

LA IMPUTACIÓN JURÍDICA DE LAS DECLARACIONES DE VOLUNTAD NEGOCIAL¹

El tema que me ha sido propuesto para esta ponencia pertenece a la teoría más general del negocio jurídico, y en consecuencia se presta a las elucubraciones más abstractas, por no decir etéreas o siderales.

Sin embargo, lo cierto es que se trata de un tema que no es nada ajeno a nuestro quehacer más cotidiano. Y es que nuestra función como notarios, en el ámbito negocial, consiste precisamente en facilitar y fortalecer la imputación jurídica de las declaraciones negociales.

El doble contenido del concepto de autonomía de la voluntad

Esto es algo que voy a explicar enseguida, pero antes tengo que decir que, cuando hablamos de autonomía de la voluntad o de autonomía privada –el tema general de este congreso multisesión-, nos referimos a un concepto que se descompone en dos ideas claramente distinguibles:

- Por un lado, autonomía significa libertad de autodeterminación, libertad para decidir cada uno sobre sus propios intereses.

- Y por otro lado, autonomía significa eficacia jurídica o carácter jurídicamente vinculante de esa libre autodeterminación, es decir, eso que uno ha querido para sí mismo se ve apoyado por la fuerza de la ley, por la fuerza del aparato coactivo del Estado. El Estado, con sus jueces, sus alguaciles u oficiales de justicia, se pone al servicio de los particulares para dar fuerza jurídica y por tanto apoyo coactivo a eso que éstos han querido para sí.

Al primer aspecto de la autonomía se refiere el fundamental artículo 1255 del Código civil (*Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público*); y al segundo, el no menos importante artículo 1091 del Código civil (*Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos*).

En este congreso el segundo aspecto de la autonomía –la fuerza de ley de lo libremente querido- se da por supuesto y la atención se concentra más bien en el primer aspecto: en lo que la autonomía privada tiene de ámbito de libertad, y conforme a una perspectiva según la cual el incremento de esta autonomía –en diferentes ámbitos como el familiar, el sucesorio, el societario, el jurídico-real o el contractual- es algo valorado positivamente, que se debería fomentar, y para lo cual los notarios podemos aportar, como siempre lo hemos hecho, una importante contribución con nuestra ciencia y pericia jurídica.

La imputación de la declaración negocial como un presupuesto de la autonomía

Pues bien, el tema de mi ponencia no tiene que ver con ninguno de estos dos aspectos distinguibles dentro del concepto de autonomía privada, sino que más bien se trata de algo que constituye un presupuesto para que en la práctica opere o funcione esta autonomía.

Como he señalado, la ley abre un ámbito para la autodeterminación por los particulares y además reconoce eficacia jurídica y apoya con su fuerza coactiva el resultado o producto de esa autodeterminación. Pero no basta con esto, porque la autonomía no es autonomía en abstracto o impersonal, sino autonomía de alguien. Precisamente, la expresión que sirve de título y de hilo conductor de todo este congreso –“la autonomía de la voluntad”- a mí no me gusta nada. Por abstracta y por ininteligible: los notarios se reúnen para hablar de la autonomía de la voluntad..., ¿y

¹ Ponencia presentada en la Cuarta Sesión celebrada en Benidorm del 11.º Congreso Notarial Español en los días 13 a 15 de noviembre de 2011.

eso qué es?, ¿de la voluntad de quién? Parece una expresión kantiana, o peor aún hegeliana, como si hablásemos de la autonomía del espíritu absoluto o algo así. Cuando de lo que tendríamos que hablar, y todo el mundo nos entendería, es de la autonomía de la persona, es decir, del ser humano de carne y hueso, de la gente con nombre y apellidos que viene a nuestros despachos.

Pues bien, para que opere esta autonomía jurídica de la persona a que me estoy refiriendo, es necesario establecer una vinculación o conexión entre el acto de autodeterminación al que se reconoce eficacia jurídica y una o varias personas. Ese nexo o vinculación entre un acto con trascendencia jurídica y una persona determinada es lo que llamamos imputación. En este contexto, imputar es considerar a una determinada persona como autor o responsable de una determinada declaración de voluntad negocial, lo que, como es evidente, es un presupuesto del reconocimiento de cualquier tipo de eficacia jurídica para esa declaración.

No creo que haga falta resaltar la importancia tanto teórica como práctica de esta cuestión.

Así, toda la teoría de la representación jurídica –tanto la representación legal como la representación voluntaria basada en el negocio de apoderamiento- tiene por objeto aquel supuesto especial de imputación consistente en que el acto o declaración de una persona no se imputa a su propia esfera jurídica sino a la esfera jurídica de otra persona, el sujeto representado.

También está en juego este concepto de imputación en el mismo núcleo de la teoría de las personas jurídicas. Todo el derecho que se ocupa de los órganos de los diferentes tipos de personas jurídicas de lo que trata en definitiva es de unas determinadas técnicas de imputación en cuya virtud los actos de ciertas personas físicas –que son las únicas realmente existentes y capaces de acción o de declaración- (así, los seres humanos individuales asistentes a una asamblea o reunión, o que son titulares de unos determinados cargos) se imputan a la propia persona jurídica como ente colectivo.

Los presupuestos filosóficos de la imputación: el concepto sustancial de sujeto y el dogma de la libertad humana.

Pero, incluso tratándose de personas físicas que actúan para ellas mismas, este tema de la imputación no es en absoluto evidente ni sencillo. Podríamos decir que está trufado de todo tipo de consideraciones metafísicas o filosóficas, por no decir ideológicas.

En primer lugar, la imputación jurídica presupone la noción de sujeto, un concepto sustancial de persona, el principio que podríamos llamar de identidad y continuidad sustancial del sujeto: yo soy yo ahora y lo seguiré siendo, seguiré siendo la misma persona, dentro de un cuarto de hora y también dentro de quince años. Si no, no tendría sentido que se me siga aplicando una pena por un acto que cometí hace equis años, o que se me haga responsable de la declaración negocial que formulé hace un mes.

Y en segundo lugar, la idea de libertad del hombre, porque el fundamento último de la imputación jurídica de cualquier tipo de actos es la actuación voluntaria y libre del agente. En definitiva, no hay imputabilidad, es decir, responsabilidad, sin libertad, o lo que es lo mismo, sin que exista, de facto, la posibilidad de no actuar o de actuar de una forma diferente a como se hizo.

Ni que decir tiene que esta presuposición de la libertad humana es la base de nuestro derecho penal, fundamentado todavía hoy en el concepto de culpa subjetiva, pero también lo es de todo el derecho privado. Las dos normas básicas de nuestro derecho privado (el artículo 1902 CC, la responsabilidad por el daño causado, y el citado artículo 1091 CC, la obligatoriedad o carácter vinculante de los contratos o promesas) descansan en la idea de imputación de actos sobre la base de la intervención de una voluntad humana libre. Fíjense bien: la razón por la que yo puedo ser obligado ahora a realizar una prestación se encuentra en el dato de que en un

momento determinado hice un acto libre de consentimiento, manifesté mi voluntad de asumir esa obligación. Mi voluntad actual ya no importa, lo que importa es lo que entonces quise.

La crisis de los fundamentos filosóficos de la imputación jurídica

Todo esto puede parecer evidente, pero no lo es tanto en el contexto de una sociedad y una cultura como la nuestra donde todo se relativiza, donde, en particular, el pensamiento científico -o cientifista- moderno parece estar socavando los cimientos de la forma de pensar de los juristas.

Así, en cuanto a la aludida noción de sujeto, si la tradición metafísica occidental nos había enseñado que cada uno de nosotros éramos una sustancia individual separada o escindida del resto del mundo y con una consistencia que perdura en el tiempo, hoy la ciencia naturalista nos quiere convencer de que la vida de cada uno de nosotros no es más que una sucesión de procesos bioquímicos, energía física en transformación, que en un fugaz instante del devenir ha adoptado una configuración humana, a la que sucederán otras configuraciones hasta su total disipación entrópica. Y esto, los físicos, porque algunos biólogos nos están también diciendo que sólo somos un conjunto unificado transitoriamente de proteínas y enzimas.

Lo que les digo puede parecer un poco vago, pero los notarios, que tenemos como una de nuestras funciones principales –precisamente como presupuesto de la imputación de las declaraciones negociales que documentamos- la identificación de las personas, nos estamos encontrando ya en algunas situaciones que no pueden dejar de suscitaros cierta dificultad. Así, nos presentan un DNI de un tal Ramón Pérez, con la fotografía de un señor con gafas y bigote, y lo que tenemos delante es una señora estupenda, toda maquillada y con una melena cardada. Y uno no puede dejar de preguntarse: ¿en qué consiste la identidad de una persona?, ¿qué rasgo físico o psíquico puede resultar realmente definitorio de un sujeto como soporte de su identidad jurídica?

Y esto no ha hecho más que empezar, no sólo por los avances en la cirugía reparadora o reconfiguradora, sino por todo lo que va a suponer en breve la ingeniería genética y la clonación. Las piezas de nuestro cuerpo las iremos sustituyendo a medida que se gasten o deterioren. Y al final el yo y la continuidad de cada uno de nosotros residirán tan solo en la persistencia de una memoria, si es que no nos sometemos también periódicamente a un *lifting* o reciclaje neuronal.

Y en cuanto a la libertad, la noción de una voluntad humana libre que se autodetermina -ese otro dogma que fundamenta todo el pensamiento jurídico occidental-, es también otra pieza que al final termina sobrando para el pensamiento científico naturalista dominante.

Lo propio de la ciencia es explicar todos los fenómenos según la lógica de causa y efecto. Pues bien, una vez que esa ciencia que pretende ser la psicología moderna se apodera de la mente, el pensamiento y el comportamiento humano como objetos susceptibles de análisis científico, los concibe como otros tantos fenómenos naturales, fragmentos de naturaleza, y por tanto pasa a contemplarlos como fenómenos sometidos a las leyes de la naturaleza, es decir, al mismo principio de causalidad que rige todo el mundo natural.

Y una vez que se incrementa el potencial explicativo de la lógica científica, a medida que más y más hechos humanos que antes se atribuían a los misterios insondables del alma se explican ahora como consecuencia necesaria de causas ambientales, socioeconómicas, biológicas, genéticas, fisiológicas o incluso simplemente químicas -como un defecto de litio en el sistema neuronal-, en la misma medida la noción de libertad humana individual va quedando arrinconada.

Así, los científicos más desinhibidos no dudan en calificar la idea de libertad humana como un prejuicio mítico o metafísico, como una mera ilusión, fruto simplemente del desconocimiento del intrincado y complejo proceso causal que

determina cada uno de nuestros pensamientos y cada uno de nuestros actos, como que yo estoy aquí hablando y ustedes me están escuchando.

Y con esto llegamos a una curiosa contradicción: por una parte, vivimos en la época por excelencia de la libertad, todos nos llenamos la boca hablando de libertad de conciencia, libertad de expresión, libertad de culto, libertad de reunión, libertad sexual, libertad artística, libertad contractual..., pero al mismo tiempo, nuestra bienamada ciencia nos está diciendo que nuestra libertad es un mito, que en realidad no somos libres: somos efectos de múltiples causas que nos determinan absolutamente o del simple azar ciego, y por tanto, en definitiva, no somos responsables de nada de lo que nos pasa, porque incluso ese yo sustancial que sería el soporte subjetivo de una posible responsabilidad no es tampoco más que una ilusión.

Y así, el resultado y producto final de la psicología moderna, su gran conquista, no es otra que haber erradicado de la conciencia del hombre moderno el concepto y el sentimiento de culpa, como un mero residuo del pasado, de tiempos oscurantistas en que imperaba una idea autoritaria y represiva de la educación humana.

De manera que nos encontramos aquí ante la paradoja por excelencia del mundo moderno: la ciencia moderna nos ha liberado de todas las opresiones que derivaban de una visión mítica del mundo y del hombre, y en particular de la ansiedad producida por el sentimiento de culpa, pero precisamente sobre la base de reconocer que no somos siempre más que unos esclavos de las circunstancias.

Y esto que digo es la propia esencia más íntima del hombre contemporáneo, es lo que realmente caracteriza a nuestra época. Una especie de flojera del yo, que ha renunciado a llevar el timón de su propia vida, con la responsabilidad y ansiedad que ello supone, y que simplemente se deja llevar por el tumultuoso curso de unos acontecimientos, a los que se considera incapaz de hacer frente.

En este contexto, los juristas resultamos terriblemente dogmáticos, con nuestros conceptos tan rígidos de sujeto y de responsabilidad personal, cuando a nuestro alrededor todo fluye y nadie se siente responsable de nada.

Y el caso es que esta nueva conciencia social, que está en el ambiente y que todo lo impregna, no deja de afectar también a nuestra conciencia jurídica. Así, la Ley 15/2006, de 8 de julio, conocida como del divorcio express, vino nada menos que a derogar el *pacta sunt servanda* en materia matrimonial, a abolir algo que hasta entonces mal que bien se había venido manteniendo: el carácter obligatorio o jurídicamente vinculante de la promesa conyugal. A partir de dicha ley, el vínculo matrimonial no se mantiene ya sobre la base de un acto pretérito de voluntad, sino sobre la voluntad actual de cada uno de los esposos, una voluntad que puede cambiar cada día según cambien las circunstancias y los afectos, sin que, además, ello deba ser objeto de reproche o recriminación jurídica alguna.

¿Cuánto tardará semejante idea –esta peculiar abolición, como digo, del *pacta sunt servanda*- en extenderse al terreno del derecho de obligaciones y contratos en general? Pues quizá no mucho.

De hecho, eso que se conoce como análisis económico del derecho -y que es otra manifestación más de la demolición por la ciencia moderna de las bases del pensamiento jurídico tradicional- lleva consigo un cuestionamiento del fundamento del principio de obligatoriedad de lo pactado.

Así, tradicionalmente, ese fundamento era, en último término, moral y hasta religioso: el deber moral de fidelidad a la palabra dada. Mi palabra vale lo que valgo yo, que decía Machado, o ese pasaje evangélico –Mt 5, 33-37- en que Jesús se opone a la práctica judía de los juramentos engañosos, e incluso rechaza toda forma de juramento, porque la palabra de sus discípulos debe ser “sí, sí” o “no, no”. Este es un tema muy curioso y pertinente para nuestro asunto: basándose en una interpretación interesada de Éxodo 20,7, los escribas y fariseos habían elaborado un sistema de juramentos que les permitía engañar a los no iniciados, simulando comprometerse cuando su intención era la contraria. Si el juramento incluía el nombre de Yahveh,

debía obedecerse. Si no, si se juraba, por el cielo, por la tierra, por Jerusalén, por la propia cabeza, el que juraba no quedaba comprometido con su juramento. Lo que Jesús enseñó, por el contrario, fue algo mucho más radical: el carácter vinculante de la palabra desnuda, sin necesidad del refuerzo de juramento alguno. Esta idea de raigambre cristiana es la que, en el fondo, sirve también de fundamento al sistema espiritualista o no formalista de contratación que se consagra explícitamente en nuestro derecho histórico desde el Ordenamiento de Alcalá en el siglo XIV: *“que sea valedera la obligación o el contrato que fueren fechos en cualquier manera que parezca que alguno se quiso obligar a otro e facer contracto con él”*, lo que hoy sería el artículo 1278 CC.

Sin embargo, para los seguidores del análisis económico del derecho el *pacta sunt servanda* pasa a tener un fundamento exclusivamente utilitario. La propensión a cumplir las promesas es algo interesante para el desarrollo económico, porque facilita las transacciones. Pero, en último término, el cumplimiento efectivo de lo pactado no depende de ninguna constricción de tipo moral por la que se sientan vinculados los contratantes, sino de la lógica económica, de un simple análisis de coste-beneficio que realiza el contratante cuando llega la hora del cumplimiento: si la utilidad que espera obtener del cumplimiento es superior a las desventajas derivadas del incumplimiento, cumplirá; en caso contrario, no lo hará. Así de sencillo y así de racional.

En fin, sirvan estas observaciones como marco general de un tema, el de la imputación de las declaraciones de voluntad, que, a mi juicio, en los próximos tiempos va a tener que ser objeto de una revisión o replanteamiento en profundidad.

La necesidad de una seguridad en la imputación.

Descendiendo a un plano más práctico, les tengo que decir que el buen funcionamiento de un sistema de contratación exige que esta cuestión de la imputación de las declaraciones negociales se vea revestida de una cierta dosis de seguridad.

Esta que podríamos llamar “seguridad en la imputación” presenta a su vez un doble aspecto:

- Por un lado, por lo que respecta a cada uno de los sujetos que negocian, la seguridad de que sólo se le van a imputar y por tanto se le va a hacer responsable de aquellas declaraciones negociales de las que realmente es autor, es decir, de declaraciones que efectivamente él ha querido y con el contenido con que las ha querido. O dicho de otra forma, que no se le imputen declaraciones que él no ha realizado.

- Por otro lado, desde la perspectiva del cocontratante, la seguridad de que la parte contraria de un contrato no podrá eludir la imputación a la misma de las declaraciones realmente hechas por ella, es decir, que esa parte contraria no podrá negar haber realizado una determinada declaración negocial si es que realmente la ha hecho.

El primer aspecto de esta deseable seguridad en la imputación tiene que ver con el respeto de la autonomía jurídica y vital de toda persona, de manera que no quede uno vinculado por un negocio sin contar con su voluntad; mientras que el segundo aspecto está más bien relacionado con la seguridad del tráfico, con la protección de las legítimas expectativas de las personas que celebran negocios para la satisfacción de sus intereses.

Imputación jurídica y función notarial.

Y cuando se plantea la cuestión de la seguridad en la imputación, necesariamente tenemos que hablar de la función notarial. Y es que existe, precisamente, una relación muy estrecha entre este tema de la imputación jurídica y la actividad notarial.

Así, cuando la actuación como fedatario del notario tiene por objeto no los simples hechos (lo que, como sabemos, es propio de las actas), sino las declaraciones

de naturaleza negocial (lo que es propio de las escrituras públicas o de las pólizas intervenidas), el significado fundamental, el núcleo, el valor añadido por excelencia, de esta actuación del notario es precisamente dar certidumbre y firmeza, es decir, seguridad, en el doble sentido al que antes me he referido, a la imputación jurídica de esas declaraciones negociales.

Eso que hacemos los notarios cuando autorizamos una escritura pública – identificar a los otorgantes, cerciorarnos de su capacidad natural en ese momento, constatar su voluntad consciente y libre de emitir una determinada declaración, previa instrucción acerca de su significado, alcance y consecuencias, todo lo cual presupone nuestra intermediación física respecto de los otorgantes, y todo lo cual lo llevamos a cabo como oficiales públicos cuyas afirmaciones son apoyadas por la ley con una presunción de veracidad- para lo que sirve, en definitiva, es para facilitar la imputación jurídica de ese concreto negocio, de esas concretas declaraciones negociales a unas determinadas personas.

Al respecto, no se puede dejar de decir que la escritura pública notarial no tiene rival como instrumento para la imputación jurídica. Cualquier otro medio o procedimiento de perfección o formalización de un negocio jurídico resulta, por contraste, mucho más débil como instrumento de imputación.

Así, por supuesto que en nuestro derecho el contrato verbal es válido y jurídicamente vinculante, pero, a falta de testigos o de un reconocimiento de la existencia y contenido del contrato por la parte obligada, la imputación de la correspondiente declaración negocial queda completamente en el aire. También, la persona frente a la que se quiere hacer valer una declaración asumida por escrito en un simple documento privado siempre puede alegar que la firma puesta al pie de ese documento no es la suya, de manera que la prueba de la autenticidad de esa firma corresponderá a la contraparte. Incluso, sin negar que la firma sea suya, se entiende posible la excepción de documento no leído, de que realmente no llegó a entender el significado de ese texto que se le presentó a la firma.

Mientras que, tratándose de negocios documentados en escritura pública, la existencia real y el contenido de una determinada declaración negocial emitida por una determinada persona quedan cubiertos por la fe pública propia de la fe pública notarial, de manera que cualquier discusión al respecto queda, en principio, eliminada.

La seguridad en la imputación basada en la escritura pública como verdadero fundamento de los efectos jurídicos del Registro

Hasta tal punto es así –y lo digo sin ningún ánimo de polemizar ahora sobre este tema-, que los peculiares efectos jurídicos tan poderosos que nuestras leyes atribuyen a los asientos de los registros de la propiedad y mercantiles no se fundamentan tanto –como suelen sostener los registradores- en el valor intrínseco de la calificación registral –por muy estimable y valiosa que a mí me pueda parecer esta calificación-, como en el valor de la escritura pública precisamente como instrumento de imputación. Así, lo que en definitiva controla el registrador de la propiedad con su calificación es el tracto, es decir, que el título que pretende acceder al registro haya sido otorgado precisamente por la persona que según el registro tiene facultades para transmitir o gravar ese concreto inmueble, en definitiva, que el negocio que pretende inscribirse es imputable al último titular registral. Pero el control que al respecto realiza el registrador es meramente formal, se basa sólo en lo que dice el título presentado a inscripción. El que realmente presencia y se cerciora de los hechos que sirven de base a esa imputación es precisamente el notario autorizante de la escritura en cuestión. Quien de hecho controla que el titular registral está consintiendo realmente el acto inscribible no es nadie más que el notario.

Por eso precisamente, cuando más difícil o hasta injustificable resulta sostener los efectos ofensivos del Registro de la propiedad es cuando ha fallado radicalmente ese presupuesto del funcionamiento del Registro que es la correcta imputación notarial de una declaración negocial. Así, en los casos de falsificación de un título que se

atribuye falsamente al titular registral o de suplantación de su personalidad para fabricar un título que se presenta a inscripción y sobre la base del cual se realiza un acto de disposición a favor de un tercero que pretenderá la protección de la fe pública registral. Sostener en semejantes supuestos la posibilidad de una adquisición *a non domino*, es decir, la pérdida de su derecho por parte del primer titular registral, del *verus dominus*, cuando éste no ha intervenido en forma alguna en la generación de ese título que ha provocado la situación de apariencia registral que ha suscitado la confianza del tercero, de manera que esta apariencia no le es imputable en absoluto, es algo que resulta especialmente chirriante, que parece atentar a nuestros sentimientos más elementales de justicia material.

Lo cual confirma, como digo, que la verdadera base de todos los efectos del registro es el consentimiento negocial real del titular registral bajo control notarial en la escritura pública.

Precisamente por esto, cuando la idea de fe pública registral, la protección por la ley de los terceros de buena fe que confían en el contenido de los asientos registrales incluso en los casos de inexactitud del registro, se trasplanta del Registro de la propiedad al Registro mercantil en la reforma de la normativa mercantil del año 1989, no deja de producirse una cierta disfunción, por la simple razón de que la documentación notarial que accede a los registros mercantiles no suele ser de la misma consistencia y calidad que la que accede a los registros de la propiedad. Salvo las escrituras de constitución de las sociedades, casi todas las demás escrituras relativas a actos sociales inscribibles no recogen un consentimiento negocial presenciado directamente y certificado por el propio notario, sino que se basan en lo que certifican ciertos cargos sociales –el secretario del consejo, el administrador único- sobre la existencia de unas determinadas reuniones de órganos colegiados - una junta general de socios, un consejo de administración- en la cuales se han adoptado determinados acuerdos. Lo normal es que el notario no haya asistido a la reunión en cuestión, ni por tanto verificado la realidad ni de la reunión ni de los acuerdos.

Sostener que el acto societario en cuestión, elevado a público sobre la base del certificado emitido por un simple sujeto privado, por el hecho de llegar a inscribirse en el RM, está amparado por una presunción legal de existencia e integridad que opera *iuris et de iure* de cara a los terceros de buena fe, es algo que parece bastante difícil de justificar. Piénsese, por ejemplo, el supuesto de una certificación en la que se atribuye falsamente a una persona la aceptación de un cargo de administrador o la suscripción de unas acciones con el correlativo compromiso de desembolsar unos dividendos pasivos o aportaciones pendientes. ¿De verdad pensamos que tiene sentido que, en casos como estos, la ley deba proteger a los terceros de buena fe que confían en los pronunciamientos registrales al efecto de poder éstos, por ejemplo, exigir responsabilidad a ese pretendido administrador social o accionista deudor de unos dividendos pasivos?

Fijémonos –y éste es un tema directamente relacionado con la cuestión de la imputación- en que la credibilidad de la certificación del secretario o del administrador es algo que debe soportar la propia sociedad, es decir, los socios de la misma, ya que éstos han elegido libremente a ese titular de la facultad certificante. Pero a ese tercero ajeno todavía a la sociedad al que el certificante de ésta atribuye falsamente la declaración de aceptación de un cargo o de una suscripción de acciones no le debería alcanzar responsabilidad alguna por la falsedad de esa certificación, que para él es una completa *res inter alios acta*.

En cualquier caso, cuando hablo de peor calidad de la documentación notarial que accede a los registros mercantiles, no quiero decir, por supuesto, que esa necesaria elevación a público de la certificación me parezca inútil y superflua. Porque la formalización notarial de las operaciones societarias, aunque sea de la forma indicada –que es la única operativa en la práctica, porque sería carísimo e inoperante que a todas las reuniones de juntas o consejos de todas las sociedades españolas

tuviera que asistir necesariamente un notario- no deja de ser algo valioso. Por supuesto que -según resulta de lo ya indicado- al notario se le puede engañar presentándole una certificación de unos acuerdos de junta cuyo contenido sea completamente falso, pero, al menos, el notario se cerciora en todo caso de la identidad de la persona que le presenta esa certificación y de su legitimación para actuar en nombre de esa sociedad, y esa persona otorgante de la escritura ratifica el contenido de la certificación ante el notario y asume una grave responsabilidad por la autenticidad y veracidad de la misma bajo pena de falsedad, sin poder negar además que la firma, en su caso, sea suya y que conoce perfectamente todo su contenido. Lo mismo sucede con una serie de manifestaciones relacionadas con la ejecución de determinados acuerdos sociales que la ley quiere que consten expresamente en la escritura (no, evidentemente, porque el notario les dé más veracidad, sino por la intimidación que supone para el sujeto que las emite el que se le haga responsable de esas manifestaciones bajo la fe notarial): así, las manifestaciones acerca del pago de la devolución de aportaciones o la cuota de liquidación a los socios, la no oposición de los acreedores sociales a un determinado acuerdo en un cierto plazo, etc. Todo ello queda además recogido en un documento de consistencia indubitable que queda guardado indefinidamente en el protocolo notarial y del cual en cualquier momento se pueden obtener las copias que sean precisas, etc.

En definitiva, si se valora en algo el Registro Mercantil y sus efectos, lo último que se debería querer es que la documentación que accede al mismo fuese de una calidad inferior de la que es propia de nuestras escrituras de elevación a público de acuerdos sociales.

Dos observaciones sobre la cuestión de la escritura pública como instrumento privilegiado de imputación jurídica.

Llegados a este punto, tengo que hacer dos observaciones sobre esta cuestión de la escritura pública como instrumento privilegiado de imputación jurídica.

8.1.- La firma electrónica como pretendido sustitutivo de la escritura pública en el medio electrónico.

En primer lugar, recientemente, el tema, que venía siendo tan claro, del diferente valor de la escritura respecto de otras formas documentales a efectos de la imputación jurídica de las declaraciones, ha venido a enturbiarse un tanto. Y ello por incidencia de esas nuevas tecnologías propias de lo que conocemos como la Sociedad de la Información.

Así, para algunos, determinados instrumentos técnicos de identificación de personas o de autenticación de mensajes en el medio electrónico, por excelencia eso que se conoce como “firma electrónica”, satisfacen plenamente las exigencias precisas para sostener una imputación jurídica tan sólida como la que puede derivar de una escritura notarial.

Se trata de un tema del que me he ocupado recientemente en una conferencia en la Universidad de Tarragona en octubre del año 2010, que publicó este año el Colegio Notarial de Madrid, con el título “La firma electrónica como instrumento de imputación jurídica”, y otra vez hace menos de un mes en una conferencia en la AMN sobre la función notarial en el medio electrónico, todavía pendiente de publicación. A lo que explico en esos textos les remito. Ahora sólo les recordaré mis conclusiones fundamentales.

La firma electrónica que regula nuestra LFE se basa en lo que se conoce como criptografía asimétrica o de doble clave. Si un mensaje se descifra con una determinada clave pública, es porque el mismo ha sido cifrado o encriptado necesariamente por alguien que ha aplicado al mismo la correlativa clave privada.

Ahora bien para que esta seguridad puramente tecnológica que proporciona este instrumento técnico (basada en unos algoritmos matemáticos que, según nos cuentan, son muy seguros) se convierta en seguridad jurídica, en seguridad en la imputación jurídica de los mensajes electrónicos, no basta con el dato que acabo de exponer.

Además necesitamos un dato de naturaleza completamente distinta: necesitamos poder vincular esa clave de encriptación y el acto de su aplicación a un determinado mensaje a una persona determinada. Y es que necesariamente tenemos que dar un salto lógico: el mensaje recibido se descifra aplicando sobre el mismo una determinada clave; entonces, podemos inferir que este concreto mensaje ha sido enviado y de él es responsable una determinada persona, porque precisamente esa persona es la única que conoce y por tanto puede aplicar esa clave. Este último dato, que es el *quid* para la imputación jurídica del mensaje en cuestión, es un dato de hecho, completamente ajeno a la criptografía y a la informática.

Así, en el funcionamiento de un sistema de firma electrónica como el que diseña nuestra normativa vigente, y que algunos pretenden presentar como la panacea para la seguridad en la imputación jurídica de las comunicaciones electrónicas, hay dos elementos en los que interviene o que se ven condicionados por el factor humano:

- En primer lugar, la cuestión de que de facto nada garantiza que el dispositivo mediante el que se aplica la clave privada de ese par de claves atribuido a una persona es aplicado precisamente por esta persona. Lo cual da lugar al arduo problema de si se puede imputar una declaración negocial a una persona por el mero hecho de ser titular de un dispositivo de firma electrónica, con independencia de que su conciencia y voluntad hayan intervenido o no en el acto de aplicación de esa firma a un determinado mensaje.

- Y en segundo lugar, nos encontramos con el problema previo de cómo vinculamos con seguridad un determinado par de claves a una determinada persona. Esta vinculación requiere, como saben, la intervención de un tercero que emite el correspondiente certificado de atribución de la firma o clave a una persona, y que está sujeto legalmente a unos específicos deberes de diligencia, pero que, en cuanto que la función que realiza es una actividad humana que no es la propia de una máquina o de una operación matemática, está sujeto en su actuación certificante (y en su presupuesto básico que es la correcta identificación del solicitante de una firma) a la posibilidad de error, de negligencia o incluso de malicia. En definitiva, en relación con este segundo aspecto, la firma electrónica no es más que una clave de encriptación atribuida a un determinado sujeto sobre la base de una afirmación de un tercer sujeto de naturaleza privada.

Si somos conscientes de esto en lo que consiste realmente la firma electrónica (que el dispositivo de firma electrónica *de facto* lo puede aplicar cualquiera, y que es la afirmación o certificación de un tercero la que sirve de base a nuestra vinculación y que además ese tercero es un particular), nos resultará evidente que no podemos atribuir a la misma más efectos jurídicos que los que son congruentes con esa realidad.

8.2.- El carácter ambivalente de la intervención notarial en la formalización de los negocios.

La segunda observación en relación con la escritura pública como instrumento privilegiado de imputación –que me parece muy pertinente dada la propensión a la autocomplacencia característica de nuestra profesión- es la constatación del carácter ambivalente de la intervención notarial en la formalización de los negocios.

Por una parte, se supone que la presencia del notario es un beneficio para la parte más débil, social, económica o intelectualmente, para la parte no profesional, para el consumidor, por la labor de información y asesoramiento independiente que le presta o le debe prestar el notario y por el control de regularidad y legalidad del contenido del negocio que realiza o se supone que debe realizar el notario.

Sin embargo, la intervención del notario en cierto sentido no deja de tener un efecto contraproducente. ¿Por qué será que todos los contratos bancarios, salvo los de ínfima cuantía, en los que el banco aparece como acreedor se documentan en pólizas intervenidas por notario? ¿Porque los bancos quieren que sus clientes estén bien asesorados y se les explique la letra pequeña antes de firmar? Pues, evidentemente, no. Simplemente, porque las pólizas intervenidas por notario tienen

una especial fuerza probatoria y sobre todo fuerza ejecutiva, permiten poner en marcha en caso de impago un procedimiento judicial muy expeditivo. Y ello porque la intervención del notario dando fe del consentimiento del deudor elimina casi todas las excepciones que éste pudiera pretender oponer a la ejecución. Como había un notario delante, no podrá alegar, por ejemplo, que no leyó ni se enteró del significado de la letra pequeña.

Precisamente, hay normativa de protección del consumidor que no se aplica en negocios con intervención notarial, y ello porque la ley estima que la presencia del notario protege suficientemente a la parte no profesional.

Por eso vengo diciendo que nuestra función como notarios consiste precisamente en facilitar y fortalecer la imputación jurídica de las declaraciones negociales. El documento notarial sirve de base a una imputación jurídica prácticamente indestructible. Y ello para lo bueno, pero también para lo malo.

Esto es algo de lo que todos los que ejercemos la fe pública deberíamos siempre ser especialmente conscientes. Porque supone, en definitiva, una gravísima responsabilidad para nosotros. Administramos un arma muy peligrosa, que se puede volver en contra de los intereses que se supone que tenemos que proteger.

En relación con esto, es cierto que la desigualdad entre las partes contractuales, las diferencias de recursos, de formación y de información han existido y existirán siempre, pero el desarrollo y la sofisticación de la economía, sobre todo en el ámbito del sector financiero, han llevado consigo, como saben de sobra, un incremento de estas diferencias. El fenómeno más característico de nuestro tiempo en el ámbito de la contratación –también aquella que se instrumenta a través de los despachos notariales- es la proliferación de una contratación en masa en la que se contraponen, de un lado, las grandes empresas, organizaciones racionalizadas y tecnificadas para la producción y distribución de bienes y servicios, con el objetivo único o prioritario de la maximización del beneficio; y de otro lado, los consumidores, los seres humanos individuales en cuanto adquirentes de los bienes y servicios que suministran las empresas.

Y el caso es que la peculiar forma de contratar propia de nuestra sociedad de consumo de masas, consistente en la adhesión por el consumidor a clausulados de condiciones generales predispuestos unilateralmente por la parte empresarial puede generar disfunciones especiales precisamente al entrar en contacto con la función notarial. Disfunciones sobre las que quizá no hemos reflexionado lo suficiente. Así, todo el complejo y delicado tema de la “incorporación” de las condiciones generales al contenido del contrato individual no deja de quedar distorsionado por la afirmación bajo fe notarial de que el contenido íntegro de la escritura o de la póliza ha sido conocido y consentido por todos los suscriptores de la misma.

O dicho de otra forma, la combinación de una forma de contratación que, por su propia naturaleza, tiende al abuso o al menos al desequilibrio con ese instrumento especialmente fuerte de imputación de las declaraciones negociales que es el documento notarial no puede dejar de provocar una peculiar tensión jurídica.

Se trata, como digo, de un tema muy complejo, que creo que todavía no tenemos debidamente resuelto. Algo que para nosotros es de una extrema gravedad, porque afecta al sentido mismo de nuestra actividad, y porque de alguna manera llevamos años siendo instrumentalizados por los grandes poderes económicos sin que hayamos sabido todavía cómo reaccionar al respecto. Cómo hacer que nuestra actuación sea fiel en la práctica al fin último de nuestra función: hacer efectiva o real la autonomía jurídica de las personas. Lo que, desgraciadamente, no es exactamente lo que está sucediendo siempre en nuestros despachos.

Manuel González-Meneses
Benidorm, 13 de noviembre de 2011