, los notarios son nombrados por el presidente del Consejo de Ministros, por Decreto, pero este nombramiento tiene lugar en base a la presentación de su predecesor; ejercitan una función bajo el control y la vigilancia, en último término, de la Administración, pero no están subordinados a la autoridad jerárquica del ministro de Justicia; ejercen su función *en interés de los particulares, independiente e imparcialmente*, y no son remunerados por el Estado; en fin, los notarios *responden* ante los Tribunales judiciales de las faltas cometidas en el ejercicio de su función. Por ello, la expresión «funcionario público» utilizada en los primeros años del siglo XIX para calificar a los notarios —ley básica del notariado de 25 Ventoso del año 11 (16 de marzo de 1803)— cuando aún no se había perfilado la noción de funcionario público (véase ALAIN PLANTEY: *Traité pratique de la fonction publique*, 1956, p. 21) fue sustituida en la vigente Ordenanza de 2 de noviembre de 1945 por la calificación de «*officier public*». El artículo 1.º de la vigente Ordenanza de 2 de noviembre de 1945 dice así: «*Les notaires sont les officiers publics établis pour recevoir tous les actes et contrats auxquels les parties doivent ou veulent faire donner le caractère d'authenticité attaché aux actes de l'autorité publique, et pour en assurer la date, en conserver le dépôt, en délibérer des grosses et expéditions*».

(28) La doctrina jurídica italiana ha dedicado un gran número de estudios a la figura del notario y muy especialmente a los problemas teóricos que plantea el doble aspecto público y privado de su actividad. La bibliografía italiana es muy extensa. Una recopilación de la misma puede verse en CARLO LEGA: *Le libere professioni intellettuali*, Milán, 1974, y en el último volumen publicado de la *Enciclopedia del Diritto*, tomo XVIII, Giuffrè Editore, 1978, voz «Notaio». Esta doctrina tiene para nosotros especial interés debido a que de ella procede la calificación de los notarios como «ejercientes privados de funciones públicas» (fue ZANOBINI quien, al parecer, primero la aplicó a los notarios según reconocen otros autores italianos, GIANNINI, DI FABIO, etc.), calificación que, como veremos, ha asumido la doctrina española y la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo.

La norma básica de la que parte la doctrina italiana para el análisis de la figura jurídica del notario se encuentra en el artículo 1.º de la vigente *Ley del Notariado*

(*Legge sull'ordinamento del Notariato e degli archivi notarili*, de 16 de febrero de 1913, Ley número 19), que dice así: «*I notai sono pubblici ufficiali istituiti per ricevere gli atti fra vivi e di ultima volontà, attribuire loro pubblica fede, conservarne il deposito, rilasciarne le copia e certificati gli estratti*».

Como exponentes del estado de la cuestión en la doctrina italiana, además de las de los autores que han estudiado con carácter general el ejercicio privado de funciones públicas (ZANOBINI, SANDULLI, ALESSI, GIANNINI, a los que se hace referencia en otras partes de este estudio) vamos a resumir a continuación la doctrina de dos autores que se han ocupado específicamente de la figura del notario: Carlo LEGA y Marcelo DI FABIO.

a) Carlo LEGA, ob. cit., pp. 149 y ss., expone que el notario es un «*profesional que ejercita una profesión liberal de antiguo origen y gran prestigio, en cuya calificación jurídica concurre la investidura del oficio público con el ejercicio de la profesión privada*, de modo que esta última no deja de tener significado en su actividad puesto que la materia de su oficio público no agota la total actividad que puede desenvolver el notario». Carlo LEGA recuerda que CARNELUTTI (*La figura giuridica del notaro*, 1950), siguiendo la noción que la legislación alemana utiliza (*Rechtswahre*, guardián del derecho), para definir al notario, califica al notario en el Derecho italiano como «*operatore, documentatore e interprete del diritto*».

LEGA expone que el notario, cuando realiza su actividad típica, tiene consideración de funcionario público («*pubblico ufficiale*») a causa de que afecta al orden público la redacción y conservación de los documentos que se le encomiendan. Tal calificación no tiene como presupuesto necesario una relación de dependencia del notario frente al Estado o a un ente público, sino que deriva del beneficio de una *pública función* desenvuelta por un particular, pero de manera que sólo en el cumplimiento de sus actos típicos el notario está vinculado a su «oficio» y desarrolla una función pública. Ello no sucede, en cambio, cuando realiza las demás actividades profesionales que la ley le permite desarrollar. Por tanto —mantiene Carlo LEGA—, el notario constituye una categoría particular de los funcionarios públicos a causa de la presencia de elementos privados y públicos en el ejercicio de sus funciones, de manera que, por una parte, el notario accede a su oficio en base a un concurso público y a un nombramiento singular, estando, pues, investido para una función pública y asumiendo la obligación de prestar su actividad a favor de cualquiera que lo pida, actividad que debe realizar de acuerdo con los criterios fijados taxativamente por el legislador y dentro de un determinado ámbito territorial sujeto a vigilancia e inspección; pero, de otra parte, el notario, como cualquier profesional liberal, *carece de clientela* fija (al menos como regla general), *soporta y ejercita la concurrencia con sus colegas*, debe pagar el *mantenimiento de su despacho*, *recibe una compensación* directamente de sus clientes, *incurre en responsabilidad civil por culpa o dolo* en el ejercicio de su profesión, puede desarrollar otras actividades profesionales que sean *próximas al desarrollo de su actividad típica* (por ejemplo, emitir dictámenes) o *ajenas a la misma* (por ejemplo, la enseñanza); por otro lado, desde el punto de vista contractual, la relación del notario con sus clientes da lugar a un *contrato de arrendamiento de obra intelectual* en el sentido del artículo 2230 del Código civil italiano («*prestazione d'opera intellettuale*»), esto es, un *contrato de naturaleza privada*. En conclusión, el notario es un particular que ejerce una libre profesión, el cual, para determinadas actividades, adquiere la condición de funcionario público (p. 153, «*In conclusione, il notario è un privato libero professionista che, per determinate attività, riveste la qualifica di pubblico ufficiale*»).

b) Marcello DI FABIO (voz «*Notaio*» en *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè Editore, 1978, pp. 565 a 636), en uno de los análisis más completos y recientes del estatuto del notario en el vigente Derecho italiano, desarrolla la siguiente tesis. La definición del notario contenida en el artículo 1.º de la Ley de 16 de febrero de 1913 no agota toda la actividad notarial. Esta definición pone de relieve el aspecto público de su función (en concreto, la atribución de fe pública en nombre y por cuenta del Estado, fe pública que consiste en atribuir a los documentos por él autorizados una particular fuerza probatoria —art. 2670 del Código civil italiano—, esto es, que hacen prueba plena en tanto que no sean impugnados judicialmente como falsos), pero no tiene

en cuenta otros aspectos fundamentales de su función, a saber, la misión de adecuar las manifestaciones de voluntad a lo ordenado por el Derecho vigente, misión que es claramente propia de un profesional.

Para DI FABIO el notario es, en el ordenamiento jurídico italiano, a un tiempo *funcionario público y profesional liberal*, cualidad esta última que deriva, de un lado, del hecho de que no tiene la condición de empleado del Estado, y, de otro, de la presencia en el cumplimiento de su función de elementos privados típicos de la libre profesión, tales como la *falta de una clientela fija*, la posibilidad de *concurrencia*, la obligación de *asumir los gastos de su oficina*, el derecho a *obtener una remuneración directa y exclusivamente del cliente*, la *asunción de responsabilidad civil por culpa o dolo* en el ejercicio de su función, etc. Este doble aspecto de su actividad plantea el problema de establecer la *relación entre los elementos públicos y los elementos privados que concurren en la misma*. Para DI FABIO la tesis más ajustada al Derecho positivo italiano es aquella que advierte una relación tan íntima entre ambos aspectos que impide afirmar que uno prevalezca sobre el otro.

Así, pues, el notariado es, en el ordenamiento jurídico italiano, a un mismo tiempo, una profesión liberal y una función pública. Ello hace muy difícil lograr una definición válida del notariado. Para DI FABIO no sólo no es adecuada la fórmula del artículo 1.º de la Ley italiana del Notariado (que hemos reproducido páginas atrás), sino que tampoco lo es la fórmula de la Resolución 4.ª, adoptada por el Primer Congreso Internacional del Notariado Latino celebrado en Buenos Aires en 1948 («el notario es un técnico del Derecho encargado de ejercitar una función pública consistente en recibir e interpretar la voluntad de las partes, darles forma legal, redactar las escrituras idóneas a ese fin y autorizarlas»), porque la atribución de *fe pública* no es la característica diferencial del notario, ya que tal atribución la tienen otros funcionarios públicos.

Y frente a la tesis según la cual en la actividad del notario pueden distinguirse atribuciones principales y atribuciones accesorias, DI FABIO apoya otra tesis elaborada por BARATTA («Natura giuridica della funzione notarile», publicado en *Il notariato della società moderna e le sue funzioni*—Consiglio Nazionale del Notariato—, Palermo, 1976, p. 214), según la cual la función notarial tiene un «contenido esencial» consistente en la *actividad de asistencia jurídica a los intereses de los particulares* con el fin de contribuir a la realización de sus intenciones prácticas y *en la cual adquiere especial relieve la redacción formal de documento público*. Así resulta que la atribución de valor público al documento utilizado por el notario *no es una función ulterior o sucesiva* que el notario realiza después de haber colaborado en la redacción del documento, sino que es un elemento que caracteriza *la función que el notario desarrolla de adecuar la voluntad de las partes al ordenamiento jurídico* («*funzione di adeguamento*»). Por tanto, concluye, el notario cumple *dos funciones*: a) La «*funzione diccertificazione*», que consiste en atribuir «fe pública» y que el notario ejerce en nombre y por cuenta del Estado, al cual corresponde esa función y que el Jefe del Estado delega en el notario; y b) la «*funzione di adeguamento*», que consiste—según la define D'Orazi FLAVONI— en el acoplamiento de la intención manifestada por las partes a las normas ofrecidas por el ordenamiento positivo. Esta última es una actividad típica profesional. La primera, en cambio, es una función pública, sujeta, por tanto, al control de la Administración pública.

(29) El notariado en la República Federal de Alemania ha seguido una evolución en la que se refleja el proceso unificador de Alemania.

Una exposición muy clara de la situación del notariado a comienzos de este siglo se encuentra en el *Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts*, 2.ª edición, preparada por Max FLEISCHMANN, Tübingen, tomo II, publicado en el año 1913, donde se describe la situación de los notarios antes de promulgarse la Reichnotarordnung de 13 de febrero de 1937. En la época a que se refiere el «Diccionario» citado regía en Alemania, como norma básica, el artículo 141 de la Ley de Introducción al Código civil (*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche*) de 18 de agosto de 1896, en virtud de la cual las leyes de los *Länder* podían elegir como sistema de documentación pública (para dar cumplimiento a la exigencia del nuevo Código civil de que se «documenten con carácter público» algunos actos y negocios jurí-

dicos) entre un sistema de documentación judicial y un sistema de documentación notarial (*entweder nur die Gerichte oder nur die Notare zuständig sind*). La opción necesaria entre uno u otro de los sistemas y la falta de reglas generales para configurar, en su caso, el sistema notarial dio origen a una situación compleja (véase la descripción que de ella se hace en la página 927 de la obra citada), en la que coexistían Länder en los que esa competencia estaba atribuida a los tribunales, mientras que en otros estaba atribuida a la institución del notariado. En este último caso, los notarios recibían la habilitación para el ejercicio de su función de un órgano del Estado (en ningún caso de las Corporaciones municipales o de entes privados), pero su situación jurídica presentaba características peculiares y distintas en cada uno de ellos. En síntesis, tales situaciones se podían agrupar en estos supuestos: a) En algún territorio (en Baden y en el distrito notarial de Württemberg), los notarios eran auténticos funcionarios estatales en sentido estricto. b) En otros Estados, a los notarios se les consideraba funcionarios de por vida, si bien sometidos a un régimen jurídico distinto del de los demás funcionarios. c) En el resto de los Estados, los notarios no formaban parte de la organización funcional, sino que eran personas a las que se concedía capacidad para autorizar documentos públicos a cambio del cobro de un derecho (*Personen denen die Private Befugnis verlichen ist, gegen Gebühren die öffentliche Beurkundung zu besorgen*).

La situación de los notarios era, pues, en aquella época especialmente confusa por la multiplicidad de regímenes jurídicos existentes, no sólo entre los distintos Länder, sino, incluso, dentro de los mismos, en sus circunscripciones judiciales. De ahí que los autores alemanes de la época (véase ob. cit., p. 928) pidiesen, insistentemente, una configuración unitaria del notariado a través de una regulación dictada por el Reich para todo el territorio alemán. Esa regulación no se alcanzó hasta la promulgación de la Reichsnotarordnung de 13 de febrero de 1937, la cual, modificada por la Ley de 1961, ha dado origen a la actual «Bundesnotarordnung» que constituye la norma básica del Derecho vigente alemán.

En la actualidad la norma básica reguladora del Derecho notarial se encuentra en la denominada «Ley sobre medidas en el ámbito del Derecho notarial» («Gesetz über Massnahmen auf dem Gebiete des Notarrechts») de 16 de febrero de 1961 (publicada en el «Bundesgesetzblatt» núm. 9, de 1961, pp. 77 y ss.), que modificó parcialmente la anterior Ordenanza del Notariado de 13 de febrero de 1937 («Reichsnotarordnung»), dando origen a un nuevo texto refundido de ambas leyes que, por virtud de lo dispuesto en el artículo 2.º de la primera de ellas, se denomina «Bundesnotarordnung (BNotO)» de 24 de febrero de 1961 (publicado en el «Bundesgesetzblatt» núm. 10, de 1961, pp. 97 y ss.). Esta Ordenanza ha sido modificada por Ley de 7 de agosto de 1981 («Erstes Gesetz zur Änderung der Bundesnotarordnung»). Junto a esta Ley es importante también la Ley de Documentación (*Beurkundungsgesetz*), de 28 de agosto de 1969, que entró en vigor el 1 de enero de 1970. Sin embargo, a los efectos de determinar la naturaleza jurídica del notario y, sobre todo, su posición en relación con la Administración —que es lo que aquí nos interesa—, es la primera de estas leyes la que se ha de tener en cuenta fundamentalmente. Está dividida en cuatro partes. La primera trata de la «función del notario». La segunda, de las «Cámaras Notariales», así como de la «Cámara Notarial Federal». La tercera, del procedimiento disciplinario. Y la cuarta, y última, establece las disposiciones finales y transitorias. En esta última parte se enumeran algunas peculiaridades que rigen para determinados territorios (Bayern —art. 113—, distrito judicial de Stuttgart —art. 114—, distrito judicial de Karlsruhe —art. 115—, parte del territorio de Baden-Württemberg —artículo 116—). Salvo estas peculiaridades, en todo lo demás y en todo el territorio federal, rige la Ley de 1961.

Entre la literatura jurídica más reciente (que recoge la modificación de 1981) cabe señalar las obras de ARNDT, Herbst: *Bundesnotarordnung*, Carl Heymanns Verlag, 2.ª ed., 1982; REITHMANN, Christoph; RÖLL, Ludwig; GESELE, Bruno: *Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung*, 5.ª ed., 1982.

Las normas vigentes configuran a los notarios, con la excepción de algún Land, no como funcionarios públicos sino como «titulares independientes de una función pública» (*Träger eines öffentlichen Amtes*). El artículo 1.º de la Ley vigente así lo

dice literalmente: «Als unabhängige Träger eines öffentlichen Amtes werden für die Beurkundung von Rechtsvorgängen und andere Aufgabe auf dem Gebiete der vorsorgenden Rechtspflege in den Ländern Notare bestellt».

La profesión de notario no es una industria (art. 2.º, inciso final), lo que significa que es una auténtica «profesión» («Beruf») en el sentido constitucional del término —artículo 12 de la Ley Fundamental— y no una «industria» en el sentido constitucional del término («Gewerbe»). Por virtud de la Ley de 1961, en efecto, los notarios ejercitan una profesión cuya misión fundamental consiste en realizar una «función jurídica protectora o preventiva», por tanto no contenciosa («vorsorgenden Rechtspflege», artículo 1.º). De manera que la creación de notarías viene determinada por las exigencias de una adecuada «función jurídica». (Artículo 4.º: «Es werden nur so viele Notare bestellt wie es den Erfordernissen einer geordneten Rechtspflege entspricht».) Así, Peter BADURA («Wirtschaftsverwaltungsrecht», Berlín, 1969, p. 275) dice literalmente que «no son industrias las prestaciones de servicios personales que realizan especialistas muy calificados (por ejemplo, no es industria la práctica de la medicina o la enseñanza), así como tampoco lo es la actividad artística o científica ni, tampoco, la asunción de tareas públicas (por ejemplo, el notariado)».

El notario es independiente (art. 1.º, «Unabhängige fräger») y tiene que actuar «imparcialmente», de manera que no puede ser representante de una parte sino asesor imparcial de los participantes (art. 14, «Der Notar hat sein Amt getreu seinem Eide zu verwalten. Er ist nicht Vertreter einer Partei, sondern unparteiischer Betreuer der Beteiligten»). La «imparcialidad» del notario se considera esencial para su misión, incorporándose incluso la obligación de respetarla a la fórmula del juramento (artículo 13; «Ich schwöre bei Gott... die Pflichten eines Notars gewissenhaft und unparteiisch zu erfüllen...»).

Para ingresar en el notariado es necesario tener la misma capacidad que se exige para acceder a la función judicial (art. 5.º). Para poder llegar a la categoría de notario es necesario superar las pruebas complejas y extensas que la Ley establece y haber desempeñado, al menos durante tres años, funciones de «Notarasessor» (arts. 6.º y 7.º de la Ley).

Los notarios ejercen la función de «documentar» en distintas formas hechos, actos y negocios trascendentes para el Derecho («Beurkundung», art. 1.º y arts. 20 y ss.), así como otras tareas en el ámbito del Derecho (recoger dinero o documentos para su custodia o para su entrega a tercero —art. 23—, asesorar jurídicamente a los interesados e incluso, si otra Ley no dispone otra cosa, representarlos ante las autoridades administrativas y ante los Tribunales —art. 24—).

En todo caso, el notario debe cuidar que en la documentación de negocios jurídicos no se cometan errores o se utilicen fórmulas que den origen a dudas, y, asimismo, deben evitar que resulten perjudicadas las personas intervinientes que sean profanas o carezcan de experiencia (arts. 28 y ss.).

Todos los notarios que actúan en el distrito de un Tribunal Superior del Land (Oberlandesgericht) forman una «Cámara notarial» (Notarkammer) —art. 65—, cuya naturaleza es la de una corporación de Derecho público sometida al control de la Administración de Justicia del Land, si bien ese control se limita a examinar el cumplimiento de la ley por la Cámara, y especialmente el cumplimiento de las tareas que le han sido encomendadas —art. 66—. Las Cámaras tienen la misión, en general, de velar por el prestigio de la corporación, ayudar a las autoridades que vigilan la actividad de los notarios y estimular y fomentar todo lo que contribuya a la mejor realización por los notarios de su función jurídica —art. 67—. Las «Cámaras notariales» se integran en una «Cámara Notarial Federal» (Bundesnotarkammer), que también tiene naturaleza de corporación de Derecho público, estando sometida a la vigilancia del ministro federal de Justicia (arts. 76 y ss.).

Las Cámaras notariales carecen de poderes disciplinarios. La vigilancia y disciplina de los notarios está regulada de un modo muy peculiar en la ley (tercera parte: Procedimiento disciplinario). En primer lugar, se establece que el derecho a vigilar la actividad de los notarios corresponde —según su competencia— a los presidentes del Tribunal del Land y del Tribunal Supremo del Land y al ministro de Justicia (art. 92). Pero la competencia para sancionar a los notarios se atribuye a órganos judiciales de

servir de introducción al análisis del Derecho español, pues la doctrina y la jurisprudencia española han delimitado la figura del notario en términos semejantes a los de esos países.

A) Según el Derecho vigente (30), el notariado presenta las siguientes notas:

a) *Noción legal del notario*.—La antigua Ley de Constitución del Notariado de 28 de mayo de 1862 comienza diciendo que «el notario es el funcionario público autorizado para dar fe conforme a las leyes de los contratos y demás actos extrajudiciales» (art. 1.º) (31), y el vigente Reglamento Notarial de 1944, con sentido más realista, precisa 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 —continúa este precepto— tienen la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y a aconsejarles los medios jurídicos más ade-

composición mixta: en primera instancia, al *Oberlandgericht*, compuesto, para decidir en esta materia, por un presidente, un vocal que sea juez y un vocal que sea notario —artículo 101—; y en segunda instancia, al *Bundesgerichtshof*, compuesto por un presidente, dos vicepresidentes jueces y dos vicepresidentes notarios (art. 105).

Los notarios perciben por su actividad los «derechos» fijados en el Arancel (*Kostenordnung*), así como el reintegro de sus gastos. Deben actuar gratuitamente para aquellas personas que tengan, según la Ley Procesal Civil, «el beneficio de pobreza» (art. 17).

(30) Las normas básicas que regulan actualmente el notariado son la Ley de Constitución del Notariado de 28 de mayo de 1862; el Reglamento Notarial aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944; la Orden de 24 de abril de 1948 que regula el Servicio de Responsabilidad civil; el Decreto de 2 de febrero de 1951 que regula la Junta de Decanos; el Reglamento de organización y régimen de trabajo de los empleados de notarias, aprobado por Decreto de 21 de agosto de 1956; el Decreto de 25 de marzo de 1971 que aprueba los Aranceles notariales y regula tanto el régimen de impugnaciones de las cuentas presentadas por los notarios como la vía a través de la cual éstos pueden exigir el pago de sus derechos; y el Decreto de 10 de febrero de 1978 que aprueba la vigente demarcación y clasificación notarial (modificado por Real Decreto 1163/1983, de 30 de marzo, «BOE» de 7 de mayo). En el momento de redactar estas notas se está tramitando en las Cortes Generales una ley de jubilación de notarios, agentes y corredores.

La Constitución española de 1978 sólo contiene una referencia indirecta al notariado cuando dispone que «la ordenación de los registros e instrumentos públicos» es de la competencia exclusiva del Estado (art. 149, núm. 8.º).

(31) El empleo de la expresión «funcionario público» en esta definición ha sido calificado desde el primer momento como un grave error (Juan Eugenio Ruiz Gómez, *Comentarios a la Ley del Notariado*, Málaga, 1865, y *Principios fundamentales de la facultad de la Notaría*, Madrid, 1894, p. 136; y Mateo AZPEITIA ESTEBAN, *Legislación Notarial*, Madrid, 1930, p. 31), salvo que se le dé un sentido no técnico jurídico (véase más adelante las opiniones de Miguel FERNÁNDEZ CASADO, nota núm. 00; Joaquín COSTA, nota núm. 00; José María MENGUAL, *Elementos de Derecho Notarial*, nota núm. 00; RODRÍGUEZ ADRADOS, nota núm. 00, y otros).

cuados para el logro de los fines lícitos que aquéllos se proponen alcanzar. Como funcionarios ejercen la fe pública notarial (artículo 1.º) (32).

b) *Contenido de la función notarial.*—Las actuaciones que según el Derecho vigente caracterizan la función notarial consisten, pues, en actuaciones documentales (ejercicio de la función pública) y actuaciones no documentales (ejercicio de la profesión de jurista). De hecho son actuaciones difícilmente separables, pues su realización suele ser coetánea. No obstante, en ciertos casos es posible deslindar ciertas actividades profesionales que no van acompañadas del ejercicio de la fe pública o que tienen tales características que adquieren entidad propia, de modo que quedan sujetas a un régimen peculiar en cuanto a la responsabilidad del notario, a su retribución y a su obligación de actuar.

a) Al notario corresponde íntegra y plenamente el *ejercicio de la fe pública* en cuantas relaciones de Derecho privado traten de establecerse o declararse sin contienda judicial (art. 3.º del Reglamento Notarial). En el ejercicio de la fe pública los notarios autorizan «instrumentos públicos» (escrituras y actas) y «documentos públicos» (testimonios, legalizaciones, legitimidad de firmas, certificados de existencia o de vigencia de leyes y traducciones). La fe pública que deben prestar los notarios conforme al Derecho vigente «no podrá ser negada ni desvirtuada en los efectos que legal y reglamentariamente deba producir» (art. 143, 2, del Reglamento Notarial).

El notario está *obligado* a ejercer su función pública. «El notario que requerido para dar fe de cualquier acto público o particular ex-

(32) El artículo 1.º del Reglamento notarial, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944, dice:

«Art. 1.º El Notariado está integrado por todos los notarios de España, con idénticas funciones y los derechos y obligaciones que las leyes y Reglamentos determinen.

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 a aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquéllos 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 de las declaraciones de voluntad de las partes en el instrumento público redactado conforme a las leyes.»

trajudicial negara sin justa causa la intervención de su oficio, incurrirá en la responsabilidad a que hubiere lugar con arreglo a las leyes» (art. 2.º de la Ley del Notariado). «La prestación del ministerio notarial tiene carácter obligatorio, siempre que no exista causa legal o imposibilidad física que lo impida» (art. 3.º del Reglamento Notarial y artículo 145 del mismo Reglamento). No existe, pues, obligación de actuar cuando concurre alguna «justa causa» que le exima de ese deber (obstáculos personales o materiales, razones éticas, etcétera), y naturalmente el notario no puede actuar cuando no tiene competencia para ello o cuando no concurren los requisitos legales para la validez del acto: capacidad de los otorgantes o requirentes, falta de representación, acto contrario a la ley, a la moral, a las buenas costumbres (33). 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 del interesado, la cual —dice el artículo 145, 2, del Reglamento Notarial—, previo informe del notario y de la Junta directiva del Colegio Notarial respectivo, dictará la resolución que proceda. Por otra parte, también contra la negativa del notario a expedir una copia, existe recurso de queja ante la Dirección General de los Registros y del Notariado (art. 231 del Reglamento Notarial), recurso que ha dado lugar a numerosas resoluciones de esa Dirección.

Cada notario tiene la obligación de formar «por sí protocolo» (artículo 5.º de la Ley del Notariado). El protocolo notarial comprende los instrumentos públicos y demás documentos incorporados al mismo en cada año (art. 272 del Reglamento Notarial). Los protocolos pertenecen al Estado. Los notarios tienen la obligación de conservarlos, «como archiveros de los mismos y bajo su responsabilidad» (artículo 36 de la Ley del Notariado). Los protocolos son secretos (artículo 274 del Reglamento Notarial). Sólo pueden pedir exhibición del protocolo quienes tengan interés reconocido por la ley en ello (artículo 32 de la Ley del Notariado y art. 282 del Reglamento).

(33) El notario debe, pues, realizar un «juicio de legalidad». La cuestión ha sido detenidamente estudiada por José Antonio MOLLEDA FERNÁNDEZ-LLAMAZARES (*Deber de Servicio y Juicio Notarial de Legalidad*, publicado en «Análisis de la Academia Matritense del Notariado», tomo XXI, pp. 445 y ss.). Se trata de un «juicio reglado», no discrecional (p. 482), susceptible de ser impugnado. El notario no puede autorizar «actos nulos» ni tampoco «actos anulables». (Sobre esto último —imposibilidad de autorizar actos anulables—, véase la crítica que MOLLEDA FERNÁNDEZ-LLAMAZARES hace a la aplicación analógica de los artículos 184 a 189 del Reglamento Notarial —ob. cit., páginas 497 y ss.—). Tampoco el notario puede autorizar actos o contratos «contrarios a la moral o a las buenas costumbres» (art. 145 del Reglamento Notarial; ob. cit., p. 501).

b') Como *profesionales del Derecho*, los notarios tienen la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y a aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que se propongan alcanzar (art. 1.º del Reglamento Notarial). Los notarios deben, pues, ejercer la función de informar a las partes del alcance del documento que autorizan, y, además, a requerimiento del interesado, pueden con mayor amplitud asesorar y aconsejar jurídicamente a quien se lo pida.

c') Pero la llamada actividad «profesional» del notario (según la expresión del Reglamento Notarial) no queda limitada a los supuestos de información, asesoramiento y consejo, sino que penetra también su actividad típica de fedatario público, pues al realizarla el notario tiene que efectuar una labor que trasciende de la mera recepción y documentación de la voluntad de las partes, al tener que «interpretar» y «adaptar» jurídicamente esa voluntad (art. 147 del Reglamento Notarial): «Los notarios redactarán los instrumentos públicos interpretando la voluntad de los otorgantes, adaptándola a las formalidades jurídicas necesarias para su eficacia.»

d') Los particulares tienen el derecho de libre elección de notario, salvo cuando se trate de actos o contratos en que intervenga el Estado, la provincia o el municipio o los establecimientos o entidades que de ellos dependan (arts. 3.º y 126 del Reglamento Notarial).

e') El notario debe guardar el secreto profesional. El protocolo es secreto (art. 32 de la Ley y 282 del Reglamento). El notario es inhábil para ser testigo en los pleitos civiles (art. 1.247, 5.º, del Código civil) y no tiene obligación de quebrantar el secreto en los procesos penales, ni como testigo ni como denunciante (aplicación análoga del art. 262 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

c) *La adquisición y pérdida* de la condición de notario están intervenidas administrativamente. El ingreso en el notariado tiene lugar mediante oposición, que se celebra en el Colegio a que corresponden las vacantes. La Ley del Notariado (art. 6.º) y el Reglamento (arts. 6.º a 8.º) establecen los requisitos que han de reunir los aspirantes, y el Tribunal que ha de juzgar las oposiciones (artículos 10 y ss. del Reglamento, modificado por Real Decreto de 28 de mayo de 1982 —«BOE» de 4 de junio de 1982—), cuyo resultado determina el derecho a ingresar en el notariado (art. 20). Los nombramientos de notarías se harán por Orden ministerial, que se pu-

blicará en el «Boletín Oficial del Estado» (art. 22) (33 bis). Una vez obtenido el título y tomada posesión de la notaría, el notario «tendrá en el distrito a que corresponde la demarcación de la misma el carác-

(33 bis) El artículo 22 del Reglamento Notarial, modificado por el Real Decreto de 28 de mayo de 1982, dice así:

«El nombramiento de los Notarios se hará por Orden ministerial, de la que se dará traslado al interesado y al Decano del Colegio Notarial a que pertenezca la Notaría. Si el nombrado desempeñase otra de distinto Colegio, se comunicará también al Decano de éste.

Cuando el nombramiento de los Notarios del territorio de una Comunidad Autónoma esté atribuido a determinados órganos administrativos de la misma, éstos, sin perjuicio de proceder en la forma prevista en el párrafo anterior, comunicarán los nombramientos a la Dirección General, la cual efectuará la necesaria coordinación entre los distintos Colegios Notariales y proveyerá a su adecuado reflejo en el escalafón general del Cuerpo de Notarios.

Sin perjuicio de su publicación, cuando proceda, en los periódicos oficiales de las respectivas Comunidades Autónomas, la Dirección General publicará los nombramientos en todo caso en el "Boletín Oficial del Estado", siendo su fecha preferente a cualquier otra a todos los efectos y, en particular, a los de la determinación de la antigüedad de los Notarios en la carrera y en la clase.»

Esta redacción fue impugnada ante el Tribunal Constitucional por la Generalidad de Cataluña por entender que suponía una interpretación restrictiva de sus competencias estatutarias en materia de selección y nombramiento de notarios.

El Tribunal Constitucional, por *Sentencia de 22 de julio de 1983*, decidió lo siguiente:

«Primero. Declarar que corresponde a la Comunidad Autónoma de Cataluña el nombramiento de los Notarios que deben ejercer sus funciones en plazas demarcadas dentro del territorio de la Comunidad Autónoma de Cataluña y que al disponerlo así el artículo 22 del Reglamento Notarial, modificado por el Decreto de 28 de mayo de 1982, no viola ninguna competencia de la referida Comunidad.

Segundo. Declarar que al establecer el artículo 22 del Reglamento Notarial la obligación de la Comunidad Autónoma de Cataluña de comunicar a la Dirección General de los Registros y del Notariado el resultado del concurso, no viola competencia alguna de la Comunidad de Cataluña.

Tercero. Declarar que corresponde a la Dirección General de los Registros y del Notariado el escalafonamiento general del Cuerpo de Notarios.

Cuarto. Declarar que la preferencia del "Boletín Oficial del Estado" respecto del "Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña" en la publicación del nombramiento de los Notarios que hayan de ejercer funciones en el territorio de la mencionada Comunidad viola el artículo 37.4 del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

Quinto. Declarar que los nombramientos de Notarios que hayan de ejercer en el territorio de Cataluña han de publicarse en el "Boletín Oficial del Estado" y en el "Diario Oficial de la Generalidad", sin que corresponda establecer entre ellos preferencia alguna.»

ter de funcionario público y autoridad en todo cuanto afecte al servicio de la función notarial» (art. 60). El notario tiene derecho a permanecer en el ejercicio de su cargo, salvo que «por resolución judicial que lleve consigo auto de prisión consentido o libre» se disponga que quede en suspenso (art. 62).

El carácter vitalicio del cargo de notario (Ley del Notariado de 1862) fue eliminado por la Ley de 13 de julio de 1935, estableciendo en la actualidad (Ley de 12 de diciembre de 1983) la jubilación voluntaria a los sesenta y cinco años y forzosa a los setenta años o antes por imposibilidad permanente de ejercer el cargo. Esta misma Ley establece que los notarios percibirán sus haberes pasivos de los fondos de su Mutualidad especial (art. 3.º).

d) *La organización del notariado es administrativa y corporativa.* La organización corporativa tiene su base en la Ley de 28 de mayo de 1862 (art. 41, «organización por colegios»). El vigente Reglamento de 1944 fija en su artículo 1.º, 2, los principios de la organización actual. «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». Y el artículo 307 del mismo Reglamento especifica que «los notarios, en su organización jerárquica, dependen del ministro de Justicia, de la Dirección General de los Registros y del Notariado y de las Juntas directivas de los Colegios Notariales».

Coexisten, pues, una dependencia administrativa y otra corporativa: a) *La dependencia administrativa* se sitúa en el ministro de Justicia y en la Dirección General de los Registros y del Notariado: a') *El ministro de Justicia «es el jefe superior del Notariado y notario mayor»* (art. 308 del Reglamento). A él corresponde el ejercicio de la potestad reglamentaria y disciplinaria y la resolución, en última instancia administrativa, de los recursos que procedan contra los acuerdos o resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado y de las Juntas directivas. El ministro de Justicia, como notario mayor del Reino, tiene las atribuciones que his-

tóricamente ha ejercido (art. 9.º, de la Ley de 1862) y que la Orden de 18 de marzo de 1918 reglamentó en cuanto a los instrumentos otorgados por la familia real (34). b) La Dirección General de los Registros y del Notariado, creada por la Ley Hipotecaria de 1861, no tuvo en su origen competencia jerárquica sobre los notarios —pues éstos se hallaban subordinados a la autoridad judicial, artículo 43 de la Ley del Notariado de 1862—, pero la asumió posteriormente por vía reglamentaria. Actualmente es un órgano que además de las funciones administrativas típicas (propuesta, inspección, impulsión) ejerce la muy importante de dictar resoluciones en materia de su competencia (35). b) En cuanto a la *dependencia corporativa*, la Ley

(34) El Real Decreto de 22 de enero de 1873 estableció el Registro del Estado Civil de la Familia Real de España. Fue suprimido al proclamarse la República en 1931 y luego restablecido por el Decreto-ley 17/75, de 20 de noviembre de 1975 («BOE» de 20 de noviembre de 1975), cuya disposición adicional primera ordenó que «los libros y documentos del Registro del Estado Civil de la Familia Real de España, actualmente bajo la custodia del juez municipal encargado del Registro Civil del Distrito de Palacio, de Madrid, sean devueltos al Ministerio de Justicia».

(35) El examen de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado en materia notarial muestra que esta Dirección ejerce sólo una actividad de control de legalidad, no propiamente de superioridad jerárquica. Entre las últimas Resoluciones publicadas cabe reseñar las siguientes: *Resolución de 14 de noviembre de 1974* (Ref. Ar. 5049) desestimando un recurso contra la negativa de un notario a entregar copia a un copropietario de su participación a un tercero. *Resolución de 16 de noviembre de 1975* (Ref. Ar. 2518) desestimando el recurso formulado contra la negativa de un notario a autorizar un acta de inventario. *Resolución de 26 de noviembre de 1975* (Ref. Ar. 2517) desestimando el recurso interpuesto contra la negativa de un notario a conservar determinado depósito. *Resolución de 11 de mayo de 1977* (Ref. Ar. 4383) desestimando el recurso interpuesto por el recaudador de tributos del Estado contra la negativa del notario archivero a entregar copia de un testamento. *Resolución de 24 de mayo de 1977* (Ref. Ar. 4394) estimando un recurso y ordenando a un notario que practique el requerimiento solicitado por el recurrente. *Resolución de 8 de junio de 1977* (Ref. Ar. 4386) desestimando el recurso interpuesto por el recaudador de tributos del Estado contra la negativa de un notario a facilitar copia de la escritura de compraventa de una finca; esta desestimación se ampara en el secreto profesional garantizado en materia tributaria por el artículo 111 de la Ley General Tributaria, que excluye del deber de colaboración con la Administración a los profesionales respecto de los asuntos amparados por el secreto profesional. *Resolución de 8 de junio de 1977* (Ref. Ar. 4387) desestimando el recurso interpuesto por un alcalde contra un notario que se negó a entregar copia de una declaración de obra nueva. La Resolución se ampara en el secreto profesional de un notario (artículo 111 de la Ley General Tributaria, artículo 32 de la Ley del Notariado y artículos 1.º y 274 de su Reglamento), desestimando un recurso de queja contra la actuación de un notario en una venta judicial. *Resolución de 14 de enero de 1978* (Ref. Ar. 221) estimando parcialmente una impugnación de minuta. *Resolución de 14 de marzo de 1978* (Ref. Ar. 1173) apreciando la infracción por un notario de las normas limitativas y adquisiciones inmobiliarias por parte de extranjeros, si bien la misma Resolución estima que no procede incoar expediente disciplinario por haber prescrito la falta al haber transcurrido el plazo máximo resultante de la aplicación supletoria de la Ley de Procedimiento Administrativo, Ley de Funcionarios Civiles del Estado y de su Reglamento disciplinario. *Resolución de 29 de abril de 1978* (Ref. Ar. 2026) declarando no probadas las infracciones denunciadas de las normas limitativas de adquisiciones inmobiliarias por parte de extranjeros. *Resolución de 29 de abril de 1978*

del Notariado de 1862 dispone que los notarios formarán colegios en los puntos que el Gobierno designe (art. 41, 1) y pertenecerán obligatoriamente al Colegio de su territorio (art. 41, 2). Los colegios «tienen personalidad jurídica y capacidad para adquirir, retener, administrar y enajenar toda clase de bienes y para ejercitar toda clase de acciones ante los tribunales o en la vía administrativa» (artículo 318). Sus órganos de gobierno son la *Junta general*, integrada por todos los colegiados, se reúne al menos una vez cada tres años y elige a la Junta directiva, art. 319 del Reglamento); la Junta directiva (compuesta, electivamente, por el decano-presidente, dos censores, un secretario y un tesorero, artículo 322, siendo sus funciones de dirección y gestión e inspección), y el decano (al que corresponde la representación del Colegio). Existe además una Junta de decanos (artículo 319 del Reglamento), regulada por el Decreto de 2 de febrero de 1951. Es un órgano corporativo con personalidad jurídica (artículo 2.º), «subordinado jerárquicamente al ministro de Justicia y a la Dirección General de los Registros y del Notariado y sometido a su alta inspección» (art. 1.º 2). La Junta está presidida por «un decano, designado libremente por el ministro, sin perjuicio de la

(Ref. Ar. 2027) desestimando las alegaciones formuladas contra un notario al negarse a autorizar el otorgamiento de un documento por apreciar que era dudosa la capacidad del poderdante en razón a su enfermedad. *Resolución de 9 de mayo de 1978* (Ref. Ar. 2028) desestimando un recurso interpuesto contra la actuación de un notario, actuación de carácter extranotarial; esta Resolución declara que tratándose de una actividad extranotarial (profesional) de un notario, consistente en la emisión de un dictamen sobre el valor jurídico de un documento, no es posible enjuiciar por ese órgano administrativo la conducta de ese notario. *Resolución de 24 de mayo de 1978* (Ref. Ar. 2530) declarando que no existe infracción probada del notario en su intervención en una compraventa de un inmueble situado en zona sometida a las limitaciones de la Ley de 23 de octubre de 1935. *Resolución de 3 de junio de 1978* (Ref. Ar. 2531) advirtiendo que se ha cometido infracción de lo dispuesto en el Reglamento de Inversiones Extranjeras en una compraventa «por notario». *Resolución de 28 de julio de 1978* (Ref. Ar. 2532) desestimando el recurso interpuesto contra la negativa de un notario a entregar copia de un testamento a una persona a quien el notario no concede la cualidad de interesado legítimo.

El examen de las Resoluciones anteriores muestra que se trata de un control estricto de legalidad, sin que se advierta, en cambio, un sometimiento de la función notarial a las directrices de la Administración y el consiguiente control de la ejecución de tales directrices. No hay, pues, una subordinación jerárquica en sentido estricto —y pese al tenor literal de algunas normas vigentes— del Notariado a la Administración, sino una sumisión del Notariado al Derecho y un control administrativo —a su vez controlable judicialmente— del cumplimiento de las normas jurídicas por el Notariado. De ahí que la interpretación sistemática de las normas reglamentarias que hablan —como hemos visto más atrás— de «subordinación jerárquica» del Notariado al Ministerio de Justicia conduzca a la conclusión, confirmada por el contenido real de la jurisprudencia y de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de que tal expresión sólo menciona el sometimiento del Notariado al control de legalidad por la Administración, control no excluyente, naturalmente, del control judicial.

superior facultad del mismo, como notario mayor del Reino, para convocarla y presidirla en todo caso» (art. 5.º). Tiene las funciones corporativas representativas, colaboradoras y disciplinarias determinadas en el decreto (art. 15); entre ellas la de administrar el servicio de responsabilidad civil de los notarios.

La competencia territorial de los notarios está determinada por su distrito. «Cada partido judicial —dice el artículo 3.º de la Ley de 1862— constituye distrito de notariado.» Los notarios carecen de fe pública fuera de su respectivo distrito notarial, salvo en los casos de habilitación especial (art. 116 del Reglamento). La competencia del notario no se extiende, pues, al ámbito territorial de su colegio notarial (art. 4.º, 6, del Reglamento), sino a su distrito. Sin embargo, dentro del territorio del mismo colegio notarial no es precisa la formalidad de la legalización de los documentos autorizados por notario. La demarcación notarial, por su parte, «determina el número de notarías y la residencia de los notarios» (art. 4.º del Reglamento, modificado por Real Decreto 1163/1983, de 30 de marzo). El estudio del notario tiene la consideración de «oficina pública». Los empleados de cada notaría «son elegidos libremente por el notario dentro de los incluidos en el censo y clasificados con la categoría correspondiente, quien determina libremente el número y categoría de los que juzgue necesarios para el buen funcionamiento de su oficina» (art. 13 del Reglamento de 1956). Su estatuto se encuentra regulado por el «Reglamento de organización y régimen de trabajo de los empleados de notarías» (aprobado por Decreto de 21 de agosto de 1956), en el cual se establece el sistema de censos de empleados llevados por los colegios notariales (art. 1.º y ss.), las categorías de empleados (oficiales, auxiliares, copistas y subalternos), el sistema de ingresos y ascensos, demás condiciones de su relación de trabajo y el régimen de las impugnaciones (36).

(36) El «Reglamento de organización y régimen de trabajo de los empleados de notarías», aprobado por Decreto de 21 de agosto de 1956, dispone en su artículo 30:

«Art. 30. Toda reclamación suscitada con motivo de la aplicación de ese Reglamento o de las relaciones de trabajo entre el notario y sus empleados será resuelta en los respectivos Colegios Notariales por las Comisiones auxiliares de la Mutualidad de empleados.

Contra los acuerdos que estas Comisiones adopten sólo cabrá recurso de alzada en término de veinte días, contados desde su notificación ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, la cual, previo informe de la Junta de Patronato de la Mutualidad de empleados de Notarías, resolverá inapelablemente lo que proceda.

En estas reclamaciones se observará lo dispuesto en la Orden ministerial de 14 de enero de 1950.»

e) La *retribución* de los notarios se regula por el arancel notarial (art. 63 del Reglamento). El arancel vigente (Decreto de 21 de marzo de 1971) tiene en cuenta la doble condición —profesional y funcional— de los notarios, lo que se refleja en los conceptos por los que pueden ser retribuidos y en la vía judicial por la que se dilucidan las reclamaciones económicas contra los notarios y las de éstos contra sus clientes (37).

f) La *responsabilidad* de los notarios se ajusta a su condición de ejercientes privados de una función pública. a) En el *orden civil* el notario es responsable por los daños patrimoniales que cause —sin perjuicio de la responsabilidad civil subsidiaria en caso de la comisión de un delito—. El fundamento de esta responsabilidad civil es cuestión discutida (¿responsabilidad contractual —arts. 1.101 a 1.107 del Código civil— o responsabilidad extracontractual —art. 1.902 del Código civil?) (38). Se trata, desde luego, de un problema de impor-

La *Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1979* (Ref. Ar. 2051) confirma que los empleados de notarías no tienen el carácter de funcionarios públicos. Una Sentencia anterior, de la Sala 4.ª del Tribunal Supremo, de 4 de mayo de 1972 (Ref. Ar. 2925) estima un recurso formulado por un empleado de notaría que, al cesar por traslado de un notario, no fue mantenido en su puesto por el notario sucesor en el protocolo.

(37) El Arancel vigente, aprobado por Decreto de 21 de marzo de 1971, distingue entre los «derechos que deben percibir los notarios como funcionarios públicos» (números 1 a 19) y las cantidades que tienen derecho a percibir por otros conceptos que aparecen mencionadas en la parte final del Decreto («disposiciones generales»). Allí se establece que los notarios formarán una «cuenta» en la que incluirán los derechos devengados conforme a Arancel, los honorarios por dictámenes, asesoramientos, etc., y las cantidades suplidas por los pagos dispuestos o por las gestiones llevadas a cabo por encargo o cuenta de los interesados (disposición adicional 1.ª).

Este Decreto regula la *impugnación de la «cuenta»*, distinguiendo entre: a) aquellos supuestos en los que la impugnación afecta *exclusivamente* a los «derechos arancelarios» (vía administrativa y corporativa); b) aquellos supuestos en los que la impugnación se refiere únicamente a *cantidades suplidas y honorarios* (se sustanciará ante el juez del lugar donde radique la notaría, tramitándose por las reglas del juicio ordinario que corresponda por razón de la cuantía); y, por último, c) aquellos en que la impugnación verse, *simultáneamente, sobre la cuenta de los aranceles y de las cantidades suplidas u honorarios*, en cuyo caso deberá sustanciarse, independientemente, cada uno de los conceptos por la vía que corresponda, esto es, administrativa para los derechos arancelarios, judicial para suplidos y honorarios (disposiciones 4.ª a 6.ª).

Por último, el Decreto regula la *vía a través de la cual los notarios pueden exigir el pago de sus derechos*: a) *Vía de apremio*, tramitado en la forma prevista por la Ley de Enjuiciamiento Civil por el juez competente, que despachará el mandamiento de ejecución en base a la cuenta formada por el notario (disposición 7.ª), y b) *Juicio declarativo ordinario que le corresponda según cuantía para el cobro de honorarios por dictámenes, asesoramientos, redacción de cuadernos particionales, de estatutos y conceptos análogos* (disposición general 8.ª). Más adelante se citan las últimas sentencias en esta materia.

(38) El «servicio de responsabilidad civil» regulado por la Orden de 24 de abril de 1984 puede ser sustituido por un *seguro de responsabilidad civil*, de acuerdo con lo dispuesto en la Orden de 16 de noviembre de 1982, que dice así:

tancia práctica muy grande (carga de la prueba, grado de responsabilidad, alcance de la reparación, plazo de prescripción), pero ajeno al tema de este estudio, pues aquí lo que importa constatar es que, en todo caso, se trata de una responsabilidad civil, no administrativa (39). El Código civil prevé, además, algunos supuestos específicos de responsabilidad del notario (en caso de que resulte nulo un testamento o cerrado por no cumplirse las formalidades establecidas para el caso —arts. 705 y 715— o en caso de no presentar el testamento cerrado ante el juez competente en el plazo legal —art. 712—) y la Ley Hipotecaria prevé el supuesto de que el notario incurra en una omisión o error que impida inscribir el acto o contrato que

Artículo 1.º Se autoriza a la Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España para proceder a la sustitución del sistema establecido en la Orden de 24 de abril de 1948, por otro de seguro de responsabilidad civil de todos los Notarios, con adecuación a la legislación en materia de seguros privados vigente en cada momento.

Art. 2.º Los asegurados serán en todo caso los Notarios en activo, aunque posteriormente pasen a la situación de excedencia o jubilación, o fallezcan.

Art. 3.º El ámbito de cobertura del seguro comprenderá el entero quehacer del Notario, incluidos los supuestos de actuación de todos sus empleados, siempre que de ella deba aquél responder.

Art. 4.º La Junta de Decanos podrá actuar como árbitro a asumir funciones semejantes.

Art. 5.º La Junta de Decanos será informada a la mayor brevedad, tanto por los Notarios como por los aseguradores, de las reclamaciones formuladas y de todas las vicisitudes que ocurran hasta la terminación de cada asunto. Velará escrupulosamente por el prestigio de la institución notarial y por el recto ejercicio profesional del Notario, y cuidará asimismo de que el secreto del protocolo no sea vulnerado.

Art. 6.º Al margen y con independencia de la relación de seguro que pueda establecerse, y con carácter rigurosamente excepcional, podrá la Junta de Decanos asumir por sí, previa conformidad de Notario y reclamante, cualquier supuesto de responsabilidad civil de un Notario, tanto en cuanto a su enjuiciamiento como al abono de la indemnización que corresponda.

Art. 7.º Podrá la Junta de Decanos establecer las aportaciones a cuotas a cargo de los Notarios que sean necesarios para la aplicación de lo dispuesto en esta Orden.

Art. 8.º Si las circunstancias lo aconsejan, podrá la Junta de Decanos decidir que se establezca el sistema de seguro para los Colegios Notariales u otros Organismos corporativos en materias tales como la pérdida de letras de cambio u otros similares.

DISPOSICIÓN FINAL

Desde el momento en que se aplique lo dispuesto en esta Orden, queda sin efecto la Orden de 24 de abril de 1948 (citada), salvo en cuanto a las situaciones de seguro creadas a su amparo.

(39) Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho Administrativo*, tomo II, Madrid, 1981, p. 348. Literalmente: «Por no estar integrados en la organización no imputan su actividad dañosa a la Administración los concesionarios, los contratistas administrativos y, en general, los profesionales libres que ejercitan privadamente funciones públicas (caso de los notarios)». Véase GÓMEZ-ACEBO, F.: *La responsabilidad civil del notario*, en «Revista de Derecho Notarial», 1954.

autorice (art. 22), responsabilidad que el Reglamento notarial concreta a los casos de dolo, culpa o ignorancia inexcusable del notario autorizante. En todo caso, la rapidez del pago de las indemnizaciones a los particulares que hayan sufrido daño por la actuación notarial trata de garantizarse mediante el «servicio de responsabilidad civil» (40). b) En el *orden penal* el notario, en cuanto tal, puede cometer los delitos de falsedad en documento público (art. 302 del Código penal), infidelidad en la custodia de documentos (arts. 364 a 366 del Código penal), violación de secreto (art. 367 del Código

(40) El Tribunal Supremo ha calificado la responsabilidad civil del notario como una responsabilidad «*de origen y carácter legal*». La importante Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 3 de julio de 1965 (Ref. Ar. 3695) estima un recurso de casación interpuesto contra una sentencia de la Audiencia Territorial dictada en materia de *responsabilidad civil de un notario*. La sentencia resuelve la pretensión de indemnización de daños y perjuicios contra un notario que autorizó una *escritura pública de compraventa* pero que, por falta de diligencia, no pudo inscribirse en el Registro de la Propiedad, dado que la misma finca había sido ya inscrita en el Registro en virtud de escritura otorgada ante el mismo notario, por el mismo vendedor y en la misma fecha. El Juzgado de Primera Instancia había apreciado la excepción de prescripción de la acción por haber transcurrido el plazo de un año establecido en el artículo 1.964 del Código civil. La Audiencia Territorial, por el contrario, estimó la demanda. El Tribunal Supremo, por último, casa la sentencia de la Audiencia y en segunda sentencia estima la excepción de prescripción de la acción. Al hacerlo, el Tribunal efectúa las siguientes declaraciones sobre la naturaleza jurídica del notario y sobre la naturaleza de su responsabilidad:

«Considerandos de la primera sentencia:

CDO.: Que según el artículo 1.º de la Ley Orgánica del Notariado hoy vigente, de 28 de mayo de 1962, "el notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales", con lo que vino a ponerse fin a un estado de cosas en que el notario *ejercía una profesión no bien definida* en la realidad jurídica a la sazón existente, pues aunque los notarios expedían documentos que habían de ser admitidos por los Tribunales, *en un grado de credibilidad superior* a lo de los particulares, es lo cierto que *el oficio*, una vez que había sido objeto de la enajenación por la Corona, era patrimonial, sujeto a las reglas y módulos del régimen de propiedad privada, mientras desde dicha Ley se reconoce la naturaleza pública del funcionario fedante, al no admitirse cotos parcialmente soberanos sustraídos al Poder.

CDO.: Que el notario *debe autorizar el instrumento público una vez requerido legalmente*, siempre que el acto sustancial objeto del mismo sea conforme a la Ley, correspondiendo en la realidad a una relación jurídico formal entre el notario y los que solicitan su ministerio, llevando consigo, como presupuestos para su ejercicio, la dirección de la *voluntad de las partes con miras a su eficacia* (art. 147 del Reglamento), la *obligación de asegurarse de la legalidad de la relación jurídica* (art. 145) y la *de cerciorarse de su legitimidad* (arts. 170 y 175), y como elemento básico a dichos fines, la *de aconsejar a los interesados*, y teniendo como contenido la previsión, nacimiento, transmisión, modificación y extinción de toda clase de derechos.

CDO.: Que si en todas las funciones del Poder público es la *responsabilidad una garantía de actuación jurídica correcta*, su importancia en la institución de la fe pública ha de ser grande, ya que

penal), anticipación, prolongación y abandono de funciones (arts. 373 y ss. del Código penal).

g) La jurisdicción *disciplinaria* sobre los notarios —dice el artículo 340 del vigente Reglamento notarial— corresponde al ministro de Justicia, a la Dirección General de los Registros y del Notariado y a las Juntas directivas. Las sanciones que pueden ser impuestas a los notarios, sin perjuicio de las establecidas para casos especia-

cada notario asume personalmente todas las atribuciones inherentes a la potestad notarial, y el acto notarial es completo con la sola intervención del notario, no pudiendo traspasar el campo de acción que tiene señalado, esto es, debe concretarse a los hechos en que personalmente interviene y que están directamente sometidos a su criterio, no a aquellos que, teniendo relación más o menos directa con el acto que se efectúa, son ajenos al mismo.

CDO.: Que por lo que afecta a la responsabilidad que dimana del incumplimiento de los deberes relativos a la autorización de los instrumentos públicos, ésta nace del perjuicio que pueda irrogarse a un particular, por acción u omisión del deber oficial que incumbe al notario, cuando incurra en culpa, negligencia o ignorancia inexcusables.

CDO.: Que el espíritu que en general predomina en las disposiciones reglamentarias es el de limitar la responsabilidad del notario únicamente en cuanto se refiere a la forma exterior del acto que autoriza, para procurar que en él concurren todas las precauciones necesarias a fin de que se consideren dignos de fe, si bien es de tener en cuenta, que aunque no de un modo general, se reconoce muchas veces la acción del notario en lo que constituye la sustancia del acto en que interpone un ministerio, por lo que existiendo la correspondiente obligación ha de darse también el efecto que lleva consigo su incumplimiento, esto es, la responsabilidad civil del notario, que será tan extensa como para cada caso se requiera.

CDO.: Que teniendo esta responsabilidad civil indudable origen y carácter legal, a tenor de lo dispuesto en el apartado 5.º del artículo 1.903 del Código civil, le será aplicable lo dispuesto en el artículo anterior y consiguientemente el plazo de prescripción de un año establecido en el número 2.º del artículo 1.968 del propio Cuerpo legal, con que concuerda el último inciso del número 3.º del artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, texto refundido aprobado por Decreto de 26 de julio de 1957.

CDO.: Que en el caso de autos, al atenderse la sentencia recurrida al plazo prescriptivo de quince años establecido en el artículo 1.964 del propio Código civil para las acciones personales que no tengan señalado término especial de prescripciones, ha incurrido en las infracciones señaladas en el motivo único del recurso, que debe ser estimado por ello.

Considerando de la segunda sentencia:

CDO.: Que otorgada el día 5 de julio de 1956 la escritura pública de compraventa en la que el notario demandado, según la Audiencia, procedió con *manifiesta negligencia profesional*, y terminado el procedimiento *criminal* inicialmente utilizado por auto de sobreseimiento de 10 de julio de 1958, no presentada la demanda origen del pleito civil hasta el 17 de mayo de 1961, es patente que ha transcurrido con sensible exceso el plazo del año señalado en el número 2 del artículo 1.968 del Código civil, lo que impone la estimación de la excepción

les, son las de apercibimiento, multa y traslación forzosa (41). El Tribunal de Honor, regulado en el Reglamento notarial (arts. 353 y ss.), ha quedado suprimido por virtud de la prohibición establecida en el artículo 26 de la Constitución de 1978.

Estas son las normas básicas que configuran actualmente el Estatuto de los notarios en España. Veamos ahora cuál ha sido la interpretación judicial y doctrinal de su contenido.

B) El Tribunal Supremo, en recursos civiles, penales y contencioso-administrativos, ha tenido que resolver con frecuencia la cuestión previa de la naturaleza jurídica de los notarios. Algunas de estas sentencias han sido citadas anteriormente. Pero existen otras que contienen declaraciones más explícitas:

a) Algunas han sido dictadas por la Sala Segunda del Tribunal Supremo al resolver recursos de casación formulados contra sentencias de las Audiencias Provinciales dictadas en relación con el delito de falsificación de documentos públicos (art. 302 del Código penal), calificando al hacerlo la condición jurídica del notario (42).

de prescripción aducida en la contestación a la demanda, con la consiguiente desestimación de ésta.»

(41) El procedimiento sancionador está regulado en el Reglamento Notarial de 1944 (artículos 340 y ss.). La existencia de un procedimiento especial, respetado por la Ley de Procedimiento Administrativo (Decreto de 10 de octubre de 1958, art. 1.º, número 7) no excluye la aplicación de las garantías esenciales previstas en esa Ley de Procedimiento Administrativo. La argumentación errónea de una primera sentencia que declaraba la no aplicación de las garantías de la Ley de Procedimiento Administrativo a los notarios (Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1963, Ref. Ar. 1728) fue rectificada posteriormente en la *Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 1965* (Ref. Ar. 2985), que estimó un recurso formulado contra una sanción impuesta a un notario, por no haberse cumplido las garantías previstas en esa Ley.

Por otra parte, la *Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 5.ª) de 2 de marzo de 1972* (Ref. Ar. 993) desestima el recurso interpuesto por un notario contra la Resolución General de los Registros y del Notariado que denegó la cancelación de una nota de sanción de apercibimiento que obraba en su expediente personal. Como cuestión previa, la sentencia tiene que resolver el problema de determinar la norma reguladora de las cancelaciones, dado que ni el Reglamento Notarial ni las disposiciones específicas del notariado las regulan. La sentencia declara que si bien es cierto que ni la Ley de Funcionarios Civiles del Estado ni el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado son directamente aplicables a los notarios, si lo son, en cambio, como normas supletorias de aquellas que rigen para ellos a cualesquiera funcionarios, incluso cuando, como en el caso de los notarios, éstos no perciben sueldo o asignación con cargo a las consignaciones del personal de los presupuestos generales del Estado.

(42) La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2.ª) de 18 de octubre de 1969 (Ref. Ar. 5095) resuelve un recurso de casación contra una sentencia de la Audiencia Provincial que condenó a un notario por el delito de falsificación de escritura pública. En su segundo considerando dice:

«CDO.: Que el notario como profesional del Derecho y funcionario público posee, por virtud de lo dispuesto en los artículos 1.º y 23 de

b) Otras proceden de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo y contienen declaraciones sobre la naturaleza jurídica de los notarios, formuladas al resolver recursos planteados en relación a su actividad o a sus honorarios (43). De la doctrina de unas y otras sen-

la Ley Orgánica del Notariado de 28 de mayo de 1862 y 2.º de su Reglamento de 2 de junio de 1944, un trascendental poder legitimador que le habilita para ejercer la función pública, en cuanto a los hechos que ve, oye o percibe por sus sentidos, autenticándolos materialmente, y aun en el campo del Derecho al recibir, interpretar y dar forma legal y fuerza probatoria a las declaraciones de voluntad de las partes, redactando los instrumentos precisos y confiriéndoles veracidad, con lo que *actúa en pro del interés colectivo, sirviendo al Derecho*, que estructura la buena armonía social y las relaciones interindividuales, sin contienda judicial; por lo que tan importante misión, que tiene su mejor salvaguardia en la dignidad inmaculada con que normalmente se ejerce por un Cuerpo excepcional de técnicos jurídicos, sin embargo, también recibe apoyo más indirecto y por vía negativa del campo punitivo cuando la autenticidad se elude o margina conscientemente, y aparece la deseada alteración de la genuinidad en el instrumento público que autoriza, trastocando indebidamente el buen tráfico jurídico, pues entonces la falsedad surge envuelta en el abuso del oficio y entra en juego el artículo 302 del Código penal si la conducta desleal con la verdad encaja en cualquiera de los supuestos que exhaustivamente describe tal tipo, produciéndose el oportuno y necesario reproche judicial de culpabilidad, por infracción del *deber normativamente impuesto a tal profesional y funcionario.*»

— La *Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2.ª) de 17 de mayo de 1972* (Ref. Ar. 2639) desestima un recurso de casación interpuesto contra una sentencia de la Audiencia que condenó a un notario como autor de un *delito de falsedad* por imprudencia simple con infracción de Reglamentos. Esta sentencia insiste en que el bien protegido por el artículo 302 del Código penal es «el interés público y las garantías de veracidad y protección que los servicios públicos ofrecen a los ciudadanos en la vida de relación comunitaria», y añade:

«CDO.: Que como atributo *desgajado de la soberanía del Estado*, ejercita el notario la fe pública, en las relaciones de Derecho privado, sin contienda judicial, y en su *doble condición de profesional del Derecho y de funcionario público*, se le dota de conformidad a lo establecido, entre otros, en los artículos 1.º, 17, 23 y 25 de la Ley Orgánica del Notariado de 28 de mayo de 1862, y en el 1.º, 2.º, 143, 147, 153, 167, 176, 178, 193, 195 y 196 del Reglamento de 2 de junio de 1944, de un trascendental poder legitimador, que le habilita para desempeñar la función pública, en cuanto a los hechos que ve, oye y percibe por sus sentidos, dándoles autenticidad material y en la esfera del Derecho al recibir, interpretar, calificar y conceder forma legal y fuerza probatoria, a las declaraciones de voluntad de las partes, redactando los instrumentos precisos y confiriéndoles veracidad, por lo que *actúa en provecho del interés colectivo, en servicio del Derecho*, que estructura la buena armonía y las relaciones interindividuales, al margen del conflicto de intereses judicializados.»

(43) La *Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 4.ª) de 6 de febrero de 1984* (Ref. Ar. 1069) que declara que no es de la competencia de esa jurisdicción contencioso-administrativa resolver el recurso planteado por una señora que había *depositado en poder de un notario un pliego cerrado y sellado* cuyo contenido no reveló. La sentencia, en su tercer considerando, dice que

tencias se deduce que gran parte de la actividad de los notarios queda fuera del ámbito del Derecho administrativo y está sometida directamente al control de la jurisdicción ordinaria (por ejemplo,

«... no hallando en la legislación específica del notariado base ni fundamento comunicador de facultad administrativa para terciar en el discutido punto de vista de la relación jurídica determinada por el acto de custodia, libremente aceptado por el notario autorizando el acto de depósito bajo condiciones también fijadas por la primera y aceptadas por el segundo, sin otro vínculo que el de esa mera concurrencia de voluntades para hacerlo nacer a la vida del Derecho, es por demás evidente que, como negocio jurídico que es, ajeno a toda razón de subordinación jerárquica del funcionario autorizante a la Administración superior al mismo, constituye un problema exclusivamente de Derecho común cuanto a dicho negocio concierne... todo lo cual son facetas de interés jurídico-privado y, por lo mismo, de naturaleza claramente no administrativa».

— La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 4.ª) de 25 de mayo de 1976 (Ref. Ar. 3001) desestima un recurso interpuesto contra una Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre impugnación de honorarios. La sentencia, para resolver la cuestión de fondo, analiza primero la competencia de las Salas de lo Contencioso-administrativo para conocer de los recursos formulados en esta materia, dado el doble carácter que los notarios tienen de profesionales y de fedatarios públicos y al hacerlo expone la siguiente doctrina:

«CDO.: Que carece de fundamento jurídico la excepción de inadmisibilidad aducida al amparo del apartado b) del artículo 82 en relación con el 2.º a) de la Ley Jurisdiccional, dado que la competencia para entender de las impugnaciones de honorarios de los notarios como fedatarios o funcionarios públicos, y en las partidas comprendidas en las minutas remuneratorias de la actividad o ejercicio de la función pública notarial, corresponde a las Juntas de Gobierno de los Colegios y a la Dirección General del ramo en su caso, agotando la decisión de este último organismo la vía administrativa, por lo que frente a lo por ello resuelto procede la impugnación procesal contencioso-administrativa al amparo de lo dispuesto en los artículos 1.º y 37 de la Ley Jurisdiccional y preceptos concordantes, ya que no puede ofrecer duda que los problemas que pueda plantear la aplicación del Arancel notarial como forma legalmente reconocida de remunerar la actividad profesional de un funcionario público especial es materia netamente administrativa y como tal elemento esencial determinante de la competencia demuestra jurisdicción, como ha declarado la jurisprudencia y en particular proclama la doctrina contenida en la Sentencia de 8 de mayo de 1957; tesis que no contradice la posibilidad de que algunas de las actividades que puede desarrollar el notario como profesional del Derecho (no funcionario) tales como estudios jurídicos previos, suplidos, etc., merezcan otra calificación jurídica de acuerdo con su naturaleza y esté, por ello, atribuido el conocimiento de las cuestiones que puedan plantearse a la jurisdicción ordinaria.»

Y en virtud de este razonamiento la misma sentencia declara que son cuestiones administrativas las derivadas de la aplicación del Arancel, pero que no lo son, en cambio, las referidas a «conceptos extraarancelarios» ni tampoco «la discusión sobre la procedencia de los otorgamientos formalizados».

— La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 4.ª) de 26 de junio de 1976 (Ref. Ar. 4387) estima, en parte, un recurso interpuesto contra los honorarios devengados por un notario. Al hacerlo, confirma la doctrina expuesta anteriormente por otras sentencias, pero añade ciertas matizaciones sobre la naturaleza de la intervención adminis-

la función de depósito y custodia de documentos —Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 1964—, toda su actividad de consejo y asesoramiento —Sentencias de 25 de marzo de 1971, 25 de mayo de 1973— e incluso, como declara esta última sentencia, «la discusión sobre la procedencia de los otorgamientos formalizados»). Se deduce, asimismo, que el notario «actúa en pro del interés colectivo, sirviendo al Derecho» (Sentencias de 18 de octubre de 1969 y 17 de mayo de 1972). Se deduce también que al poder público corresponde una «intervención administrativa en el ejercicio privado de funciones públicas atribuidas a los notarios a tenor de su propio Reglamento» (Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 1976), y que la Administración del Estado tutela, a través del centro

trativa en esta materia. El acto impugnado, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, es un acto administrativo,

«... y ello por virtud de una fundamental consideración, y es la de que atribuida por aquella norma la decisión en dichas impugnaciones a la Junta del Colegio, el citado Centro directivo interviene como órgano administrativo de fiscalización de esas decisiones corporativas según una conocida técnica de aplicación en nuestro ordenamiento, produciendo así unas resoluciones cuya naturaleza, y en cuanto a la Corporación, es la de actos de control, y en cuanto al contenido, de *intervención administrativa en el ejercicio privado de funciones públicas atribuidas a los notarios a tenor de su propio Reglamento*; lo que desde otro punto de vista queda claro al advertir que por ser la naturaleza de esa función la que posibilita la aplicación directa de la vía de apremio a las cuentas de honorarios según la sexta de aquellas disposiciones generales, la garantía de los derechos del particular en cuanto a la aplicación del Arancel no se atribuye en cambio al control de los propios Tribunales que intervienen en el apremio, como ocurre con los abogados y procuradores por su actuación procesal (arts. 8.º, 12, 423, 427 y ss. de la LEC), sino al Colegio profesional bajo el control de un órgano administrativo, lo cual no conlleva por supuesto alteración alguna en la naturaleza de la actividad, ni menos la disminución de las garantías que supone para los particulares la revisión jurisdiccional»:

Aparece, pues, en esta sentencia la calificación de los notarios como *ejercientes privados de funciones públicas* que le son atribuidas por el Reglamento que regula su actividad.

— La *Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 4.ª)* de 31 de marzo de 1977 (Referencia Ar. 1468) estima, en parte, un recurso interpuesto contra la utilización de la vía de apremio para la percepción de los honorarios de un notario y, al hacerlo, insiste nuevamente en la calificación jurídica de éstos como «ejercientes privados de funciones públicas». Sobre esta cuestión, en su primer considerando dice:

«... por cuanto nos hallamos en presencia de actividad administrativa producida en el ámbito de fiscalización de acuerdos de un Colegio profesional, tutelándose por la Administración del Estado, a través del Centro directivo competente, en uso de dichas facultades, *la recta aplicación del ordenamiento jurídico, atinente al ejercicio privado de funciones públicas, cuales las desempeñadas por los notarios*, y que aquí impiden en materia de correcta aplicación del Arancel determinante de la inclusión o no de concretas partidas en la cuenta que el notario presentó al cobro por vía de apremio...

directivo competente, «la recta aplicación del Ordenamiento jurídico atinente al ejercicio privado de funciones públicas, cuales las desempeñadas por los notarios» (Sentencia de 31 de marzo de 1977), pero que, en todo caso, la responsabilidad del notario es de naturaleza civil (Sentencia de 3 de julio de 1965).

C) La literatura jurídica de los últimos cien años ha coincidido en destacar el carácter «primario» de la actividad profesional del notario sobre el carácter «incorporado» funcional de la misma: José GONZALO DE LAS CASAS (44), Félix María FALGUERA (45), Juan Eugenio RUIZ GÓMEZ (46), Miguel FERNÁNDEZ CASADO (47), Joaquín Cos-

materia la enunciada que implica actividad de la Administración estatal sujeta al Derecho administrativo y no excluida del control jurisdiccional por norma de rango legal... mientras que la cuenta de cantidades suplidas o demás conceptos extraarancelarios se difiere al planteamiento del oportuno litigio entre la jurisdicción común».

— La *Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 4.ª) de 23 de marzo de 1977* (Referencia Ar. 1760) estima un recurso interpuesto contra una Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado que declaraba sujetos al turno de reparto los documentos notariales otorgados por una empresa constructora filial de una Caja de Ahorros. En esta sentencia el Tribunal analiza el «principio de libertad de elección de notario», declarando que este principio, que es básico en la organización del notariado (art. 3.º del Reglamento de 1944), tiene un límite en el establecimiento del turno de reparto de documentos notariales, límite que, dado el carácter esencial del principio al que afecta, debe ser interpretado estrictamente y no siendo susceptible de extensión ni de aplicación analógica de los supuestos enumerados en el artículo 126 del Reglamento, «sin que tampoco quepa hablar de inclusión en base a vinculaciones de segundo grado o indirectas con relación a las tres esferas de la Administración territorial (Estado, provincia o municipio) y sus organismos autónomos».

(44) José GONZALO DE LAS CASAS: *Diccionario General del Notariado de España y Ultramar*, Madrid, 1875. En el tomo III, voz «Notariado» (pp. 267 y ss.), hace un amplio extracto de la investigación realizada por Joaquín CERVINO (*Estudios acerca de los oficios de la fe pública en España*) en la que se refleja los graves problemas del notariado en aquella época y a continuación recuerda que por Real Orden Circular de 4 de agosto de 1855 se prohibió «la provisión de toda escribanía o notaría, ya sea del Estado, ya de propiedad particular», prohibición que se mantenía en el momento de publicarse el Diccionario. Para remediar esta situación, GONZALO DE LAS CASAS propone una reforma del notariado y la aprobación de una ley orgánica cuyo texto él mismo presentó a las Cortes Constituyentes el 14 de julio de 1855. Este proyecto de ley orgánica lo publica también en su Diccionario (pp. 306 a 318).

(45) Félix María FALGUERA: *Estudios histórico-filosóficos sobre el notariado*, Barcelona, 1894.

(46) Juan Eugenio RUIZ GÓMEZ: *Principios fundamentales de la facultad de Notaría*, Madrid, 1894, p. 687.

(47) Miguel FERNÁNDEZ CASADO (*Tratado de Notaría*, Madrid, 1895, 2 volúmenes), en su exhaustivo estudio de la historia del Notariado en España y del Derecho vigente español en aquel momento. Después de examinar algunas cuestiones previas sobre el carácter del notario (el notario como «testigo público» —p. 15—, el notario como «ejerciente de la profesión privada de elegir y aconsejar a las partes en sus actos y contratos —p. 23—), se enfrenta con el problema de interpretar la expresión de «funcionario público» que el artículo 1.º de la Ley de 1862 utilizó para definir al notario (ob. cit., p. 140), llegando a la conclusión de que esa expresión hay que entenderla en un sentido muy amplio, en el sentido de «persona que representa o sustituye al poder central en algún acto que exige la intervención de éste». El aspecto profesional

TA (48), Mateo AZPEITIA ESTEBAN (49), José María MENGUAL (50), José María SANAHUJA SOLER (51), José GONZÁLEZ PALOMINO (52), José CASTÁN TOBEÑAS (53), MONASTERIO (54), Manuel DE LA CÁMARA (55), Pedro AVILA FERNÁNDEZ (56), Valentín F. NAVARRO AZPEITIA (57), Enrique GIMÉNEZ

de la actividad del notario prevalece sobre su aspecto funcional —incluso entendiendo la expresión funcionario en el sentido tan amplio indicado—, razón por la cual FERNÁNDEZ CASADO propone utilizar la palabra «profesor» para definir al notario —término que se repite en otros autores de la época para definir el aspecto profesional del notario. De tal manera, FERNÁNDEZ CASADO propone la siguiente definición: «El notario es un profesor encargado de presidir y dirigir el establecimiento de las relaciones pacíficas o Derecho privado, redactar y autorizar los documentos en que se hacen constar y dar testimonio de hechos que a su presencia ocurran» (p. 142).

(48) Joaquín COSTA (*Reforma de la Fe Pública*, Madrid, 1897, p. 33) define al notario como «un profesor de Derecho que interviene activamente de un modo positivo en los instrumentos que autoriza, cuidando de que no falte en ellos ninguno de los requisitos necesarios para su validez».

(49) Mateo AZPEITIA ESTEBAN: *Legitimación Notarial*, Madrid, 1930.

(50) José María MENGUAL (*Elementos de Derecho Notarial*, tomo II, vol. 2.º, Madrid, 1933) dedica un epígrafe de su libro a estudiar esta cuestión con el título «*Es el notario un funcionario público o es un profesor de Derecho?*» (pp. 60 y ss.). Pues bien, utilizando los textos de Derecho administrativo de la época (ROYO-VILLANOVA, *Elementos de Derecho Administrativo*; SANTAMARÍA DE PAREDES, *Curso de Derecho Administrativo*, 1894; GASCÓN y MARÍN, *Tratado de Derecho Político*), llega a la conclusión de que, en el Derecho español, el notario sólo puede ser funcionario dando a esa expresión el sentido lato, no el estricto que en los manuales de Derecho administrativo se utiliza, un sentido, pues, tan amplio como, por ejemplo, el que menciona SANTAMARÍA DE PAREDES (ob. cit., p. 113, «todo el que, por disposición inmediata de la Ley o por elección popular o por nombramiento de autoridad competente, participa del ejercicio de funciones públicas»). Sólo tomando la expresión «funcionario» en este sentido puede, según este autor, mantenerse que el notario es, a un tiempo, «profesor y funcionario».

(51) José María SANAHUJA SOLER: *Tratado de Derecho Notarial*, tomo I, Barcelona, 1945, p. 2. «No es que el notario ejerza a veces de funcionario público y otras veces de profesional del Derecho. Es que ambos caracteres se hallan involucrados en el Notariado y determinan un complejo orgánico y funcional que no permite incluirlo nítidamente y sin reservas dentro del campo del Derecho público ni del Derecho privado.»

(52) José GONZÁLEZ PALOMINO: *Instituciones del Derecho Notarial*, Madrid, 1948, páginas 219 y ss. Quien mantiene polémicamente que el notario es esencialmente un «funcionario público» aunque precisa «que no ejerce funciones burocráticas» (p. 221).

(53) José CASTÁN TOBEÑAS: *En torno a la función notarial*, en «Anales de la Academia Matritense del Notariado» y *Función notarial y elaboración notarial del Derecho*, Madrid, 1946, especialmente páginas 38 y siguientes, donde dice: «En el problema que tanto discutieron en nuestra patria los antiguos escritores, de si el notario es o no un funcionario público y administrativo, puede llegarse y se ha llegado ya a soluciones de concordia. Desde luego no puede negarse el carácter público de la función y de la institución notarial... pero esta función pública tiene fines complejos y características especiales que la alejan mucho de las funciones típicamente administrativas.»

(54) MONASTERIO: *Reflexiones acerca de la naturaleza de la función notarial*, en «Revista de Derecho Notarial», julio-diciembre 1972.

(55) Manuel DE LA CÁMARA ALVAREZ: *El notariado latino y su función*, en «Revista de Derecho Notarial», 1972.

(56) Pedro AVILA FERNÁNDEZ: *Estudios de Derecho Notarial*, Madrid, 1973, pp. 18 y ss.

(57) Valentín Fausto NAVARRO AZPEITIA: *Reflexiones acerca de la naturaleza de la función notarial*, en «Revista de Derecho Notarial», 1972.

ARNÁU (58), JUAN VALLET DE GOYTISOLO (59). Recientemente, Antonio RODRÍGUEZ ADRADOS ha investigado el nexo que existe entre la función privada y la función pública del notario: «La función privada del notario constituye la esencia de su actividad profesional, la cual adquiere por su incidencia social el carácter de función pública» (60).

D) En resumen, el notario es un jurista profesional, cuya función consiste en asesorar, aconsejar y documentar conforme a Derecho. Su actividad contribuye a realizar el principio de la seguridad jurídica.

(58) Enrique GIMÉNEZ ARNÁU: *Derecho notarial*, 2.^a edición, 1976, especialmente páginas 52 y siguientes, sobre la definición de notario; páginas 118 y siguientes, sobre el doble carácter del notario en el sistema latino; páginas 240 y siguientes, sobre el notario como funcionario.

(59) JUAN VALLET DE GOYTISOLO: *La misión del Notario*, en «Revista de Derecho Notarial», 1957; *La función del Notario y la seguridad jurídica*, en «Revista de Derecho Notarial», 1976, y *La función notarial de tipo latino*, en «Revista de Derecho Notarial», 1978.

(60) Antonio RODRÍGUEZ ADRADOS, en su documentado y apasionado estudio *El Notario: función privada y función pública. Su inescindibilidad* («Revista de Derecho Notarial», enero-marzo 1980) trata de mostrar que «la función privada del notario se funde inescindiblemente con su función pública» (p. 406), de manera que no es posible distinguir entre una y otra; todas las actividades realizadas por el notario (indagación de la voluntad de las partes, consejo, concreción del fin empírico en un negocio jurídicamente perfecto, formación del documento) constituyen la «función del notario». ¿En qué consiste? Se trata de una función de gran complejidad que se desempeña «en la encrucijada del Derecho público y del Derecho privado, de los intereses colectivos y de los intereses privados» (p. 259). En ella coexiste un *officium publicum* —función certificante o autorizante— y un *officium civile* —profesión jurídica, de pericia legal, de consejo o de adecuación—. El titular de esa función «viene a situarse en la organización jurídica en una posición peculiar entre los juristas oficiales o juristas del Estado —funcionarios públicos— y los juristas libres cuyo prototipo está constituido por los abogados» (p. 263). La función del notario no puede explicarse simplemente a partir del documento notarial («notario documentador») porque la confección del documento representa sólo el punto final de la actividad, «la función certificadora es solamente el aspecto final y externo de la construcción jurídica contenida en los documentos» (p. 265). Para entender la actividad del notario no se puede partir del documento como cosa, como resultado material, sino *in fieri*, «en un hacerse» (p. 273). El *iter* formativo de la escritura pública muestra lo que es, realmente, la esencia de la actividad notarial. Ante todo recibir la voluntad de las partes, lo que lejos de ser una recepción pasiva supone una actividad interpretativa por parte del notario (p. 283). Es una «interpretación jurídica de la voluntad» que, se quiera reconocer o no, tiene algo de creadora; «no se trata tanto de ponerla de relieve, de descubrirla, como de formarla, de contribuir a su formación» (art. 147,1 del Reglamento notarial: «adaptándola a las formalidades jurídicas necesarias para su eficacia»). Función, pues, «configuradora» o «conformadora» de la voluntad de los otorgantes, creando o recreando el negocio. Y una vez redactado el documento se puede proceder al acto de su «otorgamiento» y a su «autorización» por el notario, apareciendo entonces su función pública y coetáneo control de legalidad, a la que siguen la ulterior «conservación» de las escrituras matrices o protocolos y su «reproducción» mediante la expedición de copias (p. 295). Implicada en la anterior función coexiste la antiquísima de «consejo», en la que se funda la más extendida de las construcciones doctrinales de la función profesional del notario. La misión del consejo no sólo ético-profesional sino «técnico-jurídica» (p. 311). La función de consejo es distinta del deber

El Estado reglamenta y tutela esa actividad dándole el carácter de «función pública», pero sin convertirla en un servicio público en sentido estricto. Los efectos que derivan de la intervención notarial en la elaboración del instrumento público (valor probatorio —presunción de verdad— y valor formal en ciertos negocios) justifican la calificación de esa función como función pública. El título en virtud del cual los notarios desempeñan su función no es un título concesional, sino un título profesional. El ejercicio reglamentario de la profesión de notario implica, por sí mismo, el desempeño de esa función. Se trata, pues, del ejercicio privado de una función pública.

El significado público de la actividad del notario justifica que el Estado la regule y ejerza sobre ella un control de legalidad, preservándose independencia e imparcialidad (61). La regulación de la función notarial, pues, no es, en sentido estricto, regulación de un

de información que el notario tiene («imponer a las partes del sentido y consecuencias del acto»; «instruir a las partes sobre el alcance legal del acto o negocio jurídico») y, también, del «deber de asistencia jurídica», que consiste en «procurar que se eviten errores y dudas y que las partes inexpertas o poco hábiles no queden perjudicadas» (p. 321). Pero RODRÍGUEZ ABRADOS cree que la doctrina general del «consejo» no es completamente satisfactoria, por lo que propone incorporar, además, la teoría de la «adecuación» (preliminar, coetánea o sucesiva al ejercicio de la función documental), esto es, la «adecuación jurídica» del negocio a lo querido (p. 333). Todo lo cual implica la existencia de una «interpretación notarial del Derecho» (p. 367) e, incluso, una «elaboración notarial del mismo» (p. 373).

La función privada del notario, hasta ahora expuesta, constituye la esencia de su actividad profesional, la cual adquiere por su incidencia social el carácter de función pública. La «fe pública» no es, pues, «una creación arbitraria del legislador, sino la consagración legal de una realidad que los notarios han ido conquistando» (p. 378). De ahí que cuando se habla de la función pública del notario se sigue hablando de su función privada. La inserción de la función privada del notario en la fe pública viene exigida por misión antiligtiosa, por su finalidad de seguridad jurídica, previniendo junto a las ilegalidades formales las de fondo (p. 389). «Hacer la verdad» es la quintaesencia de la función notarial. Por ello al notario corresponde velar por la autenticidad de fondo (p. 392) y ejercer un control de legalidad (art. 396). Todo lo cual es una función pública inescindible de la función privada. No puede deslindarse la figura de un «notario privado» que ejerce funciones privadas de la figura de un «notario público» que ejerce las funciones públicas; pues resultaría, concluye RODRÍGUEZ ABRADOS, que, de una parte los sedicentes notarios encargados pura y simplemente de una función pública no podrían atender los intereses privados que actualmente tutelan los notarios; y de otra parte, los notarios puramente privados, como los tabeliones romanos, como los *scriptores* de nuestra alta Edad Media, tendrían que ir ganando día a día la confianza del público hasta conseguir finalmente que la «pública confianza» se acompañara otra vez de la «pública fe» (p. 409).

(61) La Administración puede ser una de las partes en el negocio que autoriza el notario. Véase José Batista MONTERO-RÍOS, *Notario y Administración pública*, en «Revista de Derecho Notarial», núm. 60, 1968. La independencia de su función está explícitamente reconocida en el artículo 2.º, 4 del Reglamento de 1944 («El notario disfrutará de plena autonomía e independencia en su función...»). La dependencia administrativa y corporativa del notario es sólo orgánica, no funcional. En cuanto a la imparcialidad, véase Manuel GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, *El deber de imparcialidad del notario*. Publicado en «Jornadas Notariales de Poblet», 1964.

servicio público (servicio de la Administración, organizado por ella, y del que ella responde), sino regulación de los elementos públicos de la profesión notarial. La reglamentación del notariado, en efecto, garantiza que esta profesión se ejercite en todo el país, que se ejercite por personas cualificadas, que estas personas tengan autoridad y protección oficial, que el protocolo notarial esté suficientemente conservado y custodiado, que los instrumentos públicos y demás documentos notariales se ajusten a los criterios y formalidades reglamentariamente preestablecidos, pero respeta su contenido profesional esencial. Esto significa que se garantiza el ejercicio de esta función como profesión jurídica, asegurándose, al menos, su independencia frente a la Administración, su imparcialidad frente a las partes, su pleno sometimiento al Derecho —sometimiento directo no mediatizado por instrucciones o directrices administrativas—, la iniciativa en la organización de su propia actividad por cada notario, la concurrencia entre notarios como estímulo de perfeccionamiento personal, la remuneración por arancel de su actividad fedataria y por honorarios del resto de su actividad profesional, la relación privada con la clientela basada en el principio de confianza institucional y personal y la organización corporativa de la profesión bajo la tutela y vigilancia de la Administración.

7. *Agentes de Cambio y Bolsa*

Los Agentes de Cambio y Bolsa son profesionales mercantiles que realizan su actividad primordial de intermediarios en el comercio, especialmente en el comercio de títulos valores, contribuyendo a la seguridad del tráfico (fe pública mercantil) y a la formación del precio oficial de ciertos bienes (cotización bursátil). Sirven, pues, al interés particular de compradores y vendedores y, al mismo tiempo, al interés público de que exista un «mercado» reglamentado con el fin de que en él la seguridad jurídica y económica de las operaciones, y la regularidad y certeza de los precios estén, en lo posible, asegurados.

La profesión de Agente de Cambio y Bolsa tiene un origen antiguo (62). Su situación actual es el resultado de una larga evolución

(62) Fue precisamente un español quien dio una de las primeras explicaciones teóricas del mercado bursátil, José DE LA VEGA, *Confusión de confusiones*, diálogos curiosos entre un filósofo agudo, un mercader discreto y un accionista erudito describiendo el negocio de las acciones, su origen, su etimología, su realidad, su juego y su enredo, Amsterdam, 1688.

histórica, a través de la cual ha ido adquiriendo «consistencia jurídica pública», esto es, el reconocimiento oficial de una cierta eficacia pública para algunos de sus actos. Razón por la cual constituye también un supuesto de los que la doctrina viene incluyendo dentro de la categoría de «ejercientes privados de funciones públicas».

La situación en España de los Agentes de Cambio y Bolsa presenta una cierta semejanza con la de otros países del continente europeo, al menos en cuanto a cuestión que aquí se estudia, esto es, la coincidencia de aspectos públicos y privados en su actuación (63). En los derechos francés (64), italiano (65) y alemán (66), la configuración jurídica del Agente de Cambio y Bolsa coincide con la española en cuanto a su naturaleza, en cierto modo «compuesta»; esto es, esencialmente «profesional y mercantil» —son comerciantes— y «pública» en alguna de sus manifestaciones.

Desde el inicio de la reglamentación estatal de la profesión de Agente de Cambio y Bolsa se atribuyó a los agentes oficiales («colegiados») el doble carácter de «comerciantes» que ejercen una ac-

(63) *Las Bolsas en el mundo*. Traducción al castellano del libro preparado por el Institut d'Etudes Bancaires et Financières, Madrid, 1976.

(64) La construcción francesa de la figura del agente de Cambio (*agent de change*) consiste en atribuir a estos profesionales la doble condición de comerciantes y de *officiers ministériels*, expresión esta última que sirve para reconocer el carácter público de parte de su actividad sin que ello implique atribución al agente de la condición de funcionario público. Los tratadistas franceses reproducen unánimemente esta doble condición de los agentes. Así, Raymond PERQUEL, Leo LEVANTAL y Jean Jacques PERQUEL, en su obra *Manuel des opérations de Bourse*, París, 1963, p. 23, dicen: «*Les agents de change sont donc officiers ministériels. Ils sont en outre des commerçants, car ils font habituellement des opérations de courtage.*» En el mismo sentido, Lucien KNABEL y Jean TIXIER (*Technique et Pratique de la Bourse*, París, 1963, p. 33): «*L'agent de change, nommé par un arrêté du ministre du Finances après agrément de la Chambre syndicale et après avoir versé un cautionnement, a qualité d'officier ministériel et a de ce fait le droit de représenter un successeur lorsqu'il veut se retirer. L'Agent de change a également la qualité de commerçant.*» En el mismo sentido, véanse Gastón DÉBOSSÉ (*La Bourse des valeurs*, París, 1962, p. 9) y S. ROBERT-MILLES (*La grammaire de la Bourse*, París, 1963, pp. 65 y ss.).

La doble posición de los Agentes de Cambio en Francia puede sintetizarse del siguiente modo:

— El Agente de Cambio tiene la condición de *commerçant*, cualidad que resulta de lo dispuesto en los artículos 1.º y 632 del Código de Comercio francés. El agente de Cambio es comerciante porque «*il fait, a titre de profession habituelle, des opérations de commissions, d'échange, de courtage*». La función esencial del agente de Cambio consiste en comprar y en vender valores mobiliarios en el mercado bursátil, de acuerdo con las órdenes que recibe de sus clientes. En este sentido la doctrina francesa se inclina por calificar al agente como comisionista. Entre otras consecuencias, esta calificación produce su sumisión *ratione materiae* a la jurisdicción de los Tribunales de Comercio. Toda controversia entre un agente de Cambio y uno de sus clientes es de la competencia del Tribunal de Comercio si el acto sobre el que se discute es un acto de comercio. Pero si la operación litigiosa no tiene, desde el

tividad de intermediarios mercantiles —aunque se discuta su naturaleza concreta: ¿mediadores?, ¿comisionistas?— y de «oficiales públicos», que ejercen ciertas actividades públicas —fe pública mer-

punto de vista del cliente carácter comercial, la competencia corresponde a los Tribunales civiles, a no ser que el demandante sea el cliente, en cuya caso a él le corresponde elegir entre el Tribunal civil o Tribunal de Comercio. Otra consecuencia de la naturaleza mercantil del agente consiste en que, en caso de quiebra, esta quiebra se tramita como bancarrota (art. 89 del Código de Comercio francés: «*En cas de faillite, tout agent de change... est poursuivi comme banqueroutier*»), severidad en el tratamiento de la quiebra del agente que, como veremos, rige también en el Derecho español.

— El Agente de Cambio tiene, asimismo, la condición de *officier ministeriel*. Lo cual implica, desde el punto de vista del Derecho francés, las siguientes consecuencias: la creación o supresión de plazas de agente (*offices d'agents de change*) se realiza mediante resolución de la Administración pública competente (*Ministère des Finances*); los agentes se encuentran sometidos a un régimen estatutario controlado por la Administración del Estado, a través de sus organizaciones corporativas, «*les compagnies d'agents de changes*»; por su naturaleza de *officiers ministériels*, las pólizas que emiten los agentes (*bordereaux*) tienen fuerza probatoria de documento público. Este aspecto público de la posición de los agentes los aproxima, pues, a la de los funcionarios públicos, pero no los equipara a éstos. En el Derecho francés existe, como hemos visto, una neta diferencia entre una y otra clase de situaciones jurídicas, diferencia de tratamiento que tiene como causa el reconocimiento de la peculiar posición profesional y mercantil de los agentes de Cambio.

(65) La doctrina italiana se ha ocupado extensamente de la naturaleza jurídica del agente de Cambio como «mediador profesional», desde la perspectiva del Derecho privado, de manera que gran parte de los estudios sobre el agente aparecen publicados en revistas como «*Rivista del Diritto Commerciale*», «*Il Foro italiano*», «*Banca, Borsa, Titoli di Credito*». En cambio, al aspecto público de la actividad de los agentes se dedica escasa atención, debido, quizá, a que en la doctrina italiana predomina la tesis de que no obstante la importancia de algunos aspectos de esta actividad pública (fijación oficial del cambio o *accertamento dei corsi*, autenticación de la firma del garante en el libramiento de títulos nominativos, etc.), se trata de «añadidos» a lo que es la esencia profesional y mercantil de los agentes de Cambio. Sobre la cuestión que aquí se estudia cabe destacar las obras siguientes: Virgilio ANDRIOLI, *La figura giuridica dell'agente di cambio*, publicado en «*Riv. Dir. Comm.*», 1931, II, pp. 258 y ss.; Tullio ASCARELLI, *Sul fallimento dell'agente di cambio*, publicado en «*Il Foro italiano*», 1931, I, p. 1105; Alberto ASQUINI, *Quando l'operatore di borsa è imprenditore commerciale*, publicado en «*Riv. Dir. Comm.*», 1952, II, p. 408; Luigi BIACCHI D'ESPINOSA, *Borsa Valori*, publicado en «*Enciclopedia del Diritto*», 1959, tomo V, p. 486; del mismo autor, *Le operazioni e i contratti di borsa* («*Rassegna di giurisprudenza*»), Milán, 1960; Walter BIGIAMI, *La piccola impresa*, Milán, 1947, especialmente pp. 23 y 149; Mario CASANOVA, *Agente di cambio*, publicado en la «*Enciclopedia del Diritto*», vol. I, Milán, 1958; Cesare COLTRO CAMPI, *I contratti di Borsa nella giurisprudenza*, Padua, 1963; Renato CORRADO, *La borsa valori e i suoi organi*, publicado en «*Banca, Borsa, Titoli di Credito*», 1952, I, p. 147; Renato CORRADO, *La figura giuridica degli agenti di cambio*, publicado en «*Banca, Borsa, Titoli di Credito*», 1950, I, p. 1; del mismo autor, *I contratti di Borsa*, Turin, 1960; del mismo autor, *la voz Borsa valori*, publicado en «*Novissimo Digesto Italiano*», VII, Turin, 1960; Nicola GARRONE, *Le Borse Valori*, Milán, 1950; Carlo LEGA, *Le libere professioni intellettuali*, Milán, 1974, especialmente pp. 178 y ss.; Ettore LORUSSO, *Le Borse Valori*, Milán, 1975; Francesco MESSINEO, *Operaciones de Bolsa y Banca* (traducción y notas de R. Gay de Montelló), Barcelona, 1957; Leopoldo PICCARDI, *Sulla figura e sulle funzioni degli agenti di cambio*, publicado en «*Riv. Dir. Comm.*», 1951, I, p. 483; Renzo PICCINI, *La Borsa Valori*, Milán, 1967; Giorgio PIVATO, *La Borsa Valori*, Milán, 1955; Mario ROTONDI, *La Borsa valori e i suoi organi*, publicado en «*Riv. Dir. Comm.*», 1949, pp. 417 y ss.; Giovanni RUOPPOLO, *Le borse e i contratti di borsa*, Turin, 1970; SOTGIÀ, *Borsa Valori, disciplina giuridica*, Milán, 1961; WEILLER,

cantil, ordenación del mercado, cotización oficial—, sin que por ello adquiriesen la condición de funcionarios públicos. La distinción entre «oficiales públicos» y «funcionarios públicos» aplicada a los Agen-

Natura giuridica dell'attivita dell'agente di cambio, publicado en «Rivista bancaria», 1953, p. 260.

Por otra parte deben destacarse las dos sentencias que en su día originaron una polémica sobre la naturaleza profesional del agente de Cambio. La primera, la *Sentencia del Tribunal de Milán de 4 de febrero de 1952* (reseñada en «Banca, Borsa, Titolo y Credito», 1952, p. 336), que mantiene que los agentes de Cambio, a los efectos del artículo 13 de la Ley de 23 de marzo de 1950 (*Legge speciale sulla disciplina delle locazioni* o de arrendamientos urbanos), son profesionales y no comerciantes (pequeños empresarios) porque la ley exige de ellos la prestación de un trabajo profesional en consideración a su capacidad técnica debidamente verificada por exigirlo así el Derecho público. La segunda es una *Sentencia del Tribunal de casación de 19 de mayo de 1954*, con el mismo contenido (reseñada en la «Rivista di Diritto Commercial», 1954, II, p. 269), que dio origen a una amplia polémica en la que intervinieron COLTRO, CAMPI, WEILLER, ASCARELLI y otros.

La ley básica es la Ley de 20 de marzo de 1913, que aprobó la organización de las Bolsas de Comercio y fue desarrollada por un Reglamento aprobado por Real Decreto de 4 de agosto de 1913. Ambas disposiciones siguen vigentes hoy con algunas modificaciones (Ley de 21 de marzo de 1926, número 597; Ley de 5 de enero de 1933, número 118). Además, a los efectos de este dictamen, hay que tener en cuenta las normas que regulan el nombramiento de los agentes de Cambio y Bolsa a través del sistema de concurso (Decreto-ley de 19 de abril de 1946 y Ley de 23 de mayo de 1956). De acuerdo con estas normas, las Bolsas de Valores son entes públicos creados por Decreto del Jefe del Estado promovidos por el ministro del Tesoro a propuesta de una Cámara de Comercio (art. 1.º de la Ley de 1913). La gestión y administración de cada Bolsa corresponde a la Cámara que la ha promovido, bajo el control y la vigilancia del ministro del Tesoro (Real Decreto-ley de 30 de junio de 1932).

A la vista de la legislación básica en esta materia y de lo expuesto por la doctrina italiana aparece claro el doble aspecto, privado (intermediario profesional) y público (ejerciente de una función pública) del agente de Cambio.

a) El agente de Cambio, como *intermediario profesional*, plantea a la doctrina italiana algunos problemas, de los cuales ha surgido una polémica que contribuye a aclarar la naturaleza profesional mercantil del agente.

En primer lugar, la doctrina italiana discute si el agente de Cambio es un «mediador» o si, más bien, es un «comisionista». Hay que tener en cuenta que esta discusión se debe a la regulación, en el Código civil italiano, dentro del capítulo IX («Del mandato») y como figuras distintas, de los contratos de «comisión» (arts. 1.731 y ss.), «agencia» (arts. 1.742 y ss.) y «mediación» (arts. 1.754 y ss.), distinción que no es recogida explícitamente en nuestro Código civil ni en nuestro Código de comercio. La doctrina, sin embargo, se ha esforzado por incorporarla a nuestro Derecho. Véase especialmente Joaquín GARRIGUES, *Tratado de Derecho Mercantil*, tomo III, Madrid, 1963.) Partiendo de que se trata «de una categoría de profesionales que realizan una actividad intermediaria en las operaciones de Bolsa», lo que se discute es si en el desarrollo de esa actividad profesional realizan una actividad negocial que queda encuadrada en el «modelo de contrato de mediación», o más bien en el «modelo de contrato de comisión». Los autores italianos suelen coincidir en estimar que, a estos efectos, no es decisiva la calificación jurídica que los agentes reciben en la Ley vigente de 20 de marzo de 1913, cuyo artículo 21 dice que son «*agente di cambio i mediatori autorizzati alla negoziazione dei valori pubblici*». Porque, con excepción de algún autor (Leopoldo PICCARDI: *Sulla figura e sulle funzioni degli agenti di cambio*, publicado en «Riv. Dir. Comm.», 1951, p. 463), la mayoría se inclina por considerar que la expresión utilizada por la Ley de 1913 no tiene valor técnico, sino que se trata, simplemente, de una mención difusa a la noción de mediación utilizada para situar al agente de Cambio dentro de las distintas figuras de auxiliares del comercio, pero no para vincular su actividad a los límites del contrato de mediación. Del

tes de Cambio y Bolsa fue formulada por Pedro Sainz de Andino en el año 1845, según hemos señalado al comienzo de este estudio.

Por otro lado, aunque la peculiar posición jurídica de los agentes

texto de las normas vigentes, la doctrina italiana deduce que los agentes de Cambio se rigen por el principio de libertad negocial, llegando a la conclusión de que no es, precisamente, el contrato de «mediación» el que mejor se ajusta a su actividad (definido en el artículo 1.754 del Código civil: «*E mediatore colui che mette in relazione due o piu a parti per la conclusione di un affare, senza essere legato ad alcuna di esse da rapporti di collaborazione, di dipendenza o di rappresentanza*») sino el de comisión (definido en el artículo 1.731 del Código civil: «*Il contratto di commissione e un mandato che ha per oggetto l'acquisto o la vendita di beni per conto del committente e in nome del commissionario*»); así, por ejemplo, Mario CASANOVA: *Agente di Cambio*, publicado en «Enciclopedia del Diritto», Milán, 1958, pp. 849 y ss.).

En segundo lugar, la doctrina italiana discute si el agente de Cambio tiene la condición jurídica de empresario comercial y, en su caso, si está sujeto a quiebra. ¿El agente de Cambio es un empresario? El Código de Comercio italiano de 1882 (artículo 8.º) calificaba al agente de Cambio como «comerciante», en cuanto que ejercitaba profesionalmente actos (objetivos) de comercio. Bajo este código de comercio se promulgó la Ley reguladora de las Bolsas de Comercio de 1913, aún vigente, lo que permitía afirmar que el agente era un comerciante que además ejercía ciertas funciones públicas y que, además, podía quebrar. (Al tema dedicó Tullio ASCARELLI un importante estudio cuyas conclusiones sigue aceptando hoy gran parte de la doctrina. *Sull'fallimento dell'agente di cambio*, publicado en «Il Foro italiano», 1931, I, pp. 1105 y siguientes.) Pero al promulgarse el Código civil de 1942 y desaparecer la distinción —al menos formalmente— entre leyes civiles y leyes mercantiles, la figura jurídica del comerciante es sustituida en parte por la figura jurídica del empresario. (El artículo 2.082 dice: «*E imprenditori chi esercita professionalmente una attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi*»; y el artículo siguiente, 2.083, que define a los pequeños empresarios —«*piccoli imprenditori*»—, categoría en la que se incluye a veces a centros profesionales: «*Sono piccoli imprenditori i coltivatori diretti del fondo, gli artigiani, i piccoli commercianti e coloro che esercitano un'attività professionale organizzata prevalentemente con il lavoro proprio e dei componenti della famiglia*».)

Ahora bien, dado que el concepto de «comerciante» en el Código de comercio de 1882 no coincide con el concepto de «empresario» en el Código civil de 1942 (pues mientras el primero se caracterizaba, fundamentalmente, por la «interposición profesional», el segundo se caracteriza, en cambio, por la «organización de los factores de producción», el hecho de que los agentes de Cambio fueran comerciantes en el sistema de 1882 no conlleva, necesariamente, que sean empresarios en el sistema legal de 1942. Surge entonces la cuestión de si los agentes son jurídicamente empresarios o comerciantes. Frente a la tesis que los califica de «empresarios comerciales», la doctrina del Tribunal Supremo parece inclinarse a calificarlos de «profesionales». (Véase, además de las sentencias antes citadas, los estudios de Mario ROTONDI, *La Borsa Valori e i suoi organi*, publicado en «Riv. Dir. Comm.», 1949, pp. 417 y ss., y Leopoldo PICCARDI, *Sulla figura e sulle funzioni degli agenti di cambio*, publicado en «Riv. Dir. Comm.», 1951.) A esta calificación de «profesionales» se ha opuesto CASANOVA, alegando que en todo caso no serían profesionales intelectuales en sentido técnico sino ejercientes profesionales de una actividad económica. Esta distinción que tiene una base legal en el Código civil italiano (arts. 2.062 y 2.082) trata de resaltar el valor que la organización como tal tiene en la actividad del profesional. (Mario CASANOVA: *Agente di cambio*, publicado en la «Enciclopedia del Diritto», vol. I, Milán, 1958.)

Se trata de una cuestión cuya solución depende de la norma desde la que se examina. esto es, del sentido con el que la norma emplea el concepto de «profesional» o el de «empresario» tal como se deduce del análisis que Giovanni RUOPPOLO (*Le borse e i contratti di borsi*, Turín, 1970, p. 124) hace de la jurisprudencia (véase también Cesare COLTRO CAMPI, *I contratti di Borsa nella giurisprudenza*, Padua, 1963, p. 124), de modo que cuando se analiza desde la perspectiva del régimen jurídico de las «profe-

de Cambio guarda cierta semejanza con la de los notarios (el artículo 93 del Código de comercio dice que «los agentes colegiados tendrán el carácter de notarios en cuanto se refiere a la contrata-

siones», Carlo LEGA (*Le libere professioni intellettuali*, Milán, 1974, p. 121) se limita a señalar que existe cierta discrepancia sobre la naturaleza de esta profesión (intelectual o comercial), pero sin dar a la cuestión mayor importancia, pues, en todo caso, está claro para este autor que se trata de una auténtica actividad profesional. Y cuando se analiza desde la perspectiva del Derecho de la economía, su carácter de «pequeño empresario» parece claro, al menos en cuanto a alguna de las notas que lo caracterizan. Así, Francisco GALGANO (*La teorie dell'impresa*, publicado en el «Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia», Padua, 1978, p. 35) expone que «la cualidad de empresario del agente de Cambio se deduce de las normas que lo someten al régimen de quiebras bajo especiales presupuestos: el artículo 4.º de la Ley de quiebras establece que «el agente de Cambio está sometido a la quiebra en los casos establecidos en las leyes especiales», y éstas, a su vez, precisan que el agente puede ser declarado en quiebra sólo por insolvencia derivada de las obligaciones asumidas por él en el ejercicio de su actividad profesional. Razón por la cual, continúa GALGANO —ob. cit., p. 37—, la actividad del agente puede ser calificada de empresarial dado el riesgo que asume personalmente. Pero este mismo autor reconoce las razones que, desde otra perspectiva, ha podido tener el Tribunal Supremo para calificar a los agentes de profesionales, —calificación que quita importancia al hecho de que están sometidos al procedimiento de quiebra por considerar que se trata de una «anomalía». Es cierto, en todo caso, que el sometimiento al procedimiento de quiebra es excepcional y sólo tiene lugar cuando los órganos de la Bolsa no han logrado una solución de la insolvencia por otras vías, entre ellas, fundamentalmente, la de utilizar el fondo común que para estos casos se constituye en las Bolsas.

b) El ejercicio de una *función pública* por los agentes de Cambio se analiza por la doctrina italiana como un añadido a su primordial actividad de intermediarios profesionales, lo que no impide reconocer que la función pública que ejercen tiene extraordinaria importancia y justifica que esta profesión esté sometida también a reglas de Derecho público. (La Ley número 515, de 23 de mayo de 1956, regula el concurso público, a través del cual los licenciados en Derecho o en Economía y Comercio pueden ser nombrados, si superan las pruebas establecidas, por Decreto del Jefe del Estado, a propuesta del ministro del Tesoro, agentes de Cambio de una Bolsa determinada.)

Las *funciones públicas* reservadas a los agentes de Cambio son, fundamentalmente, las siguientes: 1. Negociación de valores públicos en Bolsa («*allegrida*»); 2. Fijación del Cambio Oficial («*accertamento dei corsi*») y formación de los Boletines de Cotización; 3. Ejecución coactiva de operaciones de Bolsa; 4. Fijación del valor de las acciones que no cotizan en Bolsa a efectos fiscales; 5. Autenticación de la firma del garante en el libramiento de títulos nominativos; 6. Venta de acciones por falta de la cuenta de desembolso debida por un socio; 7. Ejecución coactiva por incumplimiento de sus obligaciones tanto por el comprador como por el vendedor. Estas atribuciones hacen que la doctrina italiana califique a los agentes como «ejercientes privados de funciones públicas», siendo decisiva para esta calificación no tanto la circunstancia de aquellos contratos concluidos con intervención de un agente lleven aparejado el privilegio de ejecución («*di liquidazione coattiva*»), sino, sobre todo, la relevancia que tales contratos, exclusivamente tales contratos, tienen en una de las más importantes funciones públicas de la Bolsa, a saber, la formación del «Boletín de Cotización Oficial» («*Listino ufficiale di Borsa*»). Los precios fijados en el Boletín tienen el valor de precios oficiales, esto es, de precios ciertos a efectos de prueba. Otro autor, Renato CORRADO (*I contratti di Borsa*, Turín, 1960, pp. 27 y ss.), justifica la calificación del agente de Cambio como ejerciente privado de una actividad pública en base, fundamentalmente, a sus amplias facultades certificativas y a su función de «colaborar en la fijación de precios comerciales». De alguna manera —sostiene

ción de efectos públicos...»); sin embargo, la actividad pública que les caracteriza no es sólo el ejercicio de la fe pública mercantil, sino

este autor— el aspecto público de la actividad de los agentes guarda cierta semejanza con la de los notarios, y, en parte, con la de los secretarios judiciales.

En resumen, la doctrina italiana explica la naturaleza jurídica de los agentes de Cambio y Bolsa mediante la teoría del «ejercicio privado de funciones públicas».

(66) La regulación jurídica de las Bolsas alemanas presenta notables diferencias con la regulación de las Bolsas en España. No obstante, la cuestión concreta que aquí se examina, la naturaleza jurídica de los agentes (*Börsenmakler*) tiene en el Derecho alemán notas comunes con los Derechos español, francés e italiano, razón por la que es esclarecedor, a nuestro propósito, mostrar los rasgos generales que en el Derecho positivo y en la literatura jurídica alemana tienen los agentes de cambio.

El Derecho bursátil alemán tiene, como norma fundamental, la «*Börsengesetz*» de 22 de junio de 1896 (en su redacción de 25 de mayo de 1908), modificada en varias ocasiones, la última en el año 1975 («*Gesetz zur Änderung des Börsengesetzes*» de 28 de abril de 1975 publicada en el «*Bundesgesetzblatt*» de 3 de mayo de 1975). Actualmente esta ley funciona como «Ley marco», estando desarrollada por leyes especiales y por ordenanzas bursátiles dictadas por los distintos *Ländern*.

La literatura jurídica alemana no ha dedicado excesiva atención al análisis de la naturaleza de las personas que operan en Bolsa, ni siquiera de aquellas que lo hacen con cierto carácter público (*amtliche Kursmakler*). Como veremos, son pocos los autores que estudian, desde la perspectiva del Derecho administrativo, las instituciones del Derecho bursátil (por ejemplo, Heinrich GÖPERT, *Das Recht der Börsen-Ein Beitrag zum Verwaltungsrecht*, Berlín, 1932, y Hans NEDON, *Die rechtliche Stellung des Kursmakler*, Leipzig, 1936). Tampoco los manuales de Derecho administrativo alemán suelen contener referencias a la naturaleza jurídica de los agentes oficiales de Bolsa.

De ahí que la literatura jurídica alemana sobre la naturaleza de los agentes oficiales de Bolsa se reduzca, fundamentalmente, a obras redactadas desde la perspectiva del Derecho mercantil o por especialistas en Derecho bursátil. Las indicaciones que seguidamente se dan sobre la naturaleza jurídica de los agentes en el Derecho alemán proceden, pues, por lo general, de libros de esta naturaleza. Concretamente de los siguientes textos: Heinrich GÖPERT, *Das Recht der Börsen*, Berlín, 1972; Oscar MEYER y Heinz BREMER, *Börsengesetz*, Berlín, 1957; Harald SIEG y Harald DEGNER, *Börsenrecht (Textsammlung)*, Berlín, 1969; Peter WIEDE, *Die Börse als verwaltungsrechtliches Problem und Rechtsinstitut*, Köln, 1965; Herbert SCHÖNLE, *Bank und Börsenrecht*, München, 1971.

La Ley vigente no contiene una definición legal de Bolsa. La doctrina, siguiendo las definiciones jurisprudenciales más generalizadas, define las Bolsas como «centros de contratación» autorizados oficialmente que tienen por objeto la conclusión de contratos de compraventa sobre mercancías que no están presentes en el lugar de contratación y que consisten, fundamentalmente, en títulos-valores, divisas, determinadas mercancías admisibles a contratación, etc. Durante mucho tiempo se ha discutido sobre la naturaleza jurídica de las Bolsas, esto es, sobre su naturaleza de entes de Derecho público o de Derecho privado y sobre su personalidad jurídica. Actualmente parece prevalecer la tesis de que se trata de centros de contratación sin personalidad jurídica, autorizados por el Estado o por el Gobierno de los *Ländern* (*Staatlich genehmigte Veranstaltungen*), las cuales, por tanto, necesitan de un titular (*Träger der Börse*). En Alemania funcionan como titulares tanto las Cámaras de Industria y Comercio («*die öffentlich-rechtlichen Industrie-und Handelskammern*») como determinadas asociaciones («*privatrechtliche rechtsfähige odernichtrechtsfähige Vereinsbörsen*»). Por ello se habla de «*Kammerbörsen*» y de «*Vereinsbörsen*». Ahora bien, la autorización no crea —dice la doctrina más autorizada— ni una «corporación» de Derecho público, ni una «institución» de Derecho público con personalidad jurídica, sino una figura jurídica *sui generis* que tiene carácter de ente de Derecho público y cuyos órganos tienen contenido el ejercicio de un poder estatal. (Así, Herbert SCHÖNLE, *Bank-und Börsenrecht*, Münchener, 1971: «... weder

además la creación de un mercado público que asegure la certeza de las operaciones y la formación de un precio oficial.

eine rechtsfähige öffentlich-rechtliche Körperschaft, noch eine rechtsfähige öffentlich rechtliche Anstalt...», sino «... ein Rechtsgebilde sui generis, das zwar eine öffentlichrechtliche Einrichtung darstellt und dessen Organe mit staatlicher Hoheitsgewalt ausgestatte beliehene Stellen sind.»)

Las Bolsas alemanas se caracterizan por un régimen jurídico peculiar en el que cada una de ellas está sometida, dentro de las normas básicas contenidas en la Ley de Bolsa, a las prescripciones dictadas por el *Land* que las autoriza. De acuerdo con el artículo 2.º de la Ley de Bolsas, al Gobierno del *Land* corresponde la vigilancia estatal sobre las Bolsas («*Staatsaufsicht über die Börsen*»), vigilancia que está configurada como una «vigilancia jurídica», esto es, limitada a examinar el cumplimiento de las normas vigentes por la administración autónoma que ejercen los órganos de la Bolsa. Existen, por ello, ciertas variantes entre las distintas Bolsas que afectan, entre otras cuestiones, a la regulación de las personas que pueden operar en Bolsa. Según la última modificación de la Ley de Bolsa (modificación por Ley de 28 de abril de 1975), las personas que pueden visitar la Bolsa («*Börsenbesucher*») se clasifican en personas que tienen derecho a participar en el comercio bursátil y personas que pueden entrar en Bolsa sin participar en el comercio que allí se desarrolla. Para las primeras («*Besuch der Börse mit dem Recht zur Teilnahme am Handel*»), el artículo 7.º de la Ley de 1975 exige que estén capacitadas para realizar operaciones por cuenta propia o en nombre propio y por cuenta ajena o de pura actividad de intermediación entre contratantes, así como su actividad se realice del modo y manera en que se desempeña una actividad negocial de tipo mercantil. Además, se exige a estas personas, con carácter general, no sólo solvencia económica sino «idoneidad profesional». La Ley, más adelante (artículo 7.º, párrafo 5), declara que «la idoneidad profesional se presume normalmente cuando se puede probar una formación profesional que capacita para el comercio de mercancías o títulos valores en Bolsa».

No obstante las peculiaridades de cada Bolsa, la doctrina alemana, de acuerdo con los principios básicos de la Ley de Bolsas, distingue las siguientes categorías de personas que operan en Bolsa: 1. «*Amtliche Kursmakler*», que son los agentes que tienen carácter oficial como consecuencia de su investidura como tales por el Gobierno del *Land*. Estos agentes están calificados como comerciantes que realizan determinados actos de comercio, por tanto, como personas que ejercen una profesión privada. Pero, al mismo tiempo, se encuentran en una «relación de Derecho público», en virtud de la cual tienen atribuida la función de fijar el precio de cotización oficial en Bolsa (*amtliche Kursfeststellung*), estando sometidos, por ello, a ciertas obligaciones, limitaciones y responsabilidades, así como al deber de jurar el cumplimiento fiel de sus funciones. 2. *Freiverkehrsmakler*, los cuales, a diferencia de los anteriores, no tienen obligación de prestar juramento ni su actuación reviste, en ningún caso, carácter público, de manera que no pueden intervenir en la fijación de la cotización oficial de la Bolsa, ni, por ello mismo, están sometidos a las limitaciones de los agentes oficiales. 3. Además, pueden operar en Bolsa con ciertas limitaciones y con cumplimiento de las directrices señaladas por los órganos de la Bolsa, los llamados representantes bursátiles de los Bancos (*Börsenvertreter der Banken*) y ciertos comerciantes libres que cumplen las condiciones de seguridad exigidas para ser admitidos al comercio bursátil (*selbständige, freie Händler*).

De estas categorías de personas sólo nos interesa estudiar la primera (*amtliche Kursmakler*), que es la equivalente a la del agente de Cambio y Bolsa español. El agente oficial de Bolsa alemán se encuentra en una doble posición jurídica, pública y privada. Por un lado, el Código de Comercio alemán incluye a los agentes de Bolsa entre los *comerciantes (Kaufleute)*, esto es, entre las personas que ejercen una actividad comercial (*Handelsgewerbe*) incluida en la lista de negocios mercantiles que dicho código establece como determinantes para tal calificación. Pero, al mismo tiempo, los agentes oficiales se encuentran en una relación jurídica de *Derecho público* en virtud de la cual tienen ciertos derechos y son responsables del cumplimiento de determinadas obligaciones (fundamentalmente, obligación de intervenir

Teniendo en cuenta el Derecho positivo (67) y la literatura jurídica que se ha ocupado del derecho bursátil (68), pueden señalarse los siguientes elementos definidores de la posición jurídica de los

en ciertas operaciones y de concurrir a la fijación del precio oficial o cotización en Bolsa).

La cuestión está, pues, en definir esta peculiar situación «compuesta», desde el punto de vista del Derecho administrativo. Concretamente, ¿son o no son funcionarios? Pues bien, la doctrina alemana rechaza la calificación de funcionarios (*Beamten*). Los textos son muy claros cuando califican su situación de «profesionales» cuya profesión está especialmente regulada por el Derecho público, de tal manera que en cuanto profesionales especialmente calificados quedan sujetos a ciertas limitaciones y condiciones jurídico-públicas, pero en ningún caso son convertidos en funcionarios. Así, Oscar MEYER y Heinz BREMER dicen literalmente que no son titulares de un oficio público, que no son funcionarios y que, por ello, no prestan el juramento propio de los funcionarios, sino un juramento especial y que, en su posición «cuasi funcional», son titulares de una profesión reglamentada estatalmente. (*Börsengesetz*, Berlín, 1957, página 76, «*In ihrer halbbeamten Stellung sind sie Inhaber eines staatlich gebundenen Berufs*».) Y, más explícitamente, Heinrich GÖPPERT nos dice que los *Kursmakler* son profesionales de la clase que TRIEPEL denominaba *Halbbeamte*, esto es, personas que sin tener un cargo público son responsables frente al Estado del ejercicio de su profesión a causa de una especial relación jurídica de Derecho público. (Heinrich GÖPPERT: *Das Recht der Börsen, ein Beitrag zum Verwaltungsrecht*, Berlín, 1932, página 158: «*Personen die ohne ein Amt zu haben, kraft eines besonderen Rechtsverhältnisses des öffentlichen Rechtes dem Staat, für die Ausübung ihres Berufes, verantwortlich sind*». TRIEPEL, *Staatsdienst und staatlich gebundener Beruf*, 1928, p. 68.)

(67) Aunque en los Estatutos de Autonomía del País Vasco (aprobado por Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, art. 10, núm. 29, y 12, núm. 3); de Cataluña (aprobado por Ley Orgánica 4/1979, de 18 de diciembre, art. 9.º, núm. 20, y art. 11, núm. 4); de Galicia (aprobado por Ley Orgánica 1/1981, de 6 de abril, art. 27, núm. 28); de Andalucía (aprobado por Ley Orgánica 6/1981, de 30 de diciembre, art. 13, núm. 15, y 17, núm. 9), está previsto que corresponde a las respectivas Comunidades Autónomas el establecimiento y ordenación de las Bolsas de Comercio y demás centros de contratación mercantil, así como el nombramiento de los agentes de Cambio y Bolsa, esos principios aún no han sido desarrollados, por lo que las normas básicas en la materia continúan siendo el Código de comercio (modificado por Ley de 21 de julio de 1973), el Decreto-ley 7/1964, de 30 de abril, sobre reorganización de las Bolsas de Comercio y sociedades de inversión mobiliaria, el Reglamento de las Bolsas Oficiales de Comercio aprobado por Decreto de 30 de junio de 1967 (modificado por Real Decreto 1536/1981, de 13 de julio, «BOE» de 28 de julio), el Decreto de 25 de abril de 1974 sobre liquidación y compensación de operaciones en Bolsa y depósito de valores mobiliarios, el Real Decreto 1455/1982, de 28 de mayo (desarrollado por Orden de 31 de julio de 1982, sobre sociedades profesionales) y demás disposiciones aplicables a cada una de las Bolsas y a aspectos singulares de su actividad.

El Bolsín de Valencia se ha convertido en Bolsa de Comercio (Real Decreto 1783/1980, de 29 de agosto, «BOE» de 6 de septiembre).

Sobre el alcance de la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas, véase Aníbal SÁNCHEZ ANDRÉS: *Concepto, evolución y fuentes del Derecho bursátil en el sistema jurídico español*, «Revista de Derecho Mercantil» (155), 1982, pp. 35 y ss.

(68) La literatura jurídica española ha estudiado la naturaleza de la actividad bursátil desde una perspectiva casi exclusivamente mercantil. Sólo incidentalmente se suele aludir a los aspectos públicos del Derecho bursátil. José Antonio AGUIRRE RODRÍGUEZ, *La Bolsa en España y en el mundo occidental*, IEF (Ministerio de Hacienda), Madrid, 1976; Marcos Jesús BERTRÁN, *Operaciones de Bolsa*, Barcelona, s/a.; Adolfo BONILLA SAN MARTÍN y Emilio MIÑANA VILLAGRASA, *Derecho bursátil*, Madrid, 1924; Manuel BROSETA PONT, *Estudios de Derecho bursátil* (Tecnos), Madrid, 1971; Manuel DE CAL Y VARA, *Aplicación bursátil. Construcción de su naturaleza jurídica en el Derecho positivo español*, publicado en la «Revista de Derecho Mercantil», núm. 49, 1954,

agentes de Cambio y Bolsa. Las Bolsas Oficiales de Comercio se definen en el vigente Reglamento, aprobado por Decreto de 30 de junio de 1967 como «instituciones de carácter económico» (69); en esta definición destacan las siguientes notas: a) La Bolsa se define como una «institución de carácter económico», expresión que, en este caso, significa que se trata de un «centro de contratación», sin personalidad jurídica (la personalidad jurídica se atribuye, en cambio, al Colegio de Agentes de Cambio que existe en cada Bolsa, artículo 6.º del Reglamento), dependiente del Ministerio de Economía, «al cual compete todo lo concerniente a su régimen, organización y fun-

páginas 141 y ss.; Eduardo DE CARVAJAL Y CASTRO, *La Bolsa de Madrid*, 2.ª ed., Madrid, 1965; CEREZO FERNÁNDEZ, *Estatuto y función del mediador en el Derecho español*, publicado en «Conmemoración de las "ordinacions" de los mediadores mercantiles de Barcelona de Jaime (1271)», (Bolsa Oficial de Comercio de Barcelona), 1974; José Luis CONTRERAS, *La fe pública mercantil en las operaciones de valores mobiliarios*, publicado en «La fe pública mercantil» (EUNSA), Pamplona, 1975; Vicente DOMINGO GONZÁLEZ, *Los documentos intervenidos por agentes colegiados*, publicado en «La fe pública mercantil» (EUNSA), Pamplona, 1975; Justino DUQUE, *El agente mediador depositario de la fe pública mercantil*, publicado en «La fe pública mercantil» (EUNSA), Pamplona, 1975; Jesús FERNÁNDEZ AMATRIAIN, *La Bolsa. Su técnica y organización*, Bilbao, 1968; Francisco FERNÁNDEZ FLORES, *Análisis y concordancias de la nueva reglamentación de las Bolsas de Comercio españolas*, publicado en «Revista de Derecho Financiero y Hacienda pública», núm. 71, 1967, p. 801; el mismo autor, *Derecho y política bursátil*, vol. I, Barcelona, 1972, especialmente p. 315; J. FONTANA LÁZARO y Vicente VILLACAMPA, *La Bolsa de Barcelona de 1815 a 1930. Líneas generales de su evolución* (Ayuntamiento de Barcelona), Barcelona, 1961; Ascensión FORNIES, *Concepto general de la fe pública mercantil*, publicado en «La fe pública mercantil» (EUNSA), Pamplona, 1975, pp. 14 y ss.; Joaquín MALDONADO CHIARRI, *Agentes de Cambio y Bolsa y corredores colegiados de comercio*, 2 volúmenes, Fomento de ediciones, Valencia, 1971; Manuel MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Competencia objetiva de los agentes mediadores*, publicado en «La fe pública mercantil» (EUNSA), Pamplona, 1975; J. MARTÍNEZ DE IBAPRETA, *La Bolsa en España*, Aguilar, Madrid, 1962; Antonio POLO, *Dos estudios sobre los agentes mediadores del comercio*, Barcelona, 1972; Eduardo POLO, *Sobre la calificación jurídica del agente de Cambio y Bolsa*, publicado en «Coloquio de Derecho bursátil», Bilbao, 1970, pp. 335 y ss.; Leonardo PRIETO CASTRO y Eduardo GUTIÉRREZ DE CAVIEDES, *Aspectos jurídico-procesales de la intervención del agente mediador*, publicado en «La fe pública mercantil» (EUNSA), Pamplona, 1975; Pedro RODRÍGUEZ PONGA, *Las Bolsas de Valores en España*, publicado en «Las Bolsas de Valores en el mundo» (traducción de la obra del Institut d'Etudes Bancaires et Financières), Madrid, 1976; Antonio RODRÍGUEZ SASTRE, *Operaciones de Bolsa* (Ed. «Rev. D. Priv.»), Madrid, 1954; Pedro SAINZ DE ANDINO, *Ensayo crítico sobre la contratación de la Bolsa y Comercio y las ventas simuladas de los efectos públicos en que se analiza el proyecto de reforma de la Ley de Bolsa, presentado por el Gobierno en la última legislatura*, Madrid, 1845; Anibal SÁNCHEZ ANDRÉS, *En torno al concepto, evolución y fuentes del Derecho bursátil en el sistema jurídico español*, publicado en «Revista de Derecho Mercantil» (155), 1980; Fernando SÁNCHEZ CALERO, *Perspectivas de la evolución del régimen jurídico de los agentes mediadores*, publicado en «La fe pública mercantil» (EUNSA), Pamplona, 1975; Rodrigo URÍA, *Consideraciones sobre la fe pública mercantil* (publicado en «Coloquios de Derecho bursátil»), Bilbao, 1970.

(69) «Artículo 1.º Las Bolsas Oficiales de Comercio son instituciones de carácter económico que tienen por objeto la contratación pública mercantil sobre las materias enumeradas en el artículo 67 del Código de comercio y en el artículo 56 de este Reglamento, organizadas en régimen-colegiado de mediación para la seguridad jurídica y económica de lo convenido y la proclamación oficial de los precios.

cionamiento» (art. 2.º). Es, pues, un «mercado» autorizado para la contratación de «títulos-valores y de divisas y metales preciosos, amonedados o en pasta» (art. 3.º), sin perjuicio de que pueda autorizarse también, especialmente, la «contratación de otra clase de mercaderías, si bien a horas distintas de las fijadas para la contratación de títulos-valores, divisas y metales preciosos» (art. 4.º). b) La Bolsa tiene por objeto la «contratación pública mercantil» de determinadas materias. La calificación expresa que la «contratación mercantil» que en ellas tiene lugar está revestida de carácter público, en el sentido de que las operaciones que en ella se realizan gozan de especial «seguridad jurídica y económica», y los precios a los que se contrata son los «precios oficiales» (cotización bursátil) de estos bienes.

Este doble carácter, «público y mercantil», de la contratación bursátil se refleja en la doble naturaleza, pública y privada, de los agentes de Cambio y Bolsa, que son quienes directamente contratan. Los agentes de Cambio y Bolsa son, pues, de un lado, «intermediarios mercantiles», esto es, comerciantes a los que corresponde «intervenir en las negociaciones y transmisiones de toda especie de efectos o valores públicos cotizables», así como «en todas las demás operaciones y contratos de Bolsa» (art. 100 del Código de comercio), pero, de otro, al mismo tiempo, son «ejercientes de un oficio público», que dan «seguridad jurídica y económica al tráfico mercantil» y colaboran en la «formación oficial de los precios». La armonización de este doble carácter de la actividad de los agentes mediadores oficiales del comercio da origen a un régimen jurídico peculiar en el que se entrelazan elementos de Derecho privado y otros de Derecho público.

a) *Las funciones* que realizan los agentes de Cambio y Bolsa se ejercen por éstos bien individualmente (70), bien por medio de su respectivo Colegio de Agentes, cuya representación legal corresponde a una Junta sindical. Tales funciones consisten, de una parte, en facilitar la «contratación pública mercantil» mediante una actividad de *intermediación* y, de otra, en dar «seguridad jurídica» a ese

Dichas instituciones se rigen por lo dispuesto en el Código de comercio, en el presente Reglamento y en el de los de régimen interior de los Colegios de Agentes de Cambio y Bolsa que serán, en su caso, aprobados por el Ministerio de Hacienda, previo informe del Consejo Superior de Bolsas. En la actualidad esta competencia ha sido asumida por el Ministerio de Economía.

(70) Es posible, sin embargo, la creación de sociedades profesionales entre Agentes mediadores colegiados (con la participación de Agentes de Cambio y Bolsa y de Corredores Colegiados de Comercio), reguladas por RD 1455/1982, de 28 de mayo, desarrollado por Orden de 31 de julio de 1982.

tráfico y contribuir a la «formación oficial de los precios de la Bolsa». De aquí que debamos examinar esta triple dimensión de la actividad de los agentes: a) los agentes como intermediarios mercantiles; b) los agentes como fedatarios mercantiles, y c) los agentes como colaboradores en la formación oficial de los precios de Bolsa.

a') Como *intermediarios mercantiles*, los agentes de Cambio y Bolsa realizan una actividad privativa dentro de las plazas bursátiles al haber desaparecido la intervención en estas plazas de los corredores colegiados de Comercio como consecuencia de la Ley de 27 de diciembre de 1910. Esa actividad consiste en la «intermediación bursátil», en la «intervención por aplicación» y en la «intervención sobre operaciones convenidas» (71).

b') Como *fedatarios mercantiles*, los agentes de Cambio y Bolsa realizan una actividad oficial, cuya base se encuentra en el artículo 93, párrafo 3.º, del Código de comercio, según el cual «los libros y pólizas de los agentes colegiados harán fe en juicio», y en el artículo 58 del mismo Código, que dice que «si apareciere divergencia entre los ejemplares de un contrato que presenten los contratantes y en su celebración hubiere intervenido agente o corredor, se estará a lo que resulte de los libros de éstos siempre que se encuentren arreglados a Derecho». Por tal razón, el párrafo 1.º del artículo 93 del Código de comercio dice que «los agentes colegiados tendrán el carácter de notarios, en cuanto se refiera a la contratación y

(71) De acuerdo con el esquema propuesto por el profesor Eduardo Polo (*Sobre la calificación jurídica del agente de Cambio y Bolsa*, publicado en «Coloquio sobre Derecho bursátil», Bilbao, 1970, pp. 340 y ss.), la actividad de los agentes puede clasificarse en los siguientes tipos de actuaciones: a) *Intermediación bursátil*, que consiste en la realización por cuenta de otro, pero en nombre propio, de operaciones de venta o de compra de acciones que, formalmente, se conciertan entre un agente vendedor y un agente comprador sin mencionar el nombre de sus respectivos clientes. Operaciones reguladas en el Código de comercio (arts. 95 y ss.), y, sobre todo, en el vigente Reglamento de las Bolsas de Comercio de 30 de julio de 1960 (arts. 56 y ss.). En este apartado se incluyen las «subastas bursátiles» (arts. 250 y ss. del Reglamento de Bolsas y la «venta de títulos-valores por orden judicial y en ejecución de garantías» (artículos 268 y ss. del Reglamento de Bolsa). b) *Intervención por aplicación*, intervención que se produce cuando un mismo agente recibe órdenes contrapuestas de compra y de venta de una misma clase de valores, en cuyo caso aplica recíprocamente las órdenes para cerrar la operación sin hacer intervenir a otro agente de Cambio. c) Por último, *intervención sobre operaciones convenidas*, que se producen cuando el comprador y el vendedor de las acciones se han puesto de acuerdo sobre su transmisión, de modo que, en estos casos, la función del agente se limita a la formalización oficial de la operación.

Recientemente, los Reales Decretos 1848 y 1849/1980, de 5 de septiembre («BOE» de 19 de septiembre), han regulado las órdenes de compraventa, el régimen de aplicaciones y las ofertas públicas de adquisición de valores mobiliarios.

efectos públicos, valores industriales y mercantiles, mercaderías y demás actos de comercio comprendidos en su oficio en la plaza respectiva» (72).

c') Por último, es misión de los agentes colaborar en la *formación oficial de los precios de Bolsa*, función a la que en el Derecho comparado se atribuye una importancia tal que justifica la calificación de oficiales públicos de los agentes (*accertamento dei corsi, amtliche Kursfestellung, formation des cours*). En el Derecho español, la formación de la cotización oficial de Bolsa es también una de las funciones esenciales de esta institución (el art. 1.º del Reglamento de Bolsa de 30 de junio de 1967 atribuye a las Bolsas la

(72) Es materia ajena al objeto de este estudio la polémica sobre si los agentes de Cambio y Bolsa son notarios mercantiles (concepto, en todo caso, que no pueden utilizar los agentes mediadores por virtud de lo dispuesto en el artículo 34 del Reglamento notarial aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944, cuyo párrafo 2.º dice: «el nombre y título de notario sólo podrá usarse por los que integran el Cuerpo notarial, sin que pueda ser utilizado por otras personas, aunque la legislación vigente dé a su actuación carácter notarial»). Basta señalar que tal polémica (véase GARRIGUES, *Tratado de Derecho Mercantil*, tomo III, Madrid, 1965, pp. 581, 582; Rodrigo URÍA, que niega esta condición en su estudio *Consideraciones sobre la fe pública mercantil*, ob. cit., p. 137; etcétera) no es puramente teórica, pues implica consecuencias prácticas importantes, como, por ejemplo, la de exigir la «unidad del acto» o no exigirla, es decir, exigir o no la simultaneidad entre la fecha del otorgamiento del contrato y la fecha de la intervención del agente, y su presencia física en el acto de la suscripción de la póliza por cada una de las partes del contrato. Así, mientras Joaquín GARRIGUES en la primera edición de *Contratos bancarios* (Madrid, 1958) mantenía esta exigencia, en su segunda edición (Madrid, 1975, pp. 200 y 201) reconoce que la evidente oposición entre el esquema legal vigente y las necesidades del tráfico en masa han provocado que se elimine ese requisito para los corredores de Comercio (artículo 33 de su Reglamento de 27 de mayo de 1959) y después para los agentes de Cambio y Bolsa (Orden ministerial de 23 de octubre de 1959), suprimiéndose además la exigencia de presencia simultánea (Decreto de 5 de diciembre de 1968). De manera que la actividad fedataria de los agentes colegiados de comercio no necesita cumplir ni el requisito de unidad de acto ni el de la presencia física del agente, diferencia notable, pues, con la fe pública de los notarios.

La dación de fe pública mercantil *no está encomendada exclusivamente a los agentes mediadores*, sino que, en parte, es compartida con los notarios. La distribución de competencias entre agentes colegiados y notarios puede sintetizarse, siguiendo el esquema propuesto por el profesor Justino DUQUE (*El agente mediador depositario de la fe pública mercantil*, publicado en «La fe pública mercantil», Pamplona, 1975, páginas 81 y ss.), del siguiente modo: 1. *Competencia del notario para intervenir en actos mercantiles*. El notario puede dar fe de contratos y demás actos extrajudiciales tanto civiles como mercantiles. De manera que, salvo en aquellos supuestos en los que expresamente se excluya su intervención, éste puede intervenir en toda transmisión de títulos valores. 2. *Competencia de los agentes mediadores colegiados*. El artículo 93 del Código de comercio establece la cláusula general de competencias de los agentes colegiados para dar fe en «cualquiera actos de comercio». Ahora bien, dada la concurrencia de los notarios en esta actividad, hay que distinguir tres supuestos: a) Supuestos en los que el notario tiene competencia exclusiva para intervenir en ciertos actos mercantiles (protestos —artículo 504,2 del Código de comercio— y constitución de sociedades —artículo 119 del Código de comercio, artículo 6.º de la LSA y artículo 5.º de la LSRL—). b) Supuestos de intervención concurrente del notario y

misión de realizar «la proclamación oficial de los precios»). En ella hay que distinguir dos momentos: *una fase inicial*, de carácter administrativa, que tiene por finalidad *admitir a cotización oficial*—simple o calificada— los valores cuyo precio se forma oficialmente en la Bolsa (73), y *una segunda fase*, en la que las reglas del mercado determinan el precio de los valores (74). La formación de la

del agente mediador —constituyen el supuesto general, si bien algunas normas mercantiles y fiscales orientan la elección en favor de los agentes mediadores cuando se trata de negocios mercantiles—. *c)* Supuestos de competencia exclusiva del agente mediador (por ejemplo, enajenación de valores en vía de apremio como consecuencia de la ejecución de sentencia de remate —artículo 1.482 de la LEC—, o de valores de la masa de la quiebra —artículo 1.085 del Código de comercio de 1829, aplicable por remisión de la LEC—, etc.).

El ejercicio de la fe pública mercantil se realiza mediante: 1. *La emisión de pólizas*, documento público cuyo valor consiste: *a)* en su fuerza probatoria —artículo 93 del Código de comercio en relación con el artículo 596 de la LEC y con el artículo 1.216 del Código civil—, véase Vicente Domingo, ob. cit., pp. 164 y ss.; y Justino Duque, ob. cit., páginas 104 y ss.; *b)* en su valor de forma «*Ad solemnitatem*» de ciertos contratos; y *c)* en producir determinados efectos especiales de naturaleza procesal —fuerza ejecutiva, artículo 1.429 de la LEC, prelación en caso de quiebra— artículos 913 y 914 del Código de comercio—, irreivindicabilidad de títulos al portador —artículo 545,3 del Código de comercio—, garantía de préstamo —artículos 320 y 323 del Código de comercio— y retención de objetos dados en prenda —artículo 918 del Código de comercio y artículo 11 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria—. 2. *La intervención de documentos mercantiles* —especialmente de letras de cambio—; y 3. *La anotación de las operaciones en libros-registros* y la *emisión de certificaciones* sobre el contenido de los libros (artículos 219 y siguientes del Reglamento de Bolsa).

Sobre el alcance de la fe pública del agente, véase *Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 2 de octubre de 1980*.

(73) La formación oficial del precio de Bolsa se inicia con la «*admisión de los valores a la cotización oficial*» (cap. V, arts. 22 y ss.). El Reglamento regula los requisitos para la admisión y permanencia en la cotización de «efectos públicos» nacionales y extranjeros, distinguiendo entre una «cotización simple» y una «cotización calificada». Las resoluciones que en esta materia se adopten por las Juntas Sindicales «en orden a la admisión, suspensión o exclusión de la cotización oficial podrán ser recurridas en alzada ante el Ministerio de Economía». La resolución del Ministerio adoptada previo informe del Consejo Superior de Bolsas, causará estado y sólo será recurrible en vía contencioso-administrativa» (artículo 53 del Reglamento de Bolsas. Recientemente, el Real Decreto 1846/1980, de 5 de septiembre («BOE» de 19 de septiembre), ha modificado el artículo 41 del Reglamento sobre otorgamiento de cotización calificada a los títulos valores de nuevas emisiones «para reglar —dice su preámbulo— la facultad discrecional que contenía ese precepto».

(74) Una vez admitido un valor a cotización oficial, «la *determinación del cambio* en toda operación de Bolsa se hará en *régimen de mercado*, sin que puedan formularse ofertas a cambio más alto ni demandas a cambio más bajo que otras establecidas en aquel momento (art. 142 del Reglamento). En cuanto a los valores no admitidos a cotización se tendrán en cuenta las modificaciones que los agentes presenten de las operaciones que han realizado, pero dichos cambios no figuran en el acta de cotización oficial aunque pueden ser publicados para información general cuando la Junta Sindical lo estime procedente (art. 192). La fijación de los cambios se hará proponiendo los agentes «en voz alta» la operación (art. 143), siendo, por lo general, el agente vendedor quien manifiesta primero su oferta (art. 144). El Ministerio de Hacienda puede establecer, a propuesta de cualquier Junta, sistemas de contratación distintos del de viva voz (art. 158). El «*acta de cotización*» se levanta por la Junta Sindical de cada colegio tan pronto como finalice el horario de la sesión «en vista de las negociaciones

cotización bursátil implica el reconocimiento oficial del resultado de una actividad mercantil realizada de acuerdo con una reglamentación estatal (74 bis).

b) El *estatuto jurídico* de los Agentes de Cambio y Bolsa responde a la doble naturaleza de las funciones que éstos desempeñan. Las normas que regulan el nombramiento, colegiación obligatoria, retribución, disciplina, obligación de intervenir, responsabilidad y quiebra de los agentes forman por ello una amalgama de elementos públicos y privados.

Aunque el Código de comercio declara expresamente que los agentes de Cambio y Bolsa «estarán sujetos a las leyes mercantiles como agentes mediadores de comercio» (art. 88) y que «sólo tendrán fe pública los agentes colegiados» (art. 89, 1.º), sin embargo, su estatuto jurídico no está integrado sólo por normas mercantiles y profesionales, sino también por disposiciones administrativas que afectan a aspectos fundamentales de su actividad.

1. Las Bolsas de Comercio se hallan «organizadas en régimen colegiado de mediación» (art. 1.º del Reglamento de Bolsas). El ingreso en un Colegio de Cambio y Bolsa está condicionado al cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 94 del Código de comercio (75). Los que contravengan las obligaciones legales de su cargo

de efectos públicos que resulten de las notas entregadas por los agentes colegiados» (artículo 80 del Código de comercio y artículo 185 del Reglamento de la Bolsa). Al levantamiento del acta tienen obligación de asistir todos los agentes que han estado presentes en la sesión (art. 206). Del acta de cotización (cuyo contenido y requisitos formales determina el Reglamento de Bolsas, artículos 188 y siguientes) se expide copia autorizada que debe remitirse diariamente al Registro Mercantil (artículo 191 del Reglamento). Además, cada Bolsa publicará un Boletín de cotización oficial todos los días en que se celebre sesión (artículos 193 y siguientes del Reglamento).

(74 bis) La Ley 29/1983, de 12 de diciembre, fija la edad de jubilación forzosa de los Agentes a los setenta años y la voluntaria a los sesenta y cinco.

(75) El nombramiento de los agentes de Cambio y Bolsa ha experimentado una transformación importante en los últimos tiempos. Según el Reglamento de la Bolsa de Madrid de 22 de junio de 1928, para obtener el nombramiento de agente era preciso ser admitido por el Colegio correspondiente, para lo cual sus componentes debían aprobar el ingreso por una mayoría de los cuatro quintos de votos favorables. Al parecer, contra este sistema se interpuso durante la República, a finales del año 1935, un recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal de Garantías Constitucionales fundado en la infracción del principio de acceso igual de todos los ciudadanos a los empleos y cargos públicos (véase Jesús FERNÁNDEZ AMATRIAIN, *La Bolsa*, Bilbao, 1968, página 247). La crítica del anterior sistema, en todo caso, condujo a que en el año 1941 —Ley de 24 de febrero de 1941— se estableciesen dos sistemas de nombramiento de los agentes: el de *oposición libre*, convocada por el Ministerio de Hacienda, y el de *turno restringido*, reservado a los «apoderados aspirantes» incluidos en unos escalafones, aprobados por Ordenes ministeriales de 26 de marzo de 1942 (Bolsa de Madrid), 4 de mayo de 1945 (Bolsa de Barcelona) y 14 de enero de 1942 (Bolsa de Bilbao). Actualmente (Decreto-ley de 30 de abril de 1964) el sistema para cubrir las vacantes

«serán privados de su oficio por el Gobierno» (art. 97 del Código de comercio) (76).

2. La *retribución* de los agentes está determinada por un arancel aprobado por el Ministerio competente —hoy de Economía— (artículo 203 del Reglamento de Bolsa) (77).

3. Los agentes están sujetos a *disciplina* reglamentaria, cuyo ejercicio corresponde a la Junta sindical de su Colegio y al Ministerio de Economía (78).

4. Los particulares pueden elegir al agente de Cambio, al que desean encomendar una operación. El agente, en cambio, tiene *obligación de intervenir* cuando es requerido para ello y se cumplen las disposiciones vigentes (79).

de agentes de Cambio y Bolsa consiste en (una vez reservado el turno restringido a favor de los aspirantes) abrir un concurso entre agentes para el 50 por 100 de las plazas y convocar oposición libre para el 50 por 100 restante. El Tribunal que juzga el concurso se nombra por el Ministerio de Economía y de él forman parte funcionarios, catedráticos de la Universidad y representantes de cada una de las Bolsas nacionales (Decreto-ley de 30 de abril de 1964).

Sobre la competencia de las Comunidades Autónomas, véase nota 67.

(76) El Estatuto de Autonomía del País Vasco dispone que «corresponde a la Comunidad Autónoma la ejecución de la legislación del Estado en relación al nombramiento de agentes de Cambio (artículo 12,3 de la Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre), y el Estatuto de Autonomía de Cataluña atribuye a la Generalidad la misma competencia (artículo 11, número 4 de la Ley Orgánica 4/1979, de 18 de diciembre).

(77) Los derechos devengados son irrenunciables, total o parcialmente. Su dispensa se reputa «acto de competencia ilícita o desleal», siendo sancionable disciplinariamente (artículo 204 del Reglamento).

(78) Los agentes de Cambio y Bolsa están sujetos a la *disciplina* de su Colegio, a la del Ministerio de Economía, corresponde ejercerla (art. 205 del Reglamento de Bolsa): a) Como regla general, corresponde directamente a la Junta Sindical el ejercicio de la jurisdicción disciplinaria sobre los agentes. Las decisiones de la Junta se notifican al Ministerio de Economía salvo cuando la sanción consista en decretar la baja definitiva del agente, en cuyo caso a la Junta Sindical corresponde formular la propuesta y al ministro de Economía adoptar la resolución correspondiente, resolución que —dice en el artículo 209 del Reglamento de Bolsas— causará estado y sólo será reclamable en vía contenciosa. b) Pero, además, y sin perjuicio de estas facultades atribuidas a la Junta Sindical, el Ministerio de Economía, «previo cumplimiento de los trámites establecidos reglamentariamente para los funcionarios de ese Ministerio, podrá sancionar a los agentes que no pusieran el debido celo o diligencia en el despacho de sus funciones, incumpliendo sus deberes profesionales o cometiesen actos de desobediencia, indisciplina o falta de probidad» (art. 218 del Reglamento).

(79) El agente puede, «antes de toda operación», exigir al requirente, bien a iniciativa propia, bien por acuerdo de la Junta Sindical, además de una orden por escrito, que éste le entregue los efectos objeto de negociación o los fondos destinados a pagar su importe (art. 139 del Reglamento). Puede exigir, además, que «se le den cuantas otras garantías estime necesarias con arreglo a derecho» (art. 141). La falta de cumplimiento por parte del dador de la orden de las garantías indicadas «exime al agente de Cambio y Bolsa de la obligación de aceptar la operación». «Ningún agente de Cambio y Bolsa —concluye el artículo 141— podrá aceptar operaciones por cuenta de sus clientes que no hubieren entregado a otro agente las garantías que se determinan en este artículo cuando hubiesen sido requeridos para ello.» La obligación de intervenir es, pues, una carga profesional, pero con-

5. La *responsabilidad* de los agentes de Cambio y Bolsa es de naturaleza civil. («Serán responsables civilmente del daño que se siguiere por faltar a las obligaciones de su cargo», artículo 97,2 del Código de comercio) (80).

6. Los agentes de Cambio y Bolsa están sujetos al procedimiento de *quiebra* (81).

c) En resumen, los agentes de Cambio y Bolsa son profesionales mercantiles que ejercen una actividad de intermediación en base, principalmente, al contrato de comisión mercantil, alguna de cuyas manifestaciones tiene reconocido un carácter público (fe pública mercantil, calificación y cotización bursátil).

La intervención administrativa en la actividad de los agentes es refleja de la intervención en el mercado bursátil. Del Derecho positivo español se deduce (art. 1.º del Reglamento de Bolsas) que la intervención administrativa en el mercado bursátil tiene por finalidad contribuir a la «seguridad jurídica y económica de lo conve-nido» y, asimismo, a la «proclamación oficial de los precios». Pues bien, las normas que regulan la actividad de los agentes se justifi-

dicionada no sólo a la prestación de garantías económicas —entrega del importe de la operación de los títulos—, sino también jurídicas de cualquier clase que el agente estime necesarias «con arreglo a derecho», expresión esta última que excluye el puro arbitrio del agente en la exigencia de garantías. Los agentes, por ejemplo, están obligados a asegurarse de la identidad y capacidad legal para contratar de las personas en cuyas operaciones intervengan, de la legitimidad de las firmas de los contratantes, etc. (art. 196, letra a) del Reglamento de Bolsa).

(80) El artículo 945 del Código de comercio, al que se remite el artículo 217 del Reglamento de Bolsa, establece que la responsabilidad prescribirá a los tres años; y el artículo 946 reduce a seis meses la acción contra la fianza.

El Reglamento de Bolsa especifica los trámites a seguir en los supuestos de que se trate de: a) Reclamaciones contra un agente que se demora en el cumplimiento de lo convenido (art. 165, que concede al comitente la opción entre exigir el cumplimiento o el abandono de la operación); b) De un agente contra su comitente (artículos 169 y ss., en los que se prevé la entrega al agente de un certificado de la operación hecha a favor del cliente); y c) De un agente contra otro agente (artículo 190). En estos supuestos (y sin perjuicio de la responsabilidad penal en que el agente pueda incurrir —art. 214 del Reglamento de Bolsa—, que se remite al artículo 4.º del Decreto de 19 de septiembre de 1936, en el que se contempla la responsabilidad penal por intervención sin exigir previa justificación de la propiedad legítima del transmitente) la responsabilidad de los agentes es responsabilidad civil que se discute ante los Tribunales de la jurisdicción ordinaria.

(81) El Código de comercio califica de fraudulenta, sin admitir prueba en contrario, la quiebra de los agentes mediadores de comercio cuando realicen actos de comercio prohibidos para ellos por el propio Código (art. 692,1). Pero el mismo artículo, en su párrafo 2.º, admite la prueba en contra del carácter fraudulento de la quiebra si ésta «sobreviniere por haberse constituido el agente garante de las operaciones en que intervino». La doctrina explica esta calificación como una sanción por infringir la prohibición legal de ejercer los agentes otro comercio de aquel que constituye su propia profesión (véase, sobre esto, José A. RAMÍREZ, *Derecho concursal español: la quiebra*, Barcelona, 1959, tomo I, p. 574, tomo II, pp. 322 y 683).

can en el propósito de que su actividad «organizada en régimen colegiado de mediación» sirva a los fines mencionados. Por tanto, no se trata de la prestación de un servicio público, sino de la reglamentación del ejercicio de una profesión mercantil para asegurar que un mercado, que funciona «en régimen de mercado» (art. 142 del Reglamento de Bolsas), reúna ciertas condiciones objetivas.

Ahora bien, ¿cómo puede calificarse la condición jurídica de los agentes desde el punto de vista del Derecho administrativo? Que existe una diferencia esencial entre los agentes de Cambio y Bolsa, pese al carácter oficial de su actividad, y los funcionarios públicos, ya lo advirtió hace más de un siglo Pedro SAINZ ANDINO en su *Ensayo crítico sobre la contratación de la Bolsa de Comercio* al exponer las razones que justifican la organización de esta profesión. Los agentes son —decía SAINZ DE ANDINO— «oficiales públicos», no funcionarios públicos (82).

Pues bien, la cuestión puede plantearse dentro de los términos de esta alternativa: o son ejercientes privados de una función pública o son profesionales vinculados por una reglamentación estatal. Es difícil deslindar con claridad ambos supuestos. Por lo general, el ejerciente privado de una función pública es un profesional, y, por otra parte, algunas profesiones están sometidas a una reglamentación tan intensa que su ejercicio, en muchos aspectos, no difiere del desempeño de una función pública. La doctrina alemana, italiana y francesa muestra, como hemos visto, hasta qué punto la reglamentación estatal de una profesión y el ejercicio privado de una función pública son nociones que se entrecruzan. Pero en este caso, el análisis de la actividad de los agentes de Cambio y Bolsa que no consisten realmente en el ejercicio privado de una función pública ni, propiamente, tampoco en el ejercicio reglamentado de una profesión en cuanto tal (aunque ambos aspectos deban ser tenidos en cuenta), sino más bien en una actividad económica esencial en un régimen de economía libre de mercado, actividad substantiva a la que se adiciona el reconocimiento de valor público de alguno de sus actos. De ahí que sean las normas constitucionales que garantizan la libertad de empresa en un régimen de economía de mercado las que en último término sirvan para situar jurídicamente esta figura. El principio fundamental que delimita la intervención administrativa en esta materia consiste en el reconocimiento de la

(82) Pedro SAINZ DE ANDINO: *Ensayo crítico sobre la contratación de la Bolsa de Comercio*, Madrid, 1945, p. 144, transcrito al comienzo de este estudio.

libertad de empresa en el marco de la economía de mercado (artículo 38 de la Constitución).

Con razón, pues, el artículo 1.º del Reglamento de Bolsa de 1967 sitúa el núcleo de la cuestión en la necesidad de reglamentar un *mercado que, «organizado en régimen colegiado de mediación», sirva a la «seguridad jurídica y económica de lo convenido y a la proclamación oficial de los precios»*. Ello explica que los profesionales que mantienen e intervienen directamente en este mercado posean un estatuto jurídico complejo, de un lado «colegiado» como el de los profesionales; de otro «reglado» como el de los funcionarios. Esta doble naturaleza del estatuto de los agentes es reflejo de la doble naturaleza de la actividad que realizan, a la que el Reglamento de Bolsa denomina expresivamente *contratación pública mercantil*.

8. Corredores colegiados de Comercio

A) Una *cuestión previa* plantea la calificación jurídica de los corredores de Comercio desde la perspectiva del Derecho público. Consiste en situar la figura del corredor colegiado de Comercio dentro de la categoría de los agentes mediadores del Comercio y, concretamente, en situar su posición jurídica con relación a la de los agentes de Cambio y Bolsa, para lo cual parece necesario exponer, aunque sea con pocas palabras, el origen histórico de la distinción entre corredores de Comercio y agentes de Cambio y Bolsa.

La coexistencia en el Derecho vigente español de tres clases de agentes mediadores colegiados (los agentes de Cambio y Bolsa, los corredores de Comercio y los corredores intérpretes de buques —hoy denominados «intérpretes marítimos»—, art. 88 del Código de comercio) (83), plantea, como primera cuestión, la de explicar el proceso a través del cual se ha llegado a esta diversificación de situaciones

(83) A los corredores intérpretes marítimos, cuyo estatuto jurídico está regulado por el Código de comercio —arts. 112 y ss.— y por su Reglamento orgánico aprobado por Orden de 30 de noviembre de 1933, les son aplicables, en lo sustancial, las mismas consideraciones que a los corredores, los cuales, por su parte, pueden desempeñar las funciones de los primeros sometiéndose a las prescripciones del Código de comercio —art. 110 de este Código— y a las normas reglamentarias citadas.

(84) Joaquín GARRIGUES, *Tratado de Derecho mercantil*, tomo I, vol. III, Madrid, 1949, pp. 1439 y ss.; CEREZO FERNÁNDEZ, *Estatuto y función del mediador en el Derecho español*, publicado en «Commemoración de las 'Ordinacions' de los mediadores mercantiles de Barcelona de Jaime I (1271)», Bolsa Oficial de Comercio de Barcelona, 1974; Joaquín MALDONADO CHIARRI, *Agentes de Cambio y Bolsa y Corredores Colegiados de Comercio*, dos volúmenes, Fomento de Ediciones, Valencia, 1971; José Ramón CANO RICO, *La profesión de Corredor de Comercio y Colegiado*, publicado

con objeto de precisar si existen diferencias sustantivas entre una y otra clase de agentes mediadores. El proceso histórico que ha conducido a la situación actual pone de relieve la coexistencia desde sus orígenes de elementos públicos y de elementos privados en la situación jurídica de los agentes mediadores (84).

La figura del mediador que actúa en el tráfico comercial aparece en las culturas más primitivas. La evolución seguida desde los antecedentes más remotos hasta la época actual no es, evidentemente, cuestión que ahora interese analizar detenidamente, pero sí es relevante señalar que, en la evolución seguida por esta profesión mercantil, los historiadores han puesto de manifiesto el dato de una intervención pública, más o menos intensa, pero continua, en la función de los agentes mediadores, aspecto público de su régimen jurídico que se descubre ya en las «Ordenanzas de corredores de Barcelona», dictadas el año 1271 y que son, al parecer, el antecedente legislativo español más remoto. Pero es, según Ramón CANOSA (85), en las Ordenanzas de Bilbao de 1259 donde los corredores aparecen ya teniendo atribuido el ejercicio de un oficio público que llevaba aparejada la fe pública de sus anotaciones (en el capítulo XV, número 5, que trata de los corredores de Lonja, se declara que los libros del corredor harán fe en juicio en caso de discrepancia entre los contratantes). Lo cual va a producir una intervención pública cada vez más intensa en la actividad de los corredores («nexo corporativo» y carácter de monopolio oficial de su actividad), sobre todo a partir de la Ordenanza de 29 de abril de 1501. En la exposición de motivos de esta Ordenanza se justifica la regulación pública de la actividad de los corredores (de los «corredores de oreja», llamados así por el secreto que debían guardar de sus operaciones), porque se estima que es muy «útil y necesaria para la cosa pública» (86).

en «Panorama bursátil» («Boletín Oficial de Comercio de Valencia»), núm. 10, octubre 1978, pp. 19 y ss.; Manuel MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Competencia objetiva de los Agentes Mediadores*, publicado en «La fe pública mercantil» (EUNSA), Pamplona, 1975; Pedro SAINZ DE ANDINO, *Ensayo crítico sobre la contratación de la Bolsa de Comercio y las ventas simuladas de los efectos públicos, en que se analiza el proyecto de reforma de la Ley de Bolsa presentado por el Gobierno en la última Legislatura*, Madrid, 1845; y Fernando SÁNCHEZ CALERO, *Perspectivas de la evolución del régimen jurídico de los Agentes Mediadores*, publicado en «La fe pública mercantil» (EUNSA), Pamplona, 1975, así como, en cuanto a la evolución histórica, Ramón CANOSA, *Proceso histórico de la Correduría mercantil española*, publicado en la «Revista de Derecho Mercantil», septiembre-octubre 1946, pp. 31 y ss.

(85) Ramón CANOSA: *Proceso histórico de la Correduría mercantil española*, publicado en la «Revista de Derecho Mercantil», septiembre-octubre 1946, p. 35.

(86) Un párrafo expresivo de la justificación que la Ordenanza de 29 de abril de 1501 da a esta intervención (traducido del catalán antiguo por Ramón CANOSA, ob. cit., p. 36); dice así:

Desde entonces la profesión de corredor sigue una evolución en la que, poco a poco, se van distinguiendo dos clases de corredores: de un lado, los corredores libres; de otro, los corredores privilegiados o colegiados. A comienzos del siglo XIX el aumento del volumen de la negociación de títulos-valores (fundamentalmente de deuda pública, pero también de acciones de compañías privadas) da origen a una regulación detenida de esta profesión en el Código de comercio de 1829 y, sobre todo, a la creación en 1831 de la primera Bolsa Oficial de Comercio, la Bolsa de Madrid. La creación de la Bolsa de Madrid produce un cambio fundamental en la fisonomía clásica de la correduría mercantil (87).

A partir de entonces, los agentes mediadores que intervienen en el tráfico de títulos mobiliarios inician una compleja evolución profesional, en la que los problemas «teóricos» (¿cómo deslindar la competencia de los agentes de Cambio y Bolsa y la de los corredores colegiados de Comercio?, ¿la profesión de agente mediador debe ser libre o debe estar controlada y sometida a una disciplina corporativa?) se complican por la brusquedad con que se plantean

«Los honorables consejeros y Consejo ordinario de la ciudad de Barcelona congregados en la casa del Consejo de aquella, a petición e instancia de los *Corredores de oreja* de dicha ciudad, por utilidad de la cosa pública y por poner el debido orden y reposo, hicieron, ordenaron y estatuyeron las cosas que han de seguir. Como el ejercicio de los *Corredores de oreja* es muy útil y necesario a la conservación y aumento de la cosa pública y señaladamente a la negociación mercantil que a menudo se acostumbra a hacer y tratar por medio de los dichos corredores, y no sólo es necesario que en el ejercicio de los dichos corredores sean puestas personas buenas y de buena fama, sino también prácticas experimentadas en dicha negociación, sin la cual las grandes ciudades en mercaderías fundadas no se podrían holgadamente sostener. Y todavía es necesario y procedente a dicha negociación que los mentados corredores sean puestos en debido orden; y, según muestra la experiencia, los otros artes y oficios de la dicha ciudad tienen ordenanzas y modo de vivir en ellos, estatuidas por dicha ciudad, de acuerdo con la facultad que le está otorgada por Real privilegio. Y tanta mayor importancia tengan los ejercicios cuanto en los mismos se debe atender a darles buenas y loables ordenanzas y modo de vivir para que con más facilidad puedan su oficio ejercer. Por lo tanto, atendiendo los honorables Consejeros y Prohombres de dicha ciudad a que los dichos corredores al servicio de Dios Nuestro Señor, salud de sus Animas y honor de dicha ciudad, desean tener entre sí confraternidad y tratar las cosas necesarias al ejercicio de dichos corredores, entendidas las cosas por aquél pedidas como causa de la dicha confraternidad queremos darle forma y manera por donde su buen propósito pueda venir a debido efecto.»

(87) José María Boix RASPALL, voz *Corredores de Comercio* en «Nueva Enciclopedia Jurídica Seix», Barcelona, 1955, p. 783.

los problemas «reales» de una grave inestabilidad económica en la que se producen fuertes movimientos especulativos (88).

A lo largo del siglo XIX y comienzos de este siglo, la polémica sobre la ordenación del mercado bursátil es continua y exacerbada. Sin embargo, los resultados «jurídicos» de esta polémica, es decir, las soluciones que el legislador intenta dar a la difícil situación, no producen, realmente, alteraciones significativas en la naturaleza de los agentes mediadores. Y así, al publicarse el vigente Código de comercio de 22 de agosto de 1885 se incorpora a su texto el criterio ecléctico y liberal del Decreto-ley de 30 de noviembre de 1869 (89).

La exposición de motivos con la que el Gobierno presentó al Congreso de los Diputados el vigente Código de comercio distingue entre *la profesión o industria de agente mediador* (que consiste, fundamentalmente, en poner en relación a compradores y vendedores facilitando la contratación mercantil) y *el oficio público*, creado para dar autenticidad a los contratos celebrados entre comerciantes. En relación a la primera actividad, el legislador no dicta normas especiales, sino que simplemente las regula como cualquier otra activi-

(88) En este sentido, es muy expresiva la introducción de Pedro SAINZ DE AINDO a su *Ensayo crítico sobre la contratación de la Bolsa de Comercio...*, ob. cit., Madrid, 1845, pp. 1 y ss.: «Un clamor universal de reprobación resuena por todas partes contra la contratación de la Bolsa de Madrid, calificándola de un agiotaje inmoral, ilícito y funesto, en que se ha consumido y se continúa devorando el patrimonio de un gran número de familias honradas, que lloran en la miseria y en la desesperación la fácil credulidad de los desgraciados que seducidos por el atractivo falaz de ganancias exorbitantes, que creían adquirir sin trabajo, se han comprometido en especulaciones sobre los efectos públicos...», etcétera.

(89) El preámbulo del Decreto-ley de 30 de noviembre de 1869 explica con claridad los principios liberales que lo inspiran. Dice:

«El Ministerio que suscribe decreta, en el artículo 1.º, que los oficios de corredor y de agente de Bolsa son completamente libres y que todo particular podrá ejercerlos sin condiciones, fianzas ni garantías. Del mismo modo que el Estado enseña pero deja enseñar, conservará agentes notariados y conservará la fe pública para el comerciante que a ella acuda, pero dejará en libertad a todos ellos de buscar los agentes que más les convenga, ya respecto a la economía, ya bajo el punto de vista de la confianza... Funcionarán, por una parte, los agentes colegiados, y el particular que los emplee sabrá que sus contratos tendrán fuerza ante los Tribunales a la simple presentación y comprobación de los correspondientes documentos, salvo prueba en contrario; funcionarán a la par los agentes libres, que, agrupándose en verdaderas y eficaces asociaciones aseguradoras, buscarán el medio de inspirar confianza al público, y de aquí brotarán nuevas formas y nuevas combinaciones inspiradas siempre por la libertad; entre aquellos agentes y éstos el público sabrá escoger.»

dad comercial. La segunda, en cambio, la somete a un régimen de reglamentación estatal.

Según el Código de comercio, los agentes mediadores se clasifican por un doble criterio: 1. Por el criterio de la *materia* sobre la que actúan (el art. 88 distingue entre agentes de Cambio y Bolsa, corredores de Comercio y corredores intérpretes de Buques. 2. Por el criterio de la *eficacia jurídica* de su intervención (agentes libres y agentes colegiados, art. 89,1, arriba transcrito). Estos criterios de clasificación del Código de comercio han sido retocados por una legislación posterior, que después estudiaremos. El criterio inicial de la distinción entre agentes colegiados de Cambio y Bolsa y corredores colegiados de Comercio se estableció en el artículo 100 del Código de comercio, según el cual: «Corresponderá a los agentes de Cambio y Bolsa, en primer lugar, "intervenir privativamente en las negociaciones y transferencias de toda especie de efectos o valores públicos cotizables" y, en segundo lugar, "intervenir en concurrencia con los corredores de Comercio, en todas las demás operaciones y contratos de Bolsa, sujetándose a las responsabilidades propias de estas operaciones.»

Disposiciones ulteriores, sin embargo, han alterado esta distribución de competencias excluyendo, en primer lugar, a los agentes libres del tráfico de títulos-valores, eliminando, en segundo lugar, la concurrencia de corredores y agentes en plazas bursátiles, y, por último, atribuyendo a los corredores de Comercio la realización de operaciones en los denominados Bolsines de Comercio. Veamos, pues, en qué consiste esta legislación, y los resultados que han producido sobre la posición jurídica de los corredores colegiados de Comercio.

a) La eliminación de la concurrencia de los agentes libres no se ha producido de modo directo, sino indirectamente como consecuencia de las normas que exigen, bajo sanción de nulidad, la intervención de un fedatario público en la transmisión de títulos-valores (90).

b) La concurrencia entre agentes de Cambio y Bolsa y corredores de Comercio en la misma plaza bursátil, prevista por el ar-

(90) Decreto de 19 de diciembre de 1936, ratificado por Ley de 23 de febrero de 1940, y Orden de 19 de febrero de 1941, esta última que extiende la intervención obligatoria de los fedatarios a las suscripciones en emisiones de valores, así como el Decreto de 14 de diciembre de 1951, que confirma, con motivo de la publicación de la Ley de Sociedades Anónimas, la vigencia de esas disposiciones.

título 100,2 del Código de Comercio, fue eliminada por la Ley de 27 de diciembre de 1910 (91).

La distinción, pues, entre la actividad de los corredores de Comercio y la de los agentes de Cambio y Bolsa no se funda en elementos esenciales (92).

B) En la actualidad, las normas básicas que regulan el estatuto jurídico de los corredores colegiados de Comercio se encuentran en el Código de comercio (arts. 88 a 99 y 106 a 111), en el Reglamento de Régimen Interior de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, aprobado por Decreto de 27 de mayo de 1959, y en el Reglamento de Bolsines de Comercio, aprobado por Decreto de 6 de junio de 1969.

De acuerdo con estas normas hay que distinguir el supuesto general, esto es, el de la actividad de los corredores en las plazas

(91) El artículo 1.º de la Ley de 27 de diciembre de 1910 dispuso que «en lo sucesivo no se harán nuevos nombramientos de Corredores de Comercio para las plazas mercantiles donde por existir Bolsa Oficial de Comercio se hallen establecidos los agentes colegiados de Cambio, por asumir éstos en aquéllas las facultades de unos y otros funcionarios». El alcance de esta ley, sin embargo, ha quedado reducido a sus estrictos límites en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo. La *Sentencia de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 1973* (ref. Ar. 3538) interpretó el concepto de plaza bursátil («plaza mercantil donde existe Bolsa Oficial de Comercio»), en sentido restringido de modo que la competencia exclusiva de los agentes queda limitada al término municipal donde se encuentra la Bolsa, «sin que su competencia pueda extenderse a otras plazas mercantiles distintas aunque sean de la misma provincia», en las cuales, pues, pueden —según esta sentencia— los Colegios de Corredores habilitar la presencia de estos fedatarios.

(92) La distinción que generalmente se hace entre agente de Cambio y Bolsa y corredor colegiado de Comercio, distinción que consiste en que los corredores, a diferencia de los agentes de Cambio y Bolsa, no suelen concluir los contratos en nombre de las partes ni garantizar su cumplimiento, limitándose a promoverlos e intervenirlos, dando fe de los mismos, desaparece, en gran parte, cuando los corredores operan en un Bolsín de Comercio, en cuyo caso actúan como agentes de Cambio y Bolsa (así resulta de lo dispuesto en el Reglamento de Bolsines de Comercio, aprobado por Decreto de 6 de junio de 1969, al que más adelante se dedica mayor atención). El *Consejo de Estado*, en su *Dictamen de 17 de octubre de 1968*, expediente 36.229 (publicado en la *Recopilación de Doctrina Legal del Consejo de Estado 1968-1969*, Madrid, 1972, pp. 524 y ss.), mantuvo que existe identidad de funciones entre los agentes de Cambio y Bolsa y los corredores de comercio, identidad que, sin embargo, exige hacer ciertas matizaciones en cuanto al tipo de operaciones en el que unos y otros intervienen, de manera que los corredores no realizan propiamente operaciones bursátiles si por tales se entiende las operaciones que se realizan en Bolsa. Ahora bien, hay que advertir que esta matización la hizo el Consejo de Estado en octubre de 1968, por lo que no subsiste totalmente en la actualidad al haberse aprobado, al año siguiente, el Reglamento de Bolsines (6 de junio de 1969).

Sobre las diferencias entre el ámbito de actuación de los agentes de Cambio y Bolsa y el de los corredores, véase *Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.ª) de 12 de abril de 1983*.

mercantiles y el supuesto específico de su actividad donde existe Bolsín de Comercio. Sin embargo, el hecho de que en la actualidad el Bolsín de Comercio de Valencia, único existente, se haya convertido en Bolsa de Comercio (Real Decreto 1783/80, de 29 de agosto) y la incertidumbre sobre la creación de nuevos Bolsines convierte en teoría la cuestión de la naturaleza de la función de los corredores de Bolsines (93).

Los corredores colegiados de Comercio «son agentes mediadores que con arreglo a los preceptos del Código de comercio y demás disposiciones vigentes dan fe con el carácter de notarios y cuando para ello fueren solicitados de los actos y contratos mercantiles, cuya intervención sea apropiada de su oficio» (art. 1.º de su Reglamento de régimen interior, aprobado por Decreto de 27 de mayo de 1959). En esta definición reglamentaria se destaca, pues, como nota esencial del corredor de Comercio su carácter de *fedatario público*, anteponiéndola en importancia, incluso, a la de *intermediario mercantil* en la transmisión de títulos-valores (94).

(93) Los Bolsines de Comercio se introducen en nuestro Derecho por el *Decreto-ley de 30 de abril de 1964* («BOE» de 4 de mayo), de reorganización de las Sociedades de inversión y Bolsas de Comercio. La exposición de motivos de este Decreto-ley explica que en aquel momento no parecía aconsejable la creación de nuevas Bolsas de Valores, dado el volumen de contratación bursátil, pero sí parecía conveniente, en cambio, «promover nuevos mercados de valores que puedan servir para la financiación de empresas con un asentamiento local muy caracterizado». Con ello «se crean, al mismo tiempo, instituciones sobre las que en el futuro podrían desarrollarse nuevas Bolsas de Valores». «De acuerdo con esta idea —continúa el preámbulo—, procede el Decreto-ley a la constitución de los Bolsines como mercados locales, que si bien contaban ya con antecedentes, de hecho no habían sido perfilados por la legislación». Justificado de esta manera, el artículo 18, párrafo 2.º del Decreto-ley, dispuso que «en aquellas plazas en que existiese un volumen de contratación apreciable, en especial de valores no cotizados oficialmente en Bolsa, podrá el Ministerio de Hacienda, atendida la conveniencia pública y previos los informes oportunos, autorizar a los Colegios de Corredores Colegiados de Comercio el establecimiento de Bolsines».

Por el ministro de Hacienda, previo informe del Consejo Superior de Bolsas, se regulará la organización y funcionamiento de los Bolsines.

El *Decreto de 6 de junio de 1969* («BOE» de 23 de junio de 1969) aprobó el *Reglamento de los Bolsines de Comercio*. En el preámbulo del Decreto se califica a los Bolsines «de verdaderos y propios mercados locales de todos los efectos y materias que enumera el artículo 67 del Código de comercio». Los Bolsines Oficiales de Comercio se definen, en el artículo 1.º del Reglamento, como «*instituciones locales de carácter económico*» creadas para la «*contratación pública mercantil*» y organizadas «*en régimen colegiado de mediación para la seguridad jurídica y económica de lo convenido y, en su caso, también, para la proclamación oficial de los precios*». Esta definición es, pues, paralela a la que el Reglamento de las Bolsas Oficiales de Comercio, aprobado por Decreto de 30 de junio de 1967, da a las Bolsas. Como ya se ha indicado, el único Bolsín de Comercio existente se ha convertido en la Bolsa de Comercio de Valencia, en virtud de lo dispuesto en el Real Decreto 1783/1980, de 29 de agosto.

(94) Según el artículo 93, párrafo 3.º del Código de comercio, «los libros y

C) La *posición estatutaria* de los corredores se caracteriza por las siguientes notas:

La colegiación es requisito esencial para que los corredores adquieran la condición de fedatarios públicos (art. 89,1 del Código de Comercio) y para que puedan intervenir en la emisión y transmisión de «valores públicos, industriales y mercantiles» (Decreto de 19 de septiembre de 1933).

Los Colegios de Corredores de Comercio «son —dice el artículo 96 de su Reglamento— corporaciones oficiales dependientes del Ministerio de Hacienda», hoy de Economía y Hacienda; cada Colegio ejerce su jurisdicción sobre el territorio que comprende la demarcación que tenga asignada. Cada Colegio está regido por una Junta sindical —art. 97—, a la cual corresponde la representación de la corporación —art. 110—, así como ejercer las facultades que le confiere el Reglamento, entre otras, la de «vigilar la actuación de los colegiados, llevando a cabo las inspecciones necesarias para evitar y, en su caso, corregir reglamentariamente toda inobservancia de los deberes que imponen a los corredores el Código de comercio y demás disposiciones aplicables» (art. 111). Los colegiados oficiales de corredores de Comercio están representados por la Junta central de los Colegios Oficiales de Corredores, que tiene la condición de corporación de carácter oficial dependiente del Ministerio de Economía (art. 129).

La colegiación obligatoria implica para los corredores someterse a un régimen estatutario, cuyas características más significativas son las siguientes:

1. La *adquisición* de la condición de corredor colegiado de Comercio se obtiene por nombramiento ministerial previa realización de oposición libre (arts. 2.º y 5.º-4 del Reglamento de régimen interior). Este mismo Reglamento regula el sistema de cubrir las plazas vacantes (turno de antigüedad absoluta en la carrera, turno de antigüedad en zona, oposición restringida, arts. 9.º y ss.), de posesión

pólizas de los agentes colegiados harán fe en juicio»; y el artículo 58 del mismo Código dispone que «si apareciese divergencia entre los ejemplares de un contrato que presenten los contratantes, y en su celebración hubiere intervenido agente o corredor, se estará a lo que resulte de los libros de éstos siempre que se encuentren arreglados a Derecho». Por tal razón, el párrafo 1.º del artículo 93 del Código de Comercio dice, como hemos visto, que «los agentes colegiados tendrán el carácter de notarios en cuanto se refiera a la contratación y efectos públicos, valores industriales y mercantiles, mercaderías y demás actos de comercio comprendidos en su oficio, en la plaza respectiva».

(artículos 16 y ss.) y de prestación de fianzas que han de constituirse antes de la colegiación a disposición de la Junta sindical del colegio, las cuales quedan afectas a la responsabilidad que derive del ejercicio del cargo, así como, subsidiariamente, a las cargas colegiales reglamentarias (arts. 20 y ss.).

2. Los corredores están obligados a llevar, en forma reglamentaria, *los libros* exigidos por su Reglamento (arts. 32 y ss.).

3. En cuanto a la *obligación de intervenir*, el artículo 80 del Reglamento dispone que la intervención del corredor colegiado de Comercio «ha de obedecer a petición de parte interesada, salvo cuando sea preceptiva por designación de la Junta sindical». En todo caso, los corredores pueden atraerse su propia clientela, pero sin incidir en supuesto de «competencias ilícitas» arts. 53 y 54 del Reglamento).

4. El Reglamento regula la *permanencia* del corredor en el *desempeño de su oficio*, estableciendo los supuestos en los que puede solicitar licencia (arts. 55 y ss.), excedencia (arts. 60 y ss.) y los supuestos en los que se produce el cese de su actividad (arts. 76 y ss.).

5. La *responsabilidad* de corredores colegiados de Comercio por el cumplimiento de sus obligaciones es de naturaleza civil (con independencia de la trascendencia disciplinaria —arts. 162 y ss.— o incluso penal —art. 167 del Reglamento— que los actos causantes de la responsabilidad puedan llevar aparejada), salvo que excepcionalmente el daño hubiese sido causado como consecuencia del cumplimiento de disposiciones u órdenes emanadas de la Administración.

6. La *retribución* de los corredores colegiados está sometida a arancel. «Los corredores colegiados de Comercio —dice el artículo 41 del Reglamento— ajustarán sus corretajes en las operaciones propias de su oficio al arancel vigente. No podrán hacer otras bonificaciones que las acordadas por convenio general de todos los agentes mediadores aprobados por la superioridad.» La dispensa total o parcial de los derechos arancelarios se considera «acto de competencia ilícita» (art. 53 del Reglamento).

D) En resumen, los corredores colegiados de Comercio ejercen en el ámbito de su demarcación territorial y de su competencia material una actividad profesional, jurídico-económica, consistente en contribuir a la seguridad jurídica y económica de lo convenido, dando fe pública de las operaciones que concluyen o en en las que

intervienen, promoviendo dichas operaciones mediante una actividad de mediación o de comisión, según los casos, y contribuyendo, si se diera el caso, a la formación oficial de los precios de los Bol-sines de Comercio. Los corredores colegiados de Comercio tienen la doble condición de *comerciantes* (responden civilmente de sus obligaciones, están sujetos a las reglas especiales de la quiebra) y de *fedatarios públicos*, realizando una actividad profesional rigurosamente reglamentada y sometida, en su aspecto orgánico, al control inmediato del Colegio al que los corredores están incorporados y al control mediato de la Administración —control de legalidad— y, en su aspecto sustancial, a los tribunales civiles y, en su caso, penales, a los que corresponde decidir sobre el valor jurídico de los documentos emitidos e intervenidos por los corredores. La importancia que esta actividad tiene para el buen funcionamiento de una economía de mercado hizo decir a la Ordenanza de 29 de abril de 1501 que es «útil y necesaria para la conservación y aumento de la cosa pública.» (95).

III. RECAPITULACIÓN

1. *Delimitación de la categoría*

A) El análisis de los ocho supuestos seleccionados permite distinguir, al menos, tres variantes:

- El de aquellas profesiones cuyo objeto se ha convertido en una función pública, total o parcialmente (por ejemplo, la profesión de notario o la de agente de Cambio y Bolsa);
- el de aquellas otras que aun teniendo por objeto una actividad privada llevan añadida la realización de una función pública, tal como el ejercicio de la autoridad o el ejercicio de la fe pública (por ejemplo, la profesión de capitán de buque, la profesión de comandante de aeronave). «Añadido» no significa, sin embargo, que se trate de una adición artificial, sino más bien una consecuencia natural de la actividad de que se trata, algo inherente a su ejercicio, aunque no esencial al mismo (en teoría puede ser eliminado si se organiza la actividad de otra manera, por ejemplo, nombrando un delegado de la autoridad en el buque, aunque lo «natural» sea encomendar esas funciones a quien tradicionalmente corresponden);

(95) Véase, más atrás, nota 86.

— y, por último, el de las profesiones que pueden asumir por encargo el ejercicio de una misión que lleva consigo el ejercicio de alguna función pública (por ejemplo, el arbitraje de Derecho privado o algunas prestaciones de servicios de seguridad).

Ante esta variedad de supuestos surge una primera cuestión: ¿tiene sentido encuadrarlos todos en una sola categoría? La literatura jurídica, el Derecho español y comparado y la jurisprudencia han dado una respuesta positiva. Es un hecho que la categoría se utiliza con toda frecuencia y que incluso se refleja en el Código penal (artículo 388: «Lo dispuesto en los artículos precedentes —que tratan del cohecho— tendrá aplicación a los jurados, árbitros arbitradores, peritos, hombres buenos o *cualesquiera personas que desempeñaran una función pública*»), pero también lo es que se trata de una categoría jurídica algo desdibujada en sus contornos, quizá por la función que cumple: cubrir el campo que media entre los profesionales libres y los funcionarios públicos en sentido estricto.

B) Otros países del Continente europeo han recogido también esta categoría jurídica, con perfiles parecidos, aunque no idénticos, aplicándola a una serie de supuestos, sólo en parte coincidentes entre sí: a) En el Derecho francés, la categoría de los *officiers ministériels* se aplica, —dice LAUBARDERE (96)— a una serie de personas (*notaires, avoués, huissiers, commissaires-priseurs*), que no forman parte del personal de la Administración, pese a que reciben un nombramiento de la autoridad pública y a que colaboran estrechamente con la justicia e incluso, a veces, están dotadas de prerrogativas del poder público, tales como la fuerza probatoria de sus actos o la posibilidad de poner en marcha el procedimiento de apremio (97). b) En el Derecho italiano, la doctrina se ha ocupado

(96) André de LAUBARDERE: *Traité de Droit Administratif*, tomo II, 1975, p. 13.

(97) Otros autores explican esta figura de modo semejante. Marcel WALINE, *Droit Administratif*, 7.ª ed., París, 1957, p. 742; Jean Marie AUBY y Robert DUCOS ADER, *Droit Administratif*, 1967, p. 23, define esta categoría de colaboradores con la Administración como personas que, participando en la gestión de un servicio público (en el sentido francés del concepto que comprende todas las funciones del Estado), no forman parte del personal de la Administración. Aunque estas personas son nombradas por las autoridades públicas y de ellas reciben su estatuto, sin embargo son independientes frente a la Administración (que ejerce sobre ellas un poder disciplinario, pero no jerárquico) teniendo su cargo un valor patrimonial y estando remuneradas por los particulares. Paul DUEZ y Guy DEBEYRE (*Traité de Droit Administratif*, París, 1952, p. 752), resume así las razones por las que, pese a su proximi-

ampliamente de los supuestos de *esercizio privato di funzioni pubblici*, aunque, por lo general, da a esta categoría una extensión mayor que en otros países, alcanzando a supuestos tales como la colaboración ocasional con la Administración o la concesión de servicios públicos (98). c) En el Derecho alemán se utilizó durante algún tiempo

dad a la figura del funcionario, no son funcionarios públicos los *officiers ministeriels*. 1.º La razón fundamental consiste en que el *office* es un empleo permanente previsto y organizado por la Ley, pero no integrado como formando parte de los cuadros de la Administración. 2.º Además, en la «condición jurídica» de los *officiers ministeriels* concurre cierto número de «principios» que no amortizan, de ninguna manera, con la condición de funcionarios: a) Los litigios de los *officiers ministeriels* con sus clientes, sea a propósito de los honorarios, sea a propósito de su responsabilidad, corresponden a la competencia de los Tribunales judiciales; asimismo, en lo que concierne a su responsabilidad frente a terceros, no se aplica la distinción entre *faute personnelle* y *faute de service* (ésta con cargo a la Administración) que es esencial para los funcionarios públicos; b) El tiempo empleado en el ejercicio de un *office ministeriel* no se computa como antigüedad en la función pública.

(98) Guido ZANOBINI, en un artículo publicado en el año 1920 con el título *L'esercizio privato delle pubbliche funzioni e l'organizzazione degli enti pubblici* (publicado en «Annali delle Università Toscane» y reproducido en «Scritti vari di Diritto Pubblico», Milán, 1955, pp. 87 y ss.), elaboró la noción jurídica de «ejercicio privado de una actividad pública», si bien reconoce que la idea la había tomado de otros autores (JELLINEK, *System der subjektiven Öffentliches Recht*, Tübingen, 1895, 2.ª ed., pp. 205 y ss.; Santi ROMANO, *Principi di Diritto Amministrativi*, Milán, 1912, 3.ª ed., pp. 189 y ss.). Después, la sistematizó en su *Corso di Diritto Amministrativo*, vol. III, Milán, 1958, p. 408; Aldo M. SANDULLI (*Manuale di Diritto Amministrativo*, Nápoles, 1974, pp. 380 y ss.) estudia el «ejercicio de funciones y servicios administrativos por parte de sujetos extraños a la Administración». Los particulares pueden sustituir a la Administración bien en la prestación de servicios, bien en el «ejercicio de funciones»; y esta sustitución puede efectuarse con carácter permanente o ser precaria u ocasional; Massimo SEVERO GIANNINI (*Diritto Amministrativo*, vol. I, Milán, 1970, pp. 168 y 169) mantiene una teoría semejante, si bien empleando una terminología propia que sustituye la expresión «oficio público» por la de *munera pubblica* (expresión que considera más adecuada en el sentido que tiene en el *Codex Iuris Canonici*, canon 145.1, v. ob. cit., 145); GIANNINI parte del hecho de que en el ordenamiento jurídico contemporáneo todos los oficios, *munera*, no sólo están previstos y regulados por normas estatales, sino que además, en cuanto tienen un cierto carácter público, han venido a convertirse en *componentes de los poderes públicos*, teniendo los órganos del Estado la misión de vigilar su actividad. No obstante, el ordenamiento jurídico actual mantiene la antigua distinción entre *munera pubblica* y *privada*, según que la actividad del *munus* se realice en beneficio de un particular o de la colectividad (dejando a salvo siempre la nota característica del *munus* de constituir una figura de interés público). Los supuestos son muy numerosos y heterogéneos, por lo que se ha tratado de buscar una «nota común» a todos ellos para poderles dar una configuración jurídica en alguna medida unitaria. GIANNINI reconoce que fue ZANOBINI quien dio una primera interpretación de este fenómeno, introduciendo las nociones de «ejercicio privado de la actividad pública» y «de deber de colaboración cívica». La primera de estas nociones significa que una potestad pública o bien un servicio público, permaneciendo en la titularidad de la Administración, puede ser entregado en «ejercicio a un privado». Pero, posteriormente —dice GIANNINI— parte de la doctrina ha sostenido que era necesario definir mejor el título por virtud del cual la persona privada ejercita una actividad pública, y ha sugerido con este fin utilizar la noción de «sustitución»: la persona privada sería, pues, un sustituto de la autoridad administrativa. No obstante, en opinión de GIANNINI, muchos de los casos incluidos en esta categoría no pueden explicarse aplicando la noción de «sustitución» (por ejemplo, el síndico de una quiebra, el perito al que se le solicita un dictamen

la expresión *Halbbeamte* (99), pero en la actualidad prevalece la expresión *Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch Private* y la más técnica de *Beleihung* (100).

por el juez, el interventor de una empresa, etc., ¿a qué actividad del aparato administrativo sustituyen?). Parece, por ello, *preferible* —opina GIANNINI— hacer uso de la noción de *munus* para designar la situación de sujetos privados a los cuales la norma atribuye la realización de intereses públicos o similares, esto es, de intereses correlativos —aunque no necesariamente— a intereses atribuidos al cuidado de los funcionarios públicos. En este caso el sujeto privado se imputa a sí mismo los actos que realiza, bien bajo el control, bien bajo la dirección y el control de la autoridad pública, administrativa o judicial. De manera que los resultados no se imputan a la colectividad en abstracto, sino a la persona singular que desempeña el oficio. Partiendo de ese planteamiento, GIANNINI advierte que las especies de «munera» pública en el Derecho positivo contemporáneo, si bien son cualitativamente secundarias, cuantitativamente tienden a aumentar. Para GIANNINI existen las siguientes clases: a) «Munera profesional»: el ejercicio mismo de la actividad profesional constituye un *munus* público (es el caso de los notarios). b) «Munera accesoria a una actividad profesional». Es el caso de los profesionales del Derecho, de los profesionales de la sanidad, de algunos profesionales técnicos, del capitán de la nave, del comandante de la aeronave, etc. c) «Munera asumida por encargo». Es el caso de aquellos profesionales del Derecho, del comercio, técnicos, etc., cuando son llamados por la autoridad judicial o administrativa para encargarse de realizar alguna actividad concreta (emitir un dictamen, conservar un bien embargado, ser ejecutor de una venta judicial, etc.). Todos ellos reciben un encargo público en cuanto profesionales que tienen una especial pericia técnica, siendo especialmente designados para ello y actuando como auxiliares del juez o del órgano administrativo.

Renato ALESSI (*Principi di Diritto Amministrativo*, tomo I, Milán, 1971, pp. 173 y siguientes —especialmente pp. 178 y 179— parte de la figura genérica del «sujeto auxiliar de una función pública», pp. 72 y ss.). Es un hecho que el Estado se sirve de sujetos privados para el desarrollo de la función administrativa, asumiendo tales sujetos la posición de «sujetos auxiliares de la Administración pública», pero sin entrar a formar parte, subjetivamente, de la Administración misma. En tal categoría pueden distinguirse, según ALESSI, los siguientes supuestos: a) En primer lugar, la categoría de los profesionales encargados de una función pública, siendo ejemplos típicos el de los notarios y el de los capitanes de los buques mercantes (que tienen encomendada la función de «policía judicial» y de «estado civil» en el buque). b) En segundo lugar, la categoría de los «concesionarios de servicios públicos», esto es, particulares que ejercitan por cuenta de la Administración un servicio público en virtud de un acto de concesión otorgado por la Administración misma. c) También el caso, excepcional, de los particulares que ejercitando una actividad pública administrativa sin título específico tienen, sin embargo, una autorización legislativa para actuar. Guido LANDI y Giuseppe POTENZA, en su *Manuale di Diritto Amministrativo*, 6.ª ed., 1978, pp. 86 y ss., atribuyen también a esta noción una extensión amplísima, semejante a la que, según hemos visto, le dan los autores precedentes.

(99) TRIEPEL: *Staatsdienst und Staatlich gebundenes Beruf*, 1928, p. 68: «Personen die ohne ein Amt zu haben, kraft eines besonderen Rechtsverhältnis des öffentlichen Rechts dem Staat, für die Ausübung ihres Berufes, verantwortlich sind».

(100) Las notas que aquí se exponen de la teoría alemana han sido redactadas en base a las siguientes fuentes: Hans J. WOLFF, *Verwaltungsrecht*, tomo II, 1970, páginas 387 a 392, donde se explica con claridad la figura de los «Beliehenen»; Michael KRAUTZBERGER, *Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch Private*, Berlin, 1971; y especialmente Fritz OSSENBÜHL y Hans-Ullrich GALLWAS, *Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private*, publicado en VVDStRL (29), 1971, donde se recogen las ponencias que sobre este tema presentaron por separado ambos profesores, así como las intervenciones de otros profesores producidas durante la

C) En el Derecho actual el «ejercicio privado de funciones públicas» no es el residuo de una categoría histórica (enajenación de los oficios públicos), sino la respuesta a la necesidad de romper

discusión de esas ponencias en la reunión anual de la «*Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*» celebrada en octubre de 1970. Las intervenciones de HUBER (Suiza), VENGER (Austria), SCHENNER, BACHOF, HERZOG, VOGEL, IPSEN, ZACHER, WAGENER, MAYER, GÖTZ, BÜLLINGER, RÜFNER, KOPP, RUMPF, DÜRIG, ZACHER, THIEME, MARTENS, DAGTOGLOU, GALLWAS y OSSENÜHL permiten entrever cuál es la situación de la cuestión en la literatura germánica. Además la introducción de Ingo von MÜNCH («*Verwaltung und Verwaltungsrecht in demokratischen und sozialen Rechtsstaat*») al libro colectivo *Allgemeines Verwaltungsrecht*, dirigido por Hans-Uwe ERICHSEN y Wolfgang MARTENS, 1975, contiene algunas precisiones sobre el tema. La cuestión en el Derecho austriaco ha sido tratada recientemente por Ludwig K. ADAMOVICH y Bernd-Christian FUNK en su *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 1980, especialmente en páginas 256 y ss. (*Beleihung, Indienstrahmung, Partizipation*) y 278 y ss. (*Andere Formen der Dezentralisation: I. Behleihung und Inpflichtnahme*). En el tomo 22 de los Schriften der Bundeskammer der Gewerblichen Wirtschaft dedicado al tema *Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Privatrechts subjekte* se publican colaboraciones de SCHÄFFER y de PUCK. Sobre estas cuestiones conexas con este tema tienen también especial interés los estudios de Hans Peter IPSEN *Gesetzliche Indienstrahmung Privater für Verwaltungsaufgaben*, publicado en *Um Recht und Gerechtigkeit, Festgabe für Erich Kaufmann*, 1950; Hans PETERS, «*Öffentliche und staatliche Aufgaben*», publicado en *Festschrift für H. C. Nipperdeg II*, 1965, y Pro-dromos DAGTOGLOU, *Die Beteiligung Privater an Verwaltungsaufgaben*, publicado en «*Die öffentliche Verwaltung*», 1970, pp. 532 y ss.

En la doctrina alemana la noción de «ejercicio privado de funciones públicas» recibe el nombre, por lo general, de *Beleihung*, aunque también, en algunos supuestos, de *Indienstrahmung*. (Tanto la expresión *Beleihung* como la expresión *Indienstrahmung* que se suelen utilizar para denominar supuestos de ejercicio privado de funciones públicas carecen, en mi opinión, de términos equivalentes en el lenguaje jurídico español.) La distinción entre ambos conceptos varía según los autores. En términos generales la distinción más común es la siguiente: La *Beleihung* tiene lugar cuando a una persona jurídica o natural se le confía la tarea de ejercitar determinadas competencias públicas en su propio nombre; en cambio, en los supuestos de *Indienstrahmung (Inpflichtnahme)* el particular es obligado a ejercer una función pública. En ambos casos, pues, el particular ejerce una función pública, pero la diferencia consiste, sin embargo, en que en el primero, el particular «recibe algo» y, por tanto, tiene un interés en ejercer la función, mientras que en el segundo la soporta como una carga o deber gravoso. Además, por lo general, en los casos de la *Beleihung* se participa en el ejercicio del poder público, mientras que en los casos de *Indienstrahmung* puede ocurrir que eso no suceda. En todo caso, se trata de nociones jurídicas muy próximas, separadas sólo por límites variables y, en muchos casos, no excluyentes; de manera que con frecuencia una no elimina la aplicación de otra. La *Beleihung* sirve tanto para descargar a la Administración del ejercicio de ciertas tareas como para aprovechar iniciativas, medios financieros y conocimientos técnicos de los particulares. Los supuestos a los que se aplica este concepto son muy variados. Los autores alemanes suelen citar, aunque no sin objeciones, los siguientes supuestos: *Schiffs- und Flugkapitäne; Luftaufsichtsbeauftragte; Notare; Schiedsmänner; Öffentliche Privatschulträger; Jagdaufübungsberechtigte; Jagdaufseher; Feld- und Forsthüter; Fischeaufseher; Freiberufliche Fleischbeschauer; Lebensmittel- und Weinkontrollreue; Öffentlich bestellte Vermessungsingenieure; Bezirksschornsteinfeger; Ersatzkassen; Sachverständigen der technischen Überwachungs Vereine; Prüfungsingenieure für Baustatik; Schulerlotsen; Börsenvorstände*, etc.

La *Beleihung* se distingue de: a) del «permiso» administrativo (*Erlaubnis*) por el cual se autoriza a una persona privada la puesta en marcha de una empresa que no forma parte de la Administración; b) del otorgamiento de una «concesión»

la rígida distinción entre funcionario y profesional libre para dar cabida a los supuestos intermedios en los que el interés público exige, de un lado, la incorporación de elementos profesionales con sus

(*Erteilung einer Konzession*) por la cual alguien se legitima y obliga para ejercitar una determinada actividad sobre la cual el Estado se ha reservado un derecho de disposición; el otorgamiento de una concesión no implica una *Beleihung* en la medida en que no lleva consigo la asunción del ejercicio de una competencia pública; c) con la admisión para el ejercicio de la abogacía ante un tribunal (*Zulassung zur Rechtsanwaltschaft*); d) de la delación de la tutela (*Bestellung zum Vormund*), ejecución testamentaria, administración de la herencia o del concurso, etcétera. Véanse otras distinciones en Hans J. Wolff, *Verwaltungsrecht*, tomo II, 1970, p. 389.

Generalmente se acepta la idea de que el concepto de «función pública» es variable, dependiendo su contenido concreto del Derecho positivo vigente, lo cual conlleva aceptar la distinción entre «tareas públicas» y «tareas estatales». En cuanto a la noción de «ejercicio privado» está muy difundida la tesis de que con ella se alude al «sujeto privado» que actúa, siendo materia polémica, en cambio, la de si debe ser entendido en sentido material (sujeto privado como «sujeto no estatal») o en sentido formal (sujeto privado como «sujeto de Derecho privado» que incluye también los supuestos de personificación privada de entes materialmente públicos). En todo caso, sólo pueden conferirse competencias «administrativas», no en cambio legislativas, gubernativas ni judiciales, porque estas funciones están reservadas al Estado por la Ley Fundamental. Fuera de estos supuestos no existe impedimento constitucional para que las personas privadas puedan asumir el ejercicio de algunas funciones públicas, siempre que ello se produzca dentro de las condiciones y límites fijados por la ley.

El artículo 33.4 de la Ley Fundamental no contiene una exclusiva a favor de los titulares de los servicios públicos, sino que sólo prevé que sean éstos, por regla general, quienes ejerzan las funciones públicas. Dice este precepto: «33.4 Die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse ist als ständige Aufgabe in der Regel Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu übertragen, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treuverhältnis stehen.»

Fritz OSSENBUHL, *Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private*, «VVDStRL» (29), 1971, ha estudiado detenidamente cómo operan en esta materia el principio democrático (art. 20 GG), la reserva de funciones (art. 33.4 GG), la distribución de competencias entre la Federación y los Länder (art. 83 GG), así como las tres funciones que aquí pueden desempeñar los derechos fundamentales: a) medio de defensa contra exigencias gravosas de la Administración; b) fundamento de la pretensión de que se trasfieran tareas administrativas a los particulares, y c) medio para bloquear las transferencias ya realizadas y fundamento de posibles indemnizaciones en caso de revocación.

La atribución de competencias administrativas a los particulares requiere, en principio, una habilitación legal formal, bien porque esa atribución represente una carga para los ciudadanos afectados, bien porque implique una facultad de intervención en relación a terceros, o bien porque de alguna manera altere las posiciones jurídicas de otros ciudadanos. La atribución de competencias administrativas puede producirse «por ley» (cuando va implícita en la realización de ciertos supuestos de hecho; por ejemplo, el capitán del buque) o «en base a una ley» (cuando se realiza mediante un acto administrativo discrecional o mediante un contrato de Derecho público).

En virtud de la *Beleihung* se produce entre la persona privada (*Beliehene*) y la entidad administrativa (*beleihenden Juristischen Person des öffentlichen Rechts*) una relación que WOLFF (*Verwaltungsrecht* II, 3.^a ed., 1970, p. 390) califica de mandato de Derecho público (*öffentlich-rechtliches Auftragsverhältnis*) y cuyo contenido se concreta en las obligaciones y derechos siguientes: a) la obligación fundamental es la de realizar la tarea asumida que tiene la cualidad de ser «jurídicamente necesaria», y en cuyo ejercicio la persona privada está no sólo sometida al

propias características (organización, competencia, iniciativa, etcétera), pero de otro exige también su sometimiento a un orden general y al control de la Administración. De ahí que su utilización reaparece cuando nuevas necesidades lo exigen (por ejemplo, al aumentar la delincuencia se crean servicios privados de seguridad con el carácter que antes fue examinado). Esta categoría no es, pues, un mero fenómeno histórico llamado a desaparecer, sino un elemento del Derecho público actual, cuya utilidad es manifiesta.

Derecho, sino también a la vigilancia del ente público; pudiendo, incluso, estar obligada a recaudar tributos financieros; b) el ejerciente de la función pública tiene el derecho a realizar su competencia, a percibir una retribución por ello —retribución de naturaleza jurídico-pública en caso de que así lo disponga una ley— y, eventualmente, una cobertura financiera del ente público. El ejerciente de una función pública puede recurrir en vía administrativa contra la imposición de obligaciones y contra las medidas adoptadas por la Administración, siempre que no esté vinculado por las directrices de ésta. Por último, la naturaleza de la relación entre el ejerciente de una función pública y los terceros afectados viene determinada, según la doctrina más común, por la clase de precepto jurídico en que descansa. Es jurídico-pública si la norma es de esa naturaleza; en los demás casos es privada. La cual tiene, según Wolff (*Verwaltungsrecht* II, 3.ª ed., 1970, página 392) y OSSENBÜHL (*Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private*, «VVDStRL» (29), 1971, pp. 192 y ss.), las siguientes consecuencias: El derecho a exigir el pago de su retribución por su trabajo puede ejercitarlo frente al particular que lo adeuda por la vía administrativa, salvo que una norma disponga lo contrario. Aunque el ejerciente de funciones públicas no es «funcionario» a efectos civiles y penales, sin embargo, en la medida en que ejercita una competencia pública como sujeto de la Administración pública («mit Aufgaben der öffentlichen Verwaltung betraute Stelle») realiza «actos administrativos» que los afectados pueden impugnar mediante recursos administrativos. Por último, y en tanto que ejercita un poder público, tiene la consideración de funcionario a efectos penales y de responsabilidad patrimonial. Lo que quiere decir que si causa culposamente, y en el ejercicio de su función, un daño a un tercero, de ese daño responde la Administración que le encomendó el ejercicio de la función pública, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 839 del Código civil (*Verletzung der Amtspflicht*) y artículo 34 de la Ley Fundamental (*Haftung bei Amtspflichtverletzungen*) (Hans J. WOLFF, ob. cit., p. 392, y Fritz OSSENBÜHL, ob. cit., pp. 196 y ss.). Este último ha estudiado los problemas que plantea la responsabilidad del ejerciente de una función pública en el Derecho alemán. Desde los tiempos del Reichsgericht —dice— la jurisprudencia ha mantenido siempre que a la responsabilidad por los daños producidos en el ejercicio privado de una función pública hay que aplicar los principios de la responsabilidad administrativa (*Amtshaftung*), siempre que el ejerciente de la función cause el daño al cumplir las tareas administrativas que le han sido encomendadas. Sobre esta premisa —continúa OSSENBÜHL— apenas son posibles diferencias de opinión. Los problemas surgen, más bien, de la dificultad de aplicar un sistema de responsabilidad administrativa defectuosamente construido. Actualmente, la cuestión se centra en la interpretación del artículo 34 de la Ley Fundamental que establece la responsabilidad administrativa cuando alguien actúa en el ejercicio del oficio público que le ha sido encomendado (*Verletzt jemand in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so trifft die Verantwortlichkeit grundsätzlich den Staat oder die Körperschaft, in deren Dienst er steht*). La aplicación de este precepto a los supuestos de ejercicio privado de funciones públicas exige una interpretación acorde de las expresiones *jemand* (¿sólo los entes públicos?, ¿también los particulares?) y *öffentliches Amt*, así como una solución justa al problema de la determinación de la Administración pública a la que se imputa la responsabilidad.

D) Dos notas, pues, caracterizan el «ejercicio privado de funciones públicas», entendido en sentido estricto: a) el ejercicio privado de una actividad profesional; b) que implica en todo o en parte el ejercicio de una función pública.

a) La actividad «profesional» constituye la base de esta categoría jurídica. No se trata, pues, de un supuesto de participación de los ciudadanos en los asuntos públicos (art. 23.1 de la Constitución) ni tampoco de un supuesto de colaboración ocasional con los poderes públicos (colaboración con los jueces y tribunales —art. 118 de la Constitución—, colaboración en la persecución de los delitos —arts. 490 y 496 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal—, colaboración en caso de calamidad pública, incendio, etc.) o de una «carga» profesional (obligaciones de los médicos en caso de epidemia —Orden de 4 de julio de 1834—), sino del ejercicio normal de una profesión.

Esta regla general no se cumple, sin embargo, en algunos de los casos estudiados (por ejemplo, en el arbitraje de Derecho privado, sobre todo cuando es arbitraje de equidad), pero tales casos son excepcionales, formando el límite de esta figura. El núcleo central de la misma lo constituyen los supuestos en los que el ejercicio de la profesión misma (total o parcialmente, principal o accesoriamente) reviste «además» el carácter de ejercicio de una función pública, sin perder por ello los elementos esenciales del carácter privado de la profesión.

b) El carácter de «función pública» que se atribuye al ejercicio de la profesión tiene un significado técnico. No se trata, en efecto, de un simple reconocimiento del «interés público» en que la profesión exista, por tanto, de que preste sus servicios a la comunidad, sino de algo más: de su caracterización como «función pública». Aquí, pues, hay que hacer una distinción: una cosa es que el legislador intervenga en el ejercicio de algunas profesiones sometién-dolas a una regulación por razón de interés público, y otra distinta que esa intervención convierta las actividades reguladas en actividades públicas (101). Sin embargo, el hecho de que la sociedad reconozca especial valor a ciertas actividades realizadas por profesionales ha motivado que el legislador recoja esa situación y la confiera

(101) Sobre esta distinción, véase Fernando SAINZ MORENO, *Colegios profesionales (comentario al artículo 36 de la Constitución)*, en el tomo III de «Comentarios a las Leyes Políticas», dirigido por Oscar ALZAGA, 1983, p. 538.

eficacia pública (fe pública de los notarios, valor probatorio de los partes de médico o comadrona sobre los nacimientos —art. 44 de la Ley del Registro Civil— y de los certificados de defunción —artículo 85 de la misma ley—), y así resulta que la intervención pública en las profesiones permite distinguir varios supuestos según el grado de su intensidad: 1) profesiones libres no sujetas a reglas especiales, sino a las generales del Derecho; 2) profesiones reguladas por normas legales o por normas administrativas dictadas en base a una norma legal, cuyo contenido sigue siendo, pese a esa regulación, una actividad privada; 3) profesiones reguladas en el sentido de conferir naturaleza de función pública a su contenido —total o parcialmente—, pero conservando todavía el carácter de actividad privada, y 4) profesiones que se desarrollan dentro de la organización administrativa, esto es, dentro de la «función pública» en sentido estricto.

Según este esquema, «el ejercicio privado de funciones públicas» se encuentra en el tercer grado de intensidad, mayor, pues, que la que resulta de una mera regulación estatal (lo que la doctrina alemana denomina «Staatlich gebundener Beruf»), pero menor que la que resulta de su integración en la organización administrativa.

La expresión «función pública» no es fácil de definir. A veces se utiliza como sinónimo de «tarea estatal», esto es, de actividad dirigida a alcanzar los fines que el Estado ha asumido por la Constitución y por las leyes dictadas en el marco de la misma, pero otras veces se reserva expresión para designar la manera o forma de realizar las tareas estatales. En los ocho supuestos que antes se han examinado, «función pública», designa, por ejemplo, «dar fe con preunción de verdad», «ejercer la autoridad», «imponer correctivos o sanciones», «ejercer la potestad arbitral», «contribuir a la formación oficial de los precios de contratación», etc. En ellos, pues, la expresión «función pública» se utiliza para designar ciertas actividades que gozan de una especial eficacia reconocida por el Derecho o que se ejercitan haciendo uso de potestades que, en principio, sólo corresponden a los poderes públicos.

La delimitación, pues, de esta categoría jurídica se ciñe a los supuestos que tienen por base el ejercicio normal de una profesión. Esto supone una reducción del ámbito que, como hemos visto, se le atribuye a veces por la doctrina y por la jurisprudencia. Tal reducción, sin embargo, tiene la ventaja de aumentar su coherencia interna, haciendo que los problemas que plantea sean homogéneos y así tenga sentido jurídico calificar ciertas actividades de ejerci-

cio privado de funciones públicas: los supuestos comprendidos en la misma están sometidos a un régimen jurídico inspirado en los mismos principios.

2. Régimen jurídico

Aunque cada uno de los supuestos examinados tiene, como hemos visto, un régimen jurídico peculiar, sin embargo, los elementos comunes que entre ellos existen permite deducir unos principios generales aplicables a todos ellos.

A) Principios generales

El problema fundamental que aquí se plantea consiste en delimitar lo que es actividad «profesional privada» y lo que es «tarea pública» propia del Estado. Este es un problema de orden constitucional. La Constitución, de un lado, garantiza el contenido esencial de la «libertad profesional» (arts. 35, 36 y 53) y, de otro, impone a la Administración la obligación de servir con objetividad los «intereses generales» (artículo 103), expresión que hace referencia a las tareas que la Constitución atribuye al Estado. La cuestión, pues, de determinar cuándo una actividad profesional debe ser privada y, por tanto, garantizada como tal por la Constitución, y cuándo puede ser asumida por el Estado es un problema de orden constitucional.

Pero este problema no se plantea en términos absolutos, porque entre las tareas estatales y las actividades propias de los particulares no hay una ruptura radical, sino un campo de gradaciones. No es un problema de «sí» o «no», sino, como han señalado la jurisprudencia y la doctrina, un problema de «cómo», de «qué manera», un problema de «medida». La Constitución prevé, de una parte, la «regulación» por ley del ejercicio de las profesiones tituladas» (art. 36) y, de otra, establece un conjunto de tareas públicas en términos tan amplios que permite al legislador graduar la acción del Estado siempre que se respeten las libertades que ella misma garantiza (aquí, especialmente, la libertad profesional). La regulación legal de estos supuestos debe mantener un equilibrio entre las exigencias del interés público (que la actividad se realice donde es necesario, por personas que reúnan las condiciones que hacen presumir su capacidad y honestidad, que no se va a producir un abuso de las potestades que se ejercen, que el contenido de la actividad va a estar reglamentado en los aspectos que el interés público exige, etc.) y el respeto del con-

tenido esencial de la libertad profesional (ejercicio profesional, independiente, imparcial, sólo sometido al Ordenamiento jurídico, en régimen de competencia, organizado internamente según la iniciativa del profesional, etc.).

B) *Posición jurídica*

De aquí resulta que la posición jurídica del ejerciente privado de una función pública en relación con la Administración y en relación con los particulares se caracterice por las siguientes notas:

a) *En relación con la Administración* se encuentra sometido al conjunto de normas que forman la «disciplina pública» de su actividad. La Administración, habilitada por la ley, vigila su cumplimiento, impone reglas generales sobre su ejercicio e incluso puede condicionar a un previo nombramiento administrativo —reglado— el ejercicio de la actividad, pero no existe una relación de sumisión jerárquica entre la Administración y el ejerciente privado de la función pública. Este mantiene una posición profesional independiente y, en su caso, imparcial frente a la Administración; no se integra en el aparato administrativo y, por tanto, no recibe instrucciones singulares —salvo supuestos de excepción—, sino que cumple exclusivamente las reglas generales que regulan su actividad, bajo su propia responsabilidad aunque la infracción de esas normas puede dar lugar a sanciones administrativas.

b) *En relación con los particulares*, la posición del «ejerciente» se caracteriza por la concurrencia de elementos de Derecho público y de Derecho privado. De una parte está obligado a actuar —salvo que concurren supuestos tipificados que le eximan de ello—, y está obligado a hacerlo de un modo reglado, pero de otra el particular que con él contrata —previa elección del mismo— celebra un contrato privado —arrendamiento de obra o de servicios, mandato, comisión o corretaje, contrato laboral, según los casos, tal como hemos visto— y le abona una remuneración —sujeta o no a arancel—. La responsabilidad del «ejerciente privado de funciones públicas» no es, por tanto, administrativa, sino civil. El «ejerciente» no se encuentra encuadrado dentro de la organización administrativa y sus actos no se imputan a la Administración.

CONSEJO DE REDACCION

(f) LUIS JORDANA DE POZAS

Catedrático de la Universidad de Madrid

Presidente del Consejo de Redacción

MANUEL ALONSO OLEA

*Letrado del Consejo de Estado
Catedrático de la Universidad de Madrid*

JOSÉ MARÍA BOQUERA OLIVER

*Catedrático de la Universidad
de Valencia*

ANTONIO CARRO MARTINEZ

Letrado del Consejo de Estado

MANUEL FRANCISCO CLAVERO
AREVALO

Catedrático de la Universidad de Sevilla

RAFAEL ENTRENA CUESTA

*Catedrático de la Universidad
de Barcelona*

TOMÁS RAMÓN FERNANDEZ
RODRIGUEZ

Catedrático de Derecho Administrativo

EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA

*Catedrático de la Universidad de Madrid
Secretario de la Revista*

FERNANDO GARRIDO FALLA

Catedrático de la Universidad de Madrid

JESÚS GONZALEZ PEREZ

Catedrático de Derecho Administrativo

RAMÓN MARTIN MATEO

*Catedrático de la Universidad
de Alicante*

LORENZO MARTIN-RETORTILLO
BAQUER

*Catedrático de la Universidad
de Zaragoza*

SEBASTIÁN MARTIN-RETORTILLO
BAQUER

*Catedrático de la Universidad
de Madrid*

ALEJANDRO NIETO GARCIA

*Catedrático de la Universidad
de Alcalá de Henares*

JOSÉ RAMÓN PARADA VAZQUEZ

*Catedrático de la Universidad
de Madrid*

MANUEL PEREZ OLEA

Técnico de Administración Civil

FERNANDO SAINZ DE BUJANDA

*Catedrático de la Universidad
de Madrid*

FERNANDO SAINZ MORENO

*Letrado de las Cortes
Secretario Adjunto de la Revista*

JUAN ALFONSO SANTAMARIA
PASTOR

Catedrático de Derecho Administrativo

JOSÉ LUIS VILLAR PALASI

*Letrado del Consejo de Estado
Catedrático de la Universidad de Madrid*

EL CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES NO SE IDENTIFICA
NECESARIAMENTE CON LOS JUICIOS DE LOS AUTORES DE ESTA
REVISTA

DECLARACIÓN DE INTERÉS PÚBLICO

«Artículo único. Se declara de "interés público" a la REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, fundada en el año 1950 por el Instituto de Estudios Políticos, en consideración a los elevados méritos que concurren en dicha publicación, en la que se contienen importantes estudios monográficos de Derecho Político y Administrativo, tanto nacional como de Derecho comparado, de gran trascendencia doctrinal, con difusión del estudio de dichas materias, y realizando una labor formativa y vocacional muy valiosa, cuyos efectos en la esfera de la Administración Pública son una evidente realidad actual.»

(Orden del Ministerio de Información y Turismo de fecha 10 de mayo de 1961)

REVISTA
DE
ADMINISTRACION PUBLICA

100-102

Commemoración de los cien primeros
números de la REVISTA

VOLUMEN III

Enero-diciembre

Año 1983

CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
PLAZA DE LA MARINA ESPAÑOLA, 9
MADRID

CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

Director: Elías DÍAZ.

*Subdirector general de Publicaciones
y Documentación:* Manuel ARAGÓN REYES.

Departamento de Publicaciones: Jaime MURILLO.

Publicaciones periódicas: María Teresa SANCHO.

Secretaría: Beatriz SANTOS.

La correspondencia con la «Revista de Administración Pública» debe dirigirse a la Secretaría de la misma:

Serrano, 23. Madrid-1. Teléfono: 435 14 80

Pedidos y suscripciones:

Pedidos:

Revistas: Tel. 232 50 69
Libros: Tel. 232 55 91
Plaza Marina Española, 9
Madrid-13

Venta directa:

Los Sótanos (tienda 47)
Tel. 247 28 65
Gran Vía, 55
Madrid-13

PRECIOS 1983

NUMERO SUELTO		SUSCRIPCION ANUAL		
España	Extranjero	España	Portugal, Iberoamérica y Filipinas	Otros países
900 ptas.	11 \$	2.000 ptas.	28 \$	29 \$

ISSN: 0034-7639

Depósito legal: M 209/1958.

VOLUMEN TERCERO*

* El índice general de *materias* figura al comienzo del volumen primero.
El índice general de *autores* figura al final de este volumen tercero.



SUMARIO DEL VOLUMEN TERCERO

Páginas

V. ORGANIZACION DE LA ADMINISTRACION (continuación)

2. Organización territorial

A) En general

BAENA DEL ALCÁZAR, M.: <i>La descentralización en Francia. Algunos puntos de conexión con las Autonomías españolas</i>	1797
MUÑOZ MACHADO, S.: <i>Los principios constitucionales de unidad y autonomía y el problema de la nueva planta de las Administraciones Públicas</i>	1839

B) Administración del Estado

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S.: <i>La creación de la Dirección General de lo Contencioso</i>	1875
PIÑAR MAÑAS, J. L.: <i>La Administración periférica civil del Estado</i> ...	1899
RODRÍGUEZ VÁZQUEZ DE PRADA, V.: <i>La reforma administrativa en los Estados Unidos</i>	1943

C) Comunidades Autónomas

GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, J. A.: <i>Aspectos sobre las transferencias de potestades a las Comunidades Autónomas: el artículo 180 de la Ley del Suelo</i>	1967
GARRIDO FALLA, F.: <i>Algunas cuestiones del Estado de las Autonomías.</i>	1997
GUAITA MARTORELL, A.: <i>La Administración del Estado en las Comunidades Autónomas</i>	2019
LLISET BORREL, F.: <i>La determinación de las competencias de las Comarcas en Cataluña</i>	2045
MEILÁN GIL, J. L.: <i>Legalidad constitucional y legalidad administrativa en la actuación de las Comunidades Autónomas</i>	2059
SÁNCHEZ MORÓN, M.: <i>Las Comunidades Autónomas y la estructura de la Administración Local</i>	2081

D) Provincias

BOURGON TINAO, L. P.: <i>La naturaleza de la provincia en Canarias</i> ...	2113
CLAVERO ARÉVALO, M. F.: <i>La provincia ante una encrucijada histórica en el ciento cincuenta aniversario de su creación (1833-1983)</i> ...	2129

E) Municipios

CASTELLS ARTECHE, J. M.: <i>La nueva problemática de las alteraciones territoriales municipales</i>	2159
LEGUINA VILLA, J.: <i>Gobierno municipal y Estado autonómico</i>	2187
MORELL OCAÑA, L., y LÓPEZ-FONT MÁRQUEZ, J. F.: <i>Las Juntas municipales en el régimen local del siglo XIX</i>	2203
SOSA WAGNER, F.: <i>La autonomía municipal</i>	2239

VI. DERECHOS REALES

BOCANEGRA SIERRA, R.: <i>Sobre algunos aspectos de la desafectación de comunales</i>	2257
CARCELLER FERNÁNDEZ, A.: <i>Legislación de puertos. Interés actual de este ordenamiento</i>	2291
ESCRIBANO COLLADO, P.: <i>Las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de Puertos</i>	2315
ORTIZ DÍAZ, J.: <i>Las Confederaciones Hidrográficas y las Comisarias de Aguas ante las modificaciones de nuestro Ordenamiento Jurídico</i>	2339
PAREJO ALFONSO, L.: <i>Dominio público: un ensayo de reconstrucción de su teoría general</i>	2379

VII. ACCION SINGULAR DE LA ADMINISTRACION

1. En general

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: <i>Las obras públicas</i>	2427
MARTÍN REBOLLO, L.: <i>De nuevo sobre el servicio público: Planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica</i>	2471

2. Seguridad y salubridad públicas

FERNÁNDEZ FARRERES, G.: <i>Principio de legalidad y normativa sobre medidas de seguridad y vigilancia en Bancos, Cajas de Ahorro y otras Entidades</i>	2545
MOLINA DEL POZO, C. F.: <i>El derecho de los consumidores y usuarios a la protección de la salud y seguridad</i>	2603

3. Educación

GUTIÉRREZ REÑÓN, A.: <i>El futuro de las Universidades públicas. ¿Fundaciones públicas o autogestión?</i>	2627
--	------

4. Ordenación del territorio y medio ambiente

ARCENEGUI FERNÁNDEZ, I. E.: <i>La protección del medio ambiente a la luz de la legislación minera del Estado y de la Ley 12/1981, de 24 de diciembre, de la Generalidad de Cataluña</i>	2651
--	------

ARGULLOL MURGADAS, E.: <i>Sobre el control urbanístico de las obras de iniciativa pública</i>	2691
LARUMBE BIURRUN, P. M.: <i>Algunas reflexiones sobre el artículo 180 de la Ley del Suelo</i>	2711
MODERNE, F.: <i>Las colectividades locales y el urbanismo en Francia en el marco de la nueva descentralización</i>	2745
PÉREZ MORENO, A.: <i>Reflexiones sobre la sustantividad del derecho ambiental</i>	2767
 5. <i>Intervención en la economía</i>	
ARIÑO ORTIZ, G.: <i>La indemnización en las nacionalizaciones</i>	2789
FONT I LLOVET, T.: <i>La empresa pública agraria</i>	2817
PÉREZ TENESSA, A.: <i>El control de cambios</i>	2873
SERRANO ALBERCA, J. M.: <i>Disposiciones armonizadoras en materia económica, con referencia a las vías de comunicación terrestre (carreteras)</i>	2889
 6. <i>Seguridad Social</i>	
RUIZ-JARABO FERRÁN, E.: <i>Patrimonio y seguridad social</i>	2917
INDICE DE AUTORES	2941



V. ORGANIZACION DE LA ADMINISTRACION

(Continuación)

2. Organización territorial

