

El alcance de la intervención notarial en la contratación bancaria

Descripción

*El texto que sigue a continuación, redactado por mí, fue publicado en el libro «**La cláusula suelo en los préstamos hipotecarios**», coordinado por José María López Jiménez (apartado 8 del capítulo 5), Bosch, 2015. Segunda edición. Por si pudiera tener interés, en cuanto se refiere a la función notarial, he considerado oportuno repetirlo aquí:*

El notario en la contratación bancaria: su papel con cada parte.

La intervención notarial es frecuente en la contratación bancaria porque los efectos que produce aquélla interesan a las entidades bancarias y también a los contratantes de sus servicios.

A las entidades bancarias les interesan fundamentalmente los efectos del documento en sí: el efecto probatorio de la existencia del contrato: el efecto legitimador de los derechos que de él se desprenden; el efecto ejecutivo, que permite exigir por vías procesales privilegiadas los créditos que surjan del contrato y, por supuesto, el efecto constitutivo de ciertos derechos reales como el de hipoteca, que precisan la escritura y la inscripción en el registro de la propiedad para que deban entenderse eficaces frente a todos.

La producción de esos efectos jurídicos extraordinarios dimana precisamente de que en la formación del contrato han concurrido una serie de circunstancias que hacen surgir una presunción de validez y eficacia del contrato y del documento que lo contiene sobre la base de la regla de que “a mayores requisitos mayores efectos”, que es lo que explica la existencia de documentos públicos de muy diversos efectos en el panorama internacional, en función de los mayores o menores requisitos que han concurrido en su formación. Las circunstancias que se reúnen en el documento español son muy completas: la presencia de un funcionario público que redacta el documento y lo autoriza -o interviene en el caso de las pólizas-; la *imparcialidad de éste*; la *presencia* ante el autorizante de los otorgantes e identificación de los mismos; el juicio del autorizante sobre la *capacidad* de los otorgantes según intervengan y sobre la legalidad del otorgamiento; prestación del consentimiento *ante el autorizante y firma* o confirmación del contenido ante el mismo; lectura y aseguramiento de que las partes entienden el contenido del documento; *autorización* del documento a continuación e inmediatamente del otorgamiento. Todas ellas características típicas de todo el notariado latino, a la que en España hay que añadir la formación y custodia del protocolo y el asesoramiento imparcial de las partes[1]. Claramente lo recoge el art. 1 del Reglamento Notarial:

“Los notarios son a la vez funcionarios públicos y profesionales del Derecho, correspondiendo a este doble carácter la organización del Notariado. Como funcionarios ejercen la fe pública notarial, que tiene y ampara un doble contenido:

- a)** *En la esfera de los hechos, la exactitud de los que el notario ve, oye o percibe por sus sentidos.*

b) Y en la esfera del Derecho, la autenticidad y fuerza probatoria de las declaraciones de voluntad de las partes en el instrumento público redactado conforme a las leyes.

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”.

Pero precisamente por lo que recoge el párrafo final transcrito, la intervención notarial es también interesante para quien contrata con el banco porque es el momento en que un tercero imparcial examina la legalidad del contrato, informa de su contenido y advierte de sus consecuencias, lo que hace, por un lado, que el contratante pueda reaccionar ante cláusulas o condiciones que no corresponden a lo que se había pactado oral o informalmente (no es nada infrecuente que esto pase) y, por otro lado, que se preste un “consentimiento informado” que interesa también al acreedor en tanto refuerza el contrato ante posibles alegaciones posteriores de ignorancia o de concurrencia de otros vicios.

Todo ello significa que la intervención del notario no es la de un intermediario a medida de las necesidades del acreedor, ni la escritura o póliza un instrumento diseñado a los solos efectos de que éste pueda recuperar lo prestado, sino que su actuación es también ocasión de información y asesoramiento del deudor y de control de la legalidad de las cláusulas incorporadas, tal y como corresponde a un tercero que ha de ser imparcial y equilibrar la posición de las partes, en estos casos asimétrica.

Análisis económico de la función notarial y crisis económica.

Desde el punto de vista del análisis económico del Derecho se suele decir que el notario tiene una función de reducción de los costes de transacción: en cuanto a la reducción de los *costes privados*, es decir, los que se acarrean a las partes, se ha destacado la función del notario como «*ingeniero de los costes de transacción*», es decir, el aspecto más técnico de su *función facilitadora*, allanando el camino que permite la inserción de las transacciones en el sistema jurídico y económico. El notario reduce la incertidumbre y añade valor a las transacciones mediante su función de ejecutor o *enforcer* (la eficacia probatoria y ejecutiva), su función arbitral (solucionando problemas en la negociación), su función mediadora (en el sentido de hacer visible el espacio de la negociación) y su función auditora, (el control de legalidad), aparte de su labor de diseño contractual al completar el contrato, adaptarlo al derecho e innovar mediante la creación de fórmulas.

En cuanto a la reducción de los *costes sociales* de las transacciones, es decir, el que se puede producir a terceros por las transacciones no ajustadas o contrarias a Derecho, se destaca por los autores no la función facilitadora, sino la *función obstaculizadora* del notario, que se configura en este sentido como un «guardabarreras» o «*gatekeeper*», porque el notario baja la barrera ante aquellos casos que no están ajustados a la ley[2].

Este es el diseño *económico* a que la función notarial parece responder en situaciones de normalidad. Sin embargo, en 2008 comienza la crisis económica y se producen fenómenos que hasta ese momento no habían ocurrido. Los inmuebles pierden valor con lo cual, impagado el préstamo hipotecario se da el caso de que ni siquiera ejecutándose la hipoteca la deuda queda saldada, produciéndose una alarma social que acaba desembocando en movimientos ciudadanos que exigen

la dación en pago o la paralización de los desahucios (más bien *lanzamientos*); determinados productos bancarios comercializados por hasta entonces confiables entidades involucran los ahorros de grandes capas de población que se ven empobrecidas con su caída; aparece sobre el tapete la exigencia de una reforma concursal que permita una segunda oportunidad a las personas físicas y que sólo tímidamente se aborda por la ley; empiezan a impugnarse determinadas cláusulas por ser consideradas abusivas, por poco transparentes o por otros motivos y ello plantea hasta qué punto puede paralizarse un procedimiento ejecutivo en el que se hayan detectado este tipo de cláusulas, llegándose a pronunciar el Tribunal de Justicia Europeo sobre la deficiencia de nuestro sistema procesal, que impedía en ese momento el control de las cláusulas abusivas ya en ejecución. A mayor abundamiento, el Tribunal Supremo adopta una posición activa en la lucha por los derechos de los consumidores y adopta algunas decisiones que afectan a conceptos y actuaciones hasta entonces relativamente pacíficas y poco cuestionadas pero que ahora se ven sometidos al test de resistencia del conflicto: cláusulas abusivas por desproporción o por falta de transparencia

Algunas de estas nuevas realidades afectan al quehacer notarial y parece conveniente plantearse si en este nuevo panorama se debe de algún modo a la actuación notarial o si esta debe variar para el futuro, particularmente en lo que se refiere a dos aspectos muy concretos: la transparencia en la contratación y el control de legalidad notarial.

El control de transparencia.

a) Las sentencias sobre las cláusulas suelo

En primer lugar, es preciso traer a colación la sentencia del TS de 9 de mayo de 2013, sobre las cláusulas suelo que, tras declarar que ésta forma parte de los elementos esenciales del contrato, considera que no puede declarar su abusividad por desequilibrio, pero sí que puede declararla abusiva por falta de transparencia[3].

Como regla general, Tribunal Supremo considera que el control de transparencia comprende:

1. Control de incorporación a las condiciones generales: cumplir los requisitos establecidos en la legislación sectorial (en este caso la Orden de Transparencia de 5 de mayo de 1994 que imponía que fuera en cláusula separada y que el notario advirtiera expresamente de la existencia de esta cláusula y lo consignara en la escritura –art. 7.3.2 c)- y en el art. 6 en relación al Anexo II se especificaba cómo debían expresarse esos límites. Es decir, había una transparencia *legal* bastante importante.

2. Control de claridad: pero según el Alto Tribunal el control anterior no es suficiente, porque además ha de haber un examen de “comprensibilidad real”, que exige probar que el consumidor suscribió el contrato con pleno conocimiento de la cláusula, su influencia en el coste real del crédito, su influencia en la ejecución del contrato y la previsible evolución del tipo de interés. La jurisprudencia de las audiencias posterior a la sentencia adopta una actitud que bien cabría calificar de extremo rigor[4], considerando en términos generales que cualesquiera que fuese la actitud que se debe adoptar (que, por otra parte, no se define claramente) la entidad no la ha desplegado: no basta con que la cláusula esté redactada de forma clara y sencilla, si se inserta de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas. O aun no existiendo cláusulas techo, se suele considerar que no hay transparencia por el volumen de datos contenidos en la escritura o por la ubicación al final de largas estipulaciones. Sólo unos casos extremos quedan fuera[5].

En lo que a la intervención notarial se refiere, la cuestión es que en esta sentencia se minusvalora la intervención notarial con carácter general porque parece presuponer que nada de lo que el notario haga es suficiente para lograr esa “comprensibilidad” real que exige la transparencia. Realmente no existe en las sentencias un reproche a la actuación del notario: simplemente se considera que esa comprensibilidad se ha de hacer en un momento anterior al otorgamiento del acto, lo que significa dar relevancia a toda la fase precontractual en la que se supone que el consumidor ha de haber recibido una información suficiente que garantice esa comprensibilidad y que le permita comparar unas ofertas bancarias con otras, fomentando así al competencia real y, por otro lado, llegar a una consciente interiorización de los diversos escenarios que podrían producirse en el futuro.

En el apartado siguiente ofreceremos algún comentario al respecto de esta resolución en lo que se refiere a la función notarial. Baste por ahora decir que tal resolución propició que se introdujera en la ley 1/2013 de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, cuyo art. 6.1 introduce la famosa “expresión manuscrita”, en la que se obliga a que en los préstamos hipotecarios en que exista cláusula suelo deba incorporarse un texto escrito de puño y letra por del prestatario del que resulte que verdaderamente tiene conocimiento de lo que está firmando (“que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato”) y que ha sido considerado en muchos ámbitos notariales como una verdadera humillación.

b) El estándar deontológico del notario en el control de transparencia.

Conviene distinguir previamente entre las diversas situaciones fácticas para determinar cuál es el estándar deontológico que corresponde al notario en materia de transparencia. En este sentido, cabe decir que, como es de suponer, la intensidad de la intervención notarial en materia de control de legalidad y asesoramiento varía en función de los sujetos y de las circunstancias. En un contrato entre particulares, el margen de maniobra es mucho mayor porque la redacción del documento se hace por el notario y su protagonismo es mayor no sólo en cuanto a si determinado pacto o derecho creado es legal o no, si no también si es el “medio más adecuado para el fin lícito que se propongan alcanzar” del que habla el artículo 1 del Reglamento, incluyendo no sólo las consecuencias fiscales del acto, sino muchas veces las sucesorias, las familiares y hasta las éticas o puramente de bienestar personal, como no es nada infrecuente en negocios de Derecho de familia.

Por supuesto, por su propia naturaleza, cuando en el acto intervienen profesionales como los abogados o fiscalistas que han examinado todas estas cuestiones de conveniencia u oportunidad, y asesorado sobre las consecuencias de todo tipo que puedan derivarse del contrato, la intervención notarial es más reducida porque queda limitada a la negativa ante cláusulas radicalmente nulas o ante disposiciones incoherentes que rechaza el sentido común -porque el notario es responsable de la redacción del documento, aunque no lo redacte él- y a una advertencia o recordatorio sobre las cuestiones más obvias que se derivan del otorgamiento u otras menos obvias pero que puedan haberse pasado por alto.

Cuando se trata de contratación en masa –señaladamente la bancaria- la situación es distinta porque hay una parte fuerte, económica e informativamente, que además predispone el clausulado general de los contratos, y una parte débil, que es la que recibe los servicios de la entidad. La intervención notarial presenta en este tipo de documentos diversas facetas. Por un lado, es más limitada en lo que se refiere a la modulación o redacción del contenido del contrato, pues, precisamente porque se trata

de contratación en masa, la parte predisponente ha querido fijar un marco fijo que asegure un *estándar* mínimo a todos sus contratos, sin perjuicio que determinados elementos como el interés, plazo o ciertas comisiones, u obligaciones o garantías puedan existir o no. Por ello, el “*aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquéllos se proponen alcanzar*” que menciona el art. 1 del RN antes mencionado resulta, salvo casos específicos, difícil porque tanto el tipo de contrato como su contenido llegan confeccionados.

Pero, por otro lado, el del asesoramiento e información, la función del notario sigue siendo clave porque con motivo de la autorización se examinan los aspectos singulares y particulares del contrato y se ponen de manifiesto circunstancias que son de interés para el consumidor (y para muchos empresarios) y de las que quizá no han tenido ocasión de enterarse previamente porque la entidad no ha considerado relevante comunicarlas por la razón que sea. No es infrecuente que el otorgante se sorprenda de plazos, comisiones u otras condiciones –a veces hasta garantías- que el contratante no tenía previstos.

Ahora bien, ¿es suficiente la lectura, explicación notarial y el asesoramiento que se brinda en el momento del otorgamiento del contrato ante notario a los efectos de la comprensibilidad real, y romper esa asimetría informativa? Como antes decíamos, el Tribunal Supremo parece entender, con carácter general, que no, a pesar de que existían obligaciones legales de prestar esa información previamente, ofertas vinculantes y derechos de examen de minuta notarial con tres días de antelación, considerando que la manifestación formal en la escritura de haberla tenido no es tampoco suficiente.

No cabe duda de que el problema de la comprensibilidad real en relación con la asimetría informativa es un problema real: la falta de información con antelación suficiente dificultará que el otorgante más débil haya tenido la oportunidad de comparar con otras ofertas, incrementándose con ello los costes de información de una manera excesiva. Eso ocurre y no es probablemente un especial deseo de la parte más fuerte adelantar esa información porque, precisamente, eso permitirá al solicitante de sus servicios comparar y, quizá, elegir otro, porque se trata de productos complejos de no fácil comparación en poco tiempo. El otorgante se ve normalmente en la tesitura de aceptar lo que le ofrecen en bloque si las condiciones fundamentales –importe, interés, comisiones- son las pactadas. Es una decisión racional si se pone en la balanza el peso de negarse por cláusulas presuntamente abusivas que, por otro lado, el apoderado de la entidad no tiene competencias para variar aunque quisiera.

El problema de la mencionada sentencia del Tribunal Supremo es que, partiendo de la validez de la cláusula suelo (y de no poder entrar en su valoración de fondo por ser elemento esencial del contrato), decreta, casi como si se tratara de una ley, una falta de transparencia general en ellas sin distinguir aquellos casos en los que sí ha habido consciencia e información suficiente y la necesaria antelación en ella a través de ofertas vinculantes u otros cauces y por la labor informativa del notario, de aquellos en los que tal transparencia ha faltado. En definitiva, al revés que en el dicho, cobran pecadores por justos y se da el mismo trato a quienes entendieron y a quienes no. Y desde el punto de vista notarial, tal resolución desincentiva el buen hacer porque se equipara a los profesionales que han actuado bien leyendo y explicando con los que –que también los hay- no lo han hecho o no se han asegurado de esa comprensión real. Eso es desmoralizador e injusto. Es más, incentiva la actuación negligente del notario pues la sanción es la misma que para la diligente y, lo que es peor, la del contratante consumidor, que preferirá no enterarse de cláusulas que, siendo en principio lícitas, podrán depararle algún perjuicio económico no abusivo en el futuro.

Y, por cierto, no será tampoco todo ello subsanado por la “expresión manuscrita que prevé la ley”, porque si el Tribunal Supremo se decanta por tratar a todos los consumidores por el mismo rasero y en general a que ha de haber tenido información anticipada, con proyecciones de futuro y además no enmascarada en otras, el problema seguirá siendo el mismo lo haya escrito de su puño y letra o no.

En definitiva, la sentencia podrá tener dimensiones o explicaciones macroeconómicas y estructurales pero, desde el punto de vista indicado es injusto porque da el mismo trato a todos los casos, quizá por la dificultad o incomodidad de analizar cada caso individualmente y genera gran inseguridad jurídica. De hecho, pensamos que la labor asesora que realiza el notario en los contratos en masa y predispuestos es, desde nuestro punto de vista, de un gran valor añadido porque no parece imposible creer que, en la mayoría de los casos, no se pueda conseguir la “comprensibilidad real” con las explicaciones correspondientes. Y hecho, en muchos casos, pueden dar –y de hecho dan- lugar a aplazamientos y modificaciones de las condiciones particulares o garantías.

Pero, aparte de ese problema en sí mismo, existen otros valores añadidos a la actuación notarial, porque, aunque quizá para ese contrato ya sea tarde, la información que en ese momento recibe el otorgante sirve para romper la enorme asimetría informativa que existe entre las dos partes para el futuro. No tanto en las hipotecas, pero en las pólizas de préstamo es frecuente reiterarlas cada año, sobre todo tratándose de empresarios individuales o incluso de consumidores para financiar la adquisición de diversos productos. La conversación con el notario sirve de ocasión para fijar la atención sobre diversas circunstancias que, previsiblemente no olvidará para la siguiente ocasión que deba pedir un préstamo pudiendo en definitiva elegir mejor. Se cumple ahí, pues, un cierta función tuitiva y pedagógica del ciudadano.

Por otro lado, el hecho de que el notario informe sobre la existencia de ciertas cláusulas sobre las que ni el notario ni el consumidor pueden actuar, sino sólo rechazarlas en bloque, es positivo para éste que sabe que, de darse el caso, no le perjudicarán. Al estar configurado el Derecho de los consumidores sobre la idea de sanción al abuso, la información que presta el notario, no es inútil, sino un instrumento necesario para que el contratante sea consciente de sus derechos y los pueda ejercitar en el futuro, con independencia que en el otorgamiento concreto haya consentido porque la decisión más racional sea hacerlo.

El control de legalidad del notario:

a) El control de la abusividad.

Así como en el apartado anterior encontramos algunas sentencias en las que se minusvalora la función asesora del notario, encontramos otras actitudes y opiniones que, desde nuestro punto de vista, sobrevaloran otros aspectos de la actuación notarial, como el control de legalidad. Véase, por ejemplo, la posición del profesor Miquel[6], que viene a considerar inexcusable la denegación de la intervención notarial ante las cláusulas nulas, alegando que la ignorancia de esta obligación ha causado la degeneración del título ejecutivo, que ya no lo es tanto al encontrarse con paralizaciones en sede judicial por la existencia de cláusulas abusivas, como de todos es conocido.

b) El estándar deontológico del notario en el control de legalidad: del Derecho civil a la regularidad integral y de la regularidad formal a la material.

Conviene hacer una introducción general sobre la cuestión del control de legalidad notarial si se quiere entender el problema del control de las cláusulas abusivas. Es preciso señalar, en primer lugar, que el control de legalidad notarial –algo perfectamente asumido en el tráfico jurídico desde siglos- ha sido materia debatida en los últimos tiempos y, curiosamente, desde dos polos opuestos.

Por un lado, ha venido a ser negada por razones de tipo corporativo por el estamento registral[7] –que desea reforzar su función considerándose el único control de legalidad- y, curiosamente, tal posición corporativa tuvo cierto éxito judicial porque, impugnada la reforma del Reglamento Notarial de 2007 (RD 45/2007 de 19 de enero), que consagraba formalmente el control de legalidad notarial -existente en la vida real desde tiempos inmemoriales- el Tribunal Supremo en sentencia de 20 de mayo de 2008 anuló los preceptos que lo mencionaban por la razón formal de una supuesta falta de cobertura legal que, en realidad sí existía porque la ley 36/2006, de 29 de noviembre, introduce en el artículo 24 de la Ley Orgánica del Notariado dicho concepto, como veremos, como además ha sido confirmada por normas posteriores como la ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, que expresamente la prevé en su artículo 18 cuando dice:

“1. En su condición de funcionarios públicos y derivado de su deber genérico de control de legalidad de los actos y negocios que autorizan, los notarios denegarán la autorización del préstamo o crédito con garantía hipotecaria cuando el mismo no cumpla la legalidad vigente y, muy especialmente, los requisitos previstos en esta Ley”.

Evidentemente tal sentencia no podía variar el estándar de la actuación notarial que tiene, entre otras misiones, denegar su ministerio cuando lo pactado sea contrario a la ley y no puede abandonar todo el control de la legalidad a las “reservas y advertencias legales”, tan socorridas como peligrosas. Así se desprende de todo el entramado de normas que rige la forma de actuación y, todavía más importante, las consecuencias de la misma (eficacia ejecutiva, “prueba plena” en juicio –art. 319 LEC-, etc), que no se entienden sin la existencia de ese control. En definitiva, esta sentencia no puede servir de explicación o justificación, a las consideraciones que hace Miquel sobre la falta de control por parte del Notario de las cláusulas abusivas, porque ni el mismo Notariado entiende que su función sea hacer simplemente advertencias.

Pero es que, además, desde el otro polo, la evolución de la exigencia del control de legalidad notarial ha ido *in crescendo*, tanto en la percepción pública como en las mismas expresiones legislativas, que cada vez exigen un control de legalidad, no sólo formal, sino también material.

No cabe duda de que en tiempos más antiguos el estándar de actuación era mucho más formal y limitado. Por un lado, predominaba idea de que el campo de actuación del notario era básicamente el Derecho privado, por lo que la concurrencia o no de licencias, autorizaciones u otros requisitos administrativos, que no eran específicamente exigidos por la legislación notarial ni hipotecaria no era tema de su competencia, lo que particularmente generó problemas en el ámbito urbanístico hasta que las sucesivas leyes del suelo han ido estableciendo expresamente esa obligación de control de notario y registrador. Igualmente en materia fiscal, el notario es cada vez más utilizado como medio de control en relación a retenciones en el precio, información o control de medios de pago [8]

Pero hay un segundo aspecto en el que se ha incrementado el estándar de legalidad: el del control del fondo. Tal exigencia ha venido motivada, en buena medida, por la legislación sobre blanqueo de dinero que ha convertido a los notarios en *sujetos obligados* a efectos de la misma y les ha impuesto una participación activa en la lucha contra esos graves delitos, al punto de crear una tensión entre el recto ejercicio de su función y la labor policial que tal normativa parece exigir, pero con la grave amenaza de que el delito de blanqueo puede cometerse por imprudencia (art. 301.3 del Código Penal), lo que hace que cualquier descuido en la detección de indicios que pudieran dar lugar a la sospecha de la existencia de blanqueo de dinero puede ocasionar responsabilidad penal, aunque el negocio sea formalmente correcto[9]. En todo caso, la realidad es que el concepto de “regularidad material” ha querido consagrarse legalmente, precisamente con motivo de la represión del blanqueo y se introdujo en el art. 24 de la LON en la reforma operada por la ley 36/2006 :

“Los notarios en su consideración de funcionarios públicos deberán velar por la regularidad no sólo formal sino material de los actos o negocios jurídicos que autorice o intervenga, por lo que están sujetos a un deber especial de colaboración con las autoridades judiciales y administrativas.

En consecuencia, este deber especial exige del Notario el cumplimiento de aquellas obligaciones que en el ámbito de su competencia establezcan dichas autoridades”.

Es preciso, pues, dar una interpretación a un concepto forma parte de la ley y no sólo en relación al blanqueo de dinero, respecto del cual ya se establecen indicios de falta de regularidad material, procedimientos de denuncia, parámetros y obligaciones formales que, muy excepcionalmente, afectan a la denegación de la función, limitándose en la generalidad de los casos a la comunicación a las autoridades. No, es preciso averiguar cuál es el recto proceder del notario en relación a la regularidad

notarial en cualquier situación o materia.

En primer lugar, parece que debe entenderse que la oposición *regularidad material* frente a *regularidad formal* a que se refiere la ley no se identifica exactamente con el binomio que se forma con los requisitos formales (identificación, lectura, papel timbrado) y los requisitos de fondo (consentimiento, capacidad, tipo negocial); sino más bien el que se da entre *regularidad aparente* (lo declarado es coherente y lógico, pues siendo una compraventa hay precio, y siendo una donación no lo hay) frente a *regularidad real*, en la que no se atiende a lo declarado, sino a la voluntad real, no manifestada. Esta interpretación es coherente con la evolución histórica que antes desarrollábamos y también con el hecho de que la regularidad de los requisitos sustantivos o de fondo siempre se ha exigido al notario, con lo cual ha de deducirse que se pide algo más.

El problema que se plantea aquí, entonces, es saber cuál es el nivel de control de la regularidad material puede ejercer el notario, que no dispone de todos los elementos de juicio ni de medios de prueba suficientes para ir más allá del *nivel de lo declarado*, y preguntarse hasta qué punto puede el notario inmiscuirse en el fondo de un asunto que muy bien se le puede hurtar por las partes y sobre el que, por otro lado, no tiene competencias legales para exigir se le revele, lo que a efectos prácticos significa preguntarse si se tiene la posibilidad de negarse a autorizar un determinado documento por sospechas de la existencia de un ilícito, aunque sin la seguridad absoluta de su existencia.

Todo ello es especialmente delicado en el ámbito penal, por la mencionada regulación del delito de blanqueo, y por la existencia de otros delitos como alzamiento de bienes, estafas, y en el ámbito civil en negocios fiduciarios, indirectos o fraudulentos. Centrándonos en lo que nos interesa, cuando se trata de operaciones bancarias, el problema de la regularidad material no estará normalmente en el ocultamiento de negocios fraudulentos o delictivos (o no debería), sino precisamente en las cláusulas abusivas en las que se aprecian

Por supuesto, las complicaciones en el examen de legalidad no se darán en aquellos casos en los que la ley es clara y el camino a seguir meridiano: se tratará simplemente del examen de regularidad “formal”, de encaje del supuesto en un tipo claro, que el notario ha realizado diligentemente durante siglos. No, el problema estará en aquellos supuestos que pueden denominarse “conceptos jurídicos indeterminados” -porque precisan una concreción posterior- y que son tan abundantes en nuestro Derecho, en particular últimamente. Es en este tipo de conceptos donde tiene su asiento la opinión de Miquel y de otros autores y en la que debemos centrarnos.

En efecto, conceptos como “buena fe”, “abusivo”, “excesivo” en materia de contratación; e incluso existen en materia mercantil, a la vista de que la ley 31/2014 se prodiga también en conceptos como “abusivo”, “requisitos meramente procedimentales”, “proporción razonable” y tantos otros que son conceptos cómodos a la hora de establecer un criterio de interpretación o juicio a posteriori pero muy poco útiles cuando lo que se pretende es establecer un estándar de actuación que garantice también razonablemente que el acto no va a ser impugnado[10].

Todas estos conceptos se aplican a situaciones que no son infrecuentes y es preciso determinar – particularmente en un momento de crisis en el que sobre toda institución y control se impone un teste de resistencia- cuál es la regla deontológica –la *lex artis*- que debe seguirse en los casos dudosos o sospechosos de falta de regularidad material, como podrían ser los casos de cláusulas bancarias presuntamente abusivas, pero que no figuran calificadas como tal en norma alguna ni tampoco lo han sido por la jurisprudencia.

Pues bien, de acuerdo con lo que se ha comentado más arriba, la función notarial es la de un guardabarreras –*gatekeeper*– cuya misión es básicamente cribar el tráfico jurídico, ordenarlo en lo posible, evitando con ello pleitos futuros, garantizando los derechos de terceros no comparecientes y los legítimos intereses del Estado, aparte, como se ha dicho, de satisfacer los también los de las partes. Pero, por su propia naturaleza, no puede llegar más allá de lo que tiene ante sí: las declaraciones de las partes y los documentos presentados, que han de ser lícitos, aunque también coherentes, haciendo nacer de esa coherencia formal una presunción de veracidad que apoye la licitud de sus declaraciones y con ellas la de sus intenciones. Pero no ha de ir más allá, porque realizar presunciones acerca de la licitud de sus intenciones o la consideración como abusiva una de determinada cláusula apoyándose en su simple criterio subjetivo conduciría en definitiva a coartar la libertad de las partes en virtud de una especie de “juicio notarial” que no sería contradictorio ni tendría el procedimiento debido, ni tampoco dispondría de todos los elementos de juicio, ni legitimidad alguna para hacerlo más allá de su subjetividad personal o de la concurrencia de sospechas más o menos fundadas[11].

Tal actitud podría ser incluso contraria al principio de tutela judicial efectiva que prescribe el artículo 21.4 de la Constitución, si se considera que tras la sentencia del TS de 2008 antes citada, ha desaparecido el recurso ante la Dirección General que antiguamente establecía el reglamento notarial para el caso de denegación de la autorización[12]. Por supuesto, siempre cabrá la posibilidad de acudir a otro notario, pero quizá tenga este un criterio distinto, o quizá no lo tenga.

El notario es un ingeniero jurídico que canaliza la libertad contractual de los ciudadanos entre los márgenes de la ley, pero no es su función embalsarla y prohibir su fluir. A salvo –o antes de- la sentencia del Tribunal Supremo que ha tenido a bien considerar abusiva una cláusula de interés moratorio que exceda en dos puntos el remuneratorio, ¿debería el notario denegar su autorización si hubiera unos intereses moratorios del 10 por ciento? ¿Y del 15? ¿del 22? ¿depende de cada notario? ¿de las circunstancias? ¿Una cláusula de vencimiento anticipado que no esté expresamente prohibida debe denegarla el notario si no está claramente proscrita? ¿O debe el notario más bien autorizar todo lo que no esté claramente prohibido, a salvo la posterior intervención judicial que, con todos los elementos de prueba, y en juicio contradictorio determinará lo que proceda? Hay que recordar que, en un sistema de libertades como el nuestro, *lo que no está prohibido está permitido*, por lo que hay que presumir la validez de lo que las personas, en su autonomía de la voluntad, pactan. Desde nuestra óptica, en un Estado de Derecho es esencial que cada agente e institución haga su papel y no otro, generando el caos y la confusión y perjudicando la seguridad jurídica.

Por otro lado, ha de recordarse que la función notarial es obligatoria: el notario no puede decir que no autoriza el documento simplemente porque no le gusta el aspecto de una operación, o porque le parece que la edad de la testadora es excesiva y que previsiblemente va a ser impugnado su testamento por razón de capacidad; o incluso porque estima que puede haber encubierta en la

escritura un alzamiento de bienes. El otorgamiento de la escritura pública es un derecho que canaliza el ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes y no se puede negar salvo que haya una razón suficientemente justificada. De otra manera el notario podrá ser sancionado (artículo 2 de la LON que establece la responsabilidad del notario en caso de negativa injustificada a prestar su ministerio y artículos 3.3 y 145 del Reglamento Notarial). Pero esa razón justificada no puede ser su criterio subjetivo sino una razón legal de peso.

Tampoco hace falta decir que una cosa es la regla general de libertad y otra el sentido común y el ojo clínico: el notario ha de preguntar si algo no es claro, ha de inquirir las razones de los actos para determinar si son lícitas, ha de exigir coherencia en las declaraciones, ha de negarse ante cualquier pretensión ilegal simplemente manifestada, aunque no conste en el documento e incluso ha de negarse a autorizar ante cuestiones que excedan del sentido común, no tengan lógica o vaya a crear una apariencia en el tráfico que pueda generar confusión; tiene que evitar negocios fraudulentos o indirectos si llegara a detectarlos. Tiene que moralizar el tráfico. Pero no es un inspector, un policía ni un juez. Estas profesiones ya existen y tienen su papel.

Por todo ello, creemos que no tiene razón Miquel cuando estima que el Notario debería haberse negado a autorizar ante toda cláusula abusiva y que no haberlo hecho deteriora el título ejecutivo. Tal cosa ni es posible ni es deseable, porque el notario necesita argumentos sólidos para denegar y esos argumentos no pueden provenir de su propia subjetividad y a veces ni siquiera de la jurisprudencia, que no es ley [13]

En todo caso, reiteramos aquí los razonamientos complementarios que se daban cuando hablábamos de la transparencia: el derivado del análisis económico de la situación que hace que sea racional para el contratante aceptar la cláusula dudosa porque la prestación principal la quiere e incluso le es imprescindible; que su aceptación de la cláusula, de ser finalmente considerada abusiva en el procedimiento correspondiente, en nada le perjudica, sino que incluso le beneficiará por el sesgo punitivo del Derecho de los consumidores; finalmente, la intervención notarial le permitirá acceder a información que quizá posteriormente le permitirá comparar ofertas o, en su caso, impugnar por abusivas las cláusulas que aceptó.

Camino para la mejora del control notarial de la contratación bancaria.

Ahora bien, es preciso preguntarse si la labor notarial podría mejorarse en el campo de las cláusulas abusivas y la respuesta es que sí. Mencionaremos a continuación tres ámbitos en los que podría favorecerse ese control.

En primer lugar, es obvio que el notario es un brazo ejecutor de la ley muy potente y es razonable tener una seguridad muy sólida de que todo lo que aparezca en el BOE será cumplido con la máxima rapidez y diligencia. Por tanto, el Estado tiene en su mano *abrir o cerrar el grifo* del control preventivo en función del designio político que pueda tener de favorecer la rapidez de las transacciones –sin perjuicio de su ulterior revisión judicial- o de prevenir situaciones futuras aumentando el control. Los poderes del Estado pueden usar fácilmente al notario como un instrumento adecuado para sus fines, usando muy diversos expedientes. Por ejemplo, incluyendo una cláusula como prohibida en la llamada *lista negra* –y no en las *listas grises* que exigen un juicio de valor- de cláusulas abusivas de la ley (arts. 85 y siguientes de la LGDCU), lo que hará que no se autorice en ningún caso. O también estableciendo requisitos que afecten a elementos del contrato como el sujeto o el objeto. Recuérdese, por ejemplo, la necesidad de la consignación de los medios de pago que hemos

mencionado anteriormente, o la promulgación de la ley 2/2009, de 31 de marzo que, al exigir un seguro a todo aquel que prestara profesionalmente, aunque no fuera un banco, y que estuviera inscrito en un registro, impidió gran cantidad de préstamos usurarios que, de otra manera, era muy difícil de parar.

Un segundo modo para mejorar la lucha contra las cláusulas abusivas sería variar su ámbito. Parece obvio que el poder del notario individual en la lucha contra las abusividades “grises”, que exigen un juicio de valor, se circunscribe a la denegación de la autorización de la póliza o escritura en bloque, con los perjuicios que ellos puede suponer al consumidor o no. Sin embargo, la intervención corporativa podría ser mucho más eficiente, pues la Corporación sí tiene la posibilidad de negociar con entidades bancarias, mejorar minutas, exigir a las autoridades públicas actuaciones concretas y hasta denunciar al fiscal las cláusulas que pudieran considerarse abusivas y que el notario individual difícilmente puede proscribir por sí solo. Y algo se ha avanzado en este sentido porque en el Consejo General del Notariado ha creado en su seno el Órgano de Control de Cláusulas Abusivas que debería cumplir esa función de preservación colectiva de los derechos de los consumidores. Esperemos que triunfe.

Finalmente, quisiéramos hacer una petición que entendemos favorecería mucho la contratación consciente y la ruptura de la asimetría informativa que preside muchos contratos en masa: como ya hemos tenido oportunidad de desarrollar en otro lugar[14], el potencial de control y de información que puede aportar el notario sería mucho mejor aprovechado si pudiera llegar en una fase anterior del contrato: no cuando se consuma, sino cuando se perfecciona: desde la entrega de las arras, que es cuando hay muchos pactos que se van a desarrollar posteriormente, hasta la potenciación de una oferta vinculante que debería pasar por la notaría no cuando se firma la hipoteca sino cuando se entrega al consumidor, para que el notario pueda informar de su trascendencia y el consumidor pueda comparar. Es preciso, pues, habilitar nuevas vías para que el consumidor pueda tener la información con la “antelación suficiente” que le permita tener “comprensibilidad real” del contrato que pretende firmar y pueda comparar la oferta que tiene con otras. Entre ellas puede estar la modificación de las normas fiscales y arancelarias precisas para que el contrato de arras pueda elevarse a público ante notario –sin devengo de impuesto ni de aranceles propios de una venta- y sea ocasión de información, precisión de cláusulas que pueden condicionar el otorgamiento posterior de la escritura y también –muy importante- el cierre del registro que impida las desagradables sorpresas que pueden acontecer entre las arras y el otorgamiento del contrato. En ese mismo ámbito sería muy conveniente insertar un depósito de la oferta vinculante que fuera ocasión de información notarial fijación inalterable de condiciones. Creemos que sería de utilidad para el consumidor, para la competencia y seguridad de los bancos y también para la imagen del notario.

[1] Véase “Derecho Notarial”, Bosch, 2011, de José Enrique Gomá Salcedo y Fernando e Ignacio Gomá Lanzón. Particularmente los efectos de la escritura pública en las págs. 469 y ss.

[2] “Derecho Notarial”, cit. pág. 32 y ss.

[3] Véase aquí mi comentario en el Blog ¿Hay Derecho? en el post de 18 de mayo de 2015 “ El TS y las cláusulas suelo: ¿Robin Hood posmoderno o Poder Judicial Legislativo?”

[El TS y las cláusulas suelo: ¿Robin Hood posmoderno o Poder Judicial legislativo?](#)

[4] Ver trabajo de Juan PÉREZ HERESA. “Repaso a la jurisprudencia sobre cláusulas suelo: una visión crítica” El Notario del Siglo XXI, número 59, 2015.

<http://www.elnotario.es/index.php/opinion/opinion/3963-repaso-a-la-jurisprudencia-sobre-clausulas-suelo-una-vision-critica>

[5] Sin lugar a dudas, esta sentencia tiene otras muchas implicaciones: un Supremo juzgando la realidad de hace años con los criterios de ahora, con un evidente “sesgo retrospectivo” basado en los resultados y emitiendo disposiciones que tienen más carácter de norma general que de sentencia; por otro lado la sentencia de 15 de marzo de 2015 establece una “retroactividad limitada” basada en el supuesto “trastorno económico” que podría producirse y que parece contraria a la regla general de que lo que es nulo no produce ningún efecto. Pero tales cosas se habrán tratado en otras partes de este libro.

[6] Consecuencias de la nulidad de pleno derecho de las cláusulas predispuestas. En el Blog Derecho Mercantil de Jesús Alfaro.

<http://derechomercantilesana.blogspot.com.es/2015/05/consecuencias-de-la-nulidad-de-pleno.html>

[7] Véase “Derecho Notarial”, Bosch, 2011, de José Enrique Gomá Salcedo y Fernando e Ignacio Gomá Lanzón. Pág., 61 y ss.

[8] Es curioso observar que en tiempos pasados se imputaba al notario cierta connivencia con flujo de “dinero negro” porque en las compraventas se decía que el precio “ha sido pagado antes de este acto”, cuando legalmente el notario no tenía instrumentos para denegar su ministerio si no se le justificaban los medios de pago ni capacidad para irrumpir y confiscar el dinero presuntamente “negro”. Cuando en 2006 la ley 36/2006 impone esa justificación, todos los notarios lo cumplen a rajatabla y se produce a un cerco a tal circulación que ha dado buenísimos frutos

[9] He reflexionado sobre estas cuestiones en dos trabajos: GOMÁ LANZÓN, Ignacio: En la revista “El Notario del Siglo XXI”, el trabajo “O conmigo o contra mí. A propósito del blanqueo de dinero, en el número 21,

<http://www.elnotario.es/index.php/opinion/opinion/1861-o-conmigo-o-contra-mi-a-proposito-del-blanqueo-de-dinero-0-45732731973503465>

Véase también GOMÁ LANZÓN, Ignacio: En la revista “El Notario del Siglo XXI”, el trabajo “Las deudas hay que pagarlas”, número 25, mayo de 2009.

<http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-25/opinion/opinion/1598-las-deudas-hay-que-pagarlas-0-6516675787527744>

De este último parece apropiado traer esta cita en relación a la cuestión penal: “Pero lo cierto es que, independientemente de abusos, cada vez se exige una mayor diligencia al notario, sin que esté demasiado claro cuál es la exigible en este tipo de situaciones. Dice Silva Sánchez, catedrático de Derecho Penal, que parece claro que el notario que favorece actos delictivos mediante la infracción de deberes propios, puede ser calificado como partícipe, si concurren los demás presupuestos de atribución de responsabilidad; y que si la conducta del notario es conforme al estándar profesional,

aunque favorezca hechos delictivos de terceros, no responde penalmente como partícipe, aunque le conste a ciencia cierta el referido favorecimiento. Sin embargo este autor solo deja planteado y no resuelve qué ocurre cuando al notario le consta por cauces informales, que la escritura que va a autorizar se inscribe en un plan delictivo y no deniega la autorización tras cumplir, eso sí, todos los controles formales (“La intervención de notarios en la comisión...” en Judicatura y notariado ante los delitos económicos, Estudios de Derecho Judicial, pág.179). Piénsese en comentarios verbales realizados durante la firma o en documentos entrevistados que no acceden a la forma pública: hoy no es fácil defender que lo que no está en el documento no existe y el juez, sin duda, preguntará y resolverá lo que tenga por conveniente. Por ello sería deseable una mayor precisión en los “standares” de exigencia, de lo que es correcto de acuerdo con la *lex artis*, que no impulse a una autorización defensiva, que lleve a denegar la autorización por simples sospechas (la forma pública es un derecho que tienen los ciudadanos), pero tampoco puede avalar que ante el notario se ponga de manifiesto cualquier irregularidad, aunque no trascienda al documento”

[10] Por ejemplo: ¿Debe el notario abstenerse de levantar un acta de junta cuando en la convocatoria falta uno de los avisos obligatorios que han de constar en ella? ¿Es eso meramente procedimental? O, desde otro punto de vista: ¿puede el notario entrar en el fondo del asunto y buscar las soluciones “justas”? Por ejemplo, dispensar o relajar el juicio de capacidad de una persona al autorizar su testamento “porque hay un solo hijo al que se le instituye heredero” y no hay peligro de impugnación, o negarse a autorizar una venta porque el precio es excesivamente bajo y parece encubrir una donación, o impedir la firma un “poder de ruina” porque parece que el hijo es un tanto pródigo.

[11] Como decía Jose Enrique GOMÁ SALCEDO: el notario es básicamente un agente de la libertad de los ciudadanos y no tanto, como últimamente se insiste en declarar, de la seguridad jurídica, que está encomendada a otros órganos. “Qué he hecho yo todos estos años” La Notaria” 4/2001.

[12] El último párrafo del art. 145, anulado por la mencionada sentencia, decía: La negativa de los notarios a intervenir o autorizar un instrumento público podrá ser revocada por la Dirección General de los Registros y del Notariado en virtud de recurso de cualesquiera de los interesados, la cual, previo informe del notario y de la Junta Directiva del Colegio Notarial respectivo, dictará en cada caso la resolución que proceda. Si ésta ordenara la redacción y autorización del instrumento público, el notario podrá consignar al principio del mismo que lo efectúa como consecuencia de la resolución de la Dirección General a fin de salvar su responsabilidad.

[13]E incluso a veces ni siquiera la jurisprudencia ayuda, como ocurre con la polémica sentencia del TS de 22 de abril de 2015 fija como doctrina jurisprudencial que en los contratos de préstamo sin garantía real concertados con consumidores, es abusiva la cláusula no negociada que fija un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado.” No facilita excesivamente la labor notarial una resolución que tiene más bien vocación legislativa y no deja demasiado claro cuál ha de ser la actuación notarial: si nos encontramos ante una norma general y procede por tanto denegar en bloque la correspondiente póliza o si más bien, al tratarse de jurisprudencia que sólo afecta a los supuestos con identidad de razón, cabe autorizar sin perjuicio de la posible impugnación. Lo confuso del asunto hizo que incluso la OCCA (Órgano de control de cláusulas abusivas del Consejo General del Notariado) emitiera un informe firmado singularmente por varios notarios que aconsejaban la denegación, en contra del criterio de otros, como el nuestro. Véase también en este sentido el comentario al respecto realizado por Rodrigo TENA en el Blog ¿Hay Derecho? el 28 de mayo de 2015.

[Comentario a la STS 1723/2015 sobre el límite de los intereses de demora en los préstamos personales celebrados con consumidores](#)

[14]“La compraventa”, de Ignacio Gomá Lanzón y Fernando Gomá Lanzón. Publicado por el CGN con motivo del 150 Aniversario de la Ley del Notariado, Wolters Kluwer España, 2012. Tomo III-1. Derecho Patrimonial 1. Págs. 185-260.

Categoría

1. Función notarial

Fecha de creación

29 septiembre, 2015

Autor

ignaciogoma