

La insoportable levedad de la escritura pública

Descripción

La crisis económica ha perjudicado la reputación social y jurídica del Notariado. Junto a otros motivos, algunos de ellos internos, ese hecho se explica en parte por la incidencia de varias resoluciones judiciales cuyo común denominador es la anulación del documento notarial por motivos que podrían aplicarse a muchos otros similares. Quizá no quepa hablar con propiedad de jurisprudencia, pero sí de una doctrina judicial común a varias parcelas del derecho privado que sacrifica sistemáticamente la seguridad jurídica en aras de una subjetiva concepción de la justicia del caso concreto, a través precisamente de la declaración de nulidad de determinadas escrituras públicas.

Se trata de un efecto colateral de un asunto de mucho mayor calado. Seguramente no nos corresponde como notarios valorar las voces que desde distintos ámbitos, cada vez más alarmadas, alertan sobre ciertos sesgos en el ejercicio de la jurisdicción. El principio constitucional de legalidad en su versión judicial, es decir, el sometimiento de las juezas y de los jueces y al imperio de la ley que impone el art 117 CE, parece estar sistemáticamente relativizado por el art 10.2, que exige interpretar el contenido de los derechos y libertades del Título Preliminar de conformidad con los instrumentos internacionales ratificados por España. La realidad social (art 3.1) y la equidad (art 3.2 CC) como criterios complementarios de interpretación de las normas se quedan muy cortos para quienes parecen estar instalados en la versión más radical de la Escuela del Derecho Libre. Así, son crecientes los campos (reforma laboral, justicia universal, contratos de consumidores, derechos de filiación, régimen penitenciario, estatuto del funcionariado...), en que nuestros magistrados de todos los órdenes y niveles buscan y encuentran referentes de derechos fundamentales o novedosos principios generales del Derecho (ej: el interés superior del menor...) para inaplicar el derecho positivo interno, generando un cada vez más hipertrofiado derecho de creación judicial. Y ello, no siempre con respeto a la función unificadora de la jurisprudencia del Tribunal Supremo o al control del Constitucional, sino en virtud de criterios propios de interpretación de los tratados y convenios o de resoluciones de organismos y de tribunales internacionales, como si aquellos fueran directamente aplicables en el derecho interno o éstos formaran parte de la estructura jurisdiccional española.

En lo que afecta a nuestra profesión, las sentencias que antes citábamos parecen partir de una imagen de la función notarial caricaturizada y cargada de prejuicios impropios de quien tiene el poder de juzgar. Para estas resoluciones, las escrituras públicas son documentos de formulario en que el control de legalidad no existe o es irrelevante frente al poder del cliente “fuerte”, la autorización del documento no implica su autoría, el otorgamiento parece percibirse como un acto impersonal y estandarizado, y el asesoramiento equilibrador del art. 147.3 RN ni se concibe que exista. Principios básicos de derecho documental del Código Civil y de la legislación notarial son sistemáticamente ignorados, sepultados bajo un elástico principio procesal de libre valoración de la prueba, o sin más, despreciativamente silenciados. Se ignora que los campos de la contratación en que concurre de manera general la intervención notarial (transmisiones inmobiliarias, particiones hereditarias, ...), la litigiosidad es mínima.

Se reseñan a continuación tres aspectos concretos en los que se ha puesto de manifiesto lo anterior.

Ni de lejos agotan el tema, pero ejemplifican campos del Derecho distintos entre sí donde una sentencia o un grupo de sentencias homogéneas han declarado la nulidad del documento público, basándose en una fundamentación jurídica que podría extrapolarse a otros miles anteriores y posteriores, redactados y autorizados con idénticos criterios de legalidad y ortopraxis. Se propone para cada uno de ellos una fórmula -tanto documental como actuación notarial- que permita salvaguardar la validez y eficacia del documento, y para que, caso de volver a revisarse judicialmente, la eventual declaración de nulidad exija como mínimo otra argumentación distinta y mejor fundamentada en Derecho.

a.- Los poderes generales para hacer donaciones.

Es el caso de la STS (I) 687/2013, 6 de noviembre (rec. n.º 2007/2011). El supremo confirma las dos sentencias de instancia declarando la nulidad de una donación de varios inmuebles formalizada años antes por el hijo del donante en favor de su pareja de hecho, usando para ello un poder general con facultades expresas para “hacer donaciones”, y estimando así la demanda de la otra hija del donante. La sentencia fundamenta la nulidad de la donación en que: *“la jurisprudencia tiene declarado que cuando el mandato tiene por objeto actos de disposición es menester que se designen específicamente los bienes sobre los cuales el mandatario puede ejercitar dichas facultades, y no es suficiente con referirse genéricamente al patrimonio o a los bienes del mandante”*. La “jurisprudencia” invocada consiste en una única sentencia, la de 22-11-2010, que exigió que el poder general para pleitos concretase el asunto y objeto de una transacción para que el representante procesal del actor pudiera válidamente desistir de una acción judicial de reclamación de indemnización contra un empresario por un accidente de trabajo. La sentencia de 2013 confunde el contrato de mandato con el mecanismo de la representación; por intentar apoyarse en una jurisprudencia inexistente mezcla los ámbitos de la representación procesal y la extraprocesal; y huérfana de todo refrendo legal, hace extensiva la exigencia de concreción del objeto a todo poder general, con abstracción de si el negocio dispositivo a formalizar en nombre del *dominus* es oneroso o gratuito.

La ineficacia declarada de la donación lo es por falta absoluta de consentimiento, no por vicio, y por tanto encuadrable en la nulidad radical o inexistencia y no en la anulabilidad. Por ello, todas las transmisiones inmobiliarias -inscritas en el Registro- formalizadas en las últimas décadas mediante poderes generales pueden estar afectas a la misma nulidad del caso resuelto por la sentencia, y lo seguirán estando (la acción no caduca) salvo que el poderdante las ratifique formalmente.

Para dar satisfacción a la exigencia del Supremo de concreción del objeto del poder, se propone añadir al clausulado habitual de facultades del poder general, sin dejar de calificarlo como “general”, un apartado que mencione someramente los bienes (inmuebles o empresas) principales del poderdante, que generalmente serán pocos:

“LIMITACIONES OBJETIVAS: El presente apoderamiento confiere facultades respecto de la totalidad del patrimonio del poderdante*, presente y futuro, y sin perjuicio de ello, específicamente, respecto de los siguientes bienes: -Vivienda en calle *, piso * de la ciudad de *. – Participaciones de la entidad * S.L.”*

b.- Las liquidaciones de gananciales con adjudicación de inmuebles.

Este apartado se refiere a la jurisprudencia que en los últimos años ha aplicado de manera expansiva la acción de rescisión por lesión de la partición hereditaria del art. 1074 CC a las liquidaciones de

gananciales –en particular, a las formalizadas en escritura pública- al amparo de la remisión del art 1410 CC. La acción de rescisión se había aplicado históricamente de manera muy restrictiva (STS 25-03-1914) dado el carácter subsidiario de la acción (art 1294 CC) y por exigencias de todo el régimen jurídico de la partición hereditaria (arts. 1056, 1057, 1075, 1078, 1079 y 1080 CC), de modo que hasta tiempos recientes no había jurisprudencia sobre el tema en sede de liquidaciones de gananciales. Tras la ley del divorcio de 1981 los litigios sobre estas liquidaciones han venido estando vinculadas a los efectos personales y patrimoniales de los conflictos matrimoniales. Ha sido frecuente la situación en que los cónyuges liquidaban gananciales en capítulos notariales separadamente del convenio regulador de los restantes efectos (no solo personales) de la separación o divorcio, ya por existir acuerdo parcial solo sobre el reparto, ya por interesarles espaciar temporal y procedimentalmente ambos extremos. Durante el boom inmobiliario, el cónyuge no adjudicatario de la vivienda o de los demás inmuebles gananciales solía considerarse gravemente perjudicado por no haberse podido beneficiar de su revalorización posterior, lo que le impulsaba a intentar toda clase de acciones judiciales para impugnar la liquidación. Cierta corriente judicial ha dado manga ancha a estas impugnaciones por la vía de la rescisión por lesión, señaladamente cuando la liquidación de gananciales no había pasado el filtro judicial por haberse hecho ante notario. El efecto ha sido que, mientras que los restantes efectos del divorcio -custodia y pensiones- quedaban blindados por el efecto de cosa juzgada de la sentencia, solo matizada los art. 90.3 CC y 775 LEC, la firmeza de la escritura de liquidación de gananciales quedaba durante los cuatro años siguientes a su fecha (1.076 CC) al albur del ánimo litigioso de una de la partes. Infinidad de liquidaciones de gananciales hechas en capitulaciones matrimoniales o en escrituras conexas han podido ser rescindidas con éxito en estos años.

La práctica notarial no puede ser indiferente a lo anterior. No debe ignorarse que la acción de rescisión por lesión siempre es renunciante anticipadamente (STS 22-02-1994, 06-03-2003, 17-03-2006, 19-03-2008, 30-10-2008...). Esta última sentencia incluso contiene orientaciones de los magistrados acerca de cómo debemos redactar las liquidaciones de gananciales: *“no podemos dejar de reseñar que lo lógico, lo prudente y lo más racional sea, a los efectos de evitar ulteriores conflictos, que (...) esa intención real de los cónyuges de liquidar definitivamente sus relaciones personales y patrimoniales pactando el destino del patrimonio común (...) sea expresamente declarada en el convenio o en las capitulaciones matrimoniales otorgadas.*

Por tanto, es conveniente proponer a las parejas otorgantes de toda clase de liquidaciones de regímenes matrimoniales y de extinciones de comunidad sobre bienes comunes, la posibilidad de renunciar, de modo asesorado e informado, a la acción de rescisión por lesión (el reforzado asesoramiento notarial podría en ocasiones quedar respaldado por la referencia a la tasación pericial que en general se habrá obtenido con ocasión de la novación hipotecaria a las que suelen estar conectadas estas operaciones). Por ejemplo, con arreglo a la siguiente fórmula:

*“RENUNCIA INFORMADA A LA ACCIÓN DE RESCISIÓN POR LESIÓN: Hacen constar los dos comparecientes, que las adjudicaciones derivadas de la presente *liquidación de gananciales han sido realizadas previa información técnica, jurídica y de mercado de la valoración de la*s finca*s *y bienes adjudicadas* a cada uno de los *excónyuges y con pleno conocimiento informado y asesorado de las eventuales variaciones futuras de su valoración o tasación. En todo caso, ambos comparecientes, RENUNCIAN pura, simple e irrevocablemente al ejercicio de toda acción de rescisión por lesión y específicamente a la regulada en los artículos 1074 y concordantes del Código Civil, respecto del presente negocio jurídico, cualquiera que sea el valor futuro del *los bien*es inventariados dentro del plazo del ejercicio de dichas acciones, y sin que dicha renuncia pueda verse afectada por eventuales modificaciones futuras de su estado civil, situación personal o matrimonial”.*

c.- Las aceptaciones puras y simples de herencias.

El caso de la anciana de Torredelcampo de 2013 ha sacado a la luz el tema de las consecuencias indirectas o implícitas de los actos documentados notarialmente. En la exposición mediática de este concreto asunto se hicieron concurrir dos elementos de máxima afectación ideológica -violencia de género y desahucios de viviendas-, lo que condicionó su resolución judicial. No obstante, la sentencia del juzgado de 1ª Ins. nº 1 de Jaén, 179/2013 de 24 de Julio, aparte de responsabilizar solidariamente de la nulidad de la escritura de aceptación de herencia al autorizante, al sustituido en el acto y al sustituido en la plaza (el FJ 4, p.1ª dice deducir tan asombroso efecto del art. 6 L.O.N.), afirma en el párrafo 5 del mismo fundamento jurídico lo siguiente: *“(la notaria) no informó de la posibilidad de aceptar la herencia a beneficio de inventario porque no lo consideró según sus palabras necesario, ausencia de información que atendiendo a la labor de asesoramiento del Notario recogida en los preceptos antes indicados no debió omitir, sino asimismo que las gravosas consecuencias de la aceptación pura y simple no consta ni siquiera en la escritura que se le hicieran saber a la demandante”.*

Llama la atención que si la aceptación de herencia sin beneficio de inventario está siempre necesitada de tan reforzado asesoramiento jurídico, el art. 999 CC siga permitiendo esa peligrosa modalidad en documento privado o incluso de modo tácito, lo que ni siquiera se planteó la sentencia de Jaén, en un caso, además, -al parecer- de heredero único y por tanto de escritura innecesaria. Sin embargo, no consta que ninguno de nuestros jueces haya pretendido hasta ahora la anulación de tan aberrante precepto generador de indefensión, ni por vía de cuestión de inconstitucionalidad (art. 18.1 CE) ni planteando por propia iniciativa ante el TJUE cuestión prejudicial del art. 234 del Tratado de las Comunidades Europeas, a fin de que se exija siempre aceptación notarial o, aun mejor, judicial. La sentencia anula la escritura no por sus consecuencias dañosas, sino porque el defectuoso asesoramiento se considera determinante del vicio del consentimiento de la aceptante; por tanto, puede haber infinidad de aceptaciones igualmente nulas. En todo caso, el inciso transcrito plantea la duda de si el sentido de la sentencia (prescindiendo de las condiciones personales de la aceptante) habría sido otro en caso de que la escritura hubiera reflejado “las gravosas consecuencias de la aceptación” o quizá “que se le hicieran saber a la aceptante” dichas gravosas consecuencias.

Como principio de prudencia, parece recomendable acomodar la actuación notarial a criterios que permitan salvaguardar esa doble aparente exigencia. Por un lado, el otorgamiento de la escritura –siempre a la vista de información registral de los inmuebles- debe insistir en la conexión entre aceptación y responsabilidad por deudas, y en la posibilidad de evitar ese efecto; por otro, la propia

escritura deberá reflejar esa especial modalización del otorgamiento prevista por el art 194.2 RN, es decir, de lo ocurrido con ocasión de la lectura y firma del documento respecto de cada uno de los otorgantes, puesto que la responsabilidad puede también ser individual. Se propone una formula parecida a lo siguiente, ya utilizada por muchos notarios (a consignar justo después de la cláusula de aceptación):

“Expresamente advierto yo, el Notario, a los herederos que la aceptación pura y simple por ellos formalizada, sin acogerse al beneficio de inventario, puede implicar la responsabilidad personal de ellos mismos por las deudas de su causante, conocidas o no al tiempo de firmar esta escritura, y estén o no reseñadas en el inventario anterior. Después de advertidos, se ratifican individualmente cada uno de ellos en la aceptación pura y simple que han formalizado.”

Categoría

1. Escrituras

Fecha de creación

25 junio, 2015

Autor

jose-manuel-vara-gonzalez