

RN

REVISTA
JURIDICA
— DEL —
NOTARIADO

OCTUBRE~DICIEMBRE 1997

REVISTA JURIDICA
DEL
NOTARIADO

Antigua **Revista de Derecho Notarial**

Fundada en 1953 por

Rafael Núñez-Lagos

LA REVISTA JURIDICA DEL NOTARIADO
NO SE IDENTIFICA CON LAS OPINIONES EXPRESADAS
POR LOS AUTORES EN SUS TRABAJOS

I.S.S.N.: 1132-0044

Depósito legal: GU-72/92

CONSEJO DE DIRECCIÓN

Presidente

Ilmo. Sr. D. Antonio Rodríguez Adrados

Vocales

D. Fernando Pantaleón
D. Juan Luis Iglesias Prada
D. José Luis Martínez Gil
D. Antonio de la Esperanza Martínez-Radío
D. Augusto Gómez-Martinho Faerna
D. Angel Martínez Sarrión
D. Antonio Soto Bisquert
D. Luis Rojas Montes
D. José María Segura Zurbano
D. Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés
D. Mariano Javier Gimeno Gómez-Lafuente
D. Fernando Arroyo del Corral
D. Francisco Javier Manrique Plaza
D. Julián Peinado Ruano
D. José Manuel Díe Lamana
D. Juan Francisco Delgado de Miguel

Director

D. Ignacio Solís Villa

RECEIVED
1998-01-14

RECEIVED
1998-01-14

Dirección:
Paseo del General Martínez Campos, 46, 6.º
28010 MADRID

Tfno.: 91-308.72.32
Fax: 91-308.70.53

Estudios

AZPARREN LUCAS, Agustín: "El control jurisdiccional".

BOLÁS ALFONSO, Juan: "La función notarial como factor de seguridad jurídica preventiva del consumidor".

CABRERA HERNÁNDEZ, José M.º: "La modificación del número 3 del artículo 1.732 del Código Civil".

RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: "La responsabilidad civil del notario conforme a los artículos 705 y 715 del Código Civil".

SÁNCHEZ GARCÍA, Roberto: "Breves notas sobre la sindicación de acciones en las Sociedades Anónimas".

Historia notarial

OLAECHEA LABAYEN, Juan B.: "Mestizaje y racismo en la América española: la habilitación real para la fe pública".

EL CONTROL JURISDICCIONAL (*)

AGUSTÍN AZPARREN LUCAS

Magistrado

Juez Decano de Oviedo

9

SUMARIO: **I.** INTRODUCCIÓN. **II.** LA FALTA DE CONTROL JURISDICCIONAL: MOTIVOS. **1.** Motivos relacionados con el derecho comunitario. **2.** Motivos relacionados con las dificultades de acceso a la justicia por parte de los consumidores. **3.** Normas de protección procesal de los consumidores. **4.** Posibles soluciones legislativas que faciliten el acceso de los consumidores a la justicia. **III.** EXAMEN DE LA JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE NUEVAS TÉCNICAS COMERCIALES. **IV.** CONCLUSIÓN.

(*) Conferencia pronunciada en el seminario "La protección de los consumidores ante las nuevas técnicas comerciales", organizado por el Consejo General del Notariado en la Universidad Internacional Menéndez Pelayo, Santander, agosto 1997.

I. Introducción

Corresponde en esta última ponencia hablar sobre el control de los tribunales ante las nuevas técnicas comerciales, velando por la defensa de los consumidores, como exige el artículo 51 de la Constitución, en mandato dirigido a todos los poderes públicos y en consecuencia también al poder judicial.

Todo estudio que haga referencia al control jurisdiccional de las nuevas técnicas comerciales, debe partir de un examen de la jurisprudencia de los tribunales españoles en la materia, y es aquí donde nos encontramos con el primer problema: la falta casi absoluta de jurisprudencia relativa a las nuevas técnicas comerciales.

10

Si al hablar de tales técnicas comerciales nos estamos refiriendo a determinados contratos que han surgido en los últimos tiempos, como los contratos celebrados fuera de los establecimientos, los negociados a distancia, los de crédito al consumo, multipropiedad y en general todos los contratos de adhesión, es decir, aquellas materias que han sido objeto de regulación por parte de directivas comunitarias y que, con reiterados incumplimientos por parte del Estado español, van pasando a formar parte del ordenamiento interno, no hay duda alguna que sobre dichas materias apenas existe jurisprudencia, siendo difícil encontrar resoluciones no sólo en la “jurisprudencia” propiamente dicha que es la del Tribunal Supremo, sino incluso en la llamada jurisprudencia menor, la que emana de las Audiencias Provinciales.

II. La falta de control jurisdiccional: motivos

La razón de esta falta de respuesta de los tribunales españoles, que no es más que un reflejo de una falta de control jurisdiccional de estas nuevas técnicas comerciales, se debe a diversos motivos que voy a examinar a continuación,

y que además hacen resaltar la importancia de los controles previos de los que se ha estado hablando por anteriores ponentes.

1. Motivos relacionados con el derecho comunitario.

Entre los diferentes motivos por los que no existe una respuesta jurisprudencial que proteja a los consumidores frente a las nuevas técnicas comerciales, un primer motivo podría estar relacionado con el derecho comunitario.

Este motivo se desdobra en dos aspectos, de una parte, los incumplimientos por parte del Estado español en la transposición de las directivas comunitarias de protección de los consumidores, han hecho que las mismas hayan demorado su incorporación al derecho interno, haciendo retardar la respuesta de la jurisprudencia. De otra parte, tampoco los tribunales españoles han hecho mucho por corregir la falta de transposición mediante la interpretación de la normativa interna conforme al derecho comunitario, siguiendo en este sentido la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades (en adelante TJCE), que en sentencias, entre otras, de 13 de noviembre de 1990 (asunto “Marleasing”) y de 14 de julio de 1994 (asunto “Faccini Dori”), ha declarado la obligación del juez nacional de interpretar su derecho interno, en toda la medida de lo posible, a la luz del texto y de la finalidad de la norma comunitaria.

Esta falta de “espíritu comunitario” de los jueces españoles, compartida con los abogados, ha sido incluso puesta de relieve entre los razonamientos de una de las cuestiones prejudiciales planteadas por los tribunales españoles ante el TJCE, y así en el asunto “Cristina Blázquez contra El Corte Inglés”, que dio lugar a la sentencia del TJCE de 7 de marzo de 1996, la Audiencia Provincial de Sevilla, al plantear la cuestión prejudicial, incluye la siguiente frase: *“Existe una ignorancia entre los profesionales del derecho, tanto jueces como abogados, ignorancia que es más importante en-*

tre aquellos que han recibido su formación universitaria en una época en que la adhesión de España a la Comunidad Europea no era ni siquiera previsible”.

Últimamente, sin embargo, empieza a vislumbrarse una cierta tendencia del Tribunal Supremo a acudir a la normativa comunitaria para interpretar el derecho interno. Esto es lo que está ocurriendo, aunque con carácter excepcional, con las cláusulas de sumisión expresa de determinados contratos de adhesión, cláusulas que el Tribunal Supremo considera abusivas, interpretando la normativa interna conforme a la directiva de la CEE 93/13 sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores. Es el caso de la STS de 25 de noviembre de 1996, donde se aplica la citada directiva *“como criterio interpretativo, para integrar el artículo 10 de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios”.*

12

Pero incluso en los contados casos en que el Tribunal Supremo se adentra en el derecho comunitario, no lo hace del todo correctamente, así, en la quincena aproximada de resoluciones de dicho Tribunal en que se acude a la directiva 93/13, en la mayoría de ellas se comete un doble error.

En primer lugar, salvo la STS antes citada y las de 20 de noviembre de 1996 y 4 de diciembre de 1996, el Tribunal Supremo va más allá de lo establecido por el TJCE, pues no se limita a interpretar el derecho interno conforme al derecho comunitario, sino que lo aplica directamente, justificándolo con la siguiente frase repetida en la mayoría de las sentencias mencionadas: *“Esta disposición (la directiva) tiene el carácter de norma de obligada transcripción a los derechos nacionales de los Estados miembros, y mientras se lleva a cabo tal establecimiento, los Tribunales judiciales de cada Estado deben actuar como jueces comunitarios”.* Incluso en la sentencia de 8 de noviembre de 1996, al discutirse por las partes litigantes, según se dice, la aplicación del derecho comunitario, la Sala justifica la obligatoriedad del derecho comunitario citando sentencias del TJCE que en reali-

dad se refieren a la obligación de acatar las normas comunitarias vigentes, doctrina que no es extensible a las directivas no desarrolladas en el plazo señalado, donde el TJCE tan sólo ha llegado a establecer, en las relaciones entre particulares, la obligación de los jueces nacionales de interpretar su derecho conforme a las directivas no desarrolladas en plazo, y siempre que se trate de normas incondicionales, que no dejen margen de discrecionalidad al Estado que debe trasponerlas.

Un segundo error que comete la Sala del TS en las sentencias citadas, es que aplica la directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con los consumidores, para declarar la nulidad de las cláusulas de sumisión expresa, en la casi totalidad de los casos, inserta en contratos de mantenimiento de ascensores, suscritos por comunidades de propietarios con empresas de ascensores, pues bien, la directiva 93/13 nunca sería aplicable en dichos contratos ya que el concepto de consumidor que maneja la citada directiva se refiere exclusivamente a personas físicas y no a personas jurídicas como es el caso de las comunidades de propietarios.

13

2. Motivos relacionados con las dificultades de acceso a la justicia por parte de los consumidores.

Éste quizá sea el motivo fundamental por el que no existe reflejo jurisprudencial en cuanto a las nuevas técnicas comerciales y escaso reflejo en relación a los contratos de adhesión celebrados por los consumidores, lo que lleva a afirmar que no existe realmente un control jurisdiccional en esta materia y por tanto, como se decía al principio, eleva la trascendencia del control previo al que ya se han referido otros ponentes en este seminario.

El artículo 51 de la Constitución impone a los poderes públicos la obligación de garantizar la defensa de los consumidores y usuarios, destacando que la seguridad, la salud y los legítimos intereses de los mismos deben protegerse “*me-*

diante procedimientos eficaces”, aludiendo así expresamente a la protección procesal del consumidor.

Es criterio unánime de la doctrina, que desde una u otra perspectiva se ha ocupado de la protección del consumidor, según indica MARÍN LÓPEZ (1), afirmar que lo que globalmente se suele acoger bajo el nombre de *acceso de los consumidores a la justicia*, es decir, la protección judicial de los derechos e intereses de los consumidores, constituye uno de los elementos capitales a que debe dar solución toda política de protección al consumidor que desee alcanzar una mínima cota de eficacia.

En similar línea de pensamiento, el *Libro verde sobre acceso de los consumidores a la justicia y solución de litigios en materia de consumo en el mercado único*, presentado por la Comisión de las Comunidades Europeas en Bruselas el 16 de noviembre de 1993, comienza con el siguiente preámbulo:

14

En un “Estado de Derecho” la legislación debe establecer por medio de normas jurídicas generales un equilibrio entre los derechos y las obligaciones de cada cual; en caso de que se lesionen los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico así creado por la violación de una de dichas normas, debe existir un procedimiento (judicial o administrativo) para “hacer justicia” al particular y, al mismo tiempo, restablecer el equilibrio de intereses creado por el legislador.

Si no existiera tal procedimiento o éste no fuera “accesible” a los titulares de un interés protegido por el ordenamiento jurídico, evidentemente existiría un desfase entre el marco ideado por el legislador y la realidad vivida por los ciudadanos: el problema que, de manera sintética, se resume a continuación bajo el título de “acceso a la justicia” no es sino el de dicho desfase entre Derecho y realidad.

(1) MARÍN LÓPEZ, Juan José: *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Ed. Civitas S. A., Madrid, 1992.

Este desfase entre derecho y realidad es el que existe cuando acudimos a la legislación que regula las nuevas formas contractuales, dictada en protección de los consumidores, así por ejemplo la legislación relativa a contratos celebrados fuera de los establecimientos o al crédito al consumo y sin duda ocurrirá igualmente con las futuras leyes sobre multipropiedad, venta a distancia o la más general de condiciones generales de contratación. Todos los derechos que estas leyes reconocen o van a reconocer a los consumidores se convierten en papel mojado si el consumidor no tiene posibilidad real de hacer valer sus derechos o no tiene fácil acceso a los tribunales de justicia para que le reconozcan tales derechos.

Hay que tener en cuenta que el consumidor medio al que tratan de proteger las directivas comunitarias y las posteriores normas internas de trasposición, será presumiblemente un consumidor de nivel económico medio que, además, en la mayoría de los casos tendrá unos ingresos superiores al doble del salario mínimo interprofesional, por tanto, sin acceso a la justicia gratuita, y que, sin embargo, no tiene una situación económica tan desahogada como para tener fácil acceso al asesoramiento de un abogado, o al menos para correr el riesgo económico que puede derivarse de un proceso judicial.

En consecuencia, si no se ponen los medios procesales adecuados para facilitar el acceso del consumidor a la justicia y no se le facilita tal acceso, todos los derechos que en protección de los consumidores se recogen en las leyes protectoras de los mismos, pueden quedar en meras declaraciones de derechos sin ninguna eficacia práctica, y no es precisamente en las leyes que regulan las nuevas formas de contratación, donde podemos encontrar normas de protección procesal de los consumidores, pues aunque se trate de leyes sustantivas y no procesales, ello no debe ser obstáculo para incluir normas de protección procesal como hacen otras leyes protectoras de los consumidores de carácter eminentemente sustantivo.

3. Normas de protección procesal de los consumidores.

No resulta excesivamente generosa la legislación española con los consumidores cuando se trata de su protección procesal, ya que sigue echándose de menos la existencia de normas que cumplan el mandato constitucional del artículo 51 relativas a la protección de los consumidores “*mediante procedimientos eficaces*”, puede, no obstante, encontrarse algún precepto, como el artículo 20 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU), que establece la legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios para ejercer las correspondientes acciones en defensa de los intereses de los mismos, precepto que puede considerarse como norma protectora de los consumidores en el ámbito procesal, ya que tal legitimación facilita el acceso de los consumidores a la justicia y palía en cierto modo las dificultades y los riesgos que para un consumidor supone acudir individualmente a ejercer sus derechos frente a empresarios, en muchos casos con gran poder económico, que disponen de mayores medios para la defensa de sus intereses.

16

El artículo 20.1 de la LGDCU, dentro del capítulo VI de dicha Ley relativo al derecho de representación, consulta y participación, establece que las asociaciones de consumidores y usuarios podrán, entre otras funciones, “*representar a sus asociados y ejercer las correspondientes acciones en defensa de los mismos, de la asociación o de los intereses generales de los consumidores y usuarios...*”.

Se refiere por tanto este precepto a tres tipos de acciones, las que se ejercitan en defensa de los asociados, las que lo son en defensa de la propia asociación y por último las ejercitadas en defensa de los intereses generales de los consumidores y usuarios. Las dos primeras no plantean problema y tampoco constituyen novedad alguna en nuestro ordenamiento jurídico, puesto que las acciones ejercitadas en nombre de los asociados no son propiamente de interés colectivo sino acumulación de intereses individuales, y la acción

en defensa de la asociación se basa en su propia legitimación ya que defiende intereses propios.

El tercer tipo de acciones es el que mayores problemas plantea al regular la defensa de los intereses generales. Tales intereses suelen denominarse colectivos o difusos, siendo estos últimos los que propiamente se refieren a los consumidores, pues son considerados difusos los que surgen de una situación accidental o genérica, como puede ser el hecho de consumir determinados productos o haber contratado con una determinada empresa o grupos de empresas, frente a los intereses colectivos que son los comunes a un grupo o colectividad de personas entre los que existe un vínculo jurídico común, como por ejemplo los intereses profesionales o los que defiende un sindicato.

A este tercer tipo de intereses es al que también se refiere el artículo 18 del Real Decreto del Ministerio de Sanidad y Consumo 825/1990, de 22 de junio, sobre el derecho de representación, consulta y participación de los consumidores y usuarios a través de sus asociaciones, y con carácter general (ya sin limitarse exclusivamente a los consumidores), el artículo 7.3 de la LOPJ (*“Los Juzgados y Tribunales protegerán los derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. Para la defensa de estos últimos se reconocerá la legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción”*).

Sin embargo, a pesar de la claridad con que el artículo 20 de la LGDCU establece la legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios, la jurisprudencia de momento no ha tenido la ocasión de dictar una doctrina que aclare el panorama de las acciones de interés colectivo o difuso y su distinción con otros supuestos similares. En principio el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse en alguna ocasión respecto a la llamada acción popular civil, pronunciándose en contra de su existencia (SSTS de 2 de di-

ciembre de 1991, 8 de abril de 1994 y 29 de enero de 1996), sin embargo no hay que confundir la acción popular civil, que sería aquella que por similitud con la acción popular penal puede ejercitar cualquiera aunque no sea perjudicado, con la defensa de intereses colectivos, pues como dice CAPPELLETTI (2), los intereses difusos no son intereses públicos en el sentido tradicional de la palabra, sino intereses privados de dimensión colectiva.

18

El TS se plantea en la sentencia de 8 de abril de 1994 el tema de la acción popular civil y también la legitimación otorgada por el artículo 20 de la LGDCU, sin embargo, no entra en la consideración de la acción de defensa de los intereses colectivos, dado que la entidad demandante *Asociación para la Investigación Financiera y para el Control de Sistemas, Productos y Entidades Financieras (ICOFIN)*, según la sentencia de la Audiencia objeto de casación, no era una asociación de consumidores y usuarios de acuerdo con sus estatutos, por lo que la mencionada sentencia se limita a declarar que *“respecto a la protección de los intereses de grupo, tal facultad se reconoce y confiere a aquellas instituciones o grupos cuya finalidad asociativa es la defensa del consumidor y que la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984, dictada en desarrollo de la Constitución, sólo reconoce la facultad de acudir a los Tribunales de Justicia a las Asociaciones de Consumidores y Usuarios...”*.

En la llamada jurisprudencia menor existen también algunos pronunciamientos en relación al artículo 20 de la LGDCU, si bien tampoco son muy numerosos y no llegan a entrar en la mayoría de los casos en el problema de los intereses difusos.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 16.^a) de 5 de abril de 1991, que dio lugar al recurso de casación resuelto por la sentencia del TS antes comenta-

(2) CAPPELLETTI, “Formazione sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile”. *Riv. Dir. Proc.* 1975.

da, hace un estudio de los derechos de los consumidores y usuarios y de la historia del derecho de consumo refiriéndose a las acciones de interés colectivo, sin embargo, como ya se dijo, no entra en aplicación práctica del artículo 20 al no tener la asociación demandante la consideración de asociación de consumidores.

La SAP de Granada (sec. 4.^a) de 22 de abril de 1991, en un supuesto de acción ejercitada por una asociación en representación de un asociado, también deniega la legitimación de la asociación demandante, aunque en este caso no porque la asociación no tuviera la condición de asociación de consumidores, que sí la tenía, sino porque la acción ejercitada (tercería de dominio para la cancelación de un embargo de la Hacienda Pública) ninguna relación guardaba con los derechos que trata de proteger la ley de 1984.

La SAP de Madrid de 21 de febrero de 1994 estima la falta de legitimación activa de la Unión de Consumidores de España, al demandar conjuntamente con el asociado que reclamó por extravío de una película entregada para revelado, afirmando que el artículo 20 de la LGDCU y el artículo 16 del Real Decreto de 22 de junio de 1990 *“legitiman efectivamente la actuación de Asociaciones y Cooperativas de consumidores, en defensa de sus asociados, pero del propio sentido literal del precepto, se desprende que pueden actuar en representación de los consumidores y en defensa de sus derechos, pero no además de ellos y junto a ellos, puesto que esto supone una evidente duplicación de partes carente de fundamento legal y de utilidad práctica...”*.

La SAP de Zaragoza de 20 de abril de 1994, que, a diferencia de las anteriores referidas a representación de asociados, se refiere a un supuesto de defensa de los intereses colectivos o difusos, admite la legitimación activa de una asociación para impugnar los estatutos de una caja de ahorros, fundándose, entre otros preceptos, en el artículo 20 de la LGDCU, en relación con el principio de tutela judicial efectiva, diciendo que *“negar legitimación a la actora para*

entablar la impugnación de los estatutos de la Caja demandada tanto sería como contradecir el principio de tutela judicial efectiva, negándole a la vez una capacidad procesal y un concreto interés en la impugnación de los estatutos...”.

En definitiva, aunque la jurisprudencia no ayuda demasiado en la delimitación de las acciones de interés colectivo, puede afirmarse que no existe inconveniente legal en que de acuerdo con el artículo 20, las asociaciones de consumidores pueden ejercitar acciones en representación de los intereses colectivos de los consumidores, acciones que por analogía con las establecidas en la Ley General de Publicidad o en la Ley de Competencia Desleal, tengan por finalidad la cesación o prohibición de prácticas contrarias a los derechos de los consumidores.

20

Sin embargo, lo que todavía resulta difícil de admitir es que dichas asociaciones puedan ejercitar acciones indemnizatorias, de reclamación de daños y perjuicios sufridos por los consumidores (no por concretos consumidores que fueran asociados y cuya representación ostente la asociación), puesto que el ejercicio de tales acciones no reconocidas en las leyes sectoriales antes señaladas, producirían bastantes problemas relacionados con la determinación de los perjudicados en el fallo, con la ejecución de la sentencia, o con la cosa juzgada, lo que haría necesario un desarrollo legislativo específico.

En todo caso, tanto para las acciones indemnizatorias como para las de cesación y retractación, en relación con la legitimación de las asociaciones de consumidores, sería preciso una reforma legislativa dadas las vacilaciones de la jurisprudencia. El momento actual es el adecuado, aprovechando el desarrollo de la directiva 13/93, que parece finalmente que va a trasponerse al derecho interno por medio de la Ley de Condiciones Generales de Contratación, en cuyo anteproyecto, apartándose de la idea de modificar el artículo 20 de la LGDCU (como ocurría en el anteproyecto de adaptación de la mencionada directiva mediante modificación de la LGDCU),

se opta por regular la legitimación activa de las asociaciones de consumidores (así como de los organismos públicos de protección de los consumidores, tanto estatales como autonómicos y locales), por medio del artículo 15 del anteproyecto de ley sobre condiciones generales de contratación de 6 de mayo de 1997.

Llama la atención, sin embargo, en este anteproyecto, que tal legitimación parece exclusiva, es decir, que tan sólo los organismos e instituciones señaladas en el artículo 15 de la futura ley, serían los únicos legitimados para ejercitar las correspondientes acciones, sin posibilidad de ejercicio para los particulares interesados, lo que según el informe del CGPJ podría ser contrario al artículo 24 de la Constitución. Tal restricción no existía, sin embargo, en el anteproyecto por el que se modificaba la LGDCU por la transposición de la directiva 93/13.

21

4. Posibles soluciones legislativas que faciliten el acceso de los consumidores a la justicia.

Como se señalaba al principio, para evitar el desfase entre el derecho y la realidad se precisa la creación de procedimientos eficaces que faciliten el acceso de los consumidores a la justicia, y ello debe hacerse con carácter general para todos los consumidores, lo que exigiría reformar la Ley de Enjuiciamiento Civil, o elaborar un nuevo texto procesal civil.

Las soluciones que pueden apuntarse son, de un lado, judiciales, mediante la simplificación y facilitación del acceso a los procesos de escasa cuantía así como la creación de un procedimiento de defensa de los consumidores, y de otro lado, extrajudiciales, mediante mecanismos de arreglo extrajudicial de los conflictos en materia de consumo.

Los mecanismos extrajudiciales de solución de conflictos surgen fundamentalmente por el convencimiento de que los procedimientos judiciales clásicos resultan lentos y muy costosos en relación a las sumas que se discuten a menudo en

los asuntos de consumo, y también como medida preventiva para evitar conflictos innecesarios, concretándose dichos mecanismos en la creación de centros de información al consumidor, en la mediación y conciliación extrajudicial y en el arbitraje.

Sin embargo, no sería necesario plantearse dichos mecanismos extrajudiciales si los procedimientos judiciales fueran eficaces para las reclamaciones de consumo, por lo que la finalidad primordial del legislador debe ser la de facilitar el acceso judicial.

Las reformas necesarias deberían ir en dos direcciones, la primera tendente a facilitar las demandas de los particulares en los procedimientos de escasa cuantía, en los que no es preceptiva la asistencia de abogado, y la segunda supondría la creación de un procedimiento para la defensa de los consumidores con una regulación más adecuada de la legitimación de las asociaciones de consumidores y de las acciones de interés difuso.

22

En cuanto a la primera de las propuestas, no es ninguna novedad en la mayoría de los países europeos la existencia de procedimientos simplificados para el conocimiento de reclamaciones de escasa cuantía. En España no existe tal tipo de procedimiento y entender que el juicio verbal ordinario es un procedimiento simplificado y de fácil acceso a los particulares es algo irreal, pues basta con observar en nuestros juzgados y tribunales quiénes son los demandantes en dicha clase de juicios, para comprobar que es un procedimiento utilizado normalmente por empresas tales como bancos, grandes empresas comerciales, financieras, compañías de seguros, etc., y muy rara vez por particulares. El hecho de la no preceptiva intervención de letrado y de que no sea necesario presentar formalmente una demanda sino una “papeleta de demanda”, no deja de ser un obstáculo para el particular que pretende reclamar una pequeña cantidad, porque realmente, ¿cuántas papeletas de demanda presentadas y redactadas por particulares se presentan en los juzgados?

Para evitar estos problemas los sistemas de derecho comparado presentan varias soluciones. Por un lado, la existencia de formularios, lo que evita al demandante tener que redactar una papeleta de demanda. Este es el sistema del Reino Unido, donde en los litigios de pequeña cuantía en los que no es preceptiva la presencia de letrado existen unos formularios y folletos de información elaborados por el Ministerio de Justicia, muy sencillos y de fácil uso, incluyendo también un formulario de respuesta para el demandado. En Holanda existe un sistema similar en el que el demandante ha de rellenar una instancia, y en algunos casos, como en los Tribunales de Distrito de Irlanda, es el secretario el que tiene la responsabilidad de supervisar el procedimiento correspondiéndole asesorar al consumidor para rellenar la instancia.

Por otro lado, un sistema bastante extendido es la posibilidad de presentar oralmente las reclamaciones, mediante una declaración o comparecencia ante el juez, ante el secretario o ante un funcionario (con algunas variaciones se sigue este sistema en varios países como Bélgica, Alemania, Francia o Italia).

La otra de las opciones es la creación de un procedimiento específico para la defensa de los consumidores que incluyera la legitimación de las asociaciones en el ejercicio de las acciones de defensa de los intereses colectivos.

Un ejemplo de este procedimiento se podía encontrar en el borrador de anteproyecto de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil del Ministerio de Justicia, elaborado en el año 1995, en el que se incluye un título, "*del procedimiento para la defensa de los consumidores*", que contenía las siguientes características:

Se trata de un procedimiento para la reclamación de daños y perjuicios sufridos por una pluralidad de consumidores indeterminable o de difícil determinación.

Están legitimados para el ejercicio de las acciones, el ministerio fiscal y las asociaciones de consumidores.

Se establece la publicidad de la demanda en los medios de comunicación de mayor difusión del lugar donde se hayan producido los daños y perjuicios por los que se ejercitan las acciones, con el fin de posibilitar la personación de los posibles perjudicados que podrán adherirse a la demanda o ampliarla.

Se regula la determinación en el fallo de los daños y perjuicios de los consumidores personados en el proceso y de aquellos que no habiéndose personado pudieran estar afectados.

Por último, se establecen las normas relativas a la cosa juzgada y a la intervención de los perjudicados que no hubieren comparecido al juicio, en el trámite de ejecución de la sentencia.

Tal regulación parece olvidarse en el nuevo anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, de abril de 1997.

III. Examen de la jurisprudencia en materia de nuevas técnicas comerciales

Como consecuencia de lo que se ha dicho hasta ahora, es evidente que en la actualidad no existe prácticamente jurisprudencia sobre las nuevas técnicas de contratación, pues aparte de las razones expuestas en cuanto a las dificultades de acceso de los consumidores a la administración de justicia, cuando hablamos de la jurisprudencia del TS, además, se une otro factor que limita considerablemente el acceso de los asuntos de consumo al más alto tribunal, y no es otro que la limitación que por razón de la cuantía se establece con carácter general para el recurso de casación, actualmente reducido a aquellos asuntos cuya cuantía exceda de 6.000.000 de pesetas, por lo que si tenemos en cuenta que la gran mayoría de los asuntos de consumo son reclamaciones de escasa cuantía, es fácil comprender las dificultades de encontrar juicios sobre las materias aquí estudiadas que lleguen al TS y que formen un cuerpo jurisprudencial.

Esta es la razón por la que las escasas sentencias del TS que tratan de las cláusulas abusivas y que se apoyan en la directiva 93/13, son prácticamente todas sobre cuestiones de competencia, en las que se declara la nulidad de la cláusula de sumisión expresa por considerarla abusiva. Tales cuestiones de competencia deben ser resueltas por el TS ya que los juzgados entre los que se plantea la cuestión no tienen un superior común, correspondiendo la decisión al TS en virtud de lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el artículo 98 del mismo texto legal.

En la última época, sobre todo en los últimos meses, el más alto tribunal español ha introducido en los razonamientos de algunas de sus sentencias, la directiva sobre cláusulas abusivas (no traspuesta todavía), para interpretar el artículo 10 de la Ley de Consumidores, siguiendo la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, cuando declara la obligación del juez nacional de interpretar su derecho nacional a la luz de la letra y de la finalidad de la *norma comunitaria, doctrina recogida en sentencias*, entre otras, de 13 de noviembre de 1990 (asunto “Marleasing”) y de 14 de julio de 1994 (asunto “Faccini Dori”).

Tal asunción del papel de juez comunitario por parte del alto tribunal, se ha limitado hasta el momento a la declaración de nulidad de un tipo de cláusulas: las que establecen la sumisión expresa de los contratantes en favor de los tribunales de un determinado lugar que evidentemente no suele ser el del domicilio del consumidor. Tales cláusulas de atribución de la competencia son declaradas nulas en virtud del artículo 10 de la Ley de Consumidores, interpretado conforme a la directiva 93/13.

Llama la atención que de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo hasta el momento, en que se acude a la directiva 93/13 para declarar la nulidad de cláusulas de atribución de competencia judicial, ocho de ellas se refieren a contratos de mantenimiento de ascensores (las restantes son:

cuatro de contratos bancarios, una de compraventa de mercancías y una de un contrato-pedido de una editorial), y llama la atención porque el Tribunal Supremo ha acudido a la directiva de cláusulas abusivas para interpretar un tipo de contratos que está fuera del ámbito de dicha directiva, pues en los casos estudiados el “consumidor” no era una persona física sino personas jurídicas: las comunidades de propietarios de pisos que contrataban con la empresa de mantenimiento de ascensores, y como es sabido el concepto de consumidor que utiliza la mencionada directiva no abarca a las personas jurídicas (art. 2.b de la directiva). La explicación de esta aplicación es que la ley española de consumidores protege no sólo a las personas físicas sino también a las jurídicas.

26

Fuera de estos contados casos, que podrían servir de orientación para los jueces españoles cuando tengan que resolver supuestos de conflictos surgidos en las nuevas formas de contratación, pues éstas son, cada vez más, formas contractuales de adhesión, no existe otra jurisprudencia que nos pueda valer, salvo la más clásica de corrección de los desequilibrios contractuales, dictada a partir del artículo 1.288 del C.c. que establece el principio de interpretación *contra proferentem* y que se define en dicho precepto de la siguiente forma: “*La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiere ocasionado la oscuridad*”.

Tal precepto ha sido aplicado en general a los contratos de adhesión y más concretamente a los contratos de seguro, materia en la que la jurisprudencia ha hecho una interpretación más favorable al consumidor, también ayudada por la normativa propia de seguros, pues la Ley del Contrato de Seguro de 1980 establece en su artículo 3, en relación a las cláusulas de dichos contratos, que: “... *Las condiciones generales y particulares se redactarán de forma clara y precisa. Se destacarán de modo especial las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, que deberán ser específicamente*

aceptadas por escrito". En base a este precepto, la jurisprudencia ha interpretado favorablemente al consumidor las cláusulas oscuras o ha declarado nulas determinadas cláusulas que restringían los derechos del asegurado y que no aparecían firmadas expresamente por el mismo, aun cuando en la firma del contrato se hiciera una remisión a dichas cláusulas, declarando conocerlas el asegurado.

Fuera del ámbito del contrato de seguro, también se han corregido los desequilibrios contractuales, mediante la interpretación, en materia de contratos bancarios, si bien en mucha menor medida.

Tras esta clásica doctrina, el precedente inmediato a la aplicación de la directiva sobre cláusulas abusivas, ya como medio de interpretación ya aplicándola directamente, lo encontramos en el artículo 10 de la LGDCU.

A pesar de la existencia de este artículo 10, expresamente referido a las cláusulas abusivas y más en general a los requisitos que deben reunir las cláusulas insertas en los contratos de adhesión y las condiciones generales de contratación, sin embargo, la jurisprudencia ha hecho un uso muy limitado, tanto de dicho precepto como de la ley en general para corregir los desequilibrios contractuales. Quizás porque haya sido considerada una ley muy defectuosa técnicamente y muy criticada por su falta de sistemática o quizás porque se trata de una ley con una normativa más abundante en materia de derecho público que de derecho privado, el caso es que la jurisprudencia civil ha acudido en escasas ocasiones a los preceptos de dicha ley.

El citado artículo 10 de la ley regula los requisitos que deben reunir las cláusulas, condiciones o estipulaciones que, con carácter general, se apliquen a la oferta, promoción o venta de productos o servicios, con el fin de lograr el justo equilibrio de las contraprestaciones, declarando la nulidad de determinados tipos de cláusulas o condiciones, entre ellas, las cláusulas abusivas, entendiendo por tales, según este artículo, las que perjudiquen de manera desproporcionada o

no equitativa al consumidor, o comporten en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores y usuarios.

Como puede observarse, el ámbito de aplicación del artículo 10 de la Ley de Consumidores española, coincide en esencia con el de la directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas.

Dada la limitación de cuantía del recurso de casación ya mencionada, es preciso acudir a la llamada jurisprudencia menor, es decir, a las sentencias de las Audiencias Provinciales, para encontrar alguna resolución relativa a la materia que nos ocupa y en general a los contratos de adhesión.

La falta casi absoluta de sentencias en materia de contratos celebrados fuera del establecimiento, crédito al consumo y multipropiedad (sobre la que no existe regulación legal en España), hace que la práctica totalidad de la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales en materia de contratos y protección de consumidores la encontremos en el campo de las cláusulas abusivas y en consecuencia en la aplicación del artículo 10 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Así, se han considerado nulas las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado en el contrato de seguro, cuando tales cláusulas no habían sido firmadas expresamente por el asegurado y se encontraban en el reverso del ejemplar del contrato, normalmente con un tipo de letra más pequeña, o al menos no resaltada. Nulidad que se declara por la aplicación tanto del artículo 10 de la Ley de Consumidores como por el artículo 3 de la Ley del Contrato de Seguro antes mencionado. De la misma manera, en contratos bancarios o de financiación, el artículo 10 ha venido a suplir la falta de transposición, hasta tiempos recientes, de la directiva de crédito al consumo, declarándose nulas cláusulas que no fijaban el interés anual efectivo, prestándose a confusión para el consumidor, o cláusulas en las que se establecían condiciones abusivas de crédito (algunas sentencias se refie-

ren a contratos de financiación que fijaban intereses de demora superiores al cincuenta por ciento anual).

Otros supuestos de cláusulas abusivas también corregidos por la jurisprudencia, lo constituyen las cláusulas que, en la compraventa de viviendas, repercuten en el comprador gastos de tasas municipales o primas de seguros que corresponden a la empresa promotora o constructora. Por último, también se encuentran en dicha jurisprudencia declaraciones de nulidad de cláusulas que exoneran o limitan la responsabilidad de los empresarios (por ejemplo en contratos de aparcamiento, cláusulas en el resguardo que exoneran a la empresa por robo o daños a los automóviles, o en los contratos con agencias de viajes las cláusulas exonerativas de la responsabilidad por cambio de itinerarios o cambios de hoteles), o también cláusulas, en contratos de mantenimiento de ascensores, que imponían al consumidor penalizaciones por resolución anticipada del contrato, lo que no ocurría en caso de resolución anticipada por parte de la empresa.

29

Sin embargo, en otros casos, no se han considerado nulas cláusulas de limitación de responsabilidad del empresario, como en el contrato de transporte aéreo, la exoneración de responsabilidad de la compañía aérea en cuanto a los retrasos en salidas y llegadas o en la pérdida de enlaces aéreos, o la cláusula de limitación de responsabilidad de una empresa de revelado fotográfico por la pérdida o daño de la película.

IV. Conclusión

Esta ha sido una visión muy general de la escasa jurisprudencia que existe en la actualidad sobre las nuevas formas de contratación y fundamentalmente sobre los contratos de adhesión, pero sobre todo ha sido una visión de las razones, fundamentalmente procesales, por las que no existe en la actualidad un verdadero control jurisdiccional de estas

formas de contratación, no cumpliéndose con ello el mandato de la Constitución en su artículo 51 que pretende la protección eficaz de los consumidores. Esto quizás haga reflexionar sobre la necesidad de aprovechar el nuevo proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil para corregir estas importantes lagunas de la legislación, pero mientras esto no se produzca, al menos deja claro la gran importancia que deben tener actualmente los controles previos, principalmente los notariales, en la protección de los consumidores.

LA FUNCIÓN NOTARIAL COMO FACTOR DE SEGURIDAD JURÍDICA PREVENTIVA DEL CONSUMIDOR (*)

JUAN BOLÁS ALFONSO

Notario

31

SUMARIO: **I.** DELIMITACIÓN DE LA MATERIA: EL NOTARIADO Y EL DERECHO DEL CONSUMIDOR. **II.** LA FUNCIÓN NOTARIAL. **A.** La seguridad jurídica y la seguridad económica. **a)** *La seguridad jurídica como valor social.* **b)** *La seguridad económica.* **c)** *El valor económico de la seguridad jurídica.* **d)** *La seguridad económica como garantía subsidiaria.* **B.** El notario: concepto, naturaleza de la función notarial y principios que la configuran. **1)** *Concepto del notario.* **a)**

(*) Conferencia pronunciada en el seminario "La protección de los consumidores ante las nuevas técnicas comerciales", organizado por el Consejo General del Notariado en la Universidad Internacional Menéndez Pelayo, Santander, agosto 1997.

Publicada en la revista *La Notaría*, Gener, 1/1998.

Tópicos sociales. b) Concepto legal y reglamentario: el jurista documentador-fedatario. c) El sistema del Notariado Latino. d) El sistema anglosajón. 2) Naturaleza de la función notarial: el Derecho Preventivo o Cautelar. 3) Principios que informan y configuran la función notarial. a) Carácter público y privado: la complejidad de la función. b) Otros principios: 1. Independencia, imparcialidad y libre elección. 2. Información, asesoramiento, consejo y asistencia. 3. Autoría e inmediatez. 4. Legalidad. 5. Autenticidad. c) La eficacia privilegiada de la escritura. III. LA FUNCIÓN NOTARIAL Y LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR. A. Los mecanismos de protección del consumidor en la contratación en masa: la fase precontractual; la formalización del contrato; el período postcontractual. B. La función notarial como mecanismo general de protección de las partes contratantes y, en especial, del contratante más débil. a) La fase precontractual y la protección del consumidor. La independencia e imparcialidad notarial. La libre elección de notario, como derecho del consumidor y como acicate profesional para el notario: la libre competencia. El lugar de la firma de la escritura. Información, asesoramiento, consejo y asistencia. b) La fase contractual. Control de la legalidad y de la redacción clara y precisa. c) La fase postcontractual. Control de la eficacia integral del documento. Responsabilidad civil del notario. IV. CONCLUSIONES.

Ante todo, mis primeras palabras son de agradecimiento a la Universidad Internacional Menéndez Pelayo, al Consejo General del Notariado y al Director del curso, mi buen amigo Don Jesús Martínez Cortés, por su invitación a participar en este seminario.

Esta es la tercera o cuarta vez que mis vacaciones estivales se ven “enriquecidas” por el estudio y preparación de una ponencia o charla para estos cursos de verano, pero siempre es un honor y una satisfacción estar aquí y disfrutar de este magnífico paisaje y de la compañía de todos ustedes.

* * *

I. Delimitación de la materia: el notariado y el Derecho del consumidor

33

Dentro de este seminario dedicado al estudio de la problemática que plantea hoy “la protección de los consumidores ante las nuevas técnicas comerciales” me corresponde a mí hablarles de un tema muy concreto: “La función notarial como factor de seguridad jurídica preventiva del consumidor”.

Es decir, se trata de estudiar el encaje de la función notarial dentro de los diversos mecanismos establecidos para la protección del consumidor.

La importancia y actualidad de la materia son evidentes. A buen seguro que los ponentes que me han precedido les habrán hablado ya, con la precisión y claridad de las que yo no sería capaz, del fenómeno de LA CONTRATACIÓN EN MASA; de algunos de sus principales instrumentos, como son el contrato de adhesión y las condiciones generales; y de uno de sus efectos más visibles e injustos, a saber, la ruptura del equilibrio contractual en perjuicio de la parte más débil, el consumidor.

Como dice CARLOS SOLÍS VILLA, “la defensa de los consumidores, lejos de ser una simple moda o el producto pasajero de una determinada política económica, tiene profundas motivaciones de justicia y está llamada a transformar el Derecho privado de la contratación” (1).

La transformación ya se ha iniciado y es imparable, pues esta problemática de enorme transcendencia socio-económica ha provocado, especialmente a partir de los años sesenta, la reacción del legislador imponiendo límites a la autonomía de la voluntad al someter a revisión el dogma absoluto de la libertad contractual sancionado en los Códigos decimonónicos. Y ello porque el interés del consumidor es un interés público de la colectividad que los Estados deben proteger.

34

La reacción del legislador ha sido más o menos ágil y contundente según los países. Un estudio detenido de la evolución legislativa, a nivel mundial, puede encontrarse en la magnífica ponencia elaborada por ALFONSO RENTERÍA AROCENA e IGNACIO PAGOLA VILLAR, en representación del notariado español, en el XXI Congreso Internacional del Notariado Latino -Berlín, 1995- cuyo tema II trató de “La seguridad jurídica contractual. Medio de protección del consumidor” (2) (3).

Lo cierto es que actualmente, la protección y tutela del consumidor constituye en la mayoría de los países un principio constitucional.

(1) Cfr. SOLÍS VILLA, Carlos: “La defensa de los consumidores y la función notarial”. EDERSA, ciclo de conferencias de 1986, Academia Sevillana del Notariado, p. 73.

(2) La ponencia ha sido publicada por el Consejo General del Notariado. Cfr. especialmente pp. 28 a 64. A juicio de estos autores las primeras normas jurídicas para la protección de los consumidores aparecen a principios de los años sesenta, siendo también de destacar la importancia del mensaje que el Presidente John F. Kennedy dirigió al Congreso de los EEUU el 15 de marzo de 1962.

(3) Cfr. también, POLO, Eduardo: “La protección del consumidor en el Derecho privado”, *Cuaderno Civitas*, 1980, p. 36. En opinión de este autor, el movimiento legal en defensa de los consumidores se inició en la década de los sesenta en países como Israel, Japón y Estados Unidos. En el Derecho continental los países nórdicos fueron los pioneros en esta materia, a los que siguieron, ya en la década de los setenta, las diversas leyes de protección del consumidor dictadas en Alemania, Bélgica y Francia.

Y en lo que todo el mundo parece estar de acuerdo es en que el auge del sistema de la economía de mercado y la consiguiente ampliación de la demanda de bienes y servicios, de la que es un buen ejemplo la creación del mercado único en el seno de la Unión Europea, hará que el siglo XXI sea el siglo del CONSUMIDOR.

En España, el artículo 51 de la Constitución sancionó el principio de defensa y protección de los derechos de consumidores y usuarios que está incluido en el capítulo III de la CE como "principio rector de la política social y económica".

El desarrollo de este principio motivó la promulgación de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 19 de julio de 1994. Según el artículo 1.º de la Ley, con cita expresa de los artículos 51-1 y 53-3 CE, este principio "tiene carácter de principio general informador del ordenamiento jurídico" (4).

Tienen también especial interés las distintas directivas comunitarias, dictadas en desarrollo del artículo 129.A del Tratado de Roma, en la redacción actual dada por el Tratado

35

(4) Posteriormente han aparecido diversas disposiciones relacionadas con la materia, entre las que me limitaré a destacar las siguientes:

- La Ley General de Publicidad de 11 de noviembre de 1988.
- La Ley de Defensa de la Competencia de 17 de julio de 1989.
- El Real Decreto 55/1989 de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas.
- El Real Decreto 825/1990 de 22 de junio, sobre el derecho de representación, consulta y participación de los consumidores y usuarios a través de sus asociaciones.
- La Ley 26/1991 de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles.
- Los diversos estatutos de los consumidores y usuarios publicados por las Comunidades Autónomas.
- La Ley 2/1994 de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, que afecta especialmente, como dice su exposición de motivos, a "contratos en masa de ejecución sucesiva y de larga duración, en los que el consumidor se ha adherido a un texto contractual preestablecido por la entidad de crédito".
- La Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, completada por la circular del Banco de España 5/1994, de 22 de julio, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela.

de Maastricht de 7 de febrero de 1992, que regulan, por ejemplo: 1.- La protección de los consumidores en contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales; 2.- El crédito al consumo; 3.- Las cláusulas abusivas; 4.- La publicidad comparativa y la publicidad engañosa; y 5.- La más reciente sobre protección de los consumidores en materia de contratos negociados a distancia.

Como ejemplo de la importancia y actualidad de la materia, y su relación con la actividad notarial, cabe traer a colación el reciente Real Decreto 1251/1997 de 24 de julio, publicado en el BOE de 7 de agosto, y que entrará en vigor el 1 de enero de 1998, por el que se modifica parcialmente el Reglamento para el Régimen interior de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, de su Consejo General y del ejercicio del cargo de Corredor Colegiado de Comercio, de 27 de mayo de 1957.

36 Según palabras del preámbulo de este Real Decreto:

1. Se exige, ahora, la presencia personal del corredor en el momento del otorgamiento del documento por el consumidor o usuario (art. 33). Se exceptúa la firma de la entidad de crédito.

2. Se precisan las obligaciones del corredor en orden a garantizar mejor que su intervención asegura la legalidad de las operaciones intervenidas, así como su especial conformidad con la legislación de defensa de los consumidores y usuarios. Según el artículo 82, “el corredor ... asesorará con imparcialidad a las partes y velará por el respeto de los derechos básicos de los consumidores y usuarios”. Y a tenor del artículo 83,1. b) y c) “... El corredor de comercio colegiado observará ... el respeto de las siguientes reglas ... b) Que el contrato se rija por las cláusulas escritas del documento en que se formalice; sin reenvíos o referencias a condiciones generales que no hayan sido literalmente transcritas en él. c) Que se respete la legislación vigente en materia de defensa de los consumidores y usuarios, y cualesquiera otras disposiciones de protección de aquéllos. El corredor adverti-

rá del posible incumplimiento de las prescripciones contenidas en dicha legislación en cuanto a cláusulas y condiciones generales y, especialmente, a lo establecido en materia de cláusulas abusivas”.

3. Y se impone la obligación para los Colegios de Corredores de establecer servicios de información y reclamación, con el fin de canalizar eventuales solicitudes de información o quejas relacionadas con su actividad profesional.

* * *

¿Qué decir de la función notarial y la protección de los consumidores?

Es esta una cuestión que ha preocupado y preocupa al notariado desde hace ya bastantes años, como lo demuestra no sólo la organización de este seminario, sino también la existencia de numerosos artículos doctrinales, algunos de los cuales se citan a lo largo de esta breve charla; la dedicación y el estudio de esta problemática en el IV Congreso Nacional del Notariado, celebrado en el mes de abril de 1992, en Madrid –Ponencia tercera: “El Notario y la Sociedad”–; en el V Congreso Nacional del Notariado, celebrado en Granada, del 8 al 11 de octubre de 1993; y en el citado XXI Congreso Internacional del Notariado Latino –Berlín, 1995–.

Y, de suyo, si el notariado es una institución que sólo se justifica por su servicio a la sociedad, la cuestión de su utilidad como mecanismo de protección del consumidor se convierte en una de las claves a la hora de reflexionar sobre el futuro de la función notarial.

En 1989, decía CUENCA ANAYA lo siguiente: “... si estamos en presencia de un fenómeno de trascendencia social y de trascendencia jurídica, tal fenómeno de ninguna manera puede ser indiferente al notario, porque es un jurista práctico que ejerce su función en el punto de encuentro de la realidad social y la norma, por lo que ni la evolución social

ni la jurídica pueden serle indiferentes; al contrario, la Historia demuestra su presencia en los cambios sociales y jurídicos que se han producido”.

Así, como recordaba el citado autor, el notario ha estado y está presente en el nacimiento y desarrollo del Derecho Mercantil, especialmente del Derecho de Sociedades, incluso la SL nació antes en el protocolo notarial que en la Ley; el notario estuvo presente y lo está en el nacimiento y desarrollo de la garantía inmobiliaria, llegando a configurar mecanismos nuevos como la hipoteca cambiaria; y ha contribuido al desarrollo de las garantías mobiliarias, creando la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento; el notario ha creado y adaptado a la evolución social la figura de la propiedad horizontal, ante la necesidad de proporcionar cauces jurídicos que faciliten el acceso del ciudadano a la propiedad de su vivienda; el régimen de la condición resolutoria del artículo 2.504 del Código civil, etc. “Por eso hoy, en el movimiento social que implica la protección del consumidor, el notario debe estar presente...” (5).

Y esta preocupación aumenta cuando se comprueba que la utilidad de la función notarial en el campo de la protección de los derechos del consumidor no ha trascendido suficientemente sino que es en muchas ocasiones ignorada por el gran público e incluso por los especialistas que cuando citan la figuras e instituciones creadas para la defensa y protección de los derechos de consumidores y usuarios, no hacen mención a la institución notarial. Los especialistas citan diversas figuras que van desde el “ombudsman” de los consumidores, introducido en Suecia en 1970, hasta las asociaciones de consumidores, pasando por el “Defensor del cliente”, en las instituciones bancarias, y el “Defensor del inversor” en el mercado bursátil, pero omiten la referencia a la institución notarial.

(5) Cfr. CUENCA ANAYA, Francisco: en EDERSA, Academia Sevillana del Notariado. Conferencia del 16 de noviembre de 1989, p. 18.

A mi juicio, este silencio obedece a diversas razones:

1. En primer lugar, a una falta de “información” sobre las características de la función notarial. Son muchos los tópicos vertidos, a veces interesadamente, sobre el concepto del notario y la esencia de la actuación notarial.

2. En segundo lugar, a las “dificultades” con que tropieza en la práctica el quehacer notarial, que es esencialmente personal, “vis a vis” notario/ciudadano, cuando se trata de atender un número elevado de asuntos en un corto espacio de tiempo. Hipótesis que no es exclusiva de la citada contratación en masa, pero que acompaña a éste siempre.

Difícilmente el ciudadano puede sentirse protegido por la actuación notarial si desconoce su significado y trascendencia y si, además, su contacto con el notario se reduce al breve instante de la firma de la escritura pública (6).

3. Y, en tercer lugar, porque técnicamente la institución notarial no es un mecanismo específicamente creado para la protección del consumidor, por lo que no es exacto reducir la utilidad de la función notarial al campo de la protección del consumidor. Me explicaré. La función notarial es un mecanismo dirigido a proporcionar seguridad jurídica, y dicha seguridad jurídica se genera en favor de toda persona.

Si se encuadra la función notarial entre los medios específicos de protección del consumidor podría favorecerse el malentendido de que la actuación notarial únicamente protege al consumidor, como parte débil, cuando lo cierto es que

(6) Ya en 1978, Juan VALLET, en su conferencia pronunciada en la AGN sobre “El Notario y la contratación en la sociedad de masa” advertía de estas dificultades, a la vista de las notas que caracterizan la contratación en masa, a saber: 1) uno de los contratantes es una entidad poderosa, privada o pública, que otorga un gran número de contratos de casi idéntico contenido; 2) la contraparte son particulares, generalmente modestos, considerados como una unidad indiferenciada; 3) los contratos tienden a ser estereotipados, de contenido casi idéntico; en esos contratos a veces se omiten o se soslayan promesas contenidas o sobreentendidas en la propaganda; 4) los contratos suelen llegar al notario ya concertados en un documento privado que predetermina la redacción de la escritura, y 6) casi siempre, esos contratos previos constituyen contratos de adhesión. *Cfr. RDN*, 1980, julio-diciembre, pp. 224 y 225.

el ámbito de la seguridad jurídica que la actuación notarial proporciona es mucho más amplio que el de la protección del consumidor, pues se extiende a todo ciudadano y a toda persona: física o jurídica, sea empresario o sea consumidor, sea consumidor rico o pobre, instruido o ignorante, esté o no necesitado de protección, consuma bienes de primera necesidad, como la vivienda, o bienes lujosos “de alto standing” como una villa veraniega.

Por ello, la polémica doctrinal que suele plantearse en torno a la definición exacta de la figura del consumidor —en la que no voy a entrar— tiene escaso interés desde el punto de vista notarial, pues lo que en esta materia tiene transcendencia desde este punto de vista es la protección de las dos partes contratantes y, especialmente, de la parte más débil, sin perjuicio de que lo frecuente es que dicha parte débil merezca el calificativo de consumidor.

40 Ahora bien, como veremos a lo largo de este breve estudio, aunque la función notarial no sea un medio específico de protección del consumidor, tiene una gran importancia en este campo si, hoy por hoy, puede afirmarse que dicha función está infrautilizada.

La importancia de la escritura notarial ha sido destacada por RODRIGO BERCOVITZ (7) y motivó que el 4 de marzo de 1992 se firmara un convenio entre el Instituto Nacional del Consumo y el Consejo General del Notariado, en cuyo seno existe una sección delegada de consumo desde 1991. En dicho convenio se reconoce que “La evidente presencia del Notario en la formalización de transmisiones inmobiliarias o créditos hipotecarios, hace que su colaboración pueda ser decisiva para llevar a cabo la protección real del consumidor en estos dos sectores vitales que son el crédito y la vivienda”.

(7) Cfr. “La responsabilidad del constructor o promotor” en *Estudios Jurídicos sobre protección de los consumidores*, p. 258.

Además, como dice EDUARDO POLO (8), “dado el carácter remiso de los consumidores a ejercitar judicialmente sus derechos, ya sea por ignorancia, desconfianza, desidia e incluso temor a los elevados costes de los procesos judiciales, el movimiento de protección de los consumidores se encamina hoy día a la búsqueda de soluciones que faciliten el ejercicio de las acciones judiciales”.

A estas soluciones facilitantes de la acción judicial, de las que habla EDUARDO POLO, deberán añadirse, con mayor razón, las soluciones que no sólo faciliten el acceso a los Tribunales sino que incluso lleguen a evitarlo, que es precisamente uno de los efectos de la función notarial como mecanismo antilitigioso.

Dicho todo ello, vamos a analizar la relación evidente que existe entre la función del notario y la protección efectiva de los derechos del consumidor en la contratación.

Si, como hemos dicho, en esta materia se observa, de un lado, desconocimiento de la esencia de la función notarial, y de otro, dificultades de encaje de la actuación notarial, con las exigencias de la contratación en masa, parece razonable que centremos nuestro estudio en estos dos grandes puntos:

A) El significado de la función notarial.

B) La utilidad de la función notarial en la contratación en masa.

41

II. La función notarial

A. La seguridad jurídica y la seguridad económica.

a) *La seguridad jurídica como valor social.*

No es posible comprender el significado de la función notarial sin partir de la noción de seguridad jurídica, ya que el notario tiene su razón de ser y existir en la medida que

(8) *Ob. cit.* en nota 3, p. 101.

dota de seguridad jurídica a los actos y negocios plasmados en los instrumentos públicos que autoriza.

La seguridad jurídica es un valor social, propio de toda sociedad democrática.

El fin supremo del Derecho es la realización de la Justicia, pero la seguridad es el valor fundamental de lo jurídico. Sin seguridad no hay Derecho. No existe el Derecho inseguro. La seguridad jurídica, se afirma, es la dimensión formal de la Justicia (9).

Por ello, la seguridad jurídica es un principio constitucional sancionado y garantizado por el artículo 9 de la Constitución.

La seguridad jurídica es certeza, ausencia de incertidumbre. Como tal certeza puede ser contemplada desde una doble perspectiva, objetiva y subjetiva.

42 En un sentido objetivo la seguridad jurídica, como certeza en la aplicación de la Ley, afecta a las circunstancias objetivas relativas a la creación, publicación y aplicación de la Ley. Dicho de otra forma, la seguridad jurídica objetiva presupone la existencia de normas jurídicas, leyes, y que dichas leyes se promulguen debidamente y sean suficientes y claras, de manera que no existan lagunas ni sean necesarios grandes esfuerzos interpretativos. Además, para que esta seguridad jurídica objetiva exista, es preciso contar con unos Tribunales rápidos y eficaces que velen por su cumplimiento.

En un sentido subjetivo, la seguridad jurídica es “un saber a qué atenerse”. Es la posibilidad del ciudadano de llegar a conocer el alcance de la norma y la garantía de que los actos que realice al amparo de aquélla producirán los efectos previstos en ella. Es poder prever las consecuencias que acarrearán sus actos conforme a la Ley.

(9) Como dice CUENCA ANAYA, el Derecho debe ser justo, debe servir al bien común, si no es injusto. Ahora bien, sin seguridad no hay Derecho, ni bueno ni malo. Si el Derecho no representa un orden de seguridad, no hay Derecho de ninguna clase. Cfr. CUENCA ANAYA, Francisco: “El Notariado y los fines del Derecho”, conferencia ASN el 22 de marzo de 1984. EDERSA, 1986.

Aplicando estas ideas a la contratación, podemos decir con LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, que la seguridad jurídica del contrato abarca tres aspectos distintos: el de su prueba, el de su validez y el de su eficacia.

Y como dice este autor, “asegurar LA EFICACIA DEL CONTRATO es la meta final de la seguridad jurídica. La prueba y la validez del contrato no son sino medio y presupuesto de su eficacia. Lo que interesa a la seguridad jurídica es que los efectos del contrato, tal como han sido queridos por las partes y regulados por la Ley, se produzcan plenamente” (10).

b) *La seguridad económica.*

Frente a la seguridad jurídica, la seguridad económica actúa corrigiendo el riesgo de que se produzcan determinados daños pese a las precauciones adoptadas. No se consigue atribuir certidumbre al contrato pero se previene el riesgo de su incumplimiento. Es decir, la seguridad económica sólo protege a las partes de las consecuencias negativas del incumplimiento del contrato. Lo que se garantiza es una compensación económica indemnizatoria.

Este es el sistema anglosajón del seguro de titulación, nacido en Filadelfia en 1876 e incorporado a Inglaterra en 1956 –fecha desde la que funciona el “Insurance in Aid Conveyancing”– limitado a las transmisiones inmobiliarias.

Este sistema tiende a suplir las deficiencias derivadas de la ausencia de un sistema notarial de seguridad jurídica preventiva.

No cabe duda de que para un jurista lo primordial es proteger la eficacia del contrato. En cambio, desde la perspectiva de los operadores económicos, se trata de una cuestión de opción, de elección entre dos sistemas. Debe anali-

(10) LORA-TAMAYO, Isidoro: Cfr. “La seguridad jurídica del contrato”, *Revista de Derecho Notarial*, número CXVI abril-junio 1982, p. 42.

zarse cuál de las dos seguridades responde mejor a los criterios de eficiencia y de costo económico-social.

El sistema del seguro de titulación es un sistema caro, por el costo económico del seguro, que además presenta otros graves inconvenientes, como el riesgo de insolvencia del asegurador, la limitación de los riesgos cubiertos y de las indemnizaciones, la complejidad y oscuridad de la póliza, etc. Según el estudio realizado por RODRIGO TENA ARREGUI, comparando los costos del sistema del seguro de título con el sistema del notariado latino, éste último sale notablemente beneficiado, pues al otorgar certidumbre y seguridad a los contratos, se evitan los gastos de pleitos, tiempo, investigaciones, etc., propios del sistema del seguro de titulación, con un costo social notablemente inferior (11).

A nuestro juicio, la prevalencia de la seguridad jurídica sobre la económica se basa no sólo en criterios jurídicos sino también económicos.

En efecto, a lo dicho en cuanto al costo de la seguridad económica añádanse dos consideraciones, a saber:

— El importante valor económico que tiene la seguridad jurídica.

— Y la posibilidad de completar la seguridad jurídica con una seguridad económica como garantía subsidiaria.

c) *El valor económico de la seguridad jurídica.*

PEDRO DE TORRES SIMÓ (12), economista del Estado y, en su día, vocal del Tribunal de Defensa de la Competencia, nos da la visión económica de la cuestión en base a las ideas que a continuación me tomo la licencia de sintetizar:

1. El desarrollo económico de la sociedad, cuando se ha producido, indefectiblemente ha tenido lugar porque el con-

(11) TENA ARREGUI, Rodrigo: *Costes de Transacción y Fe Pública Notarial*, Fundación para el análisis y los estudios sociales. Papeles de la fundación, número 6.

(12) TORRES SIMÓ, Pedro de: "Seguridad jurídica, valor económico". Conferencia pronunciada en la AMN el 7 de abril de 1994.

junto de los derechos de la propiedad de la sociedad en cuestión hacen que valga la pena emprender actividades socialmente productivas –tesis central de la obra de DOUGLASS NORTH, Premio Nobel de Economía de 1993–.

2. La esencia de estos derechos de la propiedad es el derecho de exclusión, de respeto por los no propietarios. Ello, por ejemplo, explica el desastre económico que supuso para nuestra agricultura, con la Mesta, el privilegio concedido a los ganaderos. Como ante aquellos privilegios de pastoreo, el agricultor no tenía la seguridad de poder hacer suyo el aumento de los beneficios generado por la utilización más intensiva del capital, no invertía, carecía del necesario aliciente para aumentar la productividad de sus tierras y así se originó la descapitalización de nuestra agricultura.

En suma, “sin derechos de propiedad eficientes no hay mercados eficientes. Sin estos últimos no hay crecimiento económico”.

3. Pero al economista no sólo le interesa la protección de los derechos de propiedad, sino también todos aquellos aspectos referidos a la disminución de los costos de transacción, y, en concreto, los referidos a los servicios que reducen el costo de transacción y hacen respetar los contratos.

4. Y el economista comprueba cómo la sociedad se organiza para hacer cumplir los derechos de propiedad acudiendo siempre como último recurso al sistema judicial si no encuentra otros métodos que proporcionen una solución a este problema, una solución eficaz y a coste razonable.

5. Por ello, en una sociedad desarrollada las transacciones se multiplican, y todos los instrumentos que reduzcan los costes de transacción tienen un futuro prometedor.

Es en este punto en el que entran en juego los mecanismos de seguridad jurídica preventiva y, especialmente, la función notarial (13).

(13) El citado autor considera evidente que “La actuación notarial reduce los riesgos inherentes al intercambio de bienes, disminuyendo los costes de transacción y

6. La actividad notarial no se limita a su actuación en intercambios de bienes sino que el control de la legalidad y la presunción y garantía de certeza que implica sirve para preconstituir pruebas. En resumen, concluye el autor, “al adquirir los servicios de un notario se está comprando certidumbre, se está adquiriendo un servicio de gran valor: la seguridad jurídica”.

Y ello es así porque en nuestra sociedad, actualmente, el sistema judicial, que es una de las piezas fundamentales del hacer cumplir los derechos de propiedad, es lento y costoso. La sociedad necesita que los derechos de propiedad y los contratos se respeten. Un derecho que no se puede hacer cumplir o que hacerlo cumplir tiene unos costes muy altos, pierde una gran parte de su valor, de ahí la importancia de los instrumentos que puedan evitar la contenciosidad judicial.

46 Desde el punto de vista del economista, el valor añadido de la escritura notarial es su efecto de certeza y fiabilidad, la eliminación de la incertidumbre y del riesgo, lo cual supone un enorme ahorro en los costos de transacción, ya que una vez que se determina notarialmente una relación jurídica no hay forma de destruirla, salvo a través de un proceso penal.

d) *La seguridad económica como garantía subsidiaria.*

Finalmente, como dijimos, la seguridad jurídica no excluye la adopción de un sistema de garantía económica, de carácter subsidiario. De manera que si los mecanismos de seguridad jurídica fallan, en perjuicio del ciudadano, pueda éste obtener el resarcimiento económico de los daños que por aquella razón hubiera sufrido.

actúa sobre uno de los elementos centrales del sistema económico, cual es el cumplimiento de los derechos de la propiedad”. Ello se deriva, añade, de la garantía jurídica, de la seguridad sobre los derechos y cargas adquiridos.

Una aplicación de esta idea se encuentra en el principio de responsabilidad civil del notario sancionado por el artículo 146 del Reglamento Notarial.

B. El notario: concepto, naturaleza de la función notarial y principios que la configuran.

Esbozadas a grandes rasgos las ideas de seguridad jurídica y seguridad económica, pasemos a analizar ahora el significado real de la función notarial.

1) *Concepto del notario.*

a) *Tópicos sociales.*

Como dijimos al comienzo, existe cierto desconocimiento sobre el significado de la función notarial.

A nivel popular, si preguntamos sobre lo que es un notario y sobre su utilidad actual, no debemos sorprendernos si escuchamos respuestas variopintas que responden a ciertos “tópicos” y no a un conocimiento riguroso de la cuestión. Creo no exagerar si traigo como ejemplo las siguientes posibles respuestas, algunas escuchadas en reuniones de café.

1. La respuesta más frecuente es fruto de una concepción tan simplista como errónea. El notario, se dice, es un fedatario cuya función se circunscribe a dar fe de las firmas puestas a su presencia. El notario da fe. Es un testigo privilegiado. En esta línea, se comprende que la prensa y demás medios se autocalifiquen de notarios de la actualidad.

2. Otras respuestas dan un paso más. El notario, se dirá, redacta escrituras y hace documentos. Es un documentador y da fe de que la escritura se firma, pero se limita a trasladar a la escritura lo que le dicen los interesados o a copiar la minuta que le entregan. No añade nada a las manifestaciones de las partes, y si hay algún problema ya lo resolverán los abogados.

3. Otras son tremendamente corrosivas. El notario es una figura medieval, que carece hoy de sentido, en los albores del siglo XXI. Es una imposición del sistema español que no existe en ninguna otra parte del mundo. Es un monopolio injustificado.

Todas estas afirmaciones son tan erróneas como injustas, pero no nos quejemos los notarios, pues nosotros tenemos parte de culpa en la formación de esos tópicos que obedecen a dos razones fundamentalmente:

— La falta de información al ciudadano sobre los servicios que le presta el notario, cuya utilidad es difícil que comprenda si a lo largo de su vida sólo va a la notaría un par de veces, a firmar un poder o a escriturar la compra del piso. Se aprecia en este punto una notable diferencia entre la información que sobre el notario llega al ciudadano español y las campañas de divulgación e información que se llevan a cabo en otros países, como recientemente en Bélgica y en Suiza.

— Y el mal ejemplo que damos, precisamente en la hipótesis que más llega al gran público, la contratación en masa. *¡Un mal ejemplo vale más que mil palabras!*

Por las experiencias vividas en nuestros despachos, los notarios comprobamos que nuestra imagen es buena frente al ciudadano que acude frecuentemente a la notaría y que conoce el valor de nuestro trabajo.

Pero, ¿qué piensa de nosotros el consumidor, víctima de la contratación en masa, ante el que el notario aparece muchas veces como mero fedatario que, para más inri, actúa, al menos en apariencia, como notario de la entidad prepotente?

En suma, en mi opinión, la subsistencia de los tópicos sobre la función notarial es consecuencia de la falta de información y de la dejación de funciones por parte de los notarios que caen en la tentación de dejarse llevar por la comodidad y actuar como meros fedatarios, en actitud pasiva, sin prestar al consumidor la atención personalizada que éste necesita y merece.

Por lo tanto, las críticas, más que a la función notarial, van dirigidas a quienes no la ejercen debidamente.

JOSÉ MANUEL RAPOSO FERNÁNDEZ, en un estudio sobre la panorámica que presenta hoy la actuación notarial en nuestro país (14), habla del “distanciamiento” entre la concepción legal y reglamentaria del notariado y la realidad práctica que considera salpicada de anomalías, entre las que cita: 1) la sobrecarga de trabajo en algunos despachos; 2) el servilismo hacia el cliente poderoso; 3) el abuso de las minutas escritas; 4) informaciones sesgadas, omitidas o incompletas; 5) delegaciones excesivas en los empleados; 6) trato deshumanizado, etc., deficiencias que hay que erradicar para que el notario conserve su gran prestigio social por ser, como dice este autor citando la sentencia del TS de 29 de diciembre de 1929, “profesor de jurisprudencia de las clases humildes, y consejero prudente de los individuos y de las familias”.

49

En mi opinión, actuaciones personales aparte, la función notarial ejercida correctamente ha tenido y tiene en nuestros días una gran trascendencia social, y la institución notarial, sin renunciar a sus orígenes históricos, es hoy una institución totalmente modernizada, en constante evolución, que se adapta a las nuevas necesidades y que goza de un gran desarrollo en el mundo occidental.

Y aunque sea adelantar acontecimientos, debemos insistir aquí en que la importancia de la función notarial deriva del hecho de que el notario, en contra de todo tipo de tópicos: es FEDATARIO, pero no simplemente da fe, y es un DOCUMENTADOR, pero no simplemente redacta escrituras, porque el notario es, además y ante todo, un JURISTA que asesora a las partes, adapta su verdadera voluntad a la Ley, y da fe del otorgamiento de la escritura, y se es tanto o más notario cuando con motivo de su asesoramiento las partes desisten de firmar el contrato o cuando el notario deniega la

(14) Cfr. *La Ley*, 13 y 14 de febrero de 1997.

autorización de la escritura porque su contenido no se ajusta a la Ley. En estos casos, no hay documento alguno, no hay dación de fe, y, sin embargo, hay notario y función notarial escrupulosamente ejercida.

De manera que, como dice RAFAEL GÓMEZ-FERRER, citando a RODRÍGUEZ ADRADOS (15), junto con el aspecto de documentador-fedatario autenticador, el notario es intérprete, técnico, operador jurídico, profesional, consejero o consultor jurídico, facetas que destacan sobre la labor documentadora ya que la función notarial se cumple aunque no se autorice ninguna escritura pública, bien sea porque las partes desistan del otorgamiento –a la vista del asesoramiento notarial– o porque el notario, precisamente por ser notario, deniegue la autorización del documento. A veces, se es más notario denegando la autorización que plegándose a las exigencias de las partes poco respetuosas con la legalidad vigente.

50

Recuerdo las palabras de Don RAMÓN FAUS ESTEVE en la toma de posesión de mi notaría de ingreso: “nunca perderás el sueño por haberte negado a autorizar determinada escritura, pero más de una noche te quedarás en vela por haber autorizado cierta escritura...”.

b) Concepto legal y reglamentario del notario: el jurista, documentador-fedatario.

Lo dicho hasta ahora encuentra apoyo en el concepto legal y reglamentario del notario.

En efecto, a tenor del artículo 1.º de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862, “El Notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales”.

Completando el concepto legal, el artículo 1.º del Reglamento Notarial de 2 de junio de 1944, dice en su párrafo segundo que:

(15) Cfr. “Jurisdicción voluntaria y función notarial”. Congreso Internacional del Notariado Latino, Cartagena de Indias, 1992.

“Los Notarios son a la vez profesionales del Derecho y funcionarios públicos, correspondiendo a este doble carácter la organización del Notariado. Como profesionales del Derecho tienen la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquéllos se proponen alcanzar.

Como funcionarios públicos 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.”

De las normas transcritas y de las numerosas aportaciones doctrinales y jurisprudenciales, resultan los siguientes rasgos o caracteres de la figura del notario:

a) En primer lugar, el notario español tiene un carácter complejo o mixto. Es un profesional del Derecho, un jurista y es un fedatario, pues como jurista ejerce una función pública, la dación de fe.

La fe pública notarial es imprescindible para la vida jurídica que no sería posible si se pudiese negar o poner en duda todos los actos y negocios cuya realización no hubiésemos presenciado.

Pero el sistema de fe pública es eficaz en la medida que tiene su apoyo en un asesoramiento legal previo.

Por ello, función pública y función privada son inescindibles.

Y esto es así, sin perjuicio de que el notario puede realizar actuaciones escindibles de su función, pero tales actuaciones, en su caso, no son las que tipifican la profesión notarial.

La inescindibilidad está expresamente reconocida por la resolución del Parlamento Europeo de 19 de enero de 1994, que en su letra c) dice así: “Estimando que la aplicación de

las disposiciones comunitarias en materia de libre establecimiento y de realización del mercado interior repercuten sobre la actividad del Notario, cuyas funciones incluyen asimismo actividades INDISOCIABLES de asesoría y de legalización”.

Quedan fuera del ámbito de las actividades propiamente notariales las que RODRÍGUEZ ADRADOS denomina de “adecuación facultativa” tales como: la redacción de cuadernos particionales, estatutos de sociedades y redacción de documentos privados. Igualmente quedan fuera las de asesoramiento autónomo y la asistencia jurídica, ajena a la documentación pública, tales como la elaboración de dictámenes y la redacción de minutas de contratos que no van a reflejarse en escrituras públicas autorizadas por el mismo notario. Por ello, cuando se trata de estas actividades, sus condiciones de ejercicio deben ser las aplicables a la profesión de abogado o de consultoría jurídica no notarial (16).

52

b) En segundo lugar, el notario es un documentador de actos y contratos con arreglo a las leyes.

Pero el notario no se limita a plasmar en el documento literalmente lo que las partes le dicen, sino que interpreta su voluntad y la adecúa a la Ley. Y como dice el autor últimamente citado, en ocasiones el resultado de la recepción de las partes es muy pobre, porque dicha voluntad suele ser incompleta, errónea, imprevisor o incluso ilegal.

Precisamente la redacción del documento adecuada a la voluntad y a la Ley es lo que marca claramente la diferencia entre el notario y otros documentadores y fedatarios, tales como los corredores de comercio colegiados o los secretarios de juzgados y tribunales.

c) Y en tercer lugar, el notario es un jurista, un asesor legal.

(16) Cfr. RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: “De nuevo sobre la inescindibilidad notarial”. Conferencia pronunciada en el Ilustre Colegio Notarial de Granada, el 25 de octubre de 1996. Publicada en el Boletín de Información de la Academia Granadina del Notariado, junio, 1997.

Publicada en el n.º 21 de la *Revista Jurídica del Notariado*, enero-marzo, 1997.

Y esta nota específica es la que le imprime carácter y posibilita la eficacia de su labor fedataria y documentadora.

La DGRN ha insistido en el deber de asesoramiento notarial, entre otras, en las resoluciones de 11 de junio de 1987 y de 4 de noviembre de 1971, en la que incluso declaró que el notario puede, en cumplimiento de esta obligación "... aconsejar como medio jurídico adecuado el documento privado en los casos en que por diversas circunstancias, no se puede formalizar el instrumento público".

La labor de información, asesoramiento y consejo es esencial en la concepción del notario, por ello, como dice RODRÍGUEZ ADRADOS (17), el notario en ningún caso podrá eximirse de la responsabilidad en que haya podido incurrir por infracción de su deber de consejo alegando que solamente había sido requerido para dar forma legal al acto y que, por tanto, ha actuado como documentador, porque habrá una parte de su función notarial a la que no puede renunciar.

53

Esta labor asesora del notario y su control de la legalidad permite dotar al negocio no sólo de una seguridad documental, puramente formal, sino de una seguridad sustancial, anterior a aquélla, sin la cual la seguridad documental, como dice el citado autor, sería vana, pues la forma debe recoger un negocio válido, redactado de forma clara, sin contradicciones, ambigüedades ni lagunas, apto para satisfacer las finalidades prácticas que las partes persiguen, y que sea lo más equitativo posible.

En palabras de CARLOS SOLÍS VILLA (18), "Si se quiere documentar una voluntad real y legal, esto sólo es posible después de haber prestado la actuación profesional, de información, ilustración y consejo; de otra manera, la fe pública se convertiría en una trampa para la parte débil o inexperta". Y es que, como advirtiera CARNELUTTI, los instrumentos

(17) Citado por LORA-TAMAYO, *ob. cit.* en p. 51, nota 16.

(18) *Ob. cit.*, p. 81.

de seguridad jurídica mal ejercidos provocan una absoluta inseguridad jurídica.

Además, esta función asesora tiene un gran valor social pues al margen de la solución del caso concreto, la satisfacción de los intereses de las partes genera una labor constructiva.

JOSÉ MANUEL RAPOSO (19) lo expresa así: “Si la normativa vigente no ofrece soluciones satisfactorias, el Notario, como una especie de arquitecto del Derecho, crea un contrato con diseño propio que, a veces, se plasma en la escritura como una obra de auténtica ingeniería jurídica construida dentro de las fronteras de la autonomía de la voluntad...”.

c) *El sistema del Notariado Latino.*

54

El sistema expuesto no es exclusivo del Derecho español, sino que tiene una gran difusión internacional. Los países que lo siguen integran la Unión Internacional del Notariado Latino (UINL) que agrupa hoy a más de 60 países en los cuatro continentes.

Pertenecen a la UINL desde Alemania, Francia, Italia, España, Bélgica, Holanda, Austria, Suiza, etc., hasta países como Canadá, Camerún, Costa de Marfil, Nigeria, Japón, y, por supuesto, la casi totalidad de los países de Centro-América y de América del Sur. Además, la UINL se ha ampliado con la entrada de los países del Este europeo. Actualmente forman parte de la Unión: Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Polonia, Rusia, Eslovaquia y la República Checa. Y este sistema se ha tomado de modelo para la reforma notarial de la República Popular de China.

El primer Congreso Internacional del Notariado Latino tuvo lugar en Buenos Aires en 1948. En dicho congreso se acuñó el siguiente concepto del notario:

(19) *Ob. cit.* en nota 14.

“El Notario latino es el profesional del Derecho encargado de una función pública consistente en recibir, interpretar, y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos públicos adecuados a este fin y confiriéndoles autenticidad, conservar los originales de éstos y expedir copias que den fe de su contenido. En su función está comprendida la autenticación de hechos.”

Ahora bien, como explica ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS (20), “El Notariado Latino tiene una unidad esencial ... pero no se trata de una unidad monolítica, sino que los elementos públicos y privados tienen distinta preponderancia ... y lo mismo que hay documentos notariales en que prepondera un aspecto profesional que en otros no tiene especial relevancia; o que hay Notarios de talante funcional y otros de temperamento más profesional; también hay familias de legislaciones y países individuales dentro del Notariado Latino que presentan peculiaridades incluso en la manera de combinar los ingredientes publicitarios y privatísticos del Notario”.

55

Así resumidamente:

—Un primer grupo arranca del carácter profesional del notario al que se agrega el publicista. En este grupo se encuadra el concepto del notario dado en el Congreso Fundacional de la UINL, ya expuesto.

—Un segundo grupo coloca en primer término el elemento publicístico al que se le une el profesional. En este grupo sitúa RODRÍGUEZ ADRADOS al sistema de notariado francés, en el que la definición del notario como “funcionario público” se ha sustituido por la de “oficial público”; y al notario alemán, que la Ordenanza de 1961 define como “titular independiente de una función pública”.

—Un tercer grupo estaría integrado por el notario español, al que el Reglamento Notarial, como vimos, define di-

(20) *Ob. cit.*, p. 22.

ciendo que es a la vez profesional del Derecho y funcionario público.

Esta es la línea hoy predominante según se deduce del concepto que del notario formuló la Conferencia Permanente de los Notariados de la Unión Europea, que en su Declaración de Madrid de 1990 define al notario como “un oficial público que tiene una delegación de la autoridad del Estado para dar a los documentos que redacta y de los cuales él es el autor, el carácter de autenticidad que confiere a dichos documentos, cuya conservación asegura, la fuerza probatoria y la fuerza ejecutiva. A fin de dotar su actividad de la necesaria independencia, el Notario ejerce su función en el marco de una profesión liberal que abarca todas las actividades jurídicas no contenciosas”.

d) *El sistema anglosajón.*

56

El sistema notarial latino suele contraponerse al llamado sistema anglosajón.

Pero en rigor no cabe hablar de un sistema anglosajón, pues en el Reino Unido y en EEUU no existen propiamente notarios que asesoren y autenticquen los documentos que redactan. Se utiliza el término notario (“public notaries”) referido a las personas que actúan como meros fedatarios, autenticadores de firmas.

Además, no existe un sistema unitario, pues las características de los notarios ingleses no son coincidentes con las de los escoceses o con las de los irlandeses ni con las norteamericanas. Incluso dentro de Inglaterra existen diversos tipos de notarios, los que actúan bajo la órbita de la LAW SOCIETY y los que pertenecen a la SOCIETY OF PUBLIC NOTARIES OF LONDON. Estos últimos están más próximos al sistema notarial latino.

La seguridad jurídica se obtiene en el Reino Unido en base a otros presupuestos, como la prevalencia del principio de oralidad y la celeridad y severidad de los Tribunales.

En EEUU, como vimos, se sigue un sistema de seguridad económica, basado en el seguro de títulos.

2) *Naturaleza de la función notarial: el Derecho Preventivo o Cautelar.*

La función notarial “LATINA”, como dice MEZQUITA DEL CACHO (21), pertenece al ámbito del denominado “DERECHO PREVENTIVO O CAUTELAR” que tiene como finalidad u objetivo el “que las relaciones privadas, los derechos subjetivos, puedan nacer y desarrollarse amparados por precauciones y garantías diversas que reduzcan al mínimo sus riesgos de conflictividad y decadencia; y que, aun no pudiendo conjurar plenamente el evento del conflicto, les sitúa en condiciones de ventaja en el supuesto de que un tal evento se produzca”.

Por ello, aunque el documento notarial tiene un importante efecto probatorio, la esencia de la función notarial no se circunscribe a la creación de medios de prueba para el proceso sino fundamentalmente a tratar de evitar que se produzca el pleito.

De manera que, como explica el citado autor, la seguridad jurídica preventiva, que deriva o a la que tiende o sirve la función notarial, tiene un doble efecto:

a) Un efecto antilitigioso, evitando o al menos aligerando las actuaciones procesales y disuadiendo de litigios especulativos. Esta naturaleza, antiprocesal, de la función notarial como mecanismo de seguridad jurídica preventiva, es lo que motivó que un ilustre notario, JOAQUÍN COSTA, acuñara la célebre frase de “Notaría abierta, juzgado cerrado”, idea que también podría expresarse diciendo “contrato escriturado, pleito evitado”.

b) Y un efecto sustantivo, en la medida que tiende a procurar que los negocios jurídicos nazcan sin vicios ni irregularidades.

(21) *Cfr.* nota 179 de *ob. cit.* Rafael GÓMEZ-FERRER.

Y este efecto preventivo no es fruto del mandato legal sino de la actuación profesional del notario y de la dación de fe como fedatario, aspectos inescindibles de una sola función. Es el resultado lógico de la actuación notarial comprensiva del examen de la voluntad de los interesados, control de la legalidad, ajuste de la voluntad de los interesados a la Ley mediante su labor de asesoramiento y consejo, redacción y autorización del documento, o, en su caso, denegación de la autorización por no ajustarse a la legalidad.

Dotando de seguridad inicial al contrato se protegen los intereses privados de las partes pero también el interés público de que las relaciones jurídicas sean lo menos conflictivas que sea posible, porque un elevado índice de conflictividad bloquearía el tráfico jurídico y por tanto el sistema de libre mercado.

58

Y esta concepción de la función notarial ha sido explícitamente destacada en el Parlamento Europeo, en su resolución de 18 de enero de 1994, sobre la organización del notariado en los doce Estados miembros de la Comunidad, declarando que la actividad del notario se caracteriza por una delegación parcial de la soberanía del Estado, que garantiza, en particular, el servicio público de autenticación y legalización de los acuerdos, su fuerza ejecutoria y probatoria, así como el asesoramiento imparcial prestado a las partes, LO QUE REDUCE EL RECURSO A LOS TRIBUNALES, TENIENDO FUNCIONES PREVENTIVAS DE LAS JUDICIALES, AL ELIMINAR O REDUCIR LOS RIESGOS DE LITIGIO, así como funciones de asesoramiento y consejo asesor.

La naturaleza de la función notarial, como mecanismo de seguridad preventiva, la hace sumamente útil en materia de defensa de los derechos de consumidores y usuarios, porque la experiencia demuestra que en este campo como en tantos otros, se hace bueno el dicho de que es mejor prevenir que curar. En efecto, la protección de los consumidores por vía represiva o sancionadora tropieza con muchas dificultades, derivadas: 1) de la imprecisión del concepto del consumidor;

2) de la prueba y concreción del daño; 3) de la determinación exacta de la responsabilidad; y 4) de los inconvenientes de la solución judicial, por su costo en tiempo y dinero, que se agravan cuando en la contienda judicial se enfrentan partes de muy distinto poder económico.

3) *Principios que informan y configuran la función notarial.*

a) *Carácter público y privado: la complejidad de la función.*

Como dice RODRÍGUEZ ADRADOS (22), el continuo entrecruzamiento de factores públicos y privados es el primer principio de la función notarial sin el cual no puede entenderse nada del sistema notarial latino.

Atendiendo al núcleo de la actuación notarial, el otorgamiento de escrituras públicas, la función notarial, como dijimos y ahora reiteramos, es una función que reúne caracteres públicos y privados pero ni es una función puramente pública ni una función meramente privada.

De ahí las dificultades de comprensión que encuentra en algunos sectores, sobre todo economistas, influidos por el actual movimiento neoliberal de alcance mundial dirigido a proteger el proceso de competencia y libre concurrencia mediante la prevención y eliminación de monopolios y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados de bienes y servicios.

La función notarial latina es una función compleja y esta complejidad se debe a la permanente actuación de factores públicos y de factores privados.

El notario no es un funcionario dependiente de la Administración estatal, y por ello, por ejemplo, el Estado no es civilmente responsable de los daños causados por los notarios, ni responsable directo ni responsable subsidiario para el caso de insolvencia del notario.

(22) *Cfr. ob. cit.*

Pero tampoco es un profesional liberal, sino que su actuación está sujeta a un especial régimen legal y reglamentario, del que derivan importantes limitaciones en orden a su competencia territorial y funcional, organización del despacho y cobro de honorarios, sobre lo que volveremos.

Partiendo de este principio fundamental que es presupuesto de todos los demás, señalaremos telegráficamente los demás principios, pues sobre algunos de ellos hemos de volver al tratar específicamente de la protección del consumidor.

b) Otros principios.

1. Principios de independencia, imparcialidad y de libre elección.

60

Más adelante volveremos sobre esta cuestión en relación con la contratación en masa. Baste decir aquí que, precisamente por venir afectada la actuación privada del notario por su función pública, a diferencia del abogado, la imparcialidad está en la esencia misma de la profesión notarial. No es que el notario esté obligado a ser imparcial, es que si no es imparcial no es notario y, por ello, ha de ser independiente.

2. Principios de información, asesoramiento, consejo y asistencia.

El notario, una vez que conoce el propósito de las partes, debe informarles, asesorarles, prestando especial asistencia a la parte más débil. El TS en sentencia de 3 de julio de 1965, destacó como elemento básico para el cumplimiento de los fines de la actuación notarial la obligación de aconsejar a los interesados.

Otorgada la escritura con sujeción a la Ley, el principio de asistencia abarca también la ayuda técnica necesaria para que el documento notarial, una vez firmado, surta todos los efectos que la Ley le reconoce una vez cumplidos los trá-

mites legales, tales como la liquidación del impuesto correspondiente y la inscripción, en su caso, en el Registro público competente.

3. *Los principios de autoría del documento y de intermediación.*

El notario es el autor del documento (art. 147 RN) y por eso responde civilmente de su actuación (art. 146).

Según el artículo 147 del RN el notario debe redactar el instrumento público interpretando la voluntad de los otorgantes, adaptándola al ordenamiento jurídico.

Al respecto debe distinguirse entre el autor material y el redactor del documento.

Es evidente que autor material del documento, como cosa, es quien “materialmente” lo escribe, sea el propio notario, sea el empleado que lo mecanografía. Ahora bien, autor de la redacción o responsable del texto, es siempre el notario, que es quien asume como propia la declaración contenida en el documento. El notario, como autor de las declaraciones asume la responsabilidad de que el documento refleja exactamente la voluntad manifestada por las partes.

Y como advierte EMILIO GARRIDO CERDÁ (23), a modo de presupuesto del principio de autoría rige el principio de intermediación. Pero este principio tiene una aplicación elástica, atendiendo al caso concreto, en lo que se refiere a todo el proceso de creación del instrumento público, pero referido al momento del otorgamiento y autorización del documento tiene un incuestionable carácter público y su omisión cae de lleno en la órbita del Derecho Penal.

Las exigencias de la nueva contratación hacen cada vez más frecuente la aplicación de este principio de forma frac-

(23) Cfr. GARRIDO CERDÁ, Emilio, y MARTÍNEZ PERTUSA, Pedro: “Funciones públicas y sociales del Notariado”. Tema I del XXI Congreso Internacional del Notariado Latino, Berlín, 1995, p. 51.

cionada, por partes, mediante la técnica de los otorgamientos sucesivos.

4. *Principio de legalidad.*

En primer lugar, el notario debe controlar la capacidad de las partes (arts. 145,2.º, 156,8.º y 167 RN) y hace constar expresamente en el documento que las partes tienen la capacidad legal necesaria. Si alguno de los otorgantes carece de la capacidad legal necesaria para el pretendido otorgamiento, el notario debe negar la autorización del documento.

En segundo lugar, debe controlar la legitimación negocial de los comparecientes (arts. 154, 165 y 166 RN) y la titularidad de los derechos de las partes, derivada de su relación con el objeto del negocio (art. 174 RN). Ello exige, en ocasiones, un detenido análisis de la documentación presentada, sean poderes, autorizaciones, acuerdos sociales, títulos de dominio y cargas, etc.

En tercer lugar, el notario debe controlar la legalidad del negocio o contrato, y conforme al citado artículo 145 RN “el Notario no sólo deberá excusar su ministerio, sino negar la autorización notarial cuando, a su juicio... el acto o el contrato en todo o en parte sean contrarios a las leyes, a la moral o a las buenas costumbres o se prescinda por los interesados de los requisitos necesarios para la plena validez de los mismos”.

Y esta obligación del notario no cesa por el hecho de que las partes le entreguen la minuta redactada, pues como resulta del artículo 147 RN el notario debe revisarla y si no estuviere conforme deberá rectificar su redacción con el consentimiento de los interesados, y en defecto de éste deberá negarse a la autorización.

El problema práctico se plantea tratándose de cláusulas cuya legalidad es discutible, opinable. En estos casos se contraponen la idea del servicio al ciudadano y la responsabilidad del notario. Aunque el notario no está para documen-

tar negocios anulables, en los casos extremos, de discutible legalidad, deberá, si autoriza el documento, hacer constar expresamente en la escritura el posible vicio del que, a su juicio, adolece el contrato.

5. *La autenticidad del documento notarial.*

Sin perjuicio de otros principios que informan la actuación notarial como el de conservación del documento, el del secreto profesional, el principio de control de la eficacia final del documento o el de responsabilidad personal y profesional, a los que aludiremos a lo largo de este breve estudio, nos interesa destacar ahora uno de los principios clave de la función notarial cual es el de la autenticidad.

El documento notarial, autorizado con arreglo a las leyes, está dotado de fe pública o de autenticidad.

Siguiendo las enseñanzas de la doctrina notarialista (24), diremos que esta autenticidad significa prueba plena de lo auténtico pues la veracidad de los hechos autenticados se impone a todos por el poder coactivo del Estado, mientras que el documento no sea privado de su fe pública mediante la declaración judicial de su falsedad.

63

La autenticidad contempla tres aspectos:

— Autenticidad subjetiva, de autoría o paternidad (frente al documento privado que por sí mismo es neutro).

— Autenticidad corporal, que ampara la identidad de la copia con su original o matriz.

— Y autenticidad ideológica, respecto de las manifestaciones recogidas en el documento.

Si bien, esta autenticidad no se predica por igual de todas las partes del documento notarial, sino que debe distinguirse entre:

a) Los actos que el propio notario afirma: su presencia, medios de identificación de los comparecientes, documentos

(24) Cfr. LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, Isidoro, *ob. cit.*, p. 55.

unidos, reservas y advertencias legales, lectura y autorización.

b) Los hechos que el notario percibe por sus sentidos: la presencia de los comparecientes, el hecho de haber formulado determinadas declaraciones, la prestación del consentimiento y la firma.

c) Los juicios del notario: el juicio de identificación o fe de conocimiento, el juicio de capacidad de las partes, la legalidad del acto, etc.

d) Y finalmente, el contenido de las declaraciones.

Y mientras que la autenticidad es plena respecto de los apartados a) y b), tratándose del apartado c), genera sólo una presunción *iuris tantum* susceptible de desvirtuarse mediante prueba en contrario, y tratándose de las declaraciones de los comparecientes, la autenticidad sólo abarca el hecho de haberse prestado la declaración en presencia del notario, pero en modo alguno se extiende al contenido de tales declaraciones, que podrán ser desvirtuadas por los medios de prueba ordinarios.

c) *La eficacia privilegiada de la escritura.*

Como consecuencia de los principios anteriormente expuestos, y, especialmente como consecuencia del principio de autenticidad, el documento notarial tiene legalmente reconocida una eficacia privilegiada.

En rigor, los efectos privilegiados tienen su causa en la calidad del proceso de elaboración del documento notarial.

Como tiene reconocido el TS en sentencias de 20 de febrero de 1943, 3 de enero de 1947, entre otras, la escritura pública además de hacer prueba del hecho de su otorgamiento goza de la presunción de validez del negocio documentado, lo que explica sus importantes efectos.

En concreto, la escritura notarial:

1.º Es título legitimador de tráfico que legitima para el ejercicio de los derechos que constan en el documento.

2.º Es título inscribible en los Registros públicos.

3.º Es título traslativo del dominio y de la posesión, si de la misma escritura no se deduce claramente lo contrario (art. 1.462 C.c.).

4.º Es título ejecutivo (art. 1.429,1.º LEC).

5.º Es título que otorga determinada prioridad para el cobro de los créditos en él reconocidos (art. 1.924 C.c. y art. 913,4.º C.º de C.º).

6.º Y es título probatorio, susceptible de ser rebatido por prueba en contrario, con el alcance explicado anteriormente.

Estos efectos son tan conocidos como importantes para la vida jurídica. Lo que me interesa destacar aquí es que hoy más que nunca debe impulsarse la ampliación de esta eficacia tradicional de la función notarial y de su producto, la escritura, extendiendo la actuación notarial a la comprobación, en la medida de lo posible, de la verdad de las declaraciones de las partes.

Esta ampliación es una necesidad vital para el futuro del notariado, y así lo han comprendido todos los notariados modernos. La función notarial debe llegar lo más lejos posible en la comprobación de la verdad, de ahí que deban aplaudirse todas las reformas que sigan este camino, como sucede con la exigencia de acreditar ante el notario la existencia de la licencia de obra y el correspondiente certificado del arquitecto para la autorización de la escritura de obra nueva; o la acreditación ante notario de las aportaciones dinerarias al capital social en sociedades anónimas y limitadas o la dotación de las fundaciones; y, muy especialmente, la reciente normativa sobre colaboración entre notarías y registros, para la verificación de la titularidad y cargas registrales y la inmediata presentación de la escritura vía telefax.

A título de ejemplo de hasta dónde puede llegar la eficacia de la garantía notarial, citaré el sistema que sigue el notariado de Ginebra en las transmisiones inmobiliarias. En

dicho sistema, el vendedor proporciona al notario la documentación acreditativa de sus derechos, y el comprador deposita al notario el importe del precio de la compra proyectada. El notario examina la documentación y redacta la escritura. Una vez firmada ésta, el notario, en un brevísimo espacio de tiempo, procede a efectuar todos los trámites necesarios para la plena eficacia de la venta. Una vez inscrita la escritura y garantizada su total eficacia, el notario hace entrega al comprador de su título de propiedad y al vendedor del importe de la compraventa.

III. La función notarial y la protección del consumidor

A. Los mecanismos de protección del consumidor en la contratación en masa: la fase precontractual; la formalización del contrato; el período postcontractual.

66

Hechas estas consideraciones sobre la función notarial, pasemos ahora a estudiar su relación con la problemática de la defensa y protección de los consumidores y usuarios.

Como punto de partida expondré muy resumidamente los puntos claves de la protección del consumidor en la contratación, únicamente para facilitar una exposición sistemática, pues el desarrollo de la materia corresponde a otras ponencias.

Partiendo de la legislación vigente —especialmente del artículo 51 de la Constitución y de su desarrollo normativo realizado por la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, de 19 de julio de 1984 y por las Leyes promulgadas por las distintas Comunidades Autónomas— y ciñéndonos a lo que aquí interesa, que es la protección del consumidor y usuario en la contratación, de las citadas normas resulta que los derechos básicos del consumidor son, en esencia: 1) el derecho a la protección de sus legítimos intereses económicos; 2) el derecho a la indemni-

zación o reparación de los daños y perjuicios sufridos; y 3) el derecho a la protección jurídica, administrativa y técnica, en situaciones de inferioridad, subordinación o indefensión (art. 2,1.b), c) y f) de la LGDCU).

La protección de estos derechos fundamentales se instrumenta a través de diversos mecanismos (capítulos 3.º y 8.º de la Ley –“Protección de los intereses económicos y sociales” y “Garantías y responsabilidades”–) que actúan en diversas fases:

a) En la fase precontractual, la protección del consumidor se manifiesta en la exigencia de una INFORMACIÓN suficiente y veraz.

Un ejemplo claro lo proporciona el Real Decreto de 21 de abril de 1989, que detalla la información a administrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas. En el ámbito de la contratación bancaria tiene también especial interés el artículo 48,2 de la Ley 26/1988 de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, modificado por la Disposición Adicional segunda de la Ley 2/1994 de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios. Y en el ámbito comunitario destaca al respecto la Directiva 87/102/CEE de 22 de diciembre de 1986, modificada por la 90/88/CEE de 22 de febrero de 1990 sobre Crédito al Consumo.

El derecho a la información suficiente y veraz conlleva una especial valoración de la publicidad y de su efecto vinculante e integrador del contenido contractual.

Al respecto, el artículo 8,1 de la Ley atribuye al consumidor el derecho a exigir que las condiciones y garantías ofrecidas mediante la publicidad le sean realmente proporcionadas aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado. En este sentido, interesa recordar que nuestro TS, en sentencia de 27 de enero de 1977, dio valor vinculante para el constructor a la propaganda que realizó mediante folletos y planos presentados a efectos urbanísticos.

Igualmente la protección del consumidor ha motivado la

regulación de la publicidad engañosa y de la comparativa en los textos ya citados al comienzo.

b) En la fase *propia*mente contractual, la protección del consumidor se manifiesta, de un lado, en la necesidad de adoptar medidas que garanticen en lo posible la prestación de su consentimiento contractual de una forma libre, lo que implica tanto claridad y precisión en la redacción de las cláusulas del contrato como el conocimiento previo y suficiente de su contenido y de su transcendencia real; y de otro, en el respeto al principio de igualdad y equilibrio de los compromisos asumidos por las partes contratantes, con el consiguiente rechazo de las cláusulas abusivas y la exigencia de determinados requisitos para la validez de las condiciones generales, especialmente el de la buena fe y el del justo equilibrio de las prestaciones (art. 10.1.b).

68

Esta protección justifica la declaración legal de nulidad de las cláusulas de renuncia previa a los derechos reconocidos por la Ley y la sanción de nulidad de los actos en fraude de la Ley.

Para la efectividad de esta protección, según los artículos 23 y 24 de la LCU, la Administración debe promover y adoptar las medidas adecuadas para suplir o equilibrar las situaciones de inferioridad o indefensión en que puedan encontrarse, individual o colectivamente, el consumidor o usuario, tales como campañas de orientación, análisis de reclamaciones y quejas, organización y funcionamiento de oficinas y servicios de información, etc.

c) En la fase postcontractual, la protección del consumidor se traduce en el derecho de éste al cumplimiento del contrato en los exactos términos en que se celebró. A la seguridad de que lo firmado tendrá su realización práctica y, en su defecto, a la seguridad de contar con los medios suficientes para obtener una reparación de los posibles daños y perjuicios que el incumplimiento de lo pactado pueda ocasionarle.

Por ello, la Ley regula especialmente la garantía de buen funcionamiento en bienes de naturaleza duradera y la res-

ponsabilidad por daños. Además, el artículo 30 prevé la creación de un sistema de seguro obligatorio de responsabilidad civil derivada de los daños causados por productos o servicios defectuosos.

En esta fase destaca, por su especialidad, el llamado derecho de arrepentimiento, que se ha convertido en un instrumento de protección del consumidor ante su posible momentánea sugestión ejercida por las dotes del vendedor y las facilidades de pago ofrecidas. Este derecho, muy en boga en otros países, se introdujo en España por el artículo 8 de la Ley de Ventas a Plazos de bienes muebles, de 17 de julio de 1965, que condiciona su ejercicio a que se haya pactado, lo que, como dice EDUARDO POLO, resta a la norma casi toda su eficacia (25).

Hoy este derecho se trata de ampliar a otras hipótesis como la multipropiedad y, en general, a todos los contratos negociados entre distantes.

69

B. La función notarial como mecanismo general de protección de las partes contratantes y, en especial, del contratante más débil.

Pues bien, tal como resulta de lo hasta ahora expuesto, el actual sistema notarial hace posible la defensa de estos intereses y su protección en las distintas fases contractuales.

Pero no es menos cierto que el fenómeno de la contratación en masa provoca ciertas especialidades y es un auténtico reto o desafío para la subsistencia y desarrollo de la función notarial en los términos expuestos.

Si, como dice CARLOS SOLÍS VILLA (26), "la defensa de los consumidores se sitúa en el marco del tráfico mercantil masificado, de la contratación en serie, y esta modalidad de

(25) *Ob. cit.*, p. 60.

(26) *Cfr. ob. cit.* "La defensa de los consumidores y la función notarial", EDER-SA. Conferencia ASN de 19 de diciembre de 1986, pp. 63 y ss.

contratación es origen de grandes problemas cuando entra en contacto con la intervención notarial”, corresponde al notariado, por su propia razón de ser y existir, dar soluciones a estos problemas y alinearse con los movimientos de defensa del consumidor que pugnan por la adopción de mecanismos que protejan los derechos de aquél en la contratación, sobre todo frente a las cláusulas abusivas y las condiciones generales de contratación, figuras que poseen las notas comunes de ausencia de tratos preliminares y rígida prerredacción por una parte.

Las especialidades de la contratación en masa no deben dar lugar a problemas insuperables si se acepta como objetivo fundamental el encontrar y respetar un punto de equilibrio entre la tutela de la libertad de empresa y la tutela de los consumidores y usuarios.

70

Al tratar de estas especialidades y su incidencia en la función notarial, deben distinguirse dos supuestos distintos:

a) El de la contratación en masa realizada en base a unas circunstancias fácticas que puede excluir de hecho la intervención notarial.

b) Y el de la contratación en masa en la que la intervención notarial no sólo es posible sino incluso altamente recomendable.

En el primer supuesto encajaría la contratación llevada a cabo aplicando las nuevas tecnologías, especialmente la contratación entre distantes, a través de la tecnología informática, de la que les habrán hablado ya algunos de los ponentes que me han precedido. Lo que me interesa decir aquí es que el notario puede desarrollar un papel en esta contratación, realizada por ejemplo a través de Internet, si bien, hoy por hoy, estas técnicas de contratación, de origen anglosajón, se desarrollan al margen de la actuación notarial.

Es de prever que en un futuro, no muy lejano, la función notarial sirva también como instrumento de garantía en este tipo de contratación que está adquiriendo una gran importancia en el mercado de bienes y servicios, hasta el punto

de estar llamado a ser el sistema de contratación de mayor aplicación en el tercer milenio, especialmente a través de las redes informáticas de ámbito mundial.

Desde el punto de vista notarial no estamos ante una limitación o restricción del ámbito natural de nuestra actuación sino que, por el contrario, se trata de estudiar la posibilidad de ampliar la actividad notarial a este nuevo ámbito. Por ello, en materia de contratación a través de medios informáticos, existe hoy una Comisión de la Unión Internacional del Notariado Latino que estudia la adaptación del sistema notarial a las nuevas tecnologías.

Íntimamente relacionada con esta cuestión, aunque no plenamente coincidente, está la problemática de la contratación a distancia.

Si se examina el texto definitivo de la Directiva 97/7/CE, de 17 de febrero de 1997, se comprobará que la contratación en él regulada queda al margen de la actuación notarial, ya que por hipótesis la Directiva sólo es de aplicación a los contratos negociados a distancia entre un proveedor y un consumidor utilizando con carácter exclusivo las técnicas de comunicación a distancia, por lo que si ha habido contactos personales (o a través de apoderado, añadido yo) no resulta aplicable el régimen contenido en esta disposición comunitaria (27).

Creo que no es preciso insistir en lo insólito de una escritura notarial autorizada por notario y en cuyo otorgamiento no haya habido el menor trato ni contacto previo personal entre las partes o sus apoderados.

El segundo grupo de contratos en masa, que se otorgan por las partes en presencia notarial, es el que ahora nos interesa.

(27) Cfr. BOLÁS ALFONSO, Juan: "Les contrats négociés à distance et la portée de la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil concernant la protection des consommateurs". En *Notarius International*/Vol. 2/1997.

¿Cómo debe actuar el notario ante el esquema del contrato en masa y la estandarización actual fomentada desde los ámbitos económicos?

En principio la respuesta sólo puede ser una: el notario debe actuar como tal, es decir, como profesional del Derecho y funcionario público y extremar su celo en la protección de la parte contratante más débil.

Es decir, se trata de ser fieles a los principios examinados, que configuran el quehacer notarial.

No obstante, la contratación en masa dificulta la recta aplicación de algunos de dichos principios.

Destacaremos los siguientes aspectos:

1. Los principios de independencia e imparcialidad notarial, de los que deriva el derecho del consumidor a la libre elección de notario y la excepcionalidad de la firma de la escritura en lugar distinto del despacho notarial.

2. La función de información, asesoramiento, consejo y asistencia de las partes contratantes.

3. El control de la legalidad y de la redacción clara y precisa del documento notarial.

4. El control de la eficacia integral del documento y la responsabilidad civil por los daños causados por ignorancia o negligencia del notario.

Como vamos a ver, la normativa notarial vigente proporciona cierta base para la efectiva protección del consumidor, aunque son necesarias sin duda algunas reformas o modificaciones.

Seguiremos en la exposición el mismo orden cronológico: la fase precontractual; el otorgamiento de la escritura; la fase postcontractual.

a) *La fase precontractual y la protección del consumidor.*

Independencia e imparcialidad.

Ante todo, estamos totalmente de acuerdo con ANTONIO FERNÁNDEZ-GOLFÍN APARICIO cuando afirma que “la contratación sometida a condiciones generales exige una actitud especial del Notario, que ponga de relieve la INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD de su actuación” (28).

Pero la IMPARCIALIDAD notarial no es una actitud pasiva, limitada a la información aséptica de las partes, sino que es una imparcialidad activa, que trata de asegurar el equilibrio entre las partes contratantes o de compensar el inicial desequilibrio mediante la necesaria información y el asesoramiento legal.

La imparcialidad notarial tiene su apoyo en la independencia del notario. El notario no sólo goza de independencia en su actuación en relación con la Administración Pública y a diferencia de los demás funcionarios del Estado (tal como reconoce el artículo 1.º,4 del RN cuando afirma que “El Notariado disfrutará de plena autonomía e independencia”), sino que también ha de ser independiente de las partes, a diferencia del abogado.

No cabe el servilismo. Es más, en rigor, el notario no tiene “clientes”, pues se debe por igual a ambas partes contratantes.

La libre elección de notario.

Esta imparcialidad e independencia justifican el principio de libre elección de notario, principio que en materia de tráfico en masa debe ser matizado pues la elección debe corresponder siempre al contratante más débil, al consumidor.

(28) Cfr. FERNÁNDEZ-GOLFÍN APARICIO, Antonio: conferencia “Documento notarial y condiciones generales de la contratación”. En *Anales Academia Matritense del Notariado*. Tomo XXXIV, p. 227.

La problemática que plantea la libre elección de notario ofrece una doble perspectiva: como derecho del consumidor; y como mecanismo que estimula la libre competencia entre notarios.

a. *El derecho del consumidor a la libre elección de notario.*

Éste es uno de los puntos sobre los que los notarios estamos obligados a actuar más enérgicamente.

Los operadores económicos, que tienen una concepción simplista del notario como mero fedatario, no pueden entender la importancia del derecho a la elección del notario por el consumidor, derecho al que hacen renunciar en la correspondiente cláusula contractual alegando razones de eficacia y rapidez.

74

Pero si el notario no es un mero fedatario, si su actuación, su asesoramiento, su consejo puede conllevar importantes beneficios al consumidor, como parte débil, es claro que debe ser el consumidor quien en todo caso elija al notario. Todos los notarios son imparciales pero a nadie le gustan las imposiciones y menos al consumidor. Si queremos que la función notarial siga descansando en la relación personal de confianza notario-parte contratante, es indispensable respetar a ultranza el derecho a la elección de notario por el consumidor.

En la legislación vigente, conforme al artículo 142 del RN: "Los Notarios, en aras de su deber de imparcialidad, cuidarán de que se respete el derecho de libre elección de Notario.

En los actos y contratos que hayan de otorgarse por varias personas la elección del Notario corresponderá, en defecto de pacto, a quien de ellas deba satisfacer los derechos arancelarios notariales o la mayor parte de los mismos."

Pero como regla de especial interés para la materia que tratamos, añade el párrafo 3.º que, "No obstante lo dispuesto

en el párrafo anterior, en las transmisiones onerosas de bienes o derechos realizadas por quien se dedique a ello habitualmente o bajo condiciones generales de contratación, el derecho de elección de Notario corresponderá al adquirente, quien, sin embargo, no podrá imponer Notario que, por su competencia territorial, carezca de conexión razonable con alguno de los elementos personales o reales del negocio”.

Y advierte el párrafo siguiente que, “Los Notarios se abstendrán de facilitar toda práctica que implique la imposición de Notario por una de las partes con abuso de derecho, o de modo antisocial o contrario a las exigencias de la buena fe contractual”.

El sistema merece crítica y debe ser reformado, pues salvo que, como suele ser frecuente, sea el consumidor el que se haga cargo del pago de los honorarios de la escritura, la norma sólo protege su derecho en el campo del tráfico inmobiliario, al igual que ha hecho el Real Decreto de 1989. Sin embargo, la situación de desigualdad que justifica este derecho del consumidor, es semejante en otros campos, como sobre todo, en el de los préstamos y créditos. No obstante, el artículo 7.1 de la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, se remite a lo dispuesto en el Reglamento Notarial, por lo que resulta de aplicación el artículo 142 ya comentado.

En suma, para evitar forzar interpretaciones y aplicaciones analógicas, siempre discutibles, es imprescindible la reforma del sistema y la atribución al consumidor, en todo caso, del derecho a la elección de notario.

b. La libre competencia entre notarios.

El consumidor tiene derecho a elegir al notario que le parezca más idóneo, por su preparación técnica, su dedicación y atención personalizada, por su experiencia, o simplemente porque “le caiga simpático”.

Por ello, la libre elección de notario actúa como un acicate profesional para que el notario: 1) extreme su atención al consumidor; 2) organice su despacho, dotándolo de una infraestructura tecnológica moderna, para la mayor rapidez y eficacia de su servicio; y 3) se esfuere en estar al día en el estudio de las numerosas modificaciones legislativas que debe conocer para el mejor asesoramiento al consumidor.

Desde este punto de vista, la afirmación que tantas veces se hace de que “todos los notarios son iguales” es, a mi juicio, totalmente inexacta y responde a una visión muy limitada de la actuación notarial. La afirmación es exacta si atendemos exclusivamente a la dación de fe pública. Formalmente, la autorización notarial tiene el mismo valor sea quien sea el notario autorizante. Pero fuera de ello, la actuación notarial que precede al otorgamiento de la escritura y la que le sigue puede ser muy distinta según las características del notario elegido por el consumidor.

76

Y ya que hablamos de la libre competencia hay que destacar que cuando se estudia la función notarial en relación con el principio, hoy dogma, de la libre competencia, los economistas suelen afirmar tajantemente que se trata de un servicio privado en régimen de monopolio.

Para un economista, el servicio notarial es un servicio privado, pues el economista no atiende a la naturaleza de quien presta el servicio, sino a la forma en que se financia y por ello se habla de la prestación de un servicio privado en régimen de monopolio, pero esta visión desconoce que la prestación de la fe pública sólo puede realizarse a través de los funcionarios legalmente autorizados por el Estado, al igual que la Administración de la Justicia se encomienda exclusivamente a los jueces y tribunales, pues su objetivo es el logro del valor constitucional de la seguridad jurídica. Aplicar a la función notarial los esquemas del libre mercado supone desconocer la naturaleza y esencia de la función.

Estas afirmaciones merecen algún comentario más por nuestra parte.

— En primer lugar, en términos estrictos y respecto de la función notarial en sí misma, el ciudadano es libre de acudir o no a ella. Son contados los casos en los que la Ley exige el otorgamiento de una escritura notarial para la validez del negocio [1) donaciones de inmuebles, 2) hipotecas, 3) capitulaciones, 4) enfiteusis y 5) regularidad de sociedades mercantiles]. Así, por ejemplo, el ciudadano puede hacer un testamento ológrafo u otorgarlo ante notario, puede comprar y vender en documento privado, que seguido de la entrega transmite plenamente el dominio, puede prestar, arrendar, permutar, etc., sin necesidad de otorgar una escritura pública.

Si se acude al notario es para obtener un valor añadido, la seguridad jurídica, la plena eficacia del contrato, sus efectos privilegiados. Es decir, se utiliza el servicio notarial porque interesa, porque beneficia.

— En segundo lugar, es claro, al menos en mi opinión, que la función notarial no es una función mercantil, sujeta a las leyes del libre mercado, sino que por su naturaleza singular, pública y privada, presupone una delegación de la autoridad pública, por lo que sólo debe ser ejercida por quienes reúnan los requisitos establecidos por la Ley y con sujeción a las normas legales y reglamentarias.

Dicho de otra forma:

La fe pública no es una mercadería, es un instrumento para hacer efectivo el principio constitucional de seguridad jurídica, al servicio de todos los ciudadanos, y su ejercicio está sujeto a un régimen específico que conlleva diversas limitaciones al principio de libre competencia.

El establecer un sistema libre, basado especialmente en la ampliación de la competencia del notario a todo el territorio del Estado y en una libertad de honorarios, supondría dinamitar la función notarial y no conllevaría ningún beneficio para el consumidor. Me explicaré:

— De un lado, la función notarial, como función pública, en el aspecto fedante, debe regularse en atención a las necesidades de la sociedad, necesidades que sólo pueden cali-

brarse en base a un criterio territorial. Allí donde la contratación sea más voluminosa deben establecerse más plazas notariales y allí donde apenas exista contratación deben establecerse menos, pero sin abandonar las zonas deprimidas. Una libertad de competencia territorial implicaría la concentración notarial en las zonas más ricas con abandono de los ciudadanos y consumidores radicados en zonas deprimidas económicamente.

78

— Por otro lado, la actuación personal del notario, en su aspecto privado, como asesor, no guarda relación con el cobro de los honorarios pues (además de ser gratuita, en la medida que vaya dirigida al otorgamiento de una escritura pública) la experiencia demuestra que el ciudadano que acude al notario en busca de sus servicios [para, por ejemplo: 1) comprar una vivienda de segunda mano; 2) firmar unas capitulaciones matrimoniales; 3) otorgar su testamento; 4) donar a un hijo una finca adoptando, en su caso, las oportunas garantías y reservas en favor del donante; 5) resolver el reparto de una herencia; 6) estudiar si le interesa o no fundar una sociedad, y en caso afirmativo, determinar qué tipo social le conviene, anónima o limitada; 7) asesorarse sobre cómo iniciar el proceso de disolución o extinción social; 8) aceptar o no la oferta de ceder su vivienda en renta vitalicia, etc.] lo que desea es que el notario dé solución a su problema. El coste, si lo hay porque se otorgue la escritura pública correspondiente, le es conocido pues tiene la garantía de la aplicación del Arancel Notarial que el Gobierno establece y revisa periódicamente.

El ciudadano acude al notario no por razón de su coste sino por razón de la preparación técnica, por su experiencia y por la confianza que le merece.

En cambio, los grandes operadores económicos, que están siempre asistidos de una asesoría jurídica conforme a su volumen de negocio, sólo buscan en el notario su actuación puramente fedataria, incluso las advertencias notariales les son en ocasiones desagradables, pues pueden entorpecer sus

planteamientos y retrasar una operación. Estos operadores serían los únicos beneficiados de una libertad de tarifas pues siempre buscarían llegar a acuerdos globales con “su notario”, para la aplicación de tarifas reducidas a cambio de aportarle grandes “paquetes” de escrituras, con lo que la situación del consumidor se vería aún más perjudicada por la innegable situación de dependencia económica y servilismo en la que quedaría el notario frente al cliente poderoso.

No es de extrañar que el movimiento favorable a la aplicación al notario de los criterios propios del principio de libre competencia de mercado proceda siempre de las grandes instituciones económicas y de los grandes despachos jurídicos.

Nosotros creemos en la bondad del sistema actual, en el que, como dijimos, citando a ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS, el entrecruzamiento de lo público y lo privado, explica que el principio de libre competencia tenga sus limitaciones trándose del ejercicio de la actuación notarial, así:

a) Como fedatario:

1. La competencia del notario es territorial, y conforme al artículo 116 RN, “Los Notarios carecen de fe pública fuera de su respectivo distrito notarial, salvo en los casos de habilitación especial”.

Pero estas limitaciones no afectan para nada al consumidor, que puede acudir a cualquier notario de cualquier lugar (con muy pocas excepciones, especialmente en materia de actas), lo que supone la libre concurrencia entre todos los notarios.

2. La instalación del despacho está sujeta también a algunas limitaciones reglamentarias pero el notario es libre de organizarlo con los elementos personales y materiales que juzgue oportuno.

3. La prestación de la función notarial es obligatoria, pudiendo el ciudadano entablar un recurso de queja ante la denegación de la función.

4. Las ausencias, licencias, excedencias y jubilaciones se regulan reglamentariamente.

5. Y los honorarios del notario resultan de la aplicación del Arancel aprobado por el Gobierno.

b) Como jurista, profesional del Derecho, en su labor de asesoramiento y consejo, al margen de la escritura pública, como por ejemplo: la redacción de informes; dictámenes; redacción de estatutos; confección de documentos privados, etc., el notario actúa en régimen de libre competencia con otros profesionales jurídicos, y por ello, su actuación no tiene limitaciones territoriales y el notario tiene libertad para la fijación de sus honorarios.

El lugar de la firma de la escritura.

— Aunque la firma no es fase precontractual debemos referirnos aquí a una cuestión íntimamente ligada con la de la independencia e imparcialidad del notario cual es la relativa al lugar de la firma de la escritura pública.

80

La firma del documento en las oficinas de la entidad prepotente, generalmente exigida por pretendidas razones de rapidez y eficacia o por falta de suficientes apoderados, es claramente negativa para la imagen de independencia e imparcialidad que debe reflejar en todo momento la actuación notarial.

A mi juicio, únicamente será admisible si previamente al acto de la firma se ha dado esa relación personal notario-consumidor, de manera que el consumidor haya podido mantener las necesarias entrevistas y conversaciones con el notario que le lleven a conocer con antelación el contenido íntegro del documento, debidamente explicado por el notario. En esta hipótesis, el acto de la firma será sólo el momento final en el que se presta un consentimiento libremente formado.

Pero seamos sinceros, en la práctica actual las cosas no son así, FERNÁNDEZ-GOLFÍN nos dice que, “Las especiales características del tráfico en masa hacen que el acto del otorgamiento constituya para una de las partes —el empresario—

un acto rutinario, en el que lo único que le preocupa es el examen de los elementos esenciales del contrato, porque el resto ya se lo sabe, mientras que para la otra parte —el consumidor— puede convertirse en una tortura encontrarse ante un texto largo, desconocido, farragoso y en algunos casos de difícil comprensión. Si a eso añadimos que el momento del otorgamiento provoca en muchas ocasiones para el contratante débil o inexperto, una presión psicológica que le dificulta solicitar con espontaneidad y confianza aclaración a sus dudas o desconocimientos, el panorama no puede ser más desolador...” (29). Y digo yo, así las cosas, el panorama será aún peor, si cabe, si la firma tiene lugar en la sede de la entidad.

Por ello, con esta práctica debe terminarse cuanto antes.

En este punto, tiene especial interés el acuerdo de la Junta Directiva del Colegio Notarial de Sevilla, que en 1993 prohibió la firma de las escrituras de préstamos y créditos en las oficinas bancarias. La Junta argumentó que, de un lado, el desplazamiento del notario a la oficina bancaria suponía un aumento de los gastos de escrituración a cargo del consumidor, y, de otro, que podía provocar el que se confundiera a los notarios con empleados del banco y se desfavoreciera el derecho de los consumidores a elegir notario. El acuerdo fue recurrido por las entidades bancarias alegando que la Junta Directiva del Colegio no tenía potestad para adoptar este tipo de decisiones; que se discriminaba a los bancos, en contra de la legislación notarial; y que el hecho de que las escrituras se firmaran en las oficinas del banco no tenía nada que ver con la protección de los consumidores.

El acuerdo de la Junta Directiva ha sido confirmado por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía que acepta sus argumentaciones y matiza que, en estos casos, la discriminación se produce pero no en perjuicio del banco sino

(29) *Cfr. ob. cit.*, p. 231.

del consumidor en cuanto que la firma en las oficinas del banco supone “una situación de distinción” del Banco con respecto de los consumidores, ciertamente contraria al verdadero principio de igualdad.

La solución, como he dicho, consiste en generalizar el procedimiento establecido por el artículo 7.2 de la Orden de 5 de mayo sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.

El sistema es el siguiente: 1) La entidad remite al interesado una oferta vinculante en la que se fijan con precisión los requisitos y condiciones esenciales de la operación; 2) El notario recibe la documentación del banco con la minuta de la escritura, y redacta un proyecto; 3) Durante los tres días hábiles anteriores al otorgamiento, el prestatario, tal como le habrá indicado el banco en la oferta vinculante, tiene derecho a examinar el proyecto de escritura en el despacho del notario. Este derecho supone, obviamente, el de solicitar las aclaraciones y explicaciones oportunas, que el notario hará en el ámbito de su obligación legal de asesoramiento imparcial; 4) El prestatario puede hacer uso o no de este derecho, lo que se indicará en la escritura. Pero si renuncia a este derecho, dicha renuncia ha de ser expresa y la escritura deberá autorizarse en la propia notaría, haciendo constar en ella tanto la renuncia como el hecho de que el otorgamiento tiene lugar en el despacho del notario autorizante.

82

Información, asesoramiento, consejo y asistencia.

De lo hasta ahora expuesto se colige la gran importancia que para el consumidor tiene, en la fase precontractual, la labor de información y asesoramiento realizada por el notario-jurista.

En efecto, el notario, como fedatario, se limita a dar fe, y su obligación es la de ser veraz; el notario, como documentador, debe redactar el documento de forma imparcial,

sin dar preponderancia a la voluntad de una de las partes sobre la de la otra; pero el notario, como jurista, intérprete, asesor o consejero legal, debe suministrar el asesoramiento que cada una de las partes necesite, atendiendo a sus respectivas circunstancias, por lo que dicho asesoramiento, siendo imparcial supone una actividad que redunde de forma desigual en las partes otorgantes.

En este sentido se pronuncia el artículo 147 RN cuando establece en su párrafo 3.º que, “Sin mengua de su imparcialidad, el Notario insistirá en informar a una de las partes respecto de las cláusulas propuestas por la otra y prestará asistencia especial al otorgante necesitado de ella”.

Este precepto de alcance general es especialmente importante tratándose de contratos de adhesión o de contratación sujeta a condiciones generales, pues la parte prepotente lo que trata precisamente es de eliminar todo control o intromisión en la aplicación de su ley, que es la ley del más fuerte.

De esta norma resulta el deber del notario no sólo de informar sino de prestar especial asistencia al otorgante necesitado de ella.

1) Informar es dar noticia, comunicar. 2) Asesorar es explicar el alcance de la Ley y proporcionar u ofrecer las posibles soluciones legales para satisfacer el deseo de las partes. 3) Aconsejar es una función más comprometedora, es destacar la solución más conveniente a juicio del notario. 4) Asistir es algo más, es “acentuar” el deber de consejo en favor de quien está más necesitado de él y es también “colaborar” en todo lo necesario para que el consumidor se beneficie de la plenitud de efectos de la escritura pública, lo que abarca incluso los trámites posteriores al otorgamiento.

La utilidad de la información y asistencia notarial ha sido reconocida explícitamente por la ya citada resolución del Parlamento Europeo, de 18 de enero de 1994, que afirma que la función notarial es garante de la equidad contractual, de la seguridad jurídica y del asesoramiento imparcial, gra-

cias a su imparcialidad, los notarios garantizan la igualdad de las partes y se aseguran de su perfecta comprensión y acuerdo sobre las disposiciones del documento.

La información y asesoramiento imparcial e independiente que proporciona el notario en los términos indicados, encaja perfectamente en el mandato del artículo 2.º LCU que como vimos, incluye entre los derechos de los consumidores y usuarios “la protección jurídica, administrativa y técnica en las situaciones de inferioridad, subordinación o indefensión”.

En suma, la función social del notario se hace patente mediante este asesoramiento imparcial compensador y equilibrador.

b) *La fase contractual.*

84

Averiguada la verdadera voluntad de las partes, el notario deberá redactar o controlar la redacción del documento, velando por el respeto a la legalidad vigente a la que aquella voluntad debe adecuarse.

Control de la legalidad y de la redacción clara y precisa de las cláusulas.

El control de la legalidad y la redacción del documento ajustada a la misma están contemplados por los artículos 145 y 147 del RN ya comentados.

Conforme resulta del artículo 145,2 “... el Notario no sólo deberá excusar su ministerio, sino negar la autorización notarial cuando, a su juicio... el acto o el contrato en todo o en parte sean contrarios a las leyes, a la moral o a las buenas costumbres o se prescinda por los interesados de los requisitos necesarios para la plena validez de los mismos”.

Y, por su parte, el artículo 147 obliga al notario a la redacción del instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes, adecuada al ordenamiento jurídico.

¿Cómo encajan estas normas en la contratación en masa, basada primordialmente en contratos de adhesión y condiciones generales?

—Tratándose de condiciones generales, tal como resulta del artículo 10.1 de la LCU y del artículo 5.º de la Directiva, dichas condiciones han de incluirse en el momento de forma completa y su redacción ha de ser concreta, clara y sencilla. Estas normas, en principio, no nos deben plantear ningún problema, incluso nos recuerdan al artículo 148 RN cuando exige que los instrumentos públicos se redacten “empleando en ellos estilo claro, puro, preciso, sin frases ni término alguno oscuros ni ambiguos, y observando, de acuerdo con la Ley, como reglas imprescindibles, la verdad en el concepto, la propiedad en el lenguaje y la severidad en la forma”.

Pero lo cierto es que, en la práctica, la redacción de las cláusulas y condiciones no es suficientemente clara, sino que por el contrario puede dar lugar a problemas interpretativos y a discusiones posteriores sobre su ajuste o no a la legalidad. De hecho, la realidad demuestra que hay sectores, como el de la contratación bancaria, que presentan un índice de conflictividad superior al que sería deseable (30).

Desde la perspectiva notarial, como dice FERNÁNDEZ-GOLFIN, ¿cuántas veces nos encontramos los notarios con cláusulas, especialmente en los contratos de préstamo o crédito, totalmente vagas y confusas? ¿Puede y debe el notario reaccionar ante este tipo de cláusulas? ¿Cómo?

(30) Las operaciones bancarias más conflictivas son las relacionadas con préstamos y créditos. En 1996 las reclamaciones contra bancos y cajas por parte de los consumidores, contratantes de aquellas operaciones, supusieron cerca del 49% y aumentaron un 4,9% respecto de 1995. Según datos tomados del informe publicado en la revista *Inversión*, n.º 204, 25 de julio de 1997, las reclamaciones dirigidas al Defensor del Cliente —si la entidad cuenta con esta figura— y posteriormente al servicio de reclamaciones del Banco de España, giraron principalmente en torno a las revisiones de tipo de interés, a raíz del descenso de los tipos de referencia, las liquidaciones de créditos, comisiones aplicadas a cancelaciones anticipadas, etc.

La primera pregunta tiene fácil respuesta: puede y debe.

El notariado debe reaccionar y ser beligerante en defensa de los derechos del consumidor, va en ello la propia esencia de la función notarial y su futuro. El mismo autor nos dice lo siguiente: “Si la rapidez exigida por el tráfico en masa descansa en la estandarización, prerredacción e imposición de las cláusulas contractuales, ¿qué sentido tiene la actuación notarial?, ¿qué otro sentido puede tener la actuación notarial que no sea la de mero autenticador o mero fedatario? (31).

Dicho de otra forma, si como afirma la Directiva de 5 de abril de 1993, “los adquirentes de bienes y servicios deben estar protegidos contra el abuso de poder del vendedor o del prestador de servicios, en especial, contra los contratos de adhesión y la exclusión abusiva de derechos esenciales de los contratos”, ¿qué sentido puede tener la actuación del notario si queda reducida a la meramente fedataria?

La pregunta que no tiene fácil respuesta es la de cómo ha de reaccionar el notario en el día a día de su quehacer profesional. Y la respuesta no es sencilla porque el notario precisa del adecuado apoyo normativo que le permita una actuación fiscalizadora de la legalidad, y, en su caso, el rechazo de las cláusulas abusivas, en los contratos de adhesión, y de determinadas cláusulas incluidas en las condiciones generales de la contratación. El notario carece de *imperium* y su fuerza está en la Ley. Pero, hoy por hoy, la normativa vigente en la que puede apoyarse el notario en su función de control de legalidad es imprecisa y notablemente insuficiente.

Sólo hay dos campos concretos, el de la adquisición y arrendamiento de viviendas y el de los préstamos y créditos hipotecarios, respecto de los que existen normas específicas

(31) FERNÁNDEZ-GOLFÍN APARICIO, Antonio. *Ob. cit. Anales AMN*. Tomo XXXIV. Conferencia de 17 de marzo de 1994. p. 210.

que permiten al notario contar con una base objetiva en la que apoyar su labor de defensa del consumidor.

Nos referimos, claro está, a los ya citados Real Decreto de abril de 1989, y a la Ley 2/1994 de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, y a la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.

No es el momento de desarrollar aquí estas normas, alguna de las cuales, como el Real Decreto de 1989, ha sido ya estudiado por LORA-TAMAYO en la primera ponencia de la mañana.

Respecto de los préstamos hipotecarios, únicamente recordar cómo la normativa concreta 1) las tarifas de comisiones por cancelación anticipada, que no podrá superar el 1% en los préstamos a interés variable; 2) la comisión de apertura en los préstamos sobre viviendas que se devengará de una sola vez y englobará cualesquiera gastos de estudio, de concesión o tramitación del préstamo hipotecario; 3) la exigencia de que las restantes comisiones y gastos repercutibles a cargo del prestatario respondan a la prestación de un servicio específico distinto de la concesión o de la administración ordinaria del préstamo; 4) los índices o tipos de referencia utilizables; y 5) la entrega previa de una oferta vinculante, a la que ya nos hemos referido y cuya exhibición al notario es imprescindible para que éste proceda a autorizar la escritura.

La concreción de la normativa permite que el notario desarrolle plenamente su función asesora y de control de la legalidad.

Incluso se indican reglas sobre el contenido y estructura de la escritura, en la que deberán figurar las cláusulas financieras con el orden y contenido prefijado por la norma y de forma separada de las restantes cláusulas contractuales, sin que éstas últimas puedan desvirtuar el contenido de aquéllas sin perjuicio del prestatario.

Fuera de ello, la normativa general, contenida en la LCU, adolece de falta de concreción, ya que en unos casos seña-

la cláusulas concretas que deben considerarse nulas por abusivas, pero en otros casos establece criterios excesivamente vagos, lo que impide que ante determinada cláusula, de discutible validez, el notario pueda, por ser su opinión personal, rechazarla o negarse a autorizar la escritura.

Ésta es sin duda la principal problemática que plantea la inclusión en la escritura de las condiciones generales previstas en el contrato, que es la hipótesis por excelencia tratándose de contratación en masa, bien sea porque se presenta al notario una minuta o documento privado para que lo copie en la escritura o bien porque las partes se limiten a elevar a escritura pública el documento privado previamente suscrito entre ellas.

— En lo que se refiere al otorgamiento según minuta, tal como resulta del citado artículo 147 RN, subsiste la obligación del notario de indagar la voluntad común de los otorgantes y de adecuarla al ordenamiento jurídico. Pero, además, y en estos casos, el notario está obligado:

— De un lado, a insistir en informar a una de las partes respecto del alcance de las cláusulas propuestas por la otra.

— Y de otro, a consignar en el texto del documento que éste ha sido redactado conforme a minuta y la parte de quien procede ésta y si la misma obedece a condiciones generales de su contratación.

Es obvia la necesidad de cumplir rigurosamente con estas exigencias para la efectividad de la protección del consumidor que, por supuesto, no es quien habrá presentado la minuta al notario, sino que se habrá limitado a prestar su conformidad a la minuta redactada unilateralmente por la parte prepotente.

Pero aunque, como dijimos, por aplicación del mandato del artículo 145 RN el notario deberá rechazar la inclusión de toda aquella cláusula contenida en la minuta que sea contraria a las leyes, la dificultad surge, como hemos adelantado, porque el criterio de la LCU es en ocasiones demasiado vago, como cuando se refiere a las cláusulas contra-

rias a la buena fe y al justo equilibrio de las contraprestaciones por lo que, en la práctica, es muy difícil que la inclusión o exclusión de una cláusula concreta quede al libre criterio y valoración subjetiva del notario.

Son muchos los ejemplos de cláusulas de difícil valoración, como: las cláusulas que pudieran considerarse abusivas; o las cláusulas que imponen incrementos de precios por servicios que no correspondan a prestaciones adicionales. Dentro de éstas suelen incluir los autores la cláusula por la que se obliga al deudor en los préstamos hipotecarios a contratar un seguro de daños, que incluso, en ocasiones, se exige que sea con determinada compañía; la exigencia de retenciones o depósitos desproporcionados; la exigencia de garantías desproporcionadas; la imposición al prestatario del pago de tributos presentes y futuros que graven el capital e intereses, sin especificación de los mismos, etc.

No hay problema cuando la normativa vigente prevé la nulidad de ciertas cláusulas concretas.

Así, el artículo 10 de la LCU y el citado RD de 21 de abril de 1989 sobre protección del consumidor en cuanto a la información a facilitar en la compraventa y arrendamiento de vivienda, contienen determinadas cláusulas objetivas que el notario sí que puede valorar, tales como:

1. Omisión de tipo de interés anual en caso de aplazamiento del pago del precio en la compraventa.

2. Cláusulas que faculden al vendedor a incrementar el pago aplazado del bien.

3. Cláusulas que otorguen a una de las partes la facultad de resolver discrecionalmente el contrato.

4. Limitaciones absolutas de responsabilidad frente al consumidor.

5. Inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor.

6. Imposición de renunciaciones a los derechos del consumidor y usuario reconocidos en la Ley.

7. En la primera venta de viviendas, la estipulación por la que el comprador haya de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al vendedor.

Igualmente, la concreción de la Orden de 5 de mayo de 1994 permite delimitar el ámbito del asesoramiento y control de legalidad notarial en las escrituras de los préstamos hipotecarios a que dicha Orden se refiere, que establece un listado de deberes, que deben entenderse mínimos, de información asesora. El notario debe comprobar si existen discrepancias entre las cláusulas financieras de la oferta vinculante y las del documento contractual, advirtiéndolo, en su caso, al prestatario de dichas diferencias y de su derecho a desistir de la operación; controlar los índices o tipos de interés variable; comprobar el TAE; comprobar si existen límites del tipo de interés, al alza o a la baja... etc.

90 Tratándose de cláusulas concretas, cuya nulidad está expresamente prevista en la Ley, la posición del notario es clara, debe rechazar su inclusión en la escritura o denegar la autorización de la escritura por ser el contrato, en todo o en parte, contrario a las leyes, en especial, por lo que se refiere a los casos que nos ocupan, a las disposiciones de la LCU.

Pero en los demás casos la posición del notario es muy delicada. Podría negarse a la autorización notarial provocando, en su caso, un recurso de queja ante la DGRN que deberá determinar si está o no justificada la negativa. Pero la realidad demuestra que en muchos casos es peor el remedio que la enfermedad. En efecto, si, como sucede en la mayoría de las ocasiones, el consumidor necesita celebrar el contrato y está de acuerdo, en lo esencial, con su contenido, la negativa a autorizar la escritura le ocasionará más inconvenientes que ventajas, pues el trastorno de la no adquisición del bien o la no obtención del préstamo será superior a las ventajas que puedan derivarse de la mayor claridad de algunas de las cláusulas.

Además, la intervención notarial permitirá que el consumidor se acoja al principio de *in dubio contra stipulatorem* (art. 1.288 Código civil) y le deja expedita la posible reclamación e incluso la declaración judicial de ineficacia parcial del contrato.

Por ello, una vez más comparto las afirmaciones de FERNÁNDEZ-GOLFÍN (32), que al concluir su estudio sobre el control notarial de las condiciones generales, señala lo siguiente: "... la intervención notarial y la plasmación en documento público no tiene la virtud taumatúrgica de convertir un contrato sometido a la disciplina de las condiciones generales, en un contrato individual. Nuestra actuación permitirá hacer desaparecer de la contratación cláusulas nulas, permitirá dar mayor claridad al contrato, permitirá excluir alegaciones de ignorancia, error e incluso ligereza por parte del adherente, permitirá convertir al cliente en un cliente informado, permitirá afirmar que todas las cláusulas han sido consentidas, pero aun así será un cliente informado que además y no obstante el consentimiento prestado, goza de la especial protección que le ofrece la normativa de condiciones generales y por tanto, el beneficio de la interpretación contra proferentem, de la prevalencia de las condiciones particulares sobre las generales, de la condición más beneficiosa y sobre todo, del juego de la nulidad parcial y de la integración del contrato con las reglas del Derecho dispositivo, si bien el campo de aplicación de tales reglas habrá quedado muy reducido al excluirse del mismo las condiciones generales y las dispositivas".

En suma, sin perjuicio de su labor de convicción y de las sugerencias que el notario debe hacer para evitar la incorporación de estas cláusulas, la postura notarial ante los casos dudosos es la de advertir al consumidor del posible carácter abusivo de las cláusulas contenidas en los contratos así como de su posible ineficacia o nulidad.

(32) *Ob. cit. fine.*

Y esta es la tesis que se refleja también en el dictamen relativo al anteproyecto de Ley de las Condiciones Generales de la Contratación, emitido por el Consejo de Estado el 24 de julio de 1997, que en el punto que nos ocupa dice lo siguiente:

“... tanto los notarios como los registradores de la propiedad deben calificar la legalidad del negocio jurídico; tal calificación llevará a que en determinados casos el primero no autorice y el segundo no inscriba. Pero en los casos dudosos el control de contenido debe corresponder a los jueces y no a los notarios ni a los registradores de la propiedad por mucho que el control preventivo que aquéllos realicen y la intermediación de los otorgantes contribuya a frenar la incorporación de este tipo de cláusulas. En otro caso, podría estar conculcándose el debido respeto a la libertad contractual y a la tutela judicial de los derechos”.

92 — Lo dicho resulta también de aplicación al supuesto de que lo que se entregue al notario sea el contrato privado previamente suscrito por las partes que desean únicamente elevarlo a público.

También en este caso resultan plenamente aplicables las exigencias contenidas en el citado artículo 147 del RN (adecuación de la voluntad al ordenamiento jurídico, información y asesoramiento respecto al alcance de la redacción, constatación en la escritura de la parte que redactó unilateralmente el documento, etc.).

La diferencia práctica consiste en que el documento privado, por razón del tiempo pasado en que se redactó y firmó, suele ser incompleto y estar falto de algunas precisiones exigidas por la ley vigente en el momento de elevarlo a escritura pública. Por eso el notario debe efectuar una labor de integración, con el consentimiento de las partes y frecuentemente la escritura no coincide exactamente con el documento que se eleva a público.

Finalmente, el asesoramiento, control de legalidad y redacción del documento por el notario, como autor y res-

ponsable del mismo, se completa en el momento de la firma de la escritura con la lectura de ésta, que ha de ser una lectura explicativa, adaptada a la cultura de las partes, para que ninguna de ellas abrigue dudas de los compromisos y derechos que adquiere.

c) *La fase postcontractual.*

El control de la eficacia integral del documento.

Ya conocemos la eficacia privilegiada del documento notarial. Pero dado que la plena eficacia de la escritura requiere en muchas ocasiones la realización de diversos trámites posteriores, la función notarial no termina con la autorización del documento sino que, además de su obligación de conservar el protocolo, guardar su secreto y expedir copias a las partes, el notario debe “asistir” al consumidor en la gestión de la escritura ante las oficinas liquidadoras del impuesto y ante los registros públicos.

93

La legitimación del notario para la práctica de esta labor de asistencia en la tramitación o gestión de las escrituras notariales ha sido reconocida expresamente por el TS, que en sentencia de 14 de mayo de 1970 se refirió a esa práctica notarial “tan antigua como su misma Ley y tan transcendente como su alto destino, la mayor eficacia del documento notarial” (33).

La responsabilidad civil.

Finalmente, como dijimos, la seguridad jurídica preventiva que deriva de la actuación notarial se completa con la seguridad económica o cobertura de los daños y perjuicios que pudieran derivarse para el consumidor por una actuación negligente del notario.

(33) Cfr. CUENCA ANAYA. *Ob. cit.*, 1989, p. 36.

A ello obedece el principio de responsabilidad civil del notario.

Dicho principio está sancionado por el artículo 146 RN, cuyo párrafo 1.º dispone que: “El Notario responderá civilmente de los daños y perjuicios ocasionados con su actuación cuando sean debidos a dolo, culpa o ignorancia inexcusable. Si pudieren repararse, en todo o en parte, autorizando una nueva escritura el notario lo hará a su costa, y no vendrá éste obligado a indemnizar sino los demás daños y perjuicios ocasionados”.

Para la efectividad de este principio existe una Sección de Seguro de Responsabilidad Civil, dentro del Consejo General del Notariado, y los notarios tienen contratado un seguro cuya cobertura tiende cada año a incrementarse para garantía de los posibles perjuicios causados al consumidor por la actuación notarial.

IV. Conclusiones

Llegado a este punto, debemos terminar para no agotar su paciencia. Pero quisiera, a modo de síntesis, pergeñar algunas conclusiones no exentas de autocrítica.

1.º Los notarios somos conscientes de la necesidad de contribuir con nuestra actuación a hacer efectiva la debida protección de los derechos del consumidor, lo que es perfectamente posible al ser la función notarial un mecanismo de seguridad jurídica preventiva, que proporciona certeza y autenticidad a las relaciones jurídicas evitando o disminuyendo la litigiosidad o, en su caso, allana el camino de las reclamaciones judiciales.

2.º La actuación del notario ha de ser plena, integral, abarcando información, asesoramiento, consejo, adecuación, control de la legalidad y de la redacción clara y precisa de

las cláusulas contractuales, porque la función notarial limitada a la actuación fedataria y a la meramente documentadora, no responde a la esencia del sistema notarial latino ni protege suficientemente los derechos del consumidor.

El carácter complejo de la profesión notarial, derivado de la convergencia de aspectos públicos y privados, que hacen del notario un profesional “oficial” o un profesional fedatario, o si se prefiere un funcionario-profesional, dota a la actuación notarial de unos efectos especiales que constituyen un mecanismo apto para la defensa del consumidor.

3.º Debe extremarse la actuación personal, evitando deshumanizar la relación notario-consumidor haciendo ver a éste que los notarios no son máquinas productoras de documentos, sino instrumentos de información y de asesoramiento imparcial que equilibran su situación de desigualdad frente a la parte prepotente.

95

4.º Consecuentemente y dado el carácter imparcial de la actuación notarial, debe mantenerse a todo trance el derecho del consumidor a la libre elección de notario.

5.º La actuación notarial tiene que producirse en un ambiente que aleje toda suspicacia de parcialidad o servilismo del notario, y, por ello, dicha situación debe tener lugar en el despacho notarial y no en la sede de la parte prepotente.

6.º El notario debe extremar su celo en cuanto a los contratos redactados según minuta proporcionada por las entidades y empresas dedicadas al tráfico en masa, resistiéndose a adoptar el papel de mero fedatario al que dichas empresas intentan relegarlo.

7.º Por las mismas razones, el notario debe efectuar una verdadera labor de información huyendo del recurso mera-

mente formal de constatar en la escritura que se han hecho las oportunas advertencias legales, recurso que se emplea a modo de lavatorio de Pilatos (34), pues dichas advertencias y reservas legales en ocasiones más que implicar una verdadera información al consumidor son un mecanismo para tratar de diluir la responsabilidad del notario en lugar de responder a una verdadera información completa en favor de la parte que más la necesita.

8.º El servicio que el notario latino presta al consumidor ha de ser lo más amplio posible y por ello:

— De un lado debe comprender tanto la fase prenegocial como la negocial y la postnegocial, abarcando, en su caso, la inscripción del documento en los registros públicos y la liquidación de los impuestos correspondientes.

96

— Y de otro, debe ampliarse su ámbito de actuación para que no quede limitado a la realidad formal escriturada sino que abarque también la realidad material. Por ello debe ser bien recibida toda reforma que suponga un reforzamiento de la garantía material, como ha sido el caso de la exigencia introducida por la Ley catalana de la Vivienda (art. 15, Ley 24/1991 de 29 de noviembre) de que a la escritura de transmisión de vivienda se acompañe el testimonio de la carta de garantía.

9.º La seguridad jurídica que deriva de la actuación notarial se completa con la seguridad económica amparada por la responsabilidad económica del notario frente a los perjuicios que su actuación negligente puede provocar a los contratantes. El notario debe, en garantía del consumidor, y como cierre completo de un sistema de garantías, ampliar al máximo la cobertura del seguro de responsabilidad civil, de manera que la firma de la escritura equivalga a la absoluta garantía para el consumidor: garantía jurídica, por las virtu-

(34) *Cfr. CUENCA ANAYA, ob. cit., p. 40.*

des del sistema; y garantía económica como complementaria y subsidiaria de aquélla.

10.º Se hace necesaria la modificación de la normativa vigente para dotar al notario de apoyo legal concreto que le permita actuar con cierto *imperium* frente a la parte prepotente.

Para que nuestra labor sea realmente eficaz es necesario llevar a cabo la necesaria adaptación y reforma de los textos legales que rigen la función notarial. Es necesaria una reforma legislativa que sirva de apoyo legal a la actuación notarial, asesora, imparcial e independiente, eficaz instrumento a cuyo cobijo se sienta protegido el consumidor frente a la actuación prepotente de la otra parte contratante.

Mientras que no se realice la deseada reforma, las Juntas Directivas de los Colegios Notariales deben hacer uso de las facultades que les confiere el artículo 327 del RN cuando incluye entre las obligaciones de aquéllas “disponer lo conveniente sobre la práctica documental a fin de que, sin menoscabar la libertad de los Notarios, se procure alcanzar la mayor seguridad jurídica y el más correcto equilibrio contractual”.

En suma, sólo cumpliendo debidamente con nuestra función asesora, documentadora y fedante se explica la utilidad de la actuación notarial y sólo así se explica que algunos textos legales vean en la actuación notarial un mecanismo suficiente para proteger por sí solo los derechos del consumidor, como es el caso, por ejemplo, de la Ley de 21 de noviembre de 1991, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, que excluye del régimen especial de protección “los contratos documentados notarialmente” (art. 2.5).

Recapitulación final.

Recapitulando a modo de recomendaciones a los notarios de nuevo ingreso que son el futuro de nuestra profesión:

a. Frente a MASIFICACIÓN: actuación personal, indelegable, y accesible a cualquier ciudadano con mantenimiento a ultranza del derecho a la libre elección del notario por el consumidor.

b. Frente al SERVILISMO: independencia e imparcialidad.

c. Frente al DESEQUILIBRIO Y DESIGUALDAD DE LAS PARTES: asesoramiento notarial “compensador” tanto en el momento del otorgamiento de la escritura como en la fase previa de preparación y redacción de sus cláusulas y en la fase posterior.

d. Frente a CLÁUSULAS ABUSIVAS: control de la legalidad y rechazo de las cláusulas nulas.

e. Junto a la GARANTÍA FORMAL:

* Garantía real, abarcando los aspectos materiales esenciales, realidad de la finca, inexistencia de cargas, realidad de la entrega del precio, existencia de las autorizaciones administrativas complementarias, etc.

* Y complemento de la seguridad jurídica con la seguridad económica derivada de la existencia de una amplia cobertura de riesgos imprevistos a través del seguro de responsabilidad civil.

Y todo ello debe trascender al consumidor. El consumidor debe saber y conocer la utilidad de la función notarial superando recelos humanamente justificables y provocados por la apariencia derivada de la actuación fedataria en el tráfico en masa. El consumidor que sólo ve al notario en el momento de la firma, que no entiende los aspectos técnicos

que el notario comenta con la parte prepotente y que, para más inri, firma en la sede de ésta, ve en el notario un mero fedatario que le lee algo que no entiende, y por lo que le hará llegar una minuta de honorarios que el consumidor paga sin comprender. El consumidor debe saber y tener motivos para saberlo, que el notario es todo lo contrario, es un jurista altamente especializado, un profesional que está a su servicio, y que le va a proporcionar un bien de gran valor económico, la seguridad de que lo contratado es exactamente lo deseado y que se llevará a cabo en los términos preestablecidos en las escrituras reduciéndole notablemente los riesgos de una conflictividad ante los Tribunales de Justicia, y, en el peor de los casos, le proporciona armas importantes para allanarle el camino en sus reclamaciones.

Por ello, es imprescindible llevar a cabo una tarea de información, dirigida al gran público en la línea que, como dijimos al comienzo, está siguiendo el notariado europeo. Igualmente, es especialmente importante la colaboración personal e institucionalizada del notariado con los organismos de defensa e información del consumidor.

Y nada más, muchas gracias por su atención y disculpen si abusé de su paciencia.

LA MODIFICACIÓN DEL NÚMERO 3 DEL ARTÍCULO 1.732 DEL CÓDIGO CIVIL

JOSÉ MARÍA CABRERA HERNÁNDEZ

Notario

101

En una reunión de compañeros notarios ha sido objeto de atención esta modificación y su repercusión en el problema sobre si es posible o no el otorgamiento por persona capaz, de poder en el que prevea la futura actuación de otra persona en su nombre y representación para un tiempo en que no sea plenamente capaz el poderdante.

Ha sido y es constante la preocupación del ser humano por prever, organizar y estructurar su patrimonio no sólo en el tiempo presente, sino también para el futuro y aun para después de su desaparición de la faz de este mundo, cuando ocurra su fallecimiento.

Y es que el hombre es el único ente vivo para el que el categorema temporal, en términos kantianos, es cognoscible y mensurable, midiendo su discurrir vital a través del

mismo, remontándose a su pasado, del que procede el presente, que llevará inexorablemente al futuro. Y como con su trabajo, afanes e inteligencia ha logrado en el tiempo pasado constituir un patrimonio más o menos importante, desea continuar influyendo y determinando en su devenir, tomando las oportunas medidas para salvaguardarlo, conservarlo, agrandarlo o transmitirlo.

El Derecho, consciente del problema, ha dado solución a esta preocupación de futuro, reconociendo lo legítimo de la misma y adscripción del patrimonio a su titular, hasta el punto de que los códigos civiles, después de estudiar la persona y sus derechos como tal, se ocupan inmediatamente de las cosas y su sujeción a las personas, bien individualmente, bien en un conjunto patrimonial.

102

También se estructuran en el Código y en otras leyes negocios de futuro, como la renta vitalicia o el seguro y se constituye el mecanismo de la representación, mediante el mandato, ocupándose también de aquel tiempo en que el titular del patrimonio ya no existirá, mediante la institución del testamento o de la sucesión intestada a falta de aquél, o en lo que el mismo no contemple.

El testamento, con las limitaciones derivadas de la consideración o el interés de la ley por la familia, que se refleja sobre todo en las legítimas, permite que el titular de un patrimonio lo gobierne, aun después de su fallecimiento, dando instrucciones, prohibiendo disposiciones, designando la persona o personas beneficiarios del mismo y aun designando administradores de dicho patrimonio por cierto plazo.

El problema que ahora nos ocupa es el de la previsión para un tiempo anterior al de la muerte, en el que la persona titular del patrimonio perfectamente capaz, disponga determinadas medidas para la administración o incluso disposición del mismo para cuando haya devenido incapaz o al menos sus facultades estén muy disminuidas.

Es, en resumen, el problema de un Alzheimer incipiente diagnosticado a un individuo que, ante la previsible dismi-

nución o alteración de sus facultades, quiere encomendar a alguna otra persona la gestión y cuidado de sus bienes.

Claro está que la ley ya ha previsto esta posibilidad, organizando la tutela o curatela de los incapaces, pero nada se opone, a mi parecer, que estas instituciones sean supletorias, para el caso de que no la hubiera previsto el presunto incapaz, o que al menos se mantengan vigentes sus previsiones para el tiempo intermedio entre la incapacidad y su declaración.

El artículo 1.732, n.º 3 del Código civil que se ocupa de la extinción del mandato por otras causas que no sean la revocación o la renuncia, decía, antes de su modificación por Ley de 15 de enero de 1996 y en su redacción de 31 de marzo de 1984:

“3.º Por muerte, quiebra o insolvencia del mandante o mandatario.”

Hoy, después de dicha reforma su redacción queda así:

“3.º Por muerte, incapacitación, declaración de prodigalidad, quiebra o insolvencia del mandante o mandatario.”

Esta modificación será la base de mi defensa acerca de la posibilidad de los poderes que estamos estudiando.

En la reunión de compañeros al principio aludida, hubo opiniones divergentes, desde la que negaba tal posibilidad, hasta la que pensaba se podía llegar a tal resultado a través de la constitución de organismo de administración de los propios bienes, cosa perfectamente posible, pero indudablemente mucho más complicada.

Igualmente sería posible constituir una sociedad a la que se aportase el patrimonio en cuestión y en la que se nombrase administradores solidarios al dueño de los mismos y a la persona a la que quisiera conferirse su administración para el caso de incapacidad.

Sin embargo, nosotros vamos a defender la posibilidad de prescindir de tales soluciones y preconizar que los poderes aludidos son conformes con la ley y su utilización pue-

de recomendarse para, al menos, el tiempo, que puede ser considerable, entre la incapacidad surgida y la correspondiente declaración judicial en que se constituya el organismo tutelar.

Incluso parece posible un instrumento donde el futuro incapaz pueda prever y organizar su tutela, bien en forma positiva, designando tutor, bien en forma negativa, manifestando su voluntad contraria a que determinada persona o personas sean designadas para el cargo.

En cuanto a esta forma negativa, si el artículo 244 número dos dice “no pueden ser tutores: ... Los que tuvieren enemistad manifiesta con el menor o incapacitado”, incluye a los que el propio interesado declara no querer como tutor, ya que lógicamente alguna enemistad o resentimiento debe existir entre ellos para tal exclusión.

En cuanto a la positiva, avalan su admisión:

104 a) El artículo 223 del Código, que si permite a los padres crear un organismo tutelar amplio para sus hijos menores o incapacitados, tácitamente acoge la decisión del capaz respecto de la tutela para sí mismo si llega a ser incapaz.

b) El artículo 227 que permite a un extraño nombrar administrador de los bienes por él donados o dejados en testamento a un menor o incapacitado, sustrayéndolos al tutor; mayor interés tendrá el propio interesado en organizar esta administración para cuando pierda su capacidad.

c) El artículo 231 del mismo Código que impone al juez la audiencia al tutelado si tiene más de doce años, por lo que debe inferirse la presunción de la obligación por el juez de oír lo que el presunto incapaz dijo en instrumento público sobre su tutela cuando aún era capaz.

d) Artículo 234, 3.º del mismo texto legal: Para el nombramiento de tutor se preferirá... 3.º A la persona o personas designadas por éstos (se refiere a los padres) en sus disposiciones de última voluntad. Entendemos que con mayor razón se preferirá al nombrado por el interesado en momentos de plena lucidez.

Claro que para decidir quién puede ser o no tutor se estará a lo regulado en los artículos 241 y siguientes del Código, que sin duda son de carácter imperativo.

Pero volviendo al objeto de nuestro estudio, hemos de examinarlo desde un punto de vista práctico. Y es que la diaria atención al despacho notarial descubre a su titular problemas que la ley o no prevé o que, previstos, no ofrecen solución para los mismos y es labor del jurista práctico buscar soluciones para ellos y procurar encontrar una base legal o jurisprudencial para los remedios en cuestión.

En el área que nos ocupa, estos problemas surgen en mayor cantidad cada día por el hecho de aumentar el número de ancianos o miembros de la tercera edad en comparación con el número de ciudadanos que aún no han llegado a la misma y el ser difícil atenderlos en el hogar filial por trabajar todos los miembros de la familia, hombres y mujeres.

Por ello proliferan las residencias para dichas personas, lo mismo de carácter público que privadas y la necesidad de contratar con ellas el cuidado y la atención de dichos ancianos, que trae como consecuencia, entre otras que no son del caso, la necesidad de la capacidad del anciano contratante o de alguien que le sustituya caso de incapacidad total o parcial.

Y es que la esperanza de vida por los descubrimientos, nuevas técnicas y atenciones sanitarias, por la mejor alimentación, etc., ha crecido de manera considerable, mientras las estadísticas demuestran que los índices de natalidad, también por razones perfectamente analizables, ha descendido hasta situarse entre los más bajos de Europa, por lo que la pirámide de edades va disminuyendo en su base y aumentando en los escalones superiores y esto, junto con la incorporación de la mujer al mercado laboral, motiva la aparición de los problemas indicados, al no existir la base familiar que antes los remediaba y que ahora ha de suplirse por la asistencia pública o privada en estas residencias.

También por estas causas han aumentado las enfermedades propias de las edades avanzadas, como la demencia senil, el Alzheimer y otras que provocan situaciones personales lindantes entre la capacidad y la incapacidad, con toda clase de grados intermedios.

Los notarios nos encontramos a menudo con personas ancianas que pretenden otorgar poderes, hacer testamentos, llevar a cabo actos de administración o disposición sobre sus bienes, para con su producto atender al pago de dichas residencias y al hablar con ellos, al interrogarlos, sobre su vida antigua y también reciente, por los altibajos de su memoria, muchas veces dudamos sobre si conocen perfectamente las consecuencias de lo que quieren hacer y sobre si mantienen o no su capacidad.

También hemos de estudiar si sobre ellos y prevaliéndose de su indefensión se llevan a cabo presiones para hacerles firmar el instrumento, incluso por parte de sus más allegados parientes, cuya presencia en el acto es conveniente evitar, para que el anciano pueda expresarse con absoluta libertad y así conceder o negar la autorización del acto solicitado.

Ahora bien, estas situaciones de duda, ya que el notario no es un técnico, médico, psiquiatra o especialista, le llevarán en ocasiones a negar su ministerio a alguien capaz, lo que podría evitarse si, durante una etapa de madurez, se previesen estas futuras discapacidades y se procurase estructurar remedios para las mismas.

En principio, el respeto a la autonomía de la voluntad y a la libertad de la persona, parecen facilitar tal tarea y permitir que cada individuo organice su futuro de la manera que escoja.

Para un porvenir en que no haya desaparecido su plena capacidad la ley no sólo no pone obstáculos para tal organización mediante el otorgamiento de los correspondientes poderes, incluso generales, que comprenden todas las facultades que le pertenecen menos las personalísimas o las fa-

cultades-deberes, como las familiares, sino que lo considera perfectamente normal.

Eso sí, la ley mantiene la posibilidad de revocar en cualquier momento estos poderes, que se basan en la confianza del mandante respecto del mandatario y éste es el obstáculo principal que encontramos para la admisión de la figura que defendemos, ya que el incapaz no puede por sí revocar el poder que dio siendo capaz.

La revocación parece facultad ínsita al mandato, pero recordemos que en la práctica se otorgan poderes con carácter irrevocable y que se admiten por la jurisprudencia, sobre todo cuando el poder se da más en interés del mandatario que del mandante. Recordemos la frecuencia de los poderes para vender una determinada finca que se ha adquirido en documento privado con intención de revenderla próximamente y que concede el vendedor al comprador, para evitarle los gastos de la transmisión intermedia.

107

Tal revocación en nuestro caso no desaparece totalmente, ya que el poderdante puede llevarla a cabo durante su etapa de capacidad y una vez constituida la tutela se extingue el poder en virtud del artículo 1.732 del Código civil. No hay posibilidad de revocación sólo en el tiempo intermedio, que puede ser muy corto, entre el momento en que la discapacidad produce incapacidad y la declaración judicial de ésta.

Ahora bien, si el poder se basa en la confianza ¿quién mejor que el propio interesado puede saber que ésta no se extinguirá en dicho tiempo intermedio? ¿quién mejor que él en virtud de su individualidad y libertad puede juzgar como debe atenderse a este período? Creo que debe admitirse esta renuncia parcial a la revocación, basándonos además en:

a) Que la ley autoriza a las personas a regular sus intereses durante su vida plenamente capaz, por el poder, y aun después de muerto, mediante el testamento; ¿por qué no en este tiempo intermedio entre la incapacidad y la muerte o la constitución de tutela?

b) Que es perfectamente posible un amplio poder de personas que han de permanecer ausentes mucho tiempo, sin posibilidad real de ejercer la revocación y sólo a su regreso podrán saber si se usó bien de él o no.

c) Que también en el caso estudiado, el mandatario deberá rendir cuentas de su gestión, bien al poderdante si recobra su capacidad, bien al tutor o a los herederos de aquél en su caso.

d) Que el artículo 1.732, número uno, del Código civil dice que el mandato se acaba por su revocación, pero lo que no dice es que dicha facultad de revocación sea inseparable del poder, por voluntad del que lo da y si la jurisprudencia admite los casos en que el poderdante lo otorga con carácter irrevocable, cuando se da en favor del mandatario y no en interés del mandante, mejor ha de admitirse cuando la irrevocabilidad, temporal nunca absoluta, es en interés del propio poderdante.

e) El mandante puede revocar durante su etapa de capacidad y el poder se extingue con la constitución de la tutela; la irrevocabilidad sólo se da durante un tiempo casi siempre no muy largo.

f) Durante este tiempo puede haber y de hecho surgen situaciones urgentes cuya solución no se puede demorar: contratos con residencias, atenciones médicas o farmacéuticas, utilización de ambulancias y otras, para las que puede ser necesario incluso la realización de actos dispositivos sobre los bienes del minuscapaz.

La cuestión quedaría resuelta en sentido negativo si la ley estableciese la caducidad del poder al surgir la incapacidad del poderdante; pero aun en este caso, habría dudas sobre qué grado de capacidad y comprensión tiene la persona en cuestión y si su volición está disminuida hasta el punto de saber o no saber lo que quiere.

Hay casos, como el de la depresión que todavía no hemos analizado, en que la discapacidad no es progresiva, sino que hay días peores, en que la voluntad está muy disminuida

y luego días mejores en que la persona está casi normal; por eso hay que ver prácticamente caso por caso y la admisión de estos poderes facilitaría evitar molestias a los que sufren esta enfermedad, y el notario no tendría que evaluar peligrosamente y sin suficiente criterio técnico si la persona del deprimido está o no en condiciones de prestar su consentimiento.

Ahora bien, frente a aquella posible negativa que no existe en la ley, cabe aducir el número 3 del artículo 1.732 del Código, reformado por la reciente ley, que habla de la “incapacitación” del poderdante como causa de extinción del mandato, es decir que se precisa la declaración de la incapacidad por el organismo judicial competente para que se produzca dicha extinción.

Insistimos en que no siempre la situación de incapacidad o capacidad estará clara, pues como hemos visto hay muchas situaciones intermedias y todos los días nos encontramos los notarios con personas ante cuya ancianidad acompañada de sordera avanzada, habla balbuciente, dificultad de expresión, etc..., nos presenta la duda de si estará o no en condiciones de otorgar el acto solicitado; el notario, evidentemente, habrá de indagar cuidadosamente y en caso de no llegar a un pleno convencimiento deberá negar la autorización, o solicitar la presencia de un facultativo especialista que examine al presunto otorgante y dictamine sobre su capacidad, firmando, además, en caso positivo, en el instrumento en el que ratificará su conclusión.

Vamos ahora a estudiar el caso en que este presunto minuscapaz, haya otorgado poderes ante notario en favor de otra persona.

A. El apoderado comparece ante el notario, exhibe la copia del poder y manifiesta no haber cambiado la capacidad civil de su mandante, al que el notario ni conoce ni tiene ante sí.

a) Si el mandatario obra de buena fe e ignoraba la incapacidad, el artículo 1.738 del Código convalida en cualquier caso lo por él actuado.

b) Si hubo culpa o falta de diligencia por su parte, ya que, pudiendo hacerlo, no comprobó el estado del poderdante, surge la duda, pero a mi parecer, obra de buena fe, ya que el artículo 1.738 no distingue, sólo habla de “ignorando las causas que hacen cesar el mandato” y no le impone un deber de diligencia que, en ocasiones, y para cada acto del apoderado, sería de muy difícil o por lo menos muy molesto cumplimiento.

c) Distinto es el caso del dolo; si el apoderado conoce la muerte “u otra cualquiera de las causas que hacen cesar el mandato”, no valdrá lo actuado, debiendo compensar los daños del tercero que obró de buena fe, salvo la protección que pueda surgir de la Ley Hipotecaria, en su caso.

110 El problema es que la incapacidad no es una de esas causas de que habla el artículo y sí lo es la incapacitación; después daremos nuestra opinión sobre este punto.

B. El apoderado declara al notario que el mandante no puede actuar por sí, debido a la minoración o cesación de su capacidad.

Este caso y el A-c) son aquellos que en verdad constituyen la médula del problema planteado y en relación con ellos, creemos:

a) Que si el poder no se dio previendo la incapacidad, surgida ésta, el apoderado no puede hacer uso del poder, en virtud de la facultad de revocación del poderdante que la ha perdido sin renunciarla.

b) En cambio, si el poder se dio precisamente para esta circunstancia y si expresa o tácitamente se ha renunciado a su revocación para este momento,

a') Si se dio con expresión de los casos, normalmente urgentes, en el que podía usarse, como los ya vistos de atención médica, contratación de ambulancias, alimentos, etc.,

el poder es válido y debe permitirse su uso, incluso para actos dispositivos si los mismos son precisos para atender aquellas necesidades.

b') Si se dio de manera general o por lo menos más amplia, incluyendo actos de administración, disposición, etc..., pero sin aplicarlos a casos especiales, nos inclinamos también a admitir su validez y el apoderado que lo use de mala fe o contra los intereses del mandante deberá indemnizar a éste o a sus herederos del daño causado, sin que el tercer contratante deba sufrir por ello, ya que el uso indebido del poder debe achacarse al concurso de voluntades del mandante que lo dio y renunció a su posible revocación en este tiempo, y del apoderado que falta a la confianza en él depositada por aquél.

Una vez recuperada la capacidad, podrá indudablemente revocar el poder su autor, ya que cesará también la renuncia que es sólo temporal y asimismo, declarada judicialmente la incapacidad y nombrado el tutor, o curador en su caso, se extinguirá aquel poder, si bien su uso de buena fe viene salvaguardado por el artículo 1.738. En la práctica esta buena fe no existirá casi nunca, ya que ordinariamente estos poderes se dan a alguien de mucha confianza, cónyuge, hijos, hermanos, amigos íntimos, que sabrán perfectamente la existencia de la declaración judicial de incapacitación y nombramiento de tutor o curador.

Para concluir, creo que la admisión de esta figura y su aplicación y asesoramiento a las gentes que pueden verse en tal situación por parte de los notarios, vendría a solucionar los problemas que a lo largo de este estudio se han expuesto y al fin y al cabo el derecho es para la vida, misión del jurista tratar de adecuar las instituciones existentes a las situaciones que el progreso va deparando, en este caso la prolongación de la vida, el creciente número de minus capaces y la menor atención a éstos por parte de sus familiares no por minoración del cariño, sino por las nuevas circunstancias del mundo laboral.

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL NOTARIO CONFORME A LOS ARTÍCULOS 705 Y 715 DEL CÓDIGO CIVIL

113

ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS (*)

Notario

SUMARIO: **I.** INTRODUCCIÓN. **II.** PRECEDENTES. **III.** DERECHO CIVIL. **1.** La responsabilidad civil del notario. **2.** Nulidad del testamento, declaración de nulidad y responsabilidad civil del notario. **3.** Naturaleza extracontractual de esta responsabilidad. **4.** La acción u omisión del notario. **5.** La ilicitud. **6.** La culpabilidad y su prueba. **7.** El daño o perjuicio. **8.** El nexo causal. **9.** La prescripción y su inicio. **IV.** DERECHO PROCESAL. **1.** El doble proceso. **2.** La ausencia del notario en el proceso sobre la nulidad del

(*) Publicado en el *Derecho de Sucesiones. Común y Foral* de Juan José RIVAS MARTÍNEZ, Tomo 1, 2.^a ed., Dykinson, Madrid, 1997, págs. 243-72.

testamento. 3. La presencia del notario en el proceso sobre su responsabilidad civil. 4. La ineficacia de cosa juzgada de la sentencia del proceso de nulidad sobre el proceso de responsabilidad civil. 5. La intervención provocada o litisconsorcial. 6. La intervención adhesiva.

I. Introducción

114 La responsabilidad civil del notario es objeto de estudio en el Derecho de Daños y en el Derecho Notarial; pero dentro del Derecho de Sucesiones, el Código civil ha dedicado los artículos 705 y 715 a la responsabilidad civil del notario autorizante del testamento nulo, abierto y cerrado respectivamente, y por tanto hemos de ocuparnos de estos preceptos concretos. Trataremos de ellos conjuntamente porque en esa parte obedecen a unos principios comunes, y casi todas sus diferencias literales desaparecen en una adecuada interpretación.

Recordemos ante todo su texto:

“*Artículo 705.*—Declarado nulo un testamento abierto por no haberse observado las solemnidades establecidas para cada caso, el Notario que lo haya autorizado será responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan, si la falta procediere de su malicia, o de negligencia o ignorancia inexcusables.”

“*Artículo 715.*—Es nulo el testamento cerrado en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades establecidas en esta sección; y el Notario que lo autorice será responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan, si se probare que la falta procedió de su malicia o de negligencia o ignorancia inexcusables. Será válido, sin embargo como testamento ológrafo, si todo él estuviere escrito y firmado

por el testador y tuviere las demás condiciones propias de este testamento.”

El tema de ambos preceptos, en la parte que aquí nos interesa, es el mismo: delimitar la responsabilidad civil (daños y perjuicios) en que incurre el notario autorizante de un testamento nulo concurriendo dos circunstancias:

—Que la nulidad sea formal (por no haberse observado las solemnidades o formalidades prescritas por la Ley), no nulidad de fondo.

—Y que la nulidad sea del testamento mismo (lo que acarrea la nulidad de todas sus cláusulas) y no nulidad de alguna de las cláusulas, o de todas ellas, conservando el testamento su validez. Esta distinción —nulidad del testamento y nulidad de cláusulas del testamento— me parece más correcta que la de nulidad total y parcial del testamento que hace otro sector de la doctrina, porque no hay más nulidad del testamento que la total; la llamada nulidad parcial es validez del testamento, con nulidad de cláusulas testamentarias.

115

Fuera de estos límites hay inaplicación de los artículos 705 y 715 del Código; pero no hay irresponsabilidad civil del notario, sino que éste responderá civilmente, en su caso, por las normas generales de su responsabilidad civil.

Estas normas generales se aplicarán también en los supuestos de nulidad formal del testamento, fuera de las pocas especialidades que los artículos 705 y 715 establecen, y que son las que aquí tenemos que tratar.

II. Precedentes

Los textos de los artículos 705 y 715 que hemos transcrito son los vigentes, y quedaron así redactados en 1889 en la edición reformada del Código civil.

Según la edición primitiva —que había seguido al anteproyecto de 1882-1888—, la responsabilidad del notario era mucho más rigurosa; el notario respondía en todo caso de

los daños y perjuicios que sobrevinieran por la nulidad del testamento (1); pero “el Notario puede dar fe de aquellas cosas que entran por los sentidos”, no de juicios, como el de capacidad, según hizo observar Don LUIS SILVELA en el Senado (2), y si era injusto que el notario tuviera que responder por su equivocación en un juicio sobre materia opinable, la injusticia resultaba palmaria cuando la nulidad no provenía de él mismo, sino de otra persona, como podía ser el testador o uno de los testigos; se aprovechó en consecuencia la edición reformada para corregir el exceso, “fijando... los justos límites de la responsabilidad de los Notarios que autorizan estos actos”, según dice la Exposición que la precede. Claro que más injustos eran todavía los Códigos portugués y mejicano en que se había inspirado nuestro proyecto de 1882-1888, pues castigaban además al notario con pérdida del oficio (3).

(1) *Edición primitiva del Código Civil, artículo 705*: “Declarado nulo un testamento abierto por no haberse observado las solemnidades que quedan establecidas para cada caso, el Notario que lo haya autorizado será responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan”; *artículo 715*: “Declarado nulo el testamento cerrado en cuyo otorgamiento no se hayan observado las solemnidades prevenidas en esta sección, el Notario autorizante será responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan. Será válido, sin embargo, como testamento ológrafo, si todo él estuviere escrito y firmado por el testador y tuviere las demás condiciones propias de este testamento”.

Anteproyecto de Código Civil de 1882-1888, artículo 702: “Será nulo el testamento abierto en que no se hayan observado las solemnidades que quedan establecidas para cada caso; y si hubiere intervenido Notario, éste será responsable de los daños y perjuicios”; *artículo 714*: “Será nulo el testamento cerrado en cuyo otorgamiento no se hayan observado las solemnidades prevenidas en esta Sección, y el Notario autorizante será responsable de los daños y perjuicios. Valdrá, sin embargo, como testamento ológrafo, si todo él estuviere escrito y firmado por el testador”.

Conf. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel: “El Anteproyecto del Código Civil español (1882-1888)”, en las publicaciones del Centenario de la Ley del Notariado, Junta de Decanos, Madrid, 1965.

(2) “El Código Civil -Discusión parlamentaria en la legislatura de 1888 a 1889- Colección de discursos pronunciados en el Senado y Congreso de los Diputados”, por la Redacción de la Revista de los Tribunales, Madrid, 1889, 832 págs.; V. págs. 344-45.

(3) *Código civil portugués de 1867, artículo 1.919* (testamento abierto): “Faltando algumas das sobreditas formalidades, ficará o testamento sem efeito, mas será o tabelliao responsábel por perdas e danos, e perderá o seu ofício”; *artículo 1.925*: “O testamento cerrado, a que faltar alguma das sobreditas formalidades, ficará sem efeito. e será o tabelliao responsábel, nos termos do artigo 1.919”.

Afirma unánimemente la doctrina que estas normas carecen de precedentes en nuestro Derecho; a lo más alguna disposición concreta en la Ley Hipotecaria de 1861 (art. 22) que pasó a las Instrucciones sobre la manera de redactar los instrumentos públicos sujetos a Registro (arts. 8/1861 y 9/1974) y que perduran en los textos vigentes (arts. 22 LH y 146 RN); disposiciones más orientadas a promocionar la inscripción que a regular, ni siquiera en ese ámbito concreto, la responsabilidad del notario.

La razón fundamental de esta ausencia de precedentes es clara. El testamento notarial abierto anterior al Código civil era un testamento escrito, ya que se hacía en escritura pública; pero esta escritura no era esencial, a menos que el testador hubiese querido otorgar su testamento “por escrito, e non de otra guisa” (Partidas, 6.1.1), esto es, *in scriptis*; la escritura se otorgaba, pues, en general, solamente *ad probationem*, para la mejor prueba del testamento; y en consecuencia, si la escritura era nula por omisión de alguna de las solemnidades legales, el testamento era válido, aunque tuviera que probarse, en homologación judicial, por medios de prueba distintos (4). El Código civil cambia de rumbo en

Código civil mejicano de 1870, artículo 3.774 (testamento abierto): “Faltando algunas de las referidas solemnidades, quedará el testamento sin efecto, y el notario será responsable de los daños y perjuicios e incurrirá además en la pena de pérdida de oficio”; *artículo 3.788*: “El testamento cerrado que carezca de alguna de las formalidades sobredichas, quedará sin efecto, y el notario será responsable en los términos del art. 3.774”.

(4) Conf. mis trabajos, “El documento en el Código Civil”, *Revista de Derecho Notarial*, núm. 143, enero-marzo 1989, págs. 244-45 y *Escritos Jurídicos*, III, pág. 30; y “La persistencia histórica de la oralidad en la escritura pública”, discurso de recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1996, págs. 216-17. Así lo expusieron nuestros clásicos PALACIOS RUBIOS y CASTILLO:

PALACIOS RUBIOS: “*quod ad essentiam testamenti nuncupativi suffiunt testes, nec est scriptura necessaria. Unde si notarius in scriptura testamenti nuncupativi aliqua omittit apponere, non propterea vitatur testamentum*” (*Glosemata Legum Tauri...*, Salamanca, 1542, fol. IVv).

CASTILLO: “*testamentum factum cum scriptura coram tabellione, ad hoc tantum ut probetur fuisse factum, dicitur nuncupativum... Ex quo sequitur, quod si notarius in scriptura testamenti nuncupativi aliqua omisit apponere, non vitatur propterea testa-*

su artículo 687: “Será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades respectivamente establecidas en este capítulo”; una de las formalidades esenciales de los testamentos notariales es su redacción o extensión por escrito (arts. 695 y 707 C.c.), y si el escrito —la escritura— es nulo, el testamento es nulo.

Ahora bien, fuera del ámbito concreto de los testamentos, si hay precedentes de la responsabilidad civil del notario por nulidad del instrumento público, incluso en las extremas e injustas formulaciones de nuestro Anteproyecto 1882-1888 y de los Códigos portugués y mejicano; la Pragmática de Alcalá de 1503 ordenó, de manera general, que las notas de las escrituras se escribiesen en el libro protocolo por extenso, sin que antes se pudieran entregar a las partes, “so pena que la escritura que de otra manera se diere sygnada sea en sy ninguna, e el escrivano que la fiziere pierda el officio e dende en adelante sea ynábile para aver otro; e sea obligado a pagar a la parte el interesse” (5), norma que pasó a las Recopilaciones Nueva y Novísima (6), y estuvo vigente hasta la Ley del Notariado de 1862.

III. Derecho civil

1. La responsabilidad civil del notario.

Los artículos 705 y 715 declaran al unísono que el notario “será responsable”. También, claro es, sus herederos,

mentum, quia ibi scriptura non est de substantia testamenti, sed fit al solam probationem” (*Las leyes de Toro glosadas...*, Medina del Campo, 1553, fol. 31r).

(5) Pragmática de Alcalá de Henares, dictada por Isabel la Católica el 7 de junio de 1503, Capítulo I. Conf. mi trabajo “La Pragmática de Alcalá, entre las Partidas y la Ley del Notariado”, en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, volumen VII, Junta de Decanos de los Colegios Notariales, 1988, págs. 712 y ss. y *Escritos Jurídicos*, págs. 123 y ss.; el texto de la Pragmática está recogido en págs. 779 y ss. y en págs. 360 y ss. respectivamente.

(6) Nueva Recopilación, 4.23.13; Novísima Recopilación, 10.23.1.

conforme a las normas generales (arts. 661, 1.023.1.º, 1.082, 1.084 y concordantes del C.c.) (7).

El Estado, a contrario, no responde nunca, ni directa ni subsidiariamente, de los daños causados por los notarios. Es el sistema contrapuesto al de los funcionarios públicos, en el que las Administraciones Públicas correspondientes responden directamente de toda lesión que los particulares sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, “siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos” (8), sin perjuicio de su derecho a reclamar el importe pagado del funcionario culpable (9). El notariado no es un servicio público; el notario es un profesional libremente elegido por su cliente, que ejerce su profesión bajo su responsabilidad personal, aunque en su función existen relevantes aspectos públicos; es en nuestro Derecho, funcionario público, pero no un funcionario de la Administración, por el que ésta deba responder (10).

119

(7) “Aunque no existe una insuperable dificultad de índole jurídica —escribió Don Antonio MAURA en un conocido dictamen—, tiene cierto valor moral para la defensa de los herederos del Notario la circunstancia de haber fallecido éste; no es lo mismo que concurran sus sucesores. La responsabilidad ha de derivar de actos profesionales y personalísimos del funcionario público; no tienen los herederos motivos para conocer circunstancialmente aquellos hechos, ni medios apropiados, no habiendo intervenido en ellos, para vindicar la conducta de su padre con la plenitud de medios apetecibles de defensa” (A. MAURA: *Dictámenes seleccionados y clasificados por D. Miguel Maura Gamazo y D. José Romero Valenzuela*, III, Madrid, 1930, pág. 216).

(8) Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, artículo 139.1. El sistema del “agente especial” del artículo 1.903.5 del C.c., está derogado.

(9) Ley citada en la nota anterior, artículo 145.2.

(10) Conf. mi trabajo “Sobre las consecuencias de una funcionarización de los Notarios”, núm. 23; *Revista de Derecho Notarial*, núm. 104, abril-junio 1979, págs. 338 y ss., y *Escritos Jurídicos*, II, págs. 395-96. También, en el mismo sentido, MORALES & SANCHEZ: *Manual práctico de responsabilidad civil*, Granada, 1993, pág. 452.

Al tratarse de una responsabilidad “civil” es competencia exclusiva de los Tribunales de Justicia. Respecto de la actuación de la Junta Directiva del Colegio Notarial y de la Junta de Decanos, véanse el artículo 146 del Reglamento Notarial, redacción vigente del RD 1209/1984, de 8 de junio, y la O. de 16 de noviembre de 1982, respectivamente.

2. Nulidad del testamento, declaración de nulidad y responsabilidad civil del notario.

Las modificaciones introducidas en la reformada y definitiva edición del Código civil no sólo han reducido a sus “justos límites” la responsabilidad del notario, sino que la ha situado en su propio campo, que obviamente es el de la responsabilidad civil; “nótese —observaba MAURA— que según el artículo 705 son asuntos diversos y separados la nulidad del testamento y las responsabilidades del Notario, que no derivan de ella, sino de la malicia, o de la negligencia o la ignorancia inexcusables” (11). Es también la posición de la jurisprudencia, *S. 3 julio 1965*: “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 puede irrogarse a un particular, por acción u omisión del deber oficial que incumbe al Notario, cuando incurra en culpa, negligencia o ignorancia inexcusables”; *S. 9 mayo 1990*, recaída sobre un caso de nulidad de testamento: “la posible responsabilidad del Notario autorizante trae causa directa de su malicia, negligencia o ignorancia”. El notario no responde civilmente de la nulidad del testamento, que puede provenir de otras personas e incluso no haber producido daño alguno, sino de sus propios actos, ilícitos, culpables y dañosos.

Nulidad del testamento y responsabilidad del notario son, pues, cuestiones distintas. Ahora bien, no son completamente extrañas la una a la otra; si no hay nulidad del testamento, no existe esta responsabilidad del notario por defectos de forma de que aquí tratamos; si, por el contrario, hay nulidad formal del testamento, habrá o no responsabilidad del notario autorizante según existan o no los requisitos o elementos que desencadenan la responsabilidad civil de una persona, y entre ellos no está, en nuestro caso, la nulidad

(11) MAURA, *op. cit.*, pág. 214.

del testamento, que no es “presupuesto”, como afirma GONZÁLEZ PORRAS (12), sino solamente un *prius*, un antecedente, de uno de los verdaderos requisitos, el daño, y que tampoco le origina inexorablemente.

Esta función de antecedente, por otra parte, la desempeña la nulidad misma, no la *declaración judicial de nulidad*, de naturaleza declarativa, y retroactiva a la fecha del fallecimiento del causante; la dicción inicial del artículo 705, “Declarado nulo un testamento abierto...”, debe corregirse, por tanto, en base al artículo 715, que la omite. Sin embargo, al constituir el testamento el título de la sucesión testada, cualquier persona, también el notario, puede atenerse a él en tanto no sea destruido judicialmente; téngase en cuenta por otra parte que aunque se admita la distinción entre testamentos nulos y anulables, unos y otros pueden ser convalidados por los herederos, de manera que, como declaró la *S. 26 noviembre 1901*, “no puede invocar en casación como infringidas las disposiciones legales relativas a solemnidades testamentarias aquél que ha prestado su conformidad al mismo testamento cuya nulidad solicita, al recibir la parte de herencia o los legados que por el mismo le correspondían, conviniendo y pactando con ello sobre su validez” (13), razón también para que el demandado se atenga al testamen-

121

(12) “A) *Presupuestos de la responsabilidad civil profesional del Notario*.

Para que pueda hablarse de responsabilidad civil profesional del Notario autorizante por los daños y perjuicios que sobrevinieren, es necesario:

1.º Que el testamento se declare nulo por no haberse observado las solemnidades exigidas por la ley. Es decir, en sentido amplio, que se declare una conducta contraria a derecho o acto ilícito.

2.º Que esa conducta tenga origen en la malicia, negligencia o ignorancia inexcusables del fedatario. Es decir, que haya dolo o culpa.

3.º Daños y perjuicios sobrevenidos y que sean resarcibles; daño cierto y realmente existente.

4.º Relación causal entre la conducta del Notario y el daño”.

Conf. GONZÁLEZ PORRAS, José Manuel: Comentario al artículo 705, pág. 293; en el tomo IX, vol. 1.º B de los “Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales” dirigidos por Manuel Albaladejo, Madrid, EDESA, 1987.

(13) Conf., por todos, PUIG BRUTAU, José: *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo V, Volumen II, Barcelona, Bosch, 1967, págs. 176 y ss.

to, mientras no sea declarada su nulidad. Únicamente cabría exceptuar de esa posibilidad de exigir la declaración judicial de la nulidad respecto de los testamentos “inexistentes”, que de manera alguna pueden ser considerados por nadie como tales testamentos; pero es difícil admitir esta figura tratándose de testamentos notariales, al menos de los abiertos (14).

3. Naturaleza extracontractual de esta responsabilidad.

No tenemos por qué hablar aquí de la naturaleza de la responsabilidad civil del notario, en general y en cada una de sus manifestaciones; hemos de limitarnos a la responsabilidad derivada de los artículos 705 y 715 del Código civil que estamos comentando.

122

Esta responsabilidad civil es claramente extracontractual, porque el perjudicado es un tercero, que ninguna relación jurídica previa tuvo con el notario autorizante del testamento, ni contractual ni no contractual. La relación existió entre el notario y el testador, y en virtud del fenómeno sucesorio se subrogaron en ella los herederos del testador, al fallecimiento de éste; pero los herederos del testador son los instituidos en el testamento anterior, que no pudo revocarse por el posterior nulo, o en su defecto los herederos abintestato; y éstos no sufren ningún perjuicio, sino beneficios a consecuencia de la nulidad; los perjudicados son precisamente los que no han llegado a ser herederos por esa nulidad, y son, por tanto, terceros.

(14) Podrían ponerse ejemplos, por el contrario, en el testamento ológrafo, pues el juez ordena su protocolización sin control alguno de su legalidad; hasta el punto de que he visto protocolizado un testamento ológrafo en que, con infracción del artículo 670 del Código, la testadora disponía a favor de una amiga de plena confianza —“la hago cargo de lo que tengo, por si me muero ella reparta con arreglo a mi intención”—, y otro testamento —¡ológrafo!—, en que se quebrantaba el artículo 669, disponiendo mancomunadamente marido y mujer; suerte que el que falleció fue el cónyuge que lo había manuscrito. Conf. mi “El documento en el Código Civil”, *RNot.*, págs. 305-6 y *Escritos Jurídicos*, III, págs. 74-75.

Incluso los que defienden el carácter contractual de la responsabilidad notarial tienen que admitir que frente a los terceros el notario responde extracontractualmente; bien si gan, como SANTOS BRIZ, la doctrina tradicional, que estima que la responsabilidad contractual deriva del incumplimiento de las obligaciones nacidas de un contrato previamente existente entre las partes (15), o crean como GONZÁLEZ PORRAS que hay responsabilidad contractual cuando preexistía una previa obligación del responsable, cualquiera que fuera el origen, incluso legal, de esa obligación (16).

En la jurisprudencia, la *S. 3 julio 1965* declaró de manera general la naturaleza extracontractual de la responsabilidad del notario, incluso la exigida por el mismo otorgante: “teniendo esta responsabilidad civil indudable origen y carácter legal” le será aplicable el artículo 1.902 del Código.

Precisamente este precepto legal, el artículo 1.902, es el que determina los elementos o requisitos de la responsabilidad civil del notario en nuestro caso, según pasamos a examinar.

4. La acción u omisión del notario.

“El que por acción u omisión...”, comienza diciendo el artículo 1.902. En principio, cada persona sólo responde de sus propios actos u omisiones. La edición reformada del Código lo pone de manifiesto, al exigir que “la falta procediere” (art. 705) o “procedió” (art. 715) del notario, como requisito indispensable para declarar su responsabilidad civil.

(15) SANTOS BRIZ, Jaime: *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho Procesal*, 6.ª edición, dos tomos, Montecorvo, 1991: “En cambio, si se trata de un tercero que recibió un daño a consecuencia de la actuación notarial, la responsabilidad del funcionario, en su caso, será de carácter extracontractual y obtenida por aplicación del artículo 1.902 del Código civil” (tomo 2.º, pág. 808).

(16) GONZÁLEZ PORRAS: “Pero lo que puede pensarse, en mi opinión, es que el perjudicado puede ser también un tercero a consecuencia de la actuación profesional civil extracontractual” (*op. cit.*, pág. 297).

Exagerando la distinción entre el plano del negocio y el plano del instrumento, parece como si aquél fuera de la incumbencia absoluta de las partes y éste último de la competencia total del notario, cuando lo cierto es que otorgantes y notario tienen que colaborar a todo lo largo y lo ancho del instrumento público, aunque claro es que en distinta cualidad e intensidad. En lo que aquí respecta, el notario no es el responsable, o no es sólo el responsable, de todos los defectos de forma del instrumento público, que en algunos casos, o en alguna medida, también competen a los otorgantes o a otras personas. La jurisprudencia es clara: *S. 22 octubre 1974*, testamento nulo por ser uno de los testigos instrumentales hermano por afinidad de un hijo y heredero de la testadora: “en nada afecta a dicho fedatario tal nulidad, que muy bien pudo obedecer a la actuación de la misma testadora o de los testigos”; *S. 9 mayo 1990*, testamento nulo también por ser uno de los testigos instrumentales pariente en segundo grado de afinidad del heredero y legatario de los tercios libre y de mejora: “la presencia del testigo instrumental que aquí se discute, no aparece en los autos directamente relacionada con la conducta del fedatario, por lo que bien pudiera obedecer a la actuación del mismo testador, de los herederos, o del resto de los testigos”.

El tema de la inidoneidad de los testigos instrumentales es quizá el más significativo. Porque si el testigo es pariente del notario, o su amanuense o empleado, o tiene con él una relación de trabajo, según las sucesivas versiones del artículo 681 (conf. *S. 3 junio 1972*, testamento válido; y *16 diciembre 1975*, testamento nulo), la responsabilidad es en principio del notario; pero si el testigo es pariente del testador o de uno de los herederos o legatarios (conf. *S. 24 octubre 1963*, además de las de *1974* y *1990* que se acaban de citar), es un hecho imputable al mismo testigo, y quizá al testador o a alguno de los herederos; y el notario no responderá salvo por omisión de sus deberes de información y control, en su caso.

Distinciones semejantes hay que hacer en algunos otros casos de nulidad formal.

5. La ilicitud.

La acción u omisión, para acarrear responsabilidad, tienen que ser ilícitas; es el elemento objetivo de la antijuricidad, que en el artículo 1.902 reside en la infracción del principio ulpiniano del "*alterum non laedere*" (D, 1.1.10.1), y que en nuestro caso ponen de relieve los artículos 705 y 715 del Código civil con la palabra "falta".

El notario no tiene una obligación unitaria, de resultado, consistente en proporcionar al otorgante un instrumento formalmente válido, porque como hemos visto ello no depende solamente de él; el notario tiene una serie de obligaciones concretas, unos "deberes relativos a la autorización de los instrumentos públicos" que dice la S. 3 julio 1965, y su incumplimiento es el que produce la ilicitud de su actuación, y consiguiente responsabilidad.

Aclaremos este pensamiento con un ejemplo extraído de la jurisprudencia, referente al tema de la firma suplida del testador, que tantas dudas ha planteado. La S. 31 enero 1964 reafirma la insuficiencia de la mera declaración del testador de no saber o no poder firmar, si se demuestra que ello no es cierto; pero el testamento se declara válido: "sin que la excepción del referido precepto legal (el art. 695 C.c.) imponga que el notario deba comprobar la certeza de la manifestación, que en algunas ocasiones podría exigir conocimientos científicos o periciales especiales para comprobar o distinguir una imposibilidad física de una posible simulación, sino únicamente que recoja la manifestación del testador y autentique o dé fe de ello y de la intervención sustitutoria del testigo".

Es lo que hay que hacer en todos los casos; determinar la amplitud de la obligación del notario, y comprobar si éste la ha incumplido o no.

6. La culpabilidad y su prueba.

El artículo 1.902 –pasando al elemento subjetivo, a la culpabilidad–, exige que intervenga “culpa o negligencia”; y como no precisa grados, generalmente se entiende que basta la culpa levísima, según el texto de ULPIANO, “*In lege Aquilia el levissima culpa venit*” (D, 9.2.44 pr.); quizá un poco precipitadamente, pues hay supuestos de culpa levísima más próximos al caso fortuito que a una verdadera culpa.

126 La cuestión aludida no tiene aquí interés, porque los artículos 705 y 715 exigen que la falta proceda “de su malicia, o de negligencia o ignorancia inexcusables”. “Adviértase –afirma MUCIUS SCAEVOLA– que el calificativo de “inexcusables” con que termina el artículo, se refiere, no solamente a la ignorancia, sino también a la negligencia y a la malicia” (17), opinión que, en cuanto a esta última, no es posible compartir –“*in malitiis non este indulgendum*”; artículo 1.102–, incluso por el tenor literal del precepto. Pero las dificultades residen en la interpretación de la “ignorancia inexcusable”.

La *ignorancia* no es otra cosa que una negligencia; consiste en una “impericia, que se estima culposa”, como dice GONZÁLEZ PALOMINO apoyándose en dos citas romanas, de GAYO, “*Imperitia culpa adnumeratur*” (D, 50.17.132) y de CELSO, según ULPIANO, “*etiam imperitiam culpa adnumerandam*” (D, 19.2.9.5) (18). Al ser el notario un perito en Derecho, un jurista, la ignorancia de que aquí se trata es, sobre todo, una impericia jurídica; una ignorancia –error– de Derecho.

Pero, ¿cabe en el notario, en esta materia, una ignorancia del Derecho? Lo negó terminantemente MUCIUS SCAEVOLA: “el Notario, por necesidad, ha de hallarse especialmente

(17) Q. MUCIUS SCAEVOLA: *Código Civil concordado y anotado extensamente con arreglo a la nueva edición oficial*, Tomo XII, Madrid, 1896, pág. 507.

(18) GONZÁLEZ PALOMINO, JOSÉ: *Instituciones de Derecho Notarial*, Tomo Primero, Madrid, Reus, 1948, pág. 405.

versado en todo lo legislado sobre solemnidades testamentarias, por constituir una de las más frecuentes y graves ocupaciones de su cargo el autorizar las últimas voluntades; siendo, pues, imperdonable, *inexcusable* que se muestre desconocedor de requisitos que casi diariamente está en la obligación de cumplir y aplicar” (19). Sin embargo, el mismo SCAEVOLA dedica tomos y tomos a plantear y resolver innumerables dudas jurídicas, con lo que se pone bien de manifiesto que el Derecho no es el “*ius finitum*” de NERACIO (D, 22.6.2), sino que tiene una naturaleza problemática. Hay veces –mejor es poner algunos ejemplos–, en que lo que propiamente se está planteando es una cuestión de hecho, como ocurrió en la ya citada *S. 16 diciembre 1975*, para la que uno de los testigos instrumentales era empleado de hecho del notario, aunque legalmente no lo fuera; en otras ocasiones, y sin salir de tal causa de nulidad, eran las mismas normas las originadoras de la confusión, pues el artículo 70 del Reglamento Notarial de 1874, que rigió hasta 1917, había entendido que “amanuense”, conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, era solamente “el que presta sus servicios mediante un salario o retribución y vive en la casa del Notario”; o la cuestión de derecho es más que opinable, como la tratada en la *S. 25 abril 1991*, que declara la nulidad de un testamento abierto porque “los testigos fueron llamados por el Notario sin que antes conocieran al testador”, y así lo demuestra el que la Audiencia se había decidido por la validez del testamento, y dos de los Magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo formularon en el mismo sentido voto particular; ¿no es excusable que el notario fuera también de esta opinión?

La expresión legal, “negligencia o ignorancia inexcusables” de la edición reformada del Código, seguramente se inspiró, según hemos hecho notar, en el artículo 903 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que inicia la regulación del re-

(19) MUCIUS SCAEVOLA, *loc. cit.* en nota 35.

curso de responsabilidad civil contra jueces y magistrados (20), y nadie negará que ésta comprende sobre todo la ignorancia o error de derecho; y que esta ignorancia o error puede ser excusable.

Sin entrar en los problemas generales del consentimiento de la víctima (aquí del testador), de la concurrencia de culpas de los diversos intervinientes, y de la culpa del perjudicado (especialmente en el juicio sobre la nulidad del testamento), que sólo precisan adaptaciones de las reglas comunes sobre responsabilidad civil, detengámonos brevemente en la *prueba* de la culpabilidad.

128

“En conclusión –afirma ALBALADEJO–, hay que presumir que la falta de solemnidad que provoca la nulidad es culpa del Notario si se trata de aquellas solemnidades cuyo cumplimiento le está encomendado a él o depende de él y debe vigilarlo hasta el límite que sea. No siendo así, la culpa del Notario no se presume y habrá que probarla” (21). El artículo 705 no se refiere para nada al problema probatorio; en el artículo 715 de la edición reformada se coló la expresión “si se probare que la falta procedió de su malicia o de ignorancia o negligencia inexcusables”; el tema de la culpabilidad era el que se quería reformar, no el de la prueba, que hemos de encomendar, como hace el artículo 705, a las normas generales; y en este sentido pueden aceptarse las palabras de ALBALADEJO con alguna matización, pues siempre habría que probar la malicia del notario –cuya mención bien podía haberse omitido, como hace el artículo 903 de la Ley de Enjuiciamiento Civil respecto de jueces y magistra-

(20) LEC, artículo 903: “La responsabilidad civil en que puedan incurrir los Jueces y Magistrados cuando en el desempeño de sus funciones infrinjan las leyes por negligencia o ignorancia inexcusables, solamente podrá exigirse a instancia de parte perjudicada o de sus causahabientes, en juicio ordinario y ante el Tribunal superior inmediato al que hubiere incurrido en ella”.

(21) ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: Comentario al artículo 715, pág. 104; en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* dirigidos por Manuel Albaladejo; Tomo IX, Vol. 2, Madrid, EDERSA, 1983.

dos—, así como la omisión por el notario de sus deberes de información y control de hechos provenientes del testador, de los testigos o, en general, de las otras personas intervinientes en el testamento, de los que deriva su nulidad.

7. El daño o perjuicio.

El daño es, objetivamente, el primer elemento de la responsabilidad civil; sin daño no puede haber indemnización. El artículo 1.902 del Código se refiere al “daño”, y los artículos 705 y 715 a “los daños y perjuicios”; y es que en nuestro supuesto no hay propiamente un daño a un bien ya ingresado en el patrimonio del reclamante, sino un perjuicio consistente en la frustración de tal ingreso.

Los perjuicios resultan, en efecto, de la no consecución de los beneficios que se habrían obtenido de las disposiciones ordenadas en el testamento nulo, cualquiera que fuese su naturaleza: institución de heredero, legado, modo, etc. De manera que no habrá derecho a indemnización si esos beneficios se han obtenido por otro camino, o si tampoco se hubieran logrado aunque el testamento no adoleciese de esa causa de nulidad, o fuese válido. Los beneficios se pueden conseguir, en efecto, por la conversión del testamento cerrado nulo en ológrafo; en virtud del testamento anterior que no ha quedado revocado por el posterior nulo; por la sucesión intestada; por acuerdo de los herederos, etc. Y los beneficios frustrados no darán lugar a indemnización cuando hay otra causa de nulidad del testamento, como la incapacidad del testador, independiente del notario; cuando el testador había enajenado la cosa legada; o cuando por cualquier otra causa no habrían tenido lugar, a pesar de la validez del testamento.

Se parte, pues, del supuesto de que el testamento nulo contenía la verdadera voluntad del causante; y que esa voluntad no ha producido los beneficiosos efectos que el titular de la acción de indemnización podía esperar, solamente

por un defecto formal. Y lo curioso del caso es que esa verdadera voluntad del causante se pretende quede probada por el mismo testamento nulo; de manera que éste sería nulo como tal testamento, pero sería un medio de prueba válido de la voluntad del testador; la ley —dicho de otra manera— estimaría que la voluntad del causante era la contenida en el testamento, pero no la consideraría testamento. Y por la misma razón el testamento sería el anterior, el no revocado por el testamento nulo, aunque no contiene la verdadera voluntad del testador; lo que nos llevaría a la conclusión de que sus beneficiados habían obtenido un enriquecimiento injusto.

130

Especialmente interesante es esa prueba de la voluntad del testador cuando en la acción de nulidad se han barajado, con los formales, otros defectos no procedentes del notario; lo que tiene lugar con mucha frecuencia. Ya nos hemos referido a la falta de capacidad del testador, presupuesto de su voluntad; en la *S. 3 junio 1972*, que no admitió la casación contra la Sentencia de la Audiencia declaratoria de la validez del testamento, se habían alegado por el demandante que el testador había otorgado el testamento en un momento en que estaba en estado alcohólico grave y también bajo la anomalía psicosexual, igualmente habitual, figurando como testigos amanuenses de notarías de La Coruña; y la *S. 27 junio 1977* declara la nulidad del testamento por falta de capacidad (“la testadora no se hallaba en su cabal juicio, sino privada totalmente de las precisas facultades de inteligencia y voluntad, aunque pudiera hacer algún gesto, pronunciar alguna palabra o incluso trazar maquinalmente en tal estado su propia firma”) y por defecto formal (“uno de los testigos instrumentales... no conocía a la testadora con anterioridad al momento de su otorgamiento”), hasta el punto de que rechaza uno de los motivos de casación articulados frente a este último porque “tal causa de nulidad no es sino una de las dos en que la sentencia se fundamenta... por lo que la estimación de este motivo no

había de repercutir en el fallo, al quedar incólume esa otra causa”, esto es, la falta de capacidad (22).

Otras veces se ha aludido de frente a la falta de voluntad del testador, como ocurre en la ya estudiada *S. 4 enero 1952*, que admite la nulidad de un testamento por ser inexacta la declaración del testador de no saber firmar, insinuando: “acaso por no ser su deseo disponer de sus bienes en la forma que en el testamento aparece” (23). O, lo que es aún más grave, se alude, por la Sentencia o por el demandante, a la posible falsedad o suplantación de personalidad del testador; *S. 16 febrero 1956*, también sobre firma suplida, por la que el testamento se declara nulo “habida cuenta, además, de que en el proceso se ha puesto en duda que fuera el propio (testador) el que compareció como otorgante en el estudio del notario autorizante” (24); o nulidad por testigo instrumental pariente de la heredera, *S. 24 octubre 1963*, el demandante había manifestado “sus sospechas sobre la comparecencia efectiva del otorgante”.

131

Terminemos con la *S. de 1903* sobre la que dictaminó MAURA: “4.º Que por las declaraciones de los testigos que aparecen como instrumentales en el testamento y la de otro testigo que fue presencial... aparece justificado que los testigos instrumentales no entendieron al testador que fuese su voluntad lo consignado en el testamento ni que nombrara por heredera a su alma, habiendo firmado los que lo hicieron en un pliego en blanco y que no se leyó al testador su testamento después de redactado, porque no se redactó allí,

(22) Véase la crítica de FRANCISCO CASTRO LUCINI, en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, enero-febrero 1978, págs. 125-26.

(23) Véase el trabajo de Ramón M.ª ROCA SASTRE: “Firma del testador (Comentario a la sentencia Tribunal Supremo de 4 enero 1952)”, en *Revista de Derecho Notarial*, I-II, julio-diciembre 1953, págs. 351 y ss., para quien la causa puede ser otra, como el desuso de la escritura: “evitar... tener que firmar en forma que él estima sería bochornosa”, pág. 355.

(24) Véase el comentario de LUIS DíEZ-PICAZO: “aparece muy condicionada a las circunstancias del caso concreto... Existía una acusación de falsedad y de suplantación”; *Estudios sobre la Jurisprudencia Civil*, II, 1969, págs. 624-27.

requisitos esenciales del testamento y cuya omisión o falta de existencia determinan... la nulidad de aquél..." (25).

Estas sentencias se pueden estudiar desde distintos puntos de vista; pero en lo que ahora tratamos, ¿cuál era la voluntad del testador?; ¿se puede probar por el testamento nulo?; ¿se puede probar simplemente por testigos?

8. El nexu causal.

Conforme a la doctrina general, entre la acción u omisión y el daño tiene que existir una relación de causalidad que, según la doctrina dominante, ha de entenderse como causalidad adecuada.

132 En nuestro caso, el nexu causal viene sugerido en la expresión de "los daños y perjuicios que sobrevengan" de los artículos 705 y 715, y está expresamente exigido por el artículo 1.902: "el daño causado". Y adquiere particular interés cuando el que reclama la indemnización no es el directamente favorecido en el testamento nulo, sino un tercero más alejado; piénsese que entre nosotros no rige la doctrina del heredero aparente, y quien contrató con éste no queda protegido por tal apariencia, sino por las normas generales de protección del tráfico jurídico. SANTOS BRIZ, refiriéndose de manera genérica a la responsabilidad notarial, escribe: "Surge la cuestión, en supuesto de responsabilidad del Notario frente a terceros, del límite personal de perjudicados, es decir, si la escritura o acto defectuoso por culpa del fedatario, solamente perjudica al tercero que contrate con el cliente o parte contractual en el encargo notarial, o además, ilimitadamente, a las demás personas causahabientes de ese tercero. Creemos que ha de seguirse esta segunda opinión, ya que si la actuación viciosa originó un acto nulo, la nulidad no se convalida aunque el derecho o cosa derive a terceras personas, de una forma mediata o bien inmediata y,

(25) Conf. MAURA, dictamen citado, págs. 210-11.

pudiendo todos los interesados derivar sus perjuicios del acto notarial originario, hay una causalidad adecuada entre ambos y, por tanto, se hallan legitimados para resarcirse ejercitando una acción por culpa extracontractual” (26). Estas palabras, fácilmente adaptables al caso del testamento nulo, parecen hacer supuesto de la cuestión; no es que “hay”, sin más, una causalidad adecuada; puede haberla o no haberla, y el que reclama la responsabilidad tiene que probar que en su caso concreto la hubo; y el notario demandado puede intentar probar, de acuerdo con las reglas generales, que ha habido ruptura del nexo causal, en especial por obra del mismo demandante o de quien traiga causa.

9. La prescripción y su inicio.

Dada la naturaleza extracontractual de esta responsabilidad, el plazo de prescripción es el de *un año* del artículo 1.968.2.º: “Prescriben por el transcurso de un año: ... 2.º La acción para exigir la responsabilidad civil por injuria o calumnia y por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trata en el artículo 1.902, desde que lo supo el agraviado.”

Su precedente, el artículo 1.976 del Proyecto de 1951, no remitía en concreto al artículo 1.902 actual, sino en general a “la responsabilidad... por la culpa o negligencia de que se trata en el capítulo III, título XXI de este libro”; pero la jurisprudencia ha entendido su cita en este amplio sentido; la *S. 26 junio 1929*, por ejemplo, aplicó el artículo 1.968.2.º a las responsabilidades indicadas en el artículo 1.903.4.

Está, pues, contenida en esa norma prescriptoria la responsabilidad civil del notario; así lo declaró terminantemente la *S. 3 julio 1965*: “Que teniendo esta responsabilidad civil indudable origen y carácter legal... le será aplicable lo dispuesto en el artículo anterior (el 1.902), y consiguiente-

(26) SANTOS BRIZ, *op. cit.*, págs. 808-9.

mente el plazo de prescripción de un año establecido en el número 2.º del artículo 1968 del propio Cuerpo legal”.

Este precepto no sólo determina el plazo de la prescripción; también fija su *inicio*: “desde que lo supo el agraviado”. Alababa MANRESA “lo claro y terminante del precepto, que no necesita interpretación doctrinal de ningún género” (27); y ciertamente resulta claro que el plazo no empieza a contarse desde el día del fallecimiento del causante, que es cuando se produce el daño, sino desde que el agraviado “supo” el daño; aunque todavía ignore “su importe líquido efectivo” (*S. 13 febrero 1929*); “el expresado término —declaró la *S. 3 junio 1909*—, no puede considerarse en suspenso o interrumpido por no haberse emitido el informe que se reclamó a los Letrados, ya que semejante trámite, que pudo haberse evacuado dentro del referido plazo, no lo exige la Ley, y la ignorancia del derecho, que también se alega, no puede servir de excusa”; menos aún habrá que esperar a la sentencia anulando el testamento, sin que pueda alegarse el tenor literal del artículo 705 (“Declarado nulo un testamento abierto...”), contradicho por el 715, ya que existe esta norma concreta que regula el inicio del plazo de prescripción.

Pero la norma no es, en adelante, completa. “Significa ello —escribe DÍEZ-PICAZO—, que el momento de iniciación del lapso de prescripción no es la producción del daño, sino el conocimiento que del daño tenga el perjudicado, lo que plantea un arduo problema de prueba, que no se encuentra debidamente resuelto por el Código. No hay, respecto de ello, ningún tipo de presunción legal, aun cuando sea legítimo suponer, mediante una *praesumptio hominis* que el dañado, que se hubiera encontrado presente en el evento dañoso, tiene un conocimiento instantáneo de él, de manera que

(27) MANRESA Y NAVARRO, José María: *Comentarios al Código civil español*, Tomo XII, 3.ª edición, Madrid, 1918, pág. 912.

habrá de justificar las razones por las cuales su conocimiento es posterior” (28).

El Tribunal de instancia, como cuestión de hecho, habrá de determinar el tiempo en que el perjudicado tuvo conocimiento del daño, conforme a las pruebas aportadas, y utilizando, desde luego, tales presunciones.

Ahora bien, el notario podría fácilmente defenderse frente a la acción de responsabilidad alegando que el testamento es válido, pues así ha de presumirse hasta que judicialmente se declare su nulidad. Por ello, si no quiere que prescriba la acción de responsabilidad, ni interrumpirla extrajudicialmente cada año, el perjudicado tendrá que ejercitar inmediatamente la acción de mera declaración de la validez del testamento o, la acción de petición de herencia, o de reclamación de legado, demandando subsidiariamente al notario por su responsabilidad civil para el caso de que el testamento se declare nulo.

135

IV. Derecho procesal

1. El doble proceso.

La consideración sustantiva que precede ha de completarse con una referencia a la interesante problemática procesal que implica, a la que hace muchos años dediqué la oportuna atención en un trabajo, *“La intervención del Notario autorizante en el proceso civil”* en cuyas líneas generales me ratifico y al que remito al lector (29), limitándome ahora a resumirlo, simplificarlo y actualizarlo un poco.

(28) Díez-PICAZO, Luis; Comentario al artículo 1.968 C.c.; en el *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1991, pág. 2166.

(29) «Centenario de la Ley del Notariado», Sección Segunda, *Estudios de Derecho Notarial*, Volumen I (Madrid, Reus, 1962), págs. 673-739; y *Escritos Jurídicos*, II, págs. 517-565.

Tenemos, pues, dos cuestiones distintas, la nulidad del testamento y la responsabilidad civil del notario que por malicia, negligencia o ignorancia inexcusable haya dado lugar a un daño o perjuicio. Y estas dos cuestiones originarán normalmente, salvo que el perjudicado se adelante en la forma indicada, dos pleitos distintos: el de nulidad del testamento, que se ventila entre partes, y el de la responsabilidad civil del notario, contra quien seguidamente se dirigirá el demandado, y condenado, en el pleito anterior.

2. La ausencia del notario en el proceso sobre la nulidad del testamento.

136 La persona o personas que pretenden la nulidad de un testamento tienen que demandar a todos los herederos, pero no tienen que demandar al notario que lo autorizó; existe respecto de aquellos, y no respecto del notario, un *litis consorcio pasivo necesario*.

Al ser ésta una figura de creación jurisprudencial, me limitaré a la descripción que hace de ella la *S. 27 septiembre 1968*: “Que cuando la cuestión que en el proceso se ventila afecta, directa o necesariamente a quienes a él no han sido llamados, hasta el punto de que la declaración que se pretende obtener ha de decidir sobre los presuntos derechos o situaciones jurídicas de éstos, la relación jurídico procesal ha de estimarse defectuosamente constituida, y por ello impeditiva de un pronunciamiento decisivo de lo solicitado, ya que la veracidad y eficacia que deben tener las resoluciones judiciales exige velar porque al procedimiento hayan sido convocados y procesalmente en él estén cuantos se encuentren afectados por la resolución que haya de dictarse”; “fundamentada –añade la *S. 9 mayo 1990*– en la necesidad de integrar en el proceso, dado su carácter indivisible, a todas cuantas personas puedan verse afectadas por razón del derecho discutido, o por el alcance de la resolución que en el mismo haya de dictarse, y ello tanto por el propósito de

eliminar la posible indefensión de tales personas, como de evitar sentencias contradictorias; defecto procesal, que por incidir en el orden público adjetivo, puede ser apreciado de oficio por el Tribunal, sin necesidad de su alegación por las partes”.

En nuestro caso, dice la *S. 22 octubre de 1974*, “no puede declararse la nulidad o validez de un testamento sin estar presentes en el proceso todos los interesados, que son los instituidos herederos en el mismo”. Pero otra cosa sucede con el notario autorizante del testamento, al ser cuestiones distintas, según ya hemos expuesto, la nulidad del testamento y la responsabilidad civil del notario.

Esta ausencia del notario ha sido admitida implícitamente por el Tribunal Supremo en numerosas sentencias, que declaran la nulidad del testamento por defecto de forma, en juicio en el que el notario no ha estado presente. Citemos, a manera de ejemplos, la nulidad por falta de expresión de la hora (*S. 21 junio 1986*); por falta de un testigo (*S. 15 noviembre 1968*); por inidoneidad de un testigo, pariente de la heredera (*S. 24 octubre 1963*) o dependiente del notario (*S. 16 diciembre 1975*); por falta de conocimiento previo del testador por parte del testigo (*S. 27 junio 1977* y *25 abril 1991*); o por diversos aspectos de la suplencia de la firma del testador (*Ss. 4 enero 1952; 16 febrero 1956; y 27 septiembre 1968*, distinta de la sentencia de la misma fecha antes citada respecto del litis consorcio pasivo necesario en general). En otros muchos casos, el Tribunal se decide por la validez del testamento, sin estar tampoco presente el notario.

Hay también casos en que la inexistencia de litis consorcio pasivo necesario respecto al notario se declara explícitamente, en cuanto que se interpone por la parte demandada la correspondiente excepción, o motivo de casación, y se rechaza por el Tribunal; y no sólo en el caso de incapacidad de la testadora (*S. 10 noviembre 1979*), sino en los supuestos de nulidad formal de que aquí tratamos; citaremos un par de sentencias que ya conocemos:

S. 22 octubre 1974: frente a la sentencia de la Audiencia, confirmatoria de la del Juzgado, declarando nulo un testamento abierto por inidoneidad de un testigo, pariente en segundo grado de afinidad del instituido heredero, se recurre en casación alegando litis consorcio pasivo necesario, pues debió ser citado el notario autorizante del testamento: el Tribunal Supremo lo rechaza: “es evidente que cuando se inste la nulidad por el defecto de ser inhábil uno de los testigos instrumentales, sin alegarse malicia, negligencia ni ignorancia inexcusable del Notario que le autorizó, en nada afecta a dicho fedatario tal nulidad, que muy bien pudo obedecer a la actuación del mismo testador o de los testigos, por lo que al no tener interés en la validez del testamento, no debe ser demandado”.

S. 9 mayo 1990, sobre la misma causa de nulidad, en la que la parte recurrente plantea, como primer motivo, la excepción de litis consorcio pasivo necesario al no haber sido citado el notario autorizante del testamento; “estos requisitos y circunstancias –los del litis consorcio necesario alegado–, no concurren en el caso de autos, pues la posible responsabilidad del Notario autorizante trae causa directa de su malicia, negligencia o ignorancia, y la presencia del testigo instrumental que aquí se discute, no aparece en los autos directamente relacionada con la conducta del fedatario, por lo que bien pudiera obedecer a la actuación del mismo testador, de los herederos o del resto de los testigos; causa que elimina el deber de demandar al Notario, al no haberse justificado las circunstancias que especifica el artículo 705 del Código Civil como determinante de la pretendida nulidad, y todo ello sin perjuicio del ejercicio separado de las acciones que pudieran corresponder en este supuesto”.

Las dos sentencias que acabamos de ver dejan abierto el paso al litis consorcio pasivo necesario cuando la causa de la nulidad aparezca vinculada a la actuación del notario. Estos *obiter dicta* no me parece puedan ser aceptados, pues el que pide la nulidad de un testamento, ni tiene por qué

demandar al notario que lo autorizó, ni puede demandarle, ya que la responsabilidad civil en que haya podido incurrir el notario frente al demandado le es totalmente ajena; el actor no sufriría perjuicios, sino beneficios, en el caso de que esa nulidad fuera declarada. Este es, a lo que creo, el sentido de la *S. 14 julio 1899*; en la sentencia recurrida se apreciaba que la nulidad del testamento procedía de faltas de redacción imputables a negligencia o ignorancia del notario, a pesar de lo cual, y de haber sido citado al pleito, no se declaró su responsabilidad; se formula en base a los artículos 705 y 687 el correspondiente motivo de casación, que es rechazado: “Considerando, que también es improcedente el recurso por el motivo sexto, porque el Notario autorizante del testamento, aunque citado al pleito, no fue parte en él y, por lo tanto, no cabía hacer efectiva en este juicio la responsabilidad que establece el artículo 705 del mismo Código”; si el notario había sido citado, y podía haber sido citado, al no comparecer el pleito seguiría en su rebeldía, y podría ser condenado por los daños y perjuicios; lo que sucede es que el notario no podía ser demandado por el actor, y su citación carecía por completo de eficacia.

3. La presencia del notario en el proceso sobre su responsabilidad civil.

En el segundo pleito, el de la responsabilidad civil, la presencia del notario o su posibilidad de presentarse, es ineludible. La responsabilidad civil del notario, como la de cualquier persona, no puede ser judicialmente declarada sin que el notario sea demandado en el pleito, reconociéndole todos los medios de defensa. Así lo exige el “principio de audiencia”, actualmente reafirmado por el artículo 24 de la Constitución Española que prohíbe “toda indefensión”, lo que daría lugar a un recurso de amparo.

Recordemos el primer sentido de la *S. 14 julio 1899*; es algo tan obvio que no merece que nos detengamos en ello.

4. La ineficacia de cosa juzgada de la sentencia del proceso de nulidad sobre el proceso de responsabilidad civil.

La existencia sucesiva de dos procesos distintos plantea uno de los problemas fundamentales de esta materia; el de determinar qué eficacia tendrá la sentencia que declara la nulidad del testamento en el ulterior juicio sobre la responsabilidad civil del notario; porque según el artículo 1.252.2 del Código civil “en las cuestiones relativas al estado civil de las personas, y en las de validez o nulidad de las disposiciones testamentarias, la presunción de cosa juzgada es eficaz contra terceros, aunque no hubiesen litigado”; ¿es el notario autorizante del testamento uno de esos terceros a los que se extiende la cosa juzgada material de la sentencia que declaró la nulidad del testamento?; porque de ello van a depender muchas cosas.

140 Los notarialistas, tomando literalmente el artículo 1.252.2, suelen presuponer esos efectos de cosa juzgada contra el notario; expresamente lo entendió así GONZÁLEZ PALOMINO (30). En mi trabajo sobre “La intervención del Notario autorizante en el proceso civil” me atreví a defender la posición contraria (31); especialmente alegaba el único precedente histórico del precepto, Partidas 3.22.20, ley para la que la sentencia declarando la nulidad del testamento “non tan solamente empece a los que son establecidos por herederos, mas aun a todos los otros a quien era algo mandado en aquél testamento”; su fundamento en el orden e interés público fue puesto de manifiesto por los comentaristas, MANRESA, “las disposiciones testamentarias constituyen como una ley que rige las relaciones causadas por el que muere, y el conjunto de éstas exige que se siga un criterio general”, y MUCIUS SCAEVOLA, “la validez o nulidad de un testamento no puede someterse a resoluciones sucesivas y acaso contradic-

(30) GONZÁLEZ PALOMINO, *Instituciones*, pág. 411.

(31) Conf. págs. 687-93.

torias” (32); “el orden público –escribía entonces– sólo exige que sean ciertos, respecto a todos, el estado civil de una persona o las normas por las que una sucesión haya de regirse y, en consecuencia, cuando una de estas cosas sea un presupuesto de una relación jurídica de un tercero, éste habrá de aceptarla, aunque no haya sido parte en el pleito en que así se decidió, de modo que la cosa juzgada favorece y perjudica a terceros; pero cuando no se pretende discutir el estado civil de una persona ni la ley que haya de regir una sucesión, sino cuestiones distintas, extrañas al objeto del pleito que las fijó, como es la responsabilidad civil, la cosa juzgada no puede entrar en juego”; añadía la interpretación restrictiva que toda excepción debe tener; aludía a la conexión de esta materia con otras instituciones procesales, como la legitimación en juicio; y concluía: “que la norma del artículo 1.252.2 del Código sólo se refiere a las propias cuestiones de estado y testamentarias y no afecta, por tanto, al Notario autorizante que discute una cuestión distinta, como lo es la responsabilidad que pueda tener” (33).

141

Los procesalistas, y la misma jurisprudencia, han seguido, en efecto, el camino aludido de la conexión de la cosa juzgada con otras instituciones procesales. GUASP afirma que aquí la cosa juzgada “opera *sin límites subjetivos*, esto es, goza de eficacia inmutable *erga omnes*”; pero “esta ilimitación subjetiva de la cosa juzgada plantea graves problemas de construcción del correspondiente proceso en lo que respecta a la debida *legitimación de las partes* que actúan, lo que implicará en muchos casos la exigencia de que medie entre ellas el vínculo del litisconsorcio necesario, activo o pasivo” (34). Y algo semejante es la postura de GÓMEZ

(32) MANRESA, *Comentarios*, VIII, pág. 605; MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil*, XX, pág. 450.

(33) *La intervención...*, pág. 693.

(34) GUASP, Jaime: *Derecho Procesal Civil*, 2.^a reimpresión de la 3.^a edición, 1968; Tomo primero, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1977, págs. 560 y 561 respectivamente.

ORBANEJA: una afirmación tajante, “el párrafo segundo del art. 1.252 establece cuándo la cosa juzgada es eficaz *erga omnes*: por y contra todos”; pero antes había escrito que existe litis consorcio necesario “allí donde se da extensión de la cosa juzgada” (35). DE LA OLIVA, por su parte, expone: “en virtud del principio jurídico natural de audiencia, que es principio general de derecho con virtualidad incluso correctora de preceptos positivos, la jurisprudencia del TS, si bien con algunas fluctuaciones, ha atenuado y, a veces, eliminado las citadas disposiciones del art. 1.252 C.c. En términos generales, podría describirse así el mecanismo utilizado para rectificar el art. 1.252 C.c. pfos. 2.º y 3.º: «no habrá lugar a la aplicación de este precepto si desaparece su supuesto de hecho, es a saber, si los que podrían ser *terceros* a los que se extendiese la cosa juzgada no pueden ser terceros, porque se dispone que sean partes del primer proceso y se impide, en caso contrario, que se dicte sentencia sobre el fondo y, por tanto, que haya cosa juzgada». Y esto, claro es, no por capricho del TS, sino porque, si la perspectiva «sustantivista» del C.c. es explicable, no lo es menos la consideración procesal del tema, en virtud de la cual aquellos a los que, teóricamente, afectaría la cosa juzgada, deben ser parte en el proceso en que haya de producirse, con estricta observancia del mencionado principio general” (36). Y SERRA: “Más recientemente se generaliza en la jurisprudencia española la institución del litisconsorcio pasivo necesario, perfectamente justificada en las relaciones jurídicas unitarias con pluralidad de personas, extendiéndola a todos los supuestos en que la cosa juzgada pueda afectar a terceras personas. Con lo cual ciertamente se desnaturalizan los párrafos 2.º y 3.º del artículo 1.252 C.c., pero no por defecto del legisla-

(35) GÓMEZ ORBANEJA, Emilio: *Derecho Procesal Civil*, Volumen primero, 8.ª edición, Madrid, 1976, págs. 447 y 165 respectivamente.

(36) OLIVA, Andrés de la y FERNÁNDEZ, Miguel Ángel: *Derecho Procesal Civil*, Barcelona, 1988, Tomo II, págs. 174-75.

dor, sino más bien por una errónea concepción del litisconsorcio pasivo necesario por parte de la jurisprudencia. Las consecuencias prácticas de dicha generalización son asimismo criticables: la excepción litisconsorcial se utiliza no tanto para evitar perjuicios al litisconsorte preterido, cuanto para que el litisconsorte demandado pueda aplazar indefinidamente una sentencia sobre el fondo” (37).

En lo que hace referencia a nuestro tema, ninguno de los autores citados incluye al notario autorizante del testamento entre los afectados por la cosa juzgada de la sentencia que lo ha declarado nulo; expresamente lo niega GÓMEZ ORBANEJA y también GONZÁLEZ PORRAS (38).

A mi manera de ver, el artículo 1.252.2 comprende una ampliación de lo que en la doctrina moderna se llaman efectos reflejos de la sentencia –que no son, en principio, otros que los del artículo 1.218 del C.c.–, en el sentido de que lo que decide la sentencia ha de ser considerado por los terceros como existente no sólo entre las partes –“*res iudicata inter partes*”–, sino respecto de todos; pero comprende también una ampliación subjetiva de la cosa juzgada en sus aspectos negativo o excluyente y positivo o prejudicial; pero solamente ordena esta ampliación subjetiva; no que se prescinda de los elementos objetivos, el “*petitum*” y la “*causa petendi*” que identifican el proceso anterior; de manera que cuando el juicio versa sobre un asunto distinto, cuando no

(37) SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel: “Comentario al artículo 1.252”, pág. 690 (en *Comentarios...*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, Tomo XIV.2.º). Puede verse también el *Comentario del Código Civil* del Ministerio de Justicia, II, pág. 425.

(38) GÓMEZ ORBANEJA: “Aun sin comprenderle directamente la cosa juzgada...” (1.º, 166). “Lo fundamental es comprender que el coadyuvante no es litisconsorte, no es parte principal, lo que la sentencia citada (la de 28.12.1906, de que trataremos más adelante en la letra «f» de este epígrafe) desconocía al fundar la intervención del notario en la extensión a él de la cosa juzgada sobre la validez del testamento, a tenor del artículo 1.252.2, Código Civil” (1.º, 167). GONZÁLEZ PORRAS: “Hay que entender, con carácter general, que la sentencia declarando la nulidad del testamento no tiene fuerza de cosa juzgada frente al notario que lo autorizó y que no fue parte en el pleito, cuando en un segundo juicio se le reclaman daños y perjuicios” (*op. cit.*, pág. 304).

se discute el estado civil o la validez o nulidad de las disposiciones testamentarias, sino un tema diverso, aunque esté relacionado con el del anterior proceso, la cosa juzgada no puede operar; tampoco en el aspecto prejudicial. Es precisamente nuestro caso; el segundo proceso versa sobre la responsabilidad civil del notario, y el primero sobre la nulidad del testamento; la sentencia dictada en éste no tiene eficacia de cosa juzgada en aquél; de la misma manera que la sentencia dictada en el segundo juicio, absolviendo al notario de la responsabilidad civil que se le pedía, no afecta en absoluto a la nulidad del testamento, que ya estaba declarada por sentencia firme en el primer pleito.

Esta carencia de cosa juzgada no sólo quiere decir que en el proceso sobre su responsabilidad civil el notario pueda discutir la existencia o inexistencia de los diversos elementos que deberían concurrir para condenarle a una indemnización, sino que a los solos efectos de ésta, puede remontarse al primer pleito, defendiendo la coexistencia de otra causa de nulidad que no le atañe, o defendiendo incluso la validez del testamento; de modo que su responsabilidad no queda prejuzgada, ni en cuanto a la ilicitud objetiva de su conducta, por la sentencia dando lugar a la nulidad, salvo en cuanto al perjuicio que sobre el espíritu del segundo juez puede producir la primera sentencia; perjuicio al que el juez tiene la obligación de sobreponerse. Claro es que ello no afectará a los títulos de heredero o legatario, que ya quedaron fijados por sentencia firme, sino sólo a la responsabilidad civil del notario, objeto exclusivo del nuevo juicio. Lo mismo ocurre en la responsabilidad civil de jueces y magistrados; hay ya una sentencia firme (art. 904 LEC), y sin perjuicio de su firmeza se puede exigir responsabilidad al juez que la dictó con negligencia o con ignorancia inexcusables; por ello precisamente se llama “recurso”, porque hay que volver sobre la primera sentencia, aunque se le llama así impropriamente, porque el asunto ya estaba resuelto y sigue resuelto por ella, y sólo hay que decidir ahora

si la negligencia o ignorancia inexcusables con que fue dictada han producido un daño, originador de una responsabilidad civil.

5. La intervención provocada o litisconsorcial.

Hemos visto, por un lado, que la coherencia impone que el título sucesorio sea el mismo para todos, partes y terceros, con la consiguiente extensión subjetiva de la cosa juzgada; y por otro lado, la intolerable injusticia que puede suponer esa eficacia de cosa juzgada contra personas que no pudieron hacerse oír en el proceso, cuando los principios que configuran a éste “en tan considerable medida dejan en manos de las partes el resultado del litigio. El pronunciamiento —escribió GÓMEZ ORBANEJA—, depende esencialmente de cuáles sean las alegaciones, las admisiones y negaciones de los contendientes, del material aportado por ellos y de su conducción del pleito. Nada sería tan ilógico —e injusto—, como hacer recaer sobre terceros un resultado en tal medida condicionado por la conducta de otros” (39).

145

Ante este dilema, la dirección jurisprudencial sobre el litis consorcio pasivo necesario —recordemos la crítica de SERRA—, puede llegar a planteamientos absurdos; porque cabe decidir que no está correctamente formada la litis cuando no han sido demandados todos aquellos contra quienes va a actuar la cosa juzgada negativa, ya que pueden ser determi-

(39) GÓMEZ ORBANEJA, 1.º, pág. 445. Puede ilustrar esta cita la *S. 25 abril 1991*; la nulidad provenía, según ya hemos indicado, de que los testigos instrumentales no conocían previamente al testador, sino que habían sido llamados por el notario; eran los porteros del mismo inmueble y del colindante y el encargado del garaje sito en éste, que habitualmente actuaban de testigos. El TS casa y anula la sentencia de la Audiencia y confirma íntegramente la dictada por el Juzgado de Primera Instancia, que había declarado la nulidad del testamento y (aunque no hiciera falta) que la sucesión había de regirse por el testamento anterior; éste había sido otorgado por el testador ante el mismo notario, también con testigos habituales; no eran las mismas personas porque habían pasado más de veinte años, y la notaría se había trasladado.

nados; pero aquellos otros a los que, por vía prejudicial, pueda afectar esa cosa juzgada son de determinación imposible; aparte de que, en general, el demandante no tendrá acción contra ellos. ¿Podrá traerlos al juicio el demandado? Entramos así en la teoría de la intervención de un tercero en un proceso existente entre partes, carente de regulación entre nosotros, dejando a salvo algún supuesto aislado, por lo que todo son dudas en la materia.

146 Una de las manifestaciones de esta intervención es ésa que erróneamente se incluye a veces en el litis consorcio necesario y que recibe las más diversas denominaciones: intervención obligada o coactiva (40), que sólo es tal en contraposición a la voluntaria de que tratamos en el número siguiente, ya que el llamado no tiene obligación de pleitear, sino a lo sumo la carga de su omisión de defensa; intervención provocada (41), en oposición a la voluntaria o espontánea, tampoco perfecta, pues cabe que el interviniente lo haga espontáneamente, camino que precisamente tienen abierto los litis consortes necesarios; PRIETO CASTRO la llama intervención adhesiva independiente (o especial, o cualificada, o litisconsorcial), lo que tiene como principal defecto el incluirla en la intervención adhesiva (42); y SERRA intervención litisconsorcial (43), denominación que preferimos por poner de manifiesto la cualidad de parte del litisconsorte, con todas las posibilidades de defensa, sin reducirle a mero coadyuvante de la parte o asignarle una posición intermedia; “el interviniente litisconsorcial es parte en el doble sentido material y procesal de la palabra —ha escrito SERRA—, en cuanto que es titular del derecho o de un derecho que se

(40) GÓMEZ ORBANEJA, 1.º, pág. 167; “provocada o forzosa” la llama GUASP, 1.º, pág. 206.

(41) DE LA OLIVA, I, pág. 455; también GUASP, nota anterior.

(42) PRIETO CASTRO Y FERRÁNDIZ, Leonardo: *Tratado de Derecho Procesal Civil*, 2.ª edición, I, Aranzadi, 1985, pág. 402.

(43) SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel: “Intervención de terceros en el proceso”, en *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, Ariel, 1969, págs. 207-250.

discute en el proceso, y en cuanto el ordenamiento jurídico, al facultarle para intervenir, le concede los mismos derechos que si de una parte originaria se tratara" (44).

Al ser parte le afectará la cosa juzgada del litigio (45); y en este sentido la llamada es "carga" de la parte, pues si no le llamó la sentencia que obtenga será inoperante frente a este tercero (46), en virtud del principio de audiencia; aquí está la diferencia entre el interviniente litisconsorcial y el litis consorcio necesario, pues aunque aquél no sea llamado ni intervenga en el proceso, éste queda correctamente constituido.

Pues bien, el caso del notario autorizante del testamento nulo está bien alejado de aquellos supuestos en que la doctrina admite la intervención litisconsorcial. No podría incluirse al notario en las fórmulas generales que ensayan los diversos autores. GUASP: "Ello puede ocurrir, bien porque la parte que provoca la intervención del tercero quiera imponerle una situación jurídica pasiva que pesa también sobre él, o porque quiera él desligarse, con tal intervención, de dicha situación"; GÓMEZ ORBANEJA: "que la cuestión en litigio sea común al tercero, o conexas con la relación jurídica en que la parte participe con el tercero"; SERRA: "el interviniente

(44) SERRA, *op. cit.* en la nota anterior, pág. 224. También GUASP, "como parte" (1.º, 206). Es intermedia la posición de PRIETO CASTRO: "El interviniente litisconsorcial ocupa una doble posición: se le «tiene» como litisconsorte de la parte principal, de carácter necesario, pero no se convierte en un litisconsorte «real», ni tampoco en parte principal" (I, págs. 402-403).

Ello es claro si su intervención es provocada, porque debe ser llamado al principio del pleito; habrá de ser matizado, sin embargo, si la intervención fuera espontánea, pues el interviniente accedería al pleito en el estado en que este se encontrase; lo que deberá ser ponderado por él.

(45) Así también GÓMEZ ORBANEJA (1.º, 167), aunque no le considera "parte", sino "tercero".

(46) CHIOVENDA: "Se puede decir que la imposibilidad jurídica de pronunciar separadamente respecto a varios, se tiene cuando la sentencia pronunciada respecto a uno sólo entre los varios, no tiene por sí ningún valor, *inutiliter datum*"; juicio que consideramos también aplicable al interviniente litisconsorcial. Conf. CHIOVENDA, Giuseppe: *Ensayos de Derecho Procesal Civil*, traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1949, II, pág. 304.

litisconsorcial recibe un perjuicio inmediato de la sentencia”; “el perjuicio es directo y se produce en cuanto interesado directo en la relación jurídica debatida” (47). Lo mismo ocurre con los supuestos concretos que mencionan los diversos autores, que quizá sean más significativos:

— la llamada en garantía, que el comprador demandado de evicción ha de hacer a su vendedor como carga del derecho de saneamiento (art. 1.481); supuesto muy particular, cuya regulación procesal se encuentra en el artículo 1.482 del Código civil, y que no puede generalizarse, a no ser con muchas precauciones (48);

— la llamada en garantía simple, como la que puede hacerse a un coheredero (art. 1.084) o a un cofiador (arts. 1.830 y ss.);

— la “*laudatio*” o “*nominatio auctoris*”, en virtud de la cual el poseedor inmediato demandado (el usufructuario, el arrendatario), puede citar al poseedor mediano (el propietario);

— la llamada en causa del tercero pretendiente, acogida en el artículo 1.176.2 del Código civil.

Y en consecuencia, en ningún caso citan al notario entre las posibles destinatarios de la “*litis denuntiatio*” o notificación formal del proceso pendiente a fin de que intervenga en él.

A lo sumo cabría intentar la introducción del notario entre los supuestos de llamada en garantía simple; pero para ello habría que distorsionar el concepto mismo de garantía, y junto a la garantía propiamente dicha, que sólo existe cuando el tercero está obligado por contrato o por ley a relevar al demandado de la demanda del actor, habría que construir una garantía impropia, para aquellos otros casos en que el garante tiene que resarcir al garantizado de los

(47) GUASP, 1.º, 206; GÓMEZ ORBANEJA, 1.º, 167; SERRA, págs. 222-23.

(48) Conf. SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel: “Intervención del vendedor en el proceso de evicción”, en los mismos *Estudios...*, págs. 251-327.

efectos de la condena por él sufrida frente al actor. Los notarios, en efecto, no tienen una obligación de obtener un resultado que en alguna medida no depende de él, y tienen expresamente prohibido constituirse en fiadores de los contratos que autoricen (art. 140 RN) o de los otros actos en que intervengan; no tienen, propiamente hablando, una obligación de garantía. Y esa sedicente garantía impropia, no es otra cosa que la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados por sus actos culpables, que incumbe a toda persona.

Y sin embargo es curioso que algunos de nuestros notarialistas se hayan inclinado por esta intervención del notario como carga de la parte, a fin de conservar su acción de responsabilidad civil contra aquél. Pero lo hacen partiendo explícita o implícitamente del supuesto de que la sentencia del juicio de nulidad tiene fuerza de cosa juzgada en el juicio de responsabilidad civil, aunque el notario no hubiera tenido oportunidad de defenderse (49), lo que nos parece totalmente erróneo, incluso inconstitucional, según hemos creído demostrar. Y por otra parte, exponen sus opiniones desde una perspectiva *de iure condendo*, que nos parece inconveniente para los interesados y para los notarios, y de difícil articulación.

6. La intervención adhesiva.

Afirma una dirección doctrinal que el notario, para la mejor defensa de sus intereses, tiene el derecho de intervenir en el proceso de impugnación de la validez del testamento autorizado por él, ayudando a la parte que defiende esa validez. Sería un supuesto de intervención adhesiva, de “participación de un tercero en el proceso, en nombre pro-

(49) Conf. mi “Intervención...”, págs. 732-36, donde expongo las opiniones de FERNÁNDEZ CASADO, GONZÁLEZ PALOMINO y GÓMEZ ACEBO, y la posición del III Congreso Internacional del Notariado Latino.

pio y por un interés suyo, pero por un derecho ajeno, el de la parte principal, con la cual coadyuva, pidiendo, alegando y probando junto a ella y para ella”, en palabras de GÓMEZ ORBANEJA (50).

Una buena parte de nuestra mejor doctrina procesalista (DE LA PLAZA, GÓMEZ ORBANEJA, GUASP, SERRA, etc.) (51) cita siempre como ejemplo de intervención adhesiva el del notario que coadyuva a defender la validez del testamento, o de manera general de la escritura que ha autorizado; y ante el silencio de nuestras leyes, y alguna jurisprudencia contraria a la institución, citan precisamente el caso del notario, y la S. 28 diciembre 1906 que, según dicen, declaró precisamente el derecho del notario a ser tenido como parte para coadyuvar con los albaceas en la defensa de un testamento por él autorizado, impugnado por vicio de forma.

150 El recto planteamiento sería precisamente el contrario; demostrar primero que cabe en nuestro Derecho la intervención adhesiva, y sólo cuando se haya logrado, y se hayan determinado sus requisitos, examinar los posibles casos de intervención, y entre ellos el del notario.

La S. 28 diciembre 1906, única que se ha referido a esa intervención adhesiva del notario, no declara su posibilidad, como viene repitiéndose, sino que no entra en el problema por razones de índole procesal; de manera que lo que hace la Sentencia es precisamente no admitirla. El asunto, muy complejo, fue expuesto detalladamente por GONZÁLEZ PALOMINO, y años más tarde por mí (52), por lo que sólo haré a continuación un breve resumen.

(50) GÓMEZ ORBANEJA, 1.º, 166.

(51) DE LA PLAZA, I, pág. 332; GUASP, *Comentarios*, pág. 277 y *Derecho Procesal Civil*, 1.º, 209; GÓMEZ ORBANEJA, 1.º, 166-67; SERRA, 248.

Conf. DE LA PLAZA, Manuel: *Derecho Procesal Civil Español* I, 2.º ed., Madrid, 1946; y GUASP, Jaime: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, II-1, 1.ª Parte, Madrid, 1945.

(52) Conf. GONZÁLEZ PALOMINO, *Instituciones*, págs. 412-17, y mi *Intervención...*, págs. 704-7 y 716-18.

Se trataba de la nulidad formal de un testamento, otorgado en Sevilla; el pleito se tramitaba en el Juzgado de Valmaseda; el testamento contenía un legado benéfico de importancia; la Junta de Beneficencia de Sevilla y el notario autorizante intentaron intervenir, sin duda temerosos de una confabulación de las partes procesales, pues en caso de declararse su nulidad, la herencia en su totalidad, eliminados aquél y otros importantes legados, iría, como sucesión intestada, a los demandantes y a los albaceas demandados, parientes próximos del testador, lo que podía llevarles a una defectuosa defensa de la validez del testamento. El juez rechaza la intervención, y la sentencia fue apelada, admitiéndose la apelación en un sólo efecto. En esta situación, el juez dicta sentencia declarando la nulidad del testamento; pretenden apelar por intervención la Junta de Beneficencia y el notario, y al serles denegado, interponen sendos recursos de casación por infracción de Ley, en que contienden dos abogados de gran talla, don Eduardo Dato a favor de la posibilidad de la intervención, y don Melquiades Álvarez en contra. El TS rechaza los recursos “por el fundamento capital... de que por el momento se encuentra *sub iudice* la referida cuestión (la posibilidad de intervención en la primera instancia) que, por ser la esencial y por el estado procesal de la misma, tendrá que servir de base para otorgar o denegar el derecho de apelación de que al presente se trata”.

Queda, pues, claro que la S. de 1906 no declaró la posibilidad de la intervención adhesiva del notario. Pero la Junta de Beneficencia de Sevilla continuó su lucha, y la S. 21 marzo 1911, al desestimar un recurso de casación, deja firme su derecho de intervención, declarado en instancia, porque según el TS, tiene derecho a intervenir una “entidad perfectamente determinada, que nazca del mismo testamento, con interés inmediato y directo en su validez”, “porque esa intervención es necesaria garantía para la eficacia de los derechos que defiende”, por “el valor de la cosa juzgada,

que estatuye contra tercero el párrafo segundo de su artículo 1.252 en materia como la de autos”, y porque el demandante “está obligado a dirigir su acción contra aquellos que tienen interés evidente y determinado en impugnar sus pretensiones”.

Nada de todo esto podría haberse dicho del notario, por lo que nos creemos autorizados para negar al notario un derecho de intervención para coadyuvar en la defensa de la validez del testamento que autorizó. La intervención exige un “interés” en el intervisor; pero no sólo “un interés que los Tribunales juzguen digno de protección en este sentido”, como dice GUASP (53); ni el interés de las “personas que puedan ser demandadas en un proceso ulterior para indemnizar al vencido por perjuicios derivados del vencimiento, que les son imputables”, según SERRA (54), perjuicios que por otra parte no derivan del vencimiento en sí, sino de la actuación ilícita y dañosa; hace falta un interés “inmediato y directo” en la validez del testamento, “evidente y determinado”, como añade la S. de 1911; “ha de ser un interés jurídico, directo y legítimo”, en expresión de DE LA OLIVA (55), sin que en principio quepa inmiscuirse en un juicio que se está desarrollando entre partes.

Finalmente, aunque el notario, o cualquier otra persona, pueda intervenir en un proceso civil ajeno para ayudar a una de sus partes, dudo mucho que le convenga hacerlo: Ante todo, el interviniente tiene que aceptar el proceso *in statu et terminis*, en la situación en que se encuentra al tiempo de adherirse, sin repetirse frente a él las actuaciones anteriores. Las facultades del intervisor son, por otra parte, reducidas; al no haber podido interponer la demanda, tampoco le es posible alterar los límites de la contienda, ampliándolos, modificándolos o restringiéndolos; no puede, en

(53) GUASP, 1.º, 209.

(54) SERRA, pág. 248.

(55) DE LA OLIVA, I, 454.

consecuencia, alegar nuevos hechos que explícita o implícitamente no haya afirmado la parte principal; ni menos, claro es, formular reconvencción, ni demanda de declaración incidental, ni deducir nuevas pretensiones, sino que tiene que limitarse a aportar pruebas sobre los hechos afirmados por la parte ayudada y a hacer alegaciones de derecho sobre sus peticiones. Su actuación es, por tanto, subordinada a la de la parte a la que ayuda, lo que es especialmente peligroso, porque la verdadera finalidad práctica de la intervención no radica en ayudar o asistir a la parte, lo que puede hacerse extrajudicialmente si es que ella quiere defenderse, sino en vigilarla, sobre todo cuando se teme la colusión; y no otra ha sido la función de la institución desde el Derecho romano. Tampoco puede el adherido interponer recursos, según nuestra doctrina, en contradicción con nuestro Derecho histórico, que fundamentalmente contemplaba al tercero interviniendo por apelación (Partidas, 3.23,4).

153

Ya sería imprudente acogerse a una institución sobre la que no hay un solo precepto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, muy escasamente aclarada por la jurisprudencia y superficialmente tratada por la doctrina, más preocupada por demostrar su admisibilidad que de estudiar los problemas concretos que plantea. Pero los exigüos poderes del coadyuvante, y sobre todo su falta de relación con los inmensos efectos de cosa juzgada que la sentencia que llegue a dictarse va a producir contra el interventor, creemos que no pueden dejar ninguna duda al respecto; aunque sobre esa cosa juzgada también habría que matizar mucho.

BREVES NOTAS SOBRE LA SINDICACIÓN DE ACCIONES EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS

ROBERTO SÁNCHEZ GARCÍA

Letrado

155

SUMARIO: **I.** INTRODUCCIÓN. **II.** CONCEPTO. **III.** CLASES. **1.** Legales. **2.** Convencionales. **IV.** NATURALEZA JURÍDICA. **V.** JUSTIFICACIÓN O FUNDAMENTO. **VI.** MOMENTO DE INTRODUCCIÓN DE LAS RESTRICCIONES. **1.** Al constituirse la Sociedad Anónima. **2.** Una vez constituida la Sociedad, mediante reforma de los Estatutos. **VII.** REQUISITOS DE VALIDEZ. **VIII.** EFECTOS EN CASO DE VIOLACIÓN DE LAS RESTRICCIONES ESTATUTARIAS. **1.** Efectos *inter partes*. **2.** Efectos frente a la Sociedad. **IX.** CUESTIONES PUNTUALES. **1.** Transmisiones *mortis causa*. **2.** Determinación del precio de venta de la acción. **3.** Resolución D.G.R.N. de 15.3.74. **4.** Adjudicación de acciones de carácter ganancial como consecuencia de la liquidación de la sociedad conyugal. **5.** Transmisión de acciones de menores sometidos a patria potestad. **6.** Transmisibilidad de acciones representadas mediante anotaciones en cuenta. **7.** Tributación de la transmisión de acciones.

I. Introducción

Nos limitaremos al estudio de las restricciones estatutarias de preferente adquisición, dejando de lado las de consentimiento o autorización, así como las restricciones legales y parasociales.

II. Concepto

Los pactos de sindicación de acciones o restricciones a la libre transmisibilidad de las mismas, son estipulaciones impuestas en los Estatutos (o fuera de ellos, a veces), mediante las cuales los socios y la Sociedad han de ponerse de acuerdo para establecer preventivamente, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, el específico régimen de transmisión de las acciones nominativas, que ha de respetarse por el socio cuando desee desprenderse de las mismas. En definitiva, suponen autolimitaciones a la disponibilidad del derecho de la cualidad de socio que el accionista, como titular del mismo, ha aceptado en los Estatutos.

156

III. Clases

Las restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones pueden ser:

1. Legales.

Absolutas o relativas, exigiendo estas últimas un control administrativo previo o a posteriori.

2. Convencionales.

Pueden ser:

1. *Estatutarias*: se establecen al constituir la Sociedad o durante la vida de la misma tras modificar los Estatutos. Diferenciar:

a) Por la *transmisión* a que afectan: *inter vivos* (onerosa o gratuita) o *mortis causa*.

b) Por el *contenido* de la restricción: de adquisición preferente y de autorización o consentimiento.

c) Por los *sujetos* a que se aplica: cláusulas que restringen la transmisión a determinados sujetos.

d) Se pueden imponer *restricciones positivas* consistentes en la obligación de enajenar en determinados supuestos: incumplimiento de prestaciones accesorias, jubilación...

2. *Parasociales* o “pactos de sindicación” propiamente dichos: son restricciones asumidas voluntariamente por determinados accionistas al margen de los Estatutos, bien en documento privado o público y con los límites de los artículos 1.255 y 1.257 del C.c. Al pactarse al margen de los Estatutos, *pueden recaer sobre acciones* nominativas y también *al portador*. Si se violan los pactos, la transmisión será válida y eficaz para el cedente, para el adquirente y para la Sociedad, pero el cedente infractor contraería responsabilidad frente a los accionistas con quien convino un procedimiento restrictivo.

157

IV. Naturaleza jurídica

Esta cuestión se resuelve con claridad en la S.T.S. de 4.7.88. Dispone el T.S. que tales restricciones “han de concebirse como una *“praemptio”* o *derecho de adquisición preferente* de las acciones por la Sociedad frente a otra persona, caso de que se desee transmitir las, que *no* puede identificarse con el *tanteo común*, porque mientras en éste son los propios contratantes quienes señalan libremente el precio, en la cláusula examinada el valor suele fijarse con arreglo a módulos objetivos o a bases preestablecidas; *ni* con el *retracto*, que supone una transmisión inicial válida, seguida de otra en favor del retrayente que se coloca en el lugar del primer adquirente, subrogándose en sus derechos y obliga-

ciones; sin embargo el acto dispositivo formalizado en contra de la cláusula de *praemptio* se reputa nulo frente a la sociedad, y si se califica de retracto convencional, vendría ejercitado frente a persona ajena al contrato que lo establece”, hay pues, un contrato único, ya que la transmisión efectuada con inobservancia de los Estatutos no se estima consumada respecto de la Sociedad. Puntualiza la sentencia que, *tampoco* puede concebirse como *retracto legal* ya que está concedido por un ordenamiento privado, convencional y de carácter interno, siendo, pues, difícilmente comprensible su validez frente a terceros.

158

Por otra parte, la S.T.S. 28.6.62 configura las cláusulas de consentimiento como condición suspensiva que hasta que no se cumpla mantiene al vendedor como accionista ante la Sociedad. No es sostenible esta postura, pues la condición, como determinación voluntaria, es extraña y accidental al supuesto de hecho y, además, dejaría de explicar la retroactividad de los efectos del cumplimiento de la condición. Tampoco se puede concebir como *conditio iuris*, pues tiene su origen en unos Estatutos y no en la Ley.

V. Justificación o fundamento

Estas cláusulas suelen encontrar su justificación en *razones personales* como evitar que entren personas extrañas a la Sociedad, hacer pervivir el carácter de fundador, o bien, en *razones económicas* como mantener el equilibrio de poder. En todo caso, suponen una pérdida del carácter capitalista por excelencia de la S.A. (*intuitu pecuniae*), al introducir tintes personalistas (*intuitu personae*). Su apoyatura constitucional la encontramos en los artículos 33, 38 y 53 de la Constitución Española.

VI. Momento de introducción de las restricciones

Las cláusulas limitativas pueden introducirse en dos momentos:

1. Al constituirse la Sociedad Anónima.

Es incuestionable su admisibilidad aunque afecten sólo a determinadas acciones, ya que a pesar de que el artículo 50 L.S.A. pone restricciones a la creación de acciones privilegiadas, las acciones sometidas a estas cláusulas no tienen tal consideración.

Si la S.A. se constituye mediante *fundación sucesiva*, las restricciones constarán en el Programa de fundación (art. 20.1.b L.S.A.) y, en su caso, en el Boletín de suscripción si afectan a determinadas acciones (art. 24.1.c L.S.A.). Si no se introducen en el Programa fundacional, se establecerán por la Junta Constituyente con el voto unánime de los suscriptores (art. 27.3 L.S.A.) y, de lo contrario, se deben rechazar, pues la mayoría podría imponer a la minoría una medida que no se pudo prever al estudiar la invitación contenida en el Programa.

159

2. Una vez constituida la Sociedad, mediante reforma de los Estatutos.

Pueden afectar a las acciones preexistentes o sólo a las nuevas acciones emitidas en caso de aumento de capital.

Los disidentes, ausentes, accionistas privados indebidamente del voto y los accionistas sin voto, pueden utilizar la *vacatio* que les concede el artículo 146 L.S.A. (gozan de tres meses desde la publicación del acuerdo en el B.O.R.M.E. para transmitir libremente sus acciones).

URÍA advierte que las acciones no pueden transmitirse mientras no se inscriba en el Registro Mercantil el acuerdo de modificación de Estatutos que introduce las restricciones.

Por contra, podríamos defender la validez de esas transmisiones, y los que votaron a favor del acuerdo soportarían las restricciones, pero si transmiten sus acciones sin observar aquéllas, el adquirente se convierte en accionista, pues los actos sujetos a inscripción sólo son oponibles a terceros de buena fe desde su publicación en el B.O.R.M.E. (art. 21.1 C.Co.). Sin embargo, una vez publicado el acuerdo modificativo, quienes adquieran de los accionistas que votaron a favor no podrán exigir a la Sociedad que les reconozca la condición de socios. Por contra, si adquieren de los accionistas que votaron en contra, el adquirente tendrá la condición de accionista, pero sujeto a las restricciones, ya que constan en los Estatutos inscritos, y no gozará de la *vacatio* del artículo 146, pues ésta es un privilegio estrictamente personal a favor, exclusivamente, de quienes no votaron a favor del acuerdo. En caso de emisión de nuevas acciones cuya transmisibilidad se restringe, los accionistas que hayan ejercitado su derecho de suscripción preferente, disfrutarán también de la repetida *vacatio* si no votaron a favor del acuerdo restrictivo, pues la norma legal no distingue.

VII. Requisitos de validez

1. Las restricciones son válidas siempre que no quebranten los límites del artículo 1.255 del C.c. y sean lícitamente acordadas por los contratantes (S.T.S. 24.11.78 y Res. de la D.G.R.N. de 2.12.91). Por ello, se han de rechazar las cláusulas discriminatorias (art. 14 C.E.) y las que sean absurdas o caprichosas y no respondan a la defensa del interés social, de la continuidad y de la productividad de la empresa, ya que se las podrá reputar carentes de causa (Ej.: tener una edad o residencia determinada...).

BROSETA va más lejos y defiende la licitud de las cláusulas dirigidas a proteger, no el interés general, sino el de un accionista o grupo de socios. Dice este autor que tales res-

tricciones son en sí mismas válidas siempre que respeten unos límites mínimos, sin perjuicio de que el uso que se haga de ellas sea ciertamente ilícito, y advierte que la propia L.S.A. en su artículo 146, reconoce la posibilidad de que las restricciones se establezcan por la mayoría en contra de la voluntad expresa de la minoría. Así pues, diferenciamos dos momentos:

a) Si se introducen en el momento de constitución de la Sociedad, su validez se apoya en la aceptación unánime de los accionistas al otorgar la escritura.

b) Si se introducen mediante reforma de Estatutos, el acuerdo de la Junta estará sometido a los motivos de impugnación del artículo 115 L.S.A.

2. Han de recaer sobre acciones nominativas (art. 63 y 146 L.S.A. y art. 123.1 R.R.M.) y sobre los derechos de suscripción preferente o de asignación gratuita sobre acciones nominativas en caso de aumento de capital (art. 158 L.S.A.), sobre los derechos especiales que se hayan reservado los fundadores o promotores de la Sociedad (arts. 9 y 11 L.S.A.) y sobre las acciones sin voto, ya que, aunque carezcan de voto y su posesión no altere el equilibrio de poder de la Sociedad, gozan de los mismos derechos que las acciones ordinarias (excepto el de voto) y, entre ellos, del derecho de suscripción preferente.

3. Han de estar expresamente consignadas en los Estatutos y pueden afectar tanto a transmisiones *inter vivos* como *mortis causa*.

4. Son nulas las cláusulas que hagan prácticamente intransmisible la acción (art. 63.2 L.S.A.), dado que la transmisibilidad de la acción es consustancial a los postulados de la S.A. Por lo tanto, tales cláusulas tienen como límite obligado el evitar que el accionista quede “prisionero de su título”.

5. Si consisten en la autorización o consentimiento de la Sociedad, han de expresarse de forma precisa las causas que permitan denegarla. Los Estatutos no pueden atribuir a un

tercero la facultad de consentir o autorizar la transmisión (art. 123.2. R.R.M.).

6. Si se trata del reconocimiento de derechos de preferente adquisición, han de expresarse claramente las transmisiones en que existe preferencia y las acciones a que afecta, pues puede haber distintas clases de acciones. El derecho de preferente adquisición puede reconocérsele a la Sociedad, a los socios o, incluso, a un tercero (art. 123.3 R.R.M.).

7. Son lícitas las restricciones estatutarias consistentes en limitar voluntariamente la transmisión de las acciones durante un período no superior a dos años (art. 123.4 R.R.M.) a contar desde la constitución de la S.A., o sea, desde la inscripción de la escritura de constitución en el Registro Mercantil (art. 7.1 L.S.A.).

162 8. No caben cláusulas por las que el accionista o accionistas que las ofrecen de modo conjunto queden obligados a transmitir un número de acciones distinto de aquél para el que solicitan la autorización (art. 123.5 R.R.M.).

9. No pueden establecerse restricciones estatutarias que impidan al accionista obtener el valor real de sus acciones (art. 123.6 R.R.M.), sin perjuicio de la legislación especial (ej.: art. 8 L.S.A.L.).

10. Las restricciones a las transmisiones *mortis causa* se han de establecer expresamente en los Estatutos. Así pues, no se podrá aplicar analógicamente la norma para las transmisiones *mortis causa* cuando sólo está prevista para las transmisiones *inter vivos*. Posteriormente veremos otras especialidades que afectan a este tipo de transmisiones.

Decir, finalmente, que ha de defenderse un talante restrictivo en la interpretación de estas cláusulas dado el carácter *intuitu pecuniae* y no *intuitu personae* de la S.A., no reconociéndose por la Sociedad aquellas limitaciones que no estén expresamente impuestas en los Estatutos Sociales. (S.T.S. 24.11.78 y 15.06.94).

VIII. Efectos en caso de violación de las restricciones estatutarias

Hemos de diferenciar:

1. Efectos *inter partes*.

La enajenación que vulnera las restricciones estatutarias es perfecta y válida entre las partes. Así, el transmitente queda obligado a entregar las acciones y a realizar los actos necesarios para el reconocimiento como socio del tercer adquirente que, a su vez, debe satisfacer la contraprestación estipulada.

Ahora bien, si el adquirente ignora las restricciones, caben tres posibilidades:

a) Nulidad de la transmisión por error o vicio en el consentimiento.

b) El adquirente podrá pedir la resolución del contrato frente al transmitente por haberle transmitido un título que no le permite legitimarse como accionista frente a la Sociedad.

c) Aplicación del principio de extinción de la obligación cuando su cumplimiento se hace imposible sin culpa del deudor.

No obstante, el desconocimiento del adquirente no es frecuente al exigir la L.S.A. (arts. 53.1.d y 63.1) que las restricciones se mencionen en los títulos y en los Estatutos. De todas formas, la mala fe del vendedor no es de ninguna manera compensable con la negligencia del comprador que pudiendo acudir al Registro no lo hace.

2. Efectos frente a la Sociedad.

Esa transmisión vulnerando las restricciones estatutarias no surte efecto alguno frente a la Sociedad y ésta podrá denegar la inscripción de la misma en el Libro-Registro y,

por ende, desconocer como accionista al adquirente (S.T.S. 24.11.78).

Una vez transmitidas las acciones a persona distinta del titular del derecho de adquisición preferente, ni éste ni la Sociedad tienen derecho de retracto, incluso, como hemos visto, aunque los Estatutos les concedan ese derecho, porque la primera transmisión es nula y porque no tiene validez frente a terceros un derecho de retracto concedido por un ordenamiento privado y convencional como lo son los Estatutos.

Por el contrario, la Resolución de la D.G.R.N. de 4.2.86 y la S.T.S. de 4.7.88, admiten ese derecho de retracto siempre que haya una transmisión previa válida seguida de la subrogación en favor del retrayente.

IX. Cuestiones puntuales

164

1. Transmisiones *mortis causa*.

Sólo le afectan las restricciones si los Estatutos lo disponen expresamente. La razón de ello es la primacía de las normas de Derecho sucesorio, y en particular de las que disciplinan la legítima, sobre las previsiones estatutarias.

Por otra parte, advierte URÍA que las cláusulas de consentimiento son incompatibles con la sucesión hereditaria, pues una supuesta negativa dejaría a las acciones sin titular, a diferencia de las transmisiones *inter vivos*, en que subsiste una titularidad. Además, el ingreso de personas extrañas (sucesores del socio fallecido) es contrario a los intereses que las restricciones tratan de tutelar.

El artículo 64 L.S.A. sigue un sistema mixto. Conviene hacer los siguientes comentarios:

1. Habla sólo de heredero, pero parece obvio que se refiere a sucesor (heredero o legatario), aunque es conveniente que los Estatutos especifiquen con claridad si la restricción alcanza o no a la adquisición del legatario.

2. El artículo 64 L.S.A. dispone que la Sociedad ha de presentar un adquirente en caso de negativa a la inscripción, pero no ha de tratarse de un “adquirente privilegiado”, sino que lo correcto sería llamar a todos los socios, dándoles un plazo para ver quiénes quieren presentarse como adquirentes, es decir, que también en este caso habría de mantenerse un derecho de adquisición preferente, pero ni la L.S.A. ni el R.R.M. lo disponen. Por ello, sería acertado que lo establecieran los Estatutos, pero incluso en ausencia de ese pacto, la Sociedad no podría actuar de otra manera sin vulnerar la filosofía que subyace a las restricciones estatutarias y al principio de equilibrio de poder.

3. El precepto citado establece un criterio objetivo para determinar el precio, pero parece admisible la previsión estatutaria de la que resulte un valor superior a ese valor real, e incluso sería admisible, como medio para fijar el precio, el acuerdo entre el heredero o legatario y el presunto adquirente.

4. Tampoco señala el artículo 64 L.S.A. un plazo para que la Sociedad se pronuncie sobre el rechazo a la inscripción de la transmisión. Sería igualmente conveniente que los Estatutos fijasen un límite temporal máximo, a modo de “silencio positivo”, a contar desde la solicitud de la inscripción y, transcurrido el cual, no se pudiera denegar la misma. Este plazo puede ser el de los dos meses que se señala en el artículo 63.3 L.S.A. u otro razonable o prudente. Se puede aplicar el plazo de las transmisiones *inter vivos* (art. 63.3), a pesar de que en ella se contempla una venta proyectada y en las transmisiones *mortis causa* la adquisición está asegurada, teniendo, pues, una “ratio” diferente (Res. D.G.R.N. 28.6.90).

2. Determinación del precio de venta de la acción.

A tenor del artículo 123.6 R.R.M., las cláusulas restrictivas no deben impedir que el transmitente obtenga el valor

real de la acción. Ahora bien, ¿cómo garantizar que el precio de la acción no se dispare en perjuicio del adquirente o simplemente con fines fraudulentos, a fin de eludir la restricción estatutaria de preferente adquisición?

La S.T.S. de 4.7.88 es explícita al afirmar que “la S.T.S. de 12.6.84, y las que en ella se citan, establecen en los casos dudosos y en los más estridentes relativos a la determinación del precio en el retracto, o cuando no haya constancia del mismo o sea escandalosamente desproporcionado e inferior al valor de lo vendido, hay que estar por razón de justicia al precio real, que es el que debe prevalecer”.

Por consiguiente, parece que la referencia válida es el precio real que, a falta de previsión estatutaria en cuanto a su determinación objetiva, será el obtenido por el procedimiento que señala el artículo 64 L.S.A., o sea, el fijado por un auditor en base a criterios analíticos o globales (cotización en Bolsa, Balance y Cuenta de Resultados, rendimientos que la empresa es capaz de obtener...).

Tanto el T.S. como la D.G.R.N. aluden siempre a criterios objetivos de determinación del precio (Res. D.G.R.N. 11.2.86, 31.10.86, 20.8.93, 2.2.95 o S.T.S. 4.7.88 y concordantes).

La Res. D.G.R.N. de 18.5.86 señala que la determinación del precio no puede dejarse al arbitrio del Consejo de Administración o de un accionista que sea miembro de ese Consejo o administrador único, cuando la beneficiaria de la transmisión es la Sociedad, pues se incurriría en la prohibición de los artículos 1.449 y 1.459 del C.c., siempre que con su actuación pudiera afectar a más de un patrimonio.

3. Resolución D.G.R.N. de 15.3.74.

Declara nulo el pacto estatutario que obliga a la venta de las acciones y a la pérdida de la condición de socio cuando se produzcan alteraciones en las circunstancias individuales de éste (ej.: que la viuda del socio si contrae nuevo matrimonio pierda su condición de accionista en la Sociedad), ya que atenta a la moral y al orden público.

4. Adjudicación de acciones de carácter ganancial como consecuencia de la liquidación de la sociedad conyugal.

No hay previsión alguna acerca de la cuestión relativa a la aplicabilidad o inaplicabilidad de las cláusulas restrictivas de la transmisibilidad de las acciones a la adjudicación por liquidación de la sociedad conyugal.

Las S.T.S. de 17.4.67 y 4.7.88 disponen que en este supuesto “no hay enajenación ni transmisión, sino sólo adjudicación especificativa, por acto declarativo, a quien tiene una cotitularidad real”.

Así pues, al no prohibirlo la ley, sería lícita la cláusula estatutaria que aplicara las restricciones a las adjudicaciones de acciones dimanantes de la liquidación de la sociedad de gananciales, lo que también podría ampararse en el artículo 1.406.2 de C.c. (adjudicaciones preferenciales), pues la satisfacción de intereses personales o de afección podría verse vulnerada con una participación igualitaria. En todo caso, el viudo/a tendría derecho a obtener el valor real de las acciones (art. 123.6 R.R.M.).

167

Es aconsejable el pronunciamiento expreso en los Estatutos sobre la operatividad de las cláusulas restrictivas en este supuesto, pues aunque se hable de “toda clase de transmisión”, el caso que nos ocupa, como hemos señalado, no puede calificarse en puridad como transmisión, y con su constancia expresa se evitarían todos los problemas.

5. Transmisión de acciones de menores sometidos a patria potestad.

A tenor del artículo 166 del C.c., y exceptuando el derecho de suscripción preferente de acciones, los padres no podrán enajenar o gravar las acciones de sus hijos sino por causa justificada de utilidad o necesidad y previa autorización judicial, a menos que su importe se reinvierta en bienes o valores seguros.

Así pues, al fedatario se le ha de acreditar la autorización judicial, o bien que *simultáneamente* con la orden de venta se dé la de reinversión en otros considerados seguros, o que se enajenen para, sin solución de continuidad, adquirir un inmueble.

La seguridad de la inversión, como hecho futuro, no es susceptible de prueba, y ha de ser apreciada por quien esté facultado para realizarla.

No obstante, defiende la doctrina que al ser la finalidad de la norma el facilitar el tráfico de los valores mobiliarios, sería válida la enajenación y gravamen de aquéllos sin necesidad de autorización judicial, siempre que exista una contraprestación que en sí misma pueda ser considerada como inversión segura, o que pueda ser después empleada en una reinversión en bienes o valores seguros, pues es absurdo que un requisito previo (autorización judicial) dependa necesariamente de actos posteriores de una de las partes (reinversión).

168

6. Transmisibilidad de acciones representadas mediante anotaciones en cuenta.

No es ésta una cuestión pacífica.

Ciertas posiciones doctrinales se oponen a la aplicabilidad de las cláusulas restrictivas a la transmisión de acciones representadas mediante anotaciones en cuenta (en lo sucesivo a.e.c.), pues precisamente se adopta esa forma de representación para facilitar su circulación. Además, aunque el artículo 60.2 L.S.A. admite la modalidad de a.e.c. para los supuestos de nominatividad obligatoria previstos en el artículo 52 L.S.A., en su párrafo segundo se refiere sólo a las acciones no enteramente desembolsadas o que lleven aparejadas prestaciones accesorias, pero no a aquéllas cuya transmisión esté sujeta a restricciones.

No obstante esa posición doctrinal, entendemos lógico defender la posibilidad de restringir la transmisión de acciones

representadas mediante a.e.c., pues su inclusión en el artículo 60.2, aunque no se mencione, es lógica y porque, aunque no exista propiamente una acción nominativa, la anotación como tal deberá cumplir con el requisito de la nominatividad, y la propia L.S.A. admite el sistema de a.e.c. para los supuestos de acciones nominativas.

7. Tributación de la transmisión de acciones.

A tenor del artículo 108 de la Ley de Mercado de Valores, la transmisión de acciones, coticen o no en Bolsa, estará exenta del I.T.P. y A.J.D. y del I.V.A., con las excepciones que señala ese artículo, y que tributarán como transmisiones patrimoniales onerosas al 6%.

MESTIZAJE Y RACISMO EN LA AMÉRICA ESPAÑOLA: LA HABILITACIÓN REAL PARA LA FE PÚBLICA (*)

JUAN B. OLAECHEA LABAYEN

Cuerpo Facultativo de Archiveros y Bibliotecarios

173

SUMARIO: I. EL SENTIDO DE LA HABILITACIÓN. II. UNA ESPECIE DE BAUTISMO LAICO. III. LOS FACTORES DEGRADANTES. IV. QUIÉNES NECESITABAN HABILITARSE. V. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN. VI. LA REACCIÓN DE LOS MESTIZOS. VII. ¿IMPRECISIÓN DE IDEAS? VIII. DISCRIMINACIÓN SOCIAL. IX. UNA BATALLA FAVORABLE A LOS MESTIZOS.

(*) En el tomo CXLIV de esta Revista se publicó un trabajo titulado "Las Escribanías de Indias y las Castas" en el que se estudiaba la participación de los miscegenados en el ejercicio de la fe pública en sus múltiples formas antiguas. Como complemento del mismo se pretende ahora interpretar el sentido y alcance de la figura jurídica de la habilitación, una especie de bautismo laico, que la corona española pretendió imponer a los mestizos para otorgarles las patentes correspondientes de su actuación pública. A pesar de su abatida posición social, los mestizos se sintieron vejados por esa exigencia y ofrecieron una especie de resistencia pasiva, ante la cual el Real Consejo de Indias no tuvo más remedio que plegar velas y limitarse a la exigencia de la legitimación requerida por el derecho común al uso, en cuya irregularidad solían incurrir la mayoría de los individuos integrados en la clase mestiza.

DIEGO GRACIÁN DE ALDERETE (1510-1600) fue un autor de notables obras originales y prolífico traductor de clásicos griegos y latinos. Una de estas traducciones, concretamente la Historia de la Guerra del Peloponeso de Tucídides, es citada como autoridad por el Diccionario de la Real Academia de 1734 para expresar el significado del término de habilitar y habilitación: "Los declararon por inhábiles para poder tener honras y oficios, ni poder tractar o contractar; aunque poco tiempo después les habilitaron". El Diccionario invoca también la autoridad del historiador de Aragón Vincencio BLASCO DE LANUZA (1563-1635): "Para dar principio a las Cortes, otro que no sea el mismo Rey, ha de preceder la habilitación, según las leyes deste Reyno".

Los mencionados ejemplos no tienen una correspondencia plena con el contenido de los términos habilitar y habilitación empleados en el ordenamiento jurídico vigente o recientemente derogado. Tal es el caso de la habilitación de un menor para la administración del patrimonio heredado con independencia del tutor o lo era la necesidad de que el juez habilitara a la mujer casada para presentarse a juicio contra la voluntad de su marido o para enajenar bienes propios, abolida por ir contra los principios de libertad e igualdad proclamados en la Constitución Española de 1978. De los ejemplos citados del Diccionario, el primero se aproxima bastante, pero no se identifica con el significado del término de la habilitación de que aquí se trata, pero no tanto el segundo que no puede por ello servir nada más que en grado limitado a esclarecer el tema de la aplicación de dicho concepto a las castas integrantes de la sociedad iberoamericana y, más en concreto, a los mestizos derivados de la mezcla de sangre európida e indígena.

I. El sentido de la habilitación

La razón de ello se cifra en que en el caso griego aducido se trata de la restitución de unos derechos normales de los ciudadanos abolidos penalmente, y en el caso aragonés de la atribución de unas funciones que desbordan la capacidad común de los mismos. En el primer ejemplo, la identificación no es plena porque en él se trataría de restituir un derecho que había sido legítimamente abolido, lo que encaja mejor con el concepto que en lenguaje moderno se llamaría rehabilitación, y en el segundo de la vindicación de una capacidad o aptitud política excepcional y transitoria por parte de la nobleza aragonesa que, enfrentada a Pedro III el Grande, se atrevió a habilitar al arzobispo de Zaragoza, Andrés de Bobadilla, para que presidiese las Cortes de Tarazona en 1283.

En la legislación española, al margen de los ejemplos legales mencionados arriba, ha existido, y existe con sentido derivado, la figura contrapuesta de la inhabilitación, generalmente temporal, para ejercer ciertas funciones como el ejercicio de cargos públicos, determinada en sentencia judicial por delitos de carácter también público como la prevaricación y el cohecho, y que no es subsanable más que por otra sentencia de un tribunal de rango superior. Al sujeto de esta última pena no se le considera ya incurso en la condición de vileza como en la antigua legislación española o en la de infamia como en la legislación canónica, sino que viene a ser una especie de ostracismo sin destierro. En la Edad Media con el problema del criptojudaismo y la dilución, a raíz de la expulsión del año 1492, de un considerable sector de dicho pueblo en la sociedad española, el cual, por cierto, dio a ésta figuras eminentes en diversos ámbitos, incluso religiosos, se produjo una especie de racismo étnicorreligioso formulado en los estatutos de pureza de sangre. La idea de la "perversidad" biológica del judío o de sangre contaminada se atribuye a sus descendientes, cristianos nuevos,

y se utiliza de pretexto para excluirlos de toda participación en la vida política y social. En los estatutos del Tribunal de la Inquisición y en la práctica inicial del mismo, la infamia se transmite hasta la primera generación por línea materna y hasta la segunda por la paterna (1). Con el paso de los años, esta atribución, según enseña DOMÍNGUEZ ORTIZ, se prolonga hasta la tercera generación en la descendencia de sangre judía y hasta la cuarta en la de mora (2). Paralelamente, el marco de la necesidad de la habilitación se extiende a las referidas generaciones para que sus miembros adquieran la capacidad legal necesaria en orden a participar en un plano de igualdad de la plena ciudadanía en la vida social y política. En la América hispana, a causa de la imposibilidad de evitar el ósmosis racial, estos mismos grados, como máximo, eran considerados, sin constituir una regla inflexible por sus numerosas excepciones, para anular respectivamente la “notoriedad” de la descendencia indígena y de la de negro y “salir de las castas”, aunque en cada caso influían decisivamente otros muchos factores individuales que podían reducir y hasta anular la procedencia oscura del linaje, como la capacidad y formación personales, los bienes de fortuna, la prestación de servicios distinguidos en la guerra y la paz, etc. (3).

II. Una especie de bautismo laico

En determinado momento de la historia americana, la administración española pretendió aplicar implícitamente, es decir, sin expresar el término, la condición de vileza a los mestizos al relegarlos a un estado similar de incapacidad en que se debatían los descendientes de judíos y moros en la

(1) PERELLÓ, V.: “La inhabilitación en el distrito inquisitorial de Toledo en el siglo XVI”, *Hispania Sacra* (Madrid 1986), 449-471.

(2) DOMÍNGUEZ ORTIZ, A.: *Los judíos conversos en España y América*, Madrid, 1971, 97.

(3) OLAECHEA, J.: *El mestizaje como gesta*, Madrid, 1992, 245-6.

península exigiéndoles una habilitación especial para ejercer los oficios públicos, la cual debía otorgar el rey a través del Consejo de Indias o de su alto representante en ultramar. Tal acto, sin embargo, no habilitaba para encumbrarse al desempeño de unas funciones excepcionales, cual fue el caso citado del arzobispo de Zaragoza, ni tampoco para gozar de unos atributos inherentes a la persona y a la plena ciudadanía, como en el caso de la mujer casada en el Derecho antiguo, sino para obtenerlos originariamente y recabar una consideración cívica correspondiente al ciudadano normal y corriente en orden a sus posibilidades de integración y promoción social. Algo así como si se tratara, dicho con todo respeto, de una especie de bautismo laico para limpiar de una vileza original y conseguir un estado de gracia que facultase a asumir válidamente determinados actos de valor social y político y el ejercicio de determinados oficios públicos. Los sujetos a los que se pretendió aplicar dicha figura fueron los mestizos, pero no los mestizos considerados individualmente y tutelados con el valimiento que habían tenido los primeros hijos de españoles e indias derivado de los méritos de sus padres en la conquista, sino los mestizos que por las razones que fuere no supieron adaptarse a las formalidades de la sociedad dominante y, una vez aumentado su número, se constituyeron, de acuerdo con los principios de la ciencia social, en un grupo segregado y se sumieron en una especie de casta de la que se temían algunas de sus cualidades y atributos como la inteligencia, el arrojo y la capacidad de sacrificio y se ponderaban sus defectos no sólo en cuanto a su condición general de hijos ilegítimos, sino también de sus tendencias irreductibles a las pautas de lo que se consideraba la buena sociedad.

En algún sentido, la aplicación de la figura de la habilitación a los sujetos de sangre mezclada parece implicar cierta contradicción. Por una parte, ella vendría a significar la imputación de un estigma o de una abyección radicada ontológicamente en los individuos de la referida condición bio-

lógica como si se tratase de una especie inherente de incompatibilidad social, pues se les consideraba en conjunto inhábiles sin que hubiese mediado sentencia alguna en ese sentido. Por otra parte, se pretende establecer una política de subsanar dicho defecto objetivo, si bien únicamente en sujetos individuales, dejando a la masa en su postración, por medio de un acto externo de Derecho positivo, como si una declaración de este género pudiese remediar de raíz un defecto o incapacidad natural.

III. Los factores degradantes

178

Las aplicaciones de la figura de la habilitación en los ejemplos mencionados al principio suponen una incapacidad legal fundada en circunstancias personales adjetivas. En América, sin embargo, se la quiso fundamentar en unas circunstancias objetivas naturales relacionadas con la mezcla racial. Se consideraba que la pertenencia a determinado estamento clasificado por su componente visible de mezcla racial implicaba objetivamente cierta indecencia, desdoro o abyección, diferente, por supuesto, de la irregularidad proveniente de la filiación ilegítima que no era exclusiva de ninguna categoría biológica, sino que se realizaba en todas ellas en proporciones diferentes.

El miscegenado, según esa pretensión, se zambullía al nacer en una casta o progenie afectada de ese defecto, de esa especie de pecado original que le situaba en otra esfera social distinta e inferior y le incapacitaba para asumir determinadas responsabilidades de forma similar a como el pecado original inhabilita radicalmente en la teología cristiana, católica y protestante, al ser humano para cualquier acción meritoria en el orden sobrenatural.

La degradación atribuida a un conjunto de individuos se consideraba como secuela de un factor o condición común de carácter racial y se pretendía insertada en la misma natura-

leza humana. El hecho de la percepción inmediata de los rasgos de mezcla racial provocaba que dichos rasgos se interpretaran como si ellos fuesen el denominador más acusado del grupo y que, por ello, los defectos atribuidos al grupo se interpretaran en clave racial. Era como si la condición racialmente mixta enmarcara, barnizara y diera coherencia a todo el abigarrado paisaje pictórico del mestizaje y a toda la cultura, o por lo menos subcultura, que el mismo llegó a plasmar.

Desde el punto de vista de las élites dominantes, ávidas de monopolizar, eliminando a posibles rivales, las prebendas que la nervatura política y social americana ofrecía, la redención de las castas no resultaba viable. Por lo menos no resultaba viable con la simple dispensa de la irregularidad del nacimiento ilegítimo, por lo que es posible que ésta fuese la razón por la que la autoridad pensase en algo de mayor fuerza y efectividad como la habilitación, empleada en la península en casos individuales, sin resistencia de los cristianos viejos y limpios de sangre.

La figura jurídica de la habilitación intentaba producir en los dominios hispanos de las Indias un efecto de mayor eficacia al tener que borrar una imputación de indecencia inherente a los individuos de determinada condición o substrato racial y su alcance positivo podía ser mayor en cuanto que abría un abanico más amplio de posibilidades de promoción y acceso a ciertas categorías institucionales a las que la simple legitimación no permitía acceder en algunos casos a los mismos ciudadanos de la clase llana. La habilitación en el caso de los mestizos consistía en subsanar un defecto de calidad humana para la homologación social con la clase que disfrutaba de las condiciones o derechos de plena ciudadanía. Pero ella no discurría nada más que en la esfera civil y no se aplicaba a la eclesiástica en la que normalmente bastaba la legitimación, la cual, por privilegio pontificio, tenían los obispos facultad de dispensar para impartir las órdenes sagradas.

IV. Quiénes necesitaban habilitarse

En los primeros tiempos de la presencia española en América no se considera necesario aplicar a los mestizos la figura jurídica de la habilitación. No existe más problema ni cuestión respecto a los miscegenados de las primeras generaciones en proporción paritaria de sangre española e india que la de la legitimación cuando, como ocurría en la gran mayoría de los casos, se había engendrado fuera de legítimo matrimonio. Para ocupar cualquier cargo público, regidores, alcaldías, escribanías y hasta encomiendas, había que ser hijo legítimo o legitimado, sin más requisitos generales. Y la historia muestra suficientes ejemplos de mestizos biológicos ocupando dichos cargos, mandando ejércitos y cubriendo plazas en las aulas. Pero en la última década del siglo XVI, la corona pretendió variar la política respecto a este particular, lo cual provocó la reacción de los miscegenados que se sintieron gravemente ofendidos, acaso porque se les equiparaba con una condición similar de repulsa en la que se debatían judíos y moros, cuando en sus pretensiones ellos llegaban a invocar unos derechos superiores por ser descendientes por parte de madre de los antiguos señores de la tierra y por parte de padre de quienes luego la habían ganado, como era el caso muy a menudo pues pocos conquistadores famosos dejaron de tener hijos de indias de noble estirpe.

La pretensión de exigir a los mestizos la habilitación debió de ser general, pero es conocida por documentos remitidos al Perú, en los que Felipe II transmite en 1591 unas instrucciones al titular de aquel virreinato don García Hurtado de Mendoza, cuarto marqués de Cañete, en las que respecto a nuestra cuestión se expresaba lo siguiente:

Deseando prevenir el desconsuelo con que he entendido viven en esas provincias algunos mestizos que, aunque son personas de buenos respetos y parte, son incapaces por su legitimidad y la mezcla que tienen con los indios naturales, de ser admitidos a oficios y otras honras, y deseando también ayudarme por este camino con

alguna buena cantidad de hacienda para fundar esta armada, se os envía cédula para que a los tales mestizos (en cuyas personas concurriesen buenas calidades y respetos), no habiendo sido hasta ahora admitidos a los dichos oficios y honras, los podáis legitimar, habilitar y hacer capaces para tener dichos oficios, honras y dignidades, y también para que puedan heredar a sus padres sin perjuicio de los hijos legítimos, con que cada uno de ellos me sirva con lo que fuere razonable y justo, conforme a su calidad y posibilidad, por tan crecido beneficio como en esto recibirá. Vos usaréis esta facultad en la forma que más convenga (4).

La facultad concedida a las autoridades indianas de “legitimar, habilitar y hacer capaces para tener dichos oficios, honras y dignidades” comprende dos clases de efectos: la legitimación, es decir, el de anular la irregularidad de nacimiento ilegítimo y otra fase ulterior, la de habilitar, que viene a ser demostrativo de que en tales sujetos la primera sola no tenía suficiente validez. No sería justo proclamar que con esta disposición la corona pretendiese exclusivamente unos fines recaudatorios y que el otro objetivo aducido en primer lugar de prevenir el desconsuelo en que vivían algunos individuos mestizos, que eran personas de buenos respetos, no fuese sincero. Pese a su situación postergada, la monarquía española consideraba a los mestizos, como a los demás súbditos de la misma, dignos de su amparo, pero sin abolir las diferencias estamentales y la estructura oligárquica de la sociedad del antiguo régimen, en el que la clase aristocrática era considerada como el nervio y osamenta del reino. Por otra parte, siguiendo unas constantes políticas, los ascensos sociales individuales servían de espita para aliviar posibles presiones de los estamentos sociales postergados y para estimular a las individualidades a realizar esfuerzos de superación personal y al mismo tiempo conseguir desligar

(4) ROSENBLAT, A.: *La población indígena y el mestizaje en América* 2, Buenos Aires, 1954, 92. La armada a que hace referencia es la que, después de la desastrosa jornada de Inglaterra de 1588, se prepara para auxilio de los católicos de Bretaña. FERNÁNDEZ DURO, C.: *Armada Española desde la unión de los reinos de Castilla y Aragón* 3, Madrid, 1972, 67-82.

de su clase a los individuos más capacitados, descabezándola de aquellos sujetos que podían ejercer políticamente una influencia perniciosa.

Pero la pretensión de aplicar a los mestizos la figura jurídica de la habilitación fue, como ya se ha dicho, muy mal recibida por sus destinatarios. Antonio de León Pinelo, que pudo disponer de información suficiente y fidedigna sobre el tema como relator del Consejo de Indias, es testigo de que la pretensión de aplicarles dicha figura les pareció inútil y humillante a los mestizos, "porque sin esta habilitación los tienen en mucho, sin reconocer esto por defecto tal que la requiera en lo secular ni en lo eclesiástico" (5). Esta cita textual viene a corroborar de nuevo que la figura jurídica de la habilitación pretendía ir más allá de la legitimación, la cual sí era un defecto que debía ser subsanado por parte de cualquier persona que quisiera escalar en la enconada carrera del ascenso social y participar en las prebendas de las instituciones públicas, en organizaciones de carácter honorífico, en colegios y seminarios, en los puestos de dirección de los gremios e incluso en la porción de la herencia familiar.

182

V. El ámbito de aplicación

El ámbito para el que la corona española pretende exigir la necesidad de la habilitación, expresado de forma imprecisa con los términos de oficios, honras y dignidades, puede ser concretado por el contexto en el que se desenvolvían los mestizos. Se trata en todo caso de concesiones administrativas en cualquiera de las esferas y categorías de la función pública, distinciones de carácter honorífico y admisión en entidades y colegios de acceso restringido por sus estatutos. Sobra aclarar que el término de oficios no se debe

(5) LEÓN PINELO, A.: *Tratado de confirmaciones reales*, parte II, cap. II, fol. 118, Madrid, 1630. Buenos Aires, 1922.

entender en el sentido actual de labores de carácter manual o mecánico, cuyo campo estaba controlado por los respectivos gremios de las distintas profesiones, escalonados en diversas categorías según la importancia que se atribuía a su trabajo, los cuales solían ser muy exigentes en la admisión de gente de color, pero menos en la de indios puros, sobre todo para la categoría de maestro (6). Para precisar más el tema, hay que excluir del mismo a la esfera eclesiástica, en la que se discutió con bastante frecuencia la política de la ordenación sacerdotal de los mestizos, pero la responsabilidad de esta cuestión recayó en los propios ordinarios que tenían facultades pontificias especiales de dispensar esta irregularidad. Aunque en esta última cuestión no faltaron frecuentes advertencias regias y reconvenciones a los obispos sobre presuntos abusos en la materia, vinculadas siempre a denuncias alarmantes previas, jamás la corona pasó de las advertencias verbales y nunca por este motivo se produjo ni un solo caso de sanción por parte del patrono regio de la Iglesia indiana.

En lo que respecta a la esfera civil, los puntos más conflictivos se reducían a la posesión de encomiendas en los primeros tiempos y después a la posesión del oficio de escribano, por el que los mestizos sentían especial predilección, seguramente porque se consideraban más capacitados para ejercer esa profesión, especialmente en los cabildos de indios, por el conocimiento que tenían de las lenguas indígenas. Ocurría, además, que algunos padres españoles que habían tenido hijos con mujeres indias y que no los podían acoger en su familia constituida en matrimonio canónico con mujer española, encontraban un modo de tranquilizar su conciencia y amparar a su hijo mestizo con la aportación del numerario necesario para la compra del oficio, cuya com-

(6) KONETZKE, R.: "Las ordenanzas de gremios como documentos para la historia social de Hispanoamérica durante la época colonial", *Estudios de Historia Social de España* 1, Madrid, 1949, 483-524.

praventa fue una práctica habitual en las Indias en todo el período de la dependencia española.

Los impedimentos que se atribuían a los miscegenados para que pudiesen ejercer dicha función u oficio no se aplicaban a los nacidos de legítimo matrimonio, pues SOLÓRZANO PEREIRA atestigua con su indiscutible autoridad que “cada día se dan estas notarías a mestizos legítimos en la Cámara de Indias” (7). La diferencia entre la legitimidad y la ilegitimidad de nacimiento no constituía un simple incidente del pasado, y menos en los mestizos biológicos, ya que este hecho tenía normalmente repercusión en todo el desarrollo de la vida social de los individuos. Los hijos legítimos formaban parte de un hogar regular con sus consecuencias afectivas, de apoyo paterno y de educación que les permitía integrarse en la sociedad hispana y poder discurrir en unos ámbitos distintos de los mestizos incursos en el grupo o casta marginal.

Estos últimos, por el contrario, vivían en frecuente desamparo, criados por sus sacrificadas madres de raza india más o menos pura, desplazados de la sociedad blanca y forzados por la insatisfacción de su existencia a integrarse en un grupo social o casta marginada a la que se imputaban numerosas carencias y defectos. En concreto, en este aspecto particular de otorgarles a ellos el oficio de escribano y las funciones notariales no se les consideraba idóneos porque, según frecuentes denuncias, en las que seguramente no dejaban de influir intereses personales para eliminar a posibles competidores, producían agravios y vejaciones a los naturales y no se podía confiar en su legalidad y fidelidad (8).

(7) SOLÓRZANO PEREIRA, J.: *Política Indiana*, lib. II, cap. 30, párr. 55.

(8) Véase al respecto: OLAECHEA, J.: “Las escribanías de Indias y las castas”, en *Rev. de Derecho Notarial* CXLIV, Madrid, abril-junio 1989, 41-51.

VI. La reacción de los mestizos

En la memoria personal o histórica de muchos entreverados estarían presentes otros tiempos en los que su condición no implicaba ninguna rémora especial. Pero la aplicación de la figura de la habilitación como necesidad de subsanar una insuficiencia natural tuvo que provocar en ellos una lógica reacción de enojo y de resistencia ante una medida de cuya trascendencia no pudieron dejar de percatarse y que consideraban a todas luces injusta. Como respuesta a tan arbitraria exigencia, que les rebajaba a una condición socialmente denigrante, inferior por supuesto a la consideración que se otorgaba a los sujetos de origen europeo puro, e incluso a los mismos indios en un orden estrictamente legal, los miscegenados parece que se decidieron mayoritariamente por no darse por enterados de la pretendida necesidad de la habilitación y por mantener una especie de resistencia pasiva. En realidad, el asunto venía a ser de una importancia trascendental y es posible que los implicados hubiesen adquirido conciencia de ello. La pretensión de aplicar a los miembros de esta clase un requisito por encima de lo que se exigía en el estamento európido venía a constituir un dictamen de condena y de degradación de todo el conjunto de sus individuos incurriendo en el campo del racismo por el reconocimiento que implicaba de la deficiencia humana de los mismos.

Pero la resistencia, dado que afectaba a un colectivo numeroso y a los intereses particulares de muchos de sus individuos, no pudo ser unánime, por lo que no faltaron individuos que se resignaron a acogerse a dicha medida, pero no en la proporción esperada por sus promotores. El año 1610, el consejero de Indias Juan de Ibarra realizó por orden de Felipe III una lista de los arbitrios especiales que se introdujeron en la referida instrucción de 1591 y de las rentas que había producido cada uno de ellos. El referente a la habilitación de los mestizos hacía el número diez, último de la citada lista, y ocasionó para las cajas reales unos ingresos

relativamente escasos que, sin embargo, sólo en parte se destinaron al fin inicialmente propuesto (9).

Cabe sospechar, además, que las autoridades virreinales no se atrevieron a extremar su celo en esta cuestión, conscientes acaso de su peligrosidad, porque en caso contrario, las cantidades ingresadas por este capítulo hubieran podido ser superiores si se hubiese exigido el cumplimiento del propuesto requisito con mayor rigor. Es posible también que existieran presiones por parte de algunos padres que se encontraban con la necesidad de recurrir a un nuevo dispendio para situar a su hijo mestizo, cuando antes les bastaba comprar el oficio. De hecho, se conocen bastantes casos coetáneos en los que las escribanías son otorgadas a los mestizos sin recurrir al trámite de la habilitación, como los referidos en un *Índice* publicado del Archivo Nacional de Colombia, en cuya Audiencia de Santa Fe los mestizos desempeñaron una inusitada actividad en pos de este oficio (10).

186

En el mismo Real Consejo de Indias no deja de advertirse en ocasiones cierta imprecisión política en alguna de sus manifestaciones como se desprende de la provisión que el año 1600 se cursó a los virreyes del Perú y Nueva España y a las Audiencias de Lima, México, Santa Fe y Guatemala en los siguientes términos:

He entendido que en esas provincias hay algunos mestizos ocupados en oficios de corregimiento, alcaldías mayores, regimientos (léase regidurías), escribanías y otros de esta calidad. Y porque quiero ser informado más particularmente de lo que hay en esto y si los mestizos que están ocupados en dichos oficios tienen habilitación para ello y quién se la dio y si está ordenado generalmente que los dichos mestizos no tengan semejantes oficios, y si se guarda así, o por qué se excede de ello, y qué inconvenientes se han seguido, siguen y pueden seguirse de tenerlos, os mando que, habiéndoo muy bien enterado de todo, me enviéis relación de ello con vuestro parecer (11).

(9) A.G.I. Indiferente General 614. SCHÄFER, E.: *El Consejo Real y Supremo de las Indias* 2, Sevilla, 1947, 172, nota 42.

(10) *Archivo Nacional. Índices del Archivo Colonial* 4, Bogotá (s.a.), 37.

(11) Real Cédula de 9 de septiembre de 1600: A.G.I. Indiferente General 427, lib. 30, fol. 482 v. *Disposiciones Complementarias de las Leyes de Indias* 1, Madrid, 1930, 240.

VII. ¿Imprecisión de ideas?

Dos años después de la provisión referida en las líneas precedentes, fue remitido al virrey del Perú un oficio ordenando que, como consecuencia del excesivo número de escribanos existente, se hiciese una inspección en un entorno de veinte leguas de Lima y se desposeyese de la plaza a los mestizos que no hubiesen obtenido la "dispensa real" (12).

Obsérvese que en este oficio no se emplea el término de habilitación, sino el de dispensa real. Este cambio terminológico en tan breve lapso de tiempo puede ser significativo de un desistimiento en la actitud de la corona, pues la dispensa no se podía interpretar en la época más que en el sentido tan frecuente y exclusivo de no tener en consideración por la parte civil el impedimento de la filiación ilegítima para acceder a instituciones y a oficios públicos y por la parte eclesiástica al ingreso en las organizaciones religiosas y a la admisión a las órdenes sagradas.

No cabe negar que no pocas fuentes históricas correspondientes a los años fronterizos de los siglos XVI y XVII dejan entrever evidentes atisbos refractarios a la clase mestiza, pero aplicada fundamentalmente a los individuos integrados en aquella masa desdeñada por prejuicios inadmisibles en lo que se consideraba la buena sociedad. La pura mezcla racial, en expresión contradictoria entre adjetivo y sustantivo, pero usual, no cerraba ninguna puerta si se mostraba un apellido paterno conocido. Así, un autor cualificado de este período, el dominico Gregorio García reconoce falta de estimación en los miscegenados por la parte que tenían de indio, aunque ella se compensaba con la compañía que llevaban de la nación española de la que tomaban el apellido y la nombradía de español y declara que como tal eran

(12) Oficio de 22 de febrero de 1602, KONETZKE, R.: *Colección de Documentos para la historia de la formación social de Hispano-América* 2.1, Madrid, 1958, 85.

admitidos a oficios honrados y de gobierno de la república y a cosas de honra y religión (13).

En el fondo de todos estos testimonios y referencias se puede advertir una indudable prevención sobre la clase mestiza, pero entendiendo esta clase mestiza como una casta marginada activa y pasivamente; es decir, una casta que discurría socialmente por cauces propios y en la que por *fas* o *nefas* se veían obligados a integrarse los individuos que no tenían cabida en otros estamentos superiores. Esta casta discurría en paralelo con los demás estamentos de la América hispana: los indios, los morenos y en la cumbre, los originarios de Europa. Cada uno de dichos estamentos se desenvolvía con algunas peculiaridades propias en orden a afrontar su destino, las cuales constituían hasta cierto grado una subcultura. En concreto, los mestizos integrados en casta, aparte de su nota común de nacimiento ilegítimo, se distinguían por su falta de educación a causa del abandono o desinterés paterno, por su dedicación profesional al ejercicio de oficios bajos y a una situación económica de penuria que, a menudo, les obligaba a recurrir a la vagancia.

Esta situación de la casta mestiza, en la que no faltaban individuos menesterosos de pura raza española, con predominio canario en Venezuela, integrados en la misma por motivos sentimentales de emparejamiento o por otras razones, no se fundaba necesariamente en motivaciones raciales. Muchos destacados jurisperitos indianos, capitaneados por SOLÓRZANO PEREIRA, no veían razón alguna para excluir a los mestizos, por el mero hecho de serlo, de cualquiera de los honores y prebendas que ofrecía tanto la sociedad secular como la eclesiástica (14). El testimonio de SOLÓRZANO PEREIRA goza en nuestra cuestión de innegable valor no sólo

(13) GARCÍA, G.: *Origen de los indios de el Nuevo Mundo e Indias Occidentales*, lib. III, cap. 4 (1.^a ed. 1609).

(14) OLAECHEA, J.: "Categoría socio-política y profesional de los mestizos hispano-indianos", *Rev. Intern. de Sociología*, 2.^a época, Madrid, n.º 7-8, julio-diciembre 1973, 55-82.

por su reconocida autoridad jurídica, sino también porque lo concibe en el mismo teatro de los hechos puesto que él llegó a Lima con el nombramiento de oidor de aquella Audiencia el año 1609 y nueve años más tarde pudo entregar a la imprenta su obra de *Política Indiana* en la que plasmó tanto sus grandes conocimientos jurídicos como su experiencia acumulada en sus años judiciales limenses.

VIII. Discriminación social

Desde el punto de vista meramente legal o jurídico no cabe cuestionar los principios de igualdad aplicados a los entreverados. Pero el intento de querer imponerles la necesidad de la habilitación pone al descubierto que para los componentes de esta clase, sumidos en un estrato marginal de mala reputación, se acentuaban las trabas que pretendían reducirlos a una situación de inferioridad en lo relativo a su acceso a los órganos de influencia o control social.

La posibilidad de su promoción social encontraba fuertes resistencias en las esferas de origen europeo, amparadas en la nota de nacimiento ilegítimo, de su deficiente educación y el desprestigio de su dedicación obligada al ejercicio de oficios inferiores y a menudo a la vagancia. A ello se añadía que no se dejaba de reconocer su capacidad y valía personales, lo cual provocaba los recelos de la oligarquía dominante. El virrey Toledo se expresaba a este respecto con bastante claridad al ensalzar las dotes naturales de los mestizos y deplorar sus defectos provenientes de una excesiva libertad y carencia de educación. Advertía, al mismo tiempo, de su peligrosidad en el orden político y de sus pretensiones, “juzgando que por parte de las madres es suya la tierra y que sus padres la ganaron y conquistaron” (15).

(15) LEVILLIER, R.: *Don Francisco de Toledo, supremo organizador del Perú. Su vida, su obra (1512-1582)*, Madrid, 1935, 243-4.

IX. Una batalla favorable a los mestizos

A pesar de todo, los mestizos pudieron inclinar a su favor, en cierta dicotomía entre lo legal y lo social, la batalla jurídica de la habilitación, pues la corona debió de desistir de la aplicación de dicha figura en adelante a las mezclas de español e indio. No se advierte a través de los documentos el motivo de tal desistimiento por parte de la administración española, mas es muy probable que estuviese influido por la negativa de los mismos interesados a solicitar una concesión que consideraban humillante y contraria al sentido común, aparte también de su infundada base y de su incongruencia con otras disposiciones relativas a la clase miscegenada.

Por el contrario, en un sentido ya positivo, los esfuerzos de superación de los naturales de América merecieron un admirable reconocimiento jurídico, gracias, precisamente, a las diligencias de un destacado individuo de la clase mestiza, Juan Núñez Vela, que recabó una solemne declaración de que la límpísima sangre de los indios no era obstáculo para obtener dignidades eclesiásticas hasta la del obispado, ni para obtener el hábito de las tres órdenes militares de Castilla, ni para ingresar en colegios, universidades, cabildos catedrales, puestos militares y en todas las instituciones que requerían pureza de sangre.

El Consejo de Indias, discutiendo sobre el memorial presentado por el referido mestizo, recién nombrado racionero de la catedral de Lima, llegó a concluir que su petición no envolvía nada que no estuviese reconocido anteriormente en las leyes de Indias y presentó al monarca una consulta a cuyo tenor Carlos II promulgó el año 1697 la llamada Cédula de Honores en la que se declaraba que a los indios y mestizos nacidos de legítimo matrimonio se les debían otorgar las mismas prerrogativas que gozaban en Castilla los limpios de sangre, y a los que descendiesen de indios principales o caciques las mismas que gozaban los hijosdalgo en la Península (16).

(16) OLAECHEA, J.: "Política social y política racial de España en orden a los indios", *Rev. Intern. de Sociología* 17, 1969, 101-125.

Si bien es cierto que, como declara el mismo Consejo, nada nuevo expresaba el histórico documento que no hubiese sido promulgado anteriormente, este supremo organismo de la administración indiana estimó procedente atender la referida solicitud porque no siempre se cumplía lo promulgado. De hecho, por la solemnidad con que se mandó hacer su proclamación en las Indias, la real cédula constituyó un auténtico revulsivo. Sin embargo, las que podemos considerar las fuerzas vivas del Perú, con el virrey al frente, trataron de ocultar el documento y el monarca tuvo que dirigir dos sobrecartas más a dicho virreinato, incluyendo el texto íntegro, hasta que no tuvieron más remedio que hacer su proclamación pública en la forma prescrita para que pudieran enterarse todos. La solemne real cédula no decía nada nuevo, como ya se ha repetido, pero al sistematizar y recopilar con claridad lo anteriormente ordenado, se constituyó en un instrumento de notable eficacia. Una de sus más notables virtudes se cifró en que diluyó posibles vislumbres racistas en relación a las posibilidades de integración de los grupos indígenas y mestizos en la sociedad hispanoamericana.

La cuestión de la necesidad o superfluidad de aplicar a los mestizos la figura de la habilitación fue un fenómeno transitorio en la historia social iberoamericana de una duración poco superior a la última década del siglo XVI y a la primera del XVII. Se extinguió sin aparatosidad, por consunción. Casi dos siglos más tarde volvería a resurgir dicho concepto, ahora encubierto en unas disposiciones generales, para ser aplicado, no a los entreverados de sangre europea y americana, sino a los sujetos de origen africano. Dicho concepto está incluido en la real cédula circular de 1795, llamada de "Gracias al sacar" que comprende un amplio espectro de acciones y concesiones de carácter sociopolítico tendentes a otorgar, mediante el pago de tarifas específicas, honores y privilegios individuales y colectivos en las más variadas y, a veces, extrañas materias. En materia de capacitación étnica se aplica a los individuos de origen africano una figura similar a la habilitación que dos siglos antes

se pretendió aplicar a los mestizos. Para la dispensa de la calidad de pardo el arancel establecía una tasa de 500 reales y para la de quinterón 800 reales. Estas cantidades eran relativamente exiguas si se las comparaban con la de 6.600 reales que debía pagar un regidor por el privilegio de entrar armado con la espada en el cabildo de su ciudad y con la de 1.000 reales que se debían abonar por tener derecho a anteponer a su nombre el tratamiento de "don" (17).

El 3 de agosto de 1801 se promulgó otra real cédula de similar tenor, en la que las tasas sufrían un aumento y se hacía una incidencia más expresa en la habilitación de los pardos, para quienes dichas tasas eran todavía de las más moderadas. El aumento que sufren dichas tasas llega respectivamente a 600 y a 1.100 reales de vellón, un 20 y un 37% más, mientras el disfrute del tratamiento de "don" costaba 1.400 reales, un 40% más. Estas medidas debieron de repercutir de forma especial en la legalización de los grupos de morenos que practicaban sin título la cirugía, pero con amplio prestigio y aceptación de los pacientes, y algunos también la medicina, aprendidas experimentalmente a la antigua usanza. Así lo da a entender lo que sucedió en la Universidad de San Marcos de Lima donde, por gracia de la referida habilitación, pudieron cursar estudios y doctorarse e incluso conseguir cátedras en dicha facultad, a la que, además, incorporaron los estudios de cirugía, distinguidos sujetos como Castell, Salas, Dávila, Dávalos, el negro Santos Montero y, los más ilustres de ellos, José Manuel Valdez, autor de varias obras científicas y literarias y asociado a tres academias europeas, entre ellas la española, y también Hipólito Unanue, antiguo estudiante en Montpellier, que incorporó los estudios de medicina basados en métodos científicos en la escuela de San Fernando que él fundó (18).

(17) Real cédula de 10 de octubre de 1795: KONETZKE, *Colección de documentos para la historia de la formación social de Hispanoamérica* 3.2, Madrid, 1962, 778-783.

(18) RUBIO, D.: *La Universidad de San Marcos de Lima durante la época española*, Madrid, 1933, 243. Véase también: OLAECHEA, J.: *El descubrimiento persistente de América. Dialéctica racial y convivencia humana*, Granada, 1989, 73-93.