

## LA FORMACIÓN DEL CONTRATO: EL PROBLEMA DE LA NULIDAD Y SU PREVENCIÓN (UNA REFLEXIÓN SOBRE EL SISTEMA DE SEGURIDAD JURÍDICA PREVENTIVA ESPAÑOL)<sup>1</sup>

JUAN PÉREZ HEREZA

Notario de Madrid

### ABSTRACT

Todos los ordenamientos jurídicos prevén instrumentos dirigidos a asegurar que las relaciones jurídico-privadas y los derechos subjetivos que emanan de las mismas puedan nacer y desarrollarse amparadas en precauciones diversas que disminuyan el riesgo de su ineficacia.

Estos instrumentos se diseñan en interés de las partes que formalizan los negocios jurídicos (puesto que en caso de anulación posterior existiría para ellas el riesgo de no recuperar las prestaciones intercambiadas), y en interés general de la sociedad por el efecto reflejo que todo negocio produce en la medida en que crea una situación jurídica que sirve de base a futuros negocios.

Partiendo de estas premisas el artículo analiza el sistema español de prevención de ilegalidades en el tráfico privado asentado fundamentalmente sobre dos pilares: el Notariado y los Registros públicos con efectos sustantivos singularmente el Registro de la Propiedad y Mercantil.

Y frente a las opiniones que ponen en tela de juicio el mantenimiento del sistema vigente, el autor concluye que las reformas no deben venir de una revisión del juicio de legalidad notarial o registral, sino que deben tener por objeto otros aspectos de la función notarial y registral que sí son susceptibles de mejora y cuya reforma generaría múltiples beneficios a la seguridad del tráfico.

En este sentido se enumeran entre otras las siguientes propuestas:

- la puesta en marcha de un sistema de publicidad formal con acceso directo, inmediato y gratuito a todos los Registros Públicos para los funcionarios y singularmente para los notarios y los registradores.
- la profundización de la tendencia ya iniciada para que la escritura y los asientos registrales ofrezcan una mayor información del objeto del negocio, su realidad física, sus cargas fiscales, situación urbanística o, en el ámbito rústico, derechos inherentes a la propiedad.

---

<sup>1</sup> El presente trabajo es la versión escrita de la Ponencia presentada en la sesión celebrada en Benidorm del Congreso Notarial del 150 aniversario por la Ley del Notariado. Teniendo en cuenta la fecha de su elaboración (febrero 2.012) existen novedades que no se reflejan (en especial las sentencias en materia de cláusula suelo y las últimas reformas e intentos de reformas en el ámbito de la seguridad preventiva). Sin embargo creo que siguen vigentes las mayorías de las conclusiones contenidas en el trabajo

-el establecimiento de un sistema de publicidad de las revocaciones de poderes, a través de la figura de copia notarial electrónica y de la utilización de ésta en el tráfico como título de legitimación.

-la intensificación de la función que los Notarios deben desempeñar para la protección del consumidor en el tráfico en masa, fundamentalmente procurando una intervención más activa del Notario en la fase precontractual.

## SUMARIO

### **I.- EL RIESGO DE CONTRATAR. EL PRINCIPIO DE SEGURIDAD DEL TRÁFICO JURÍDICO**

### **II.-EL SISTEMA ESPAÑOL**

### **III.- PROPUESTAS DE MEJORA**

1.-LA PUBLICIDAD INMEDIATA Y DIRECTA CON VALOR DE CERTIFICACIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD, MERCANTIL Y CIVIL

2.-LA SEGURIDAD DEL OBJETO DEL NEGOCIO: CONOCIMIENTO DE LAS CIRCUNSTANCIAS FÍSICAS, URBANÍSTICAS Y DE LAS CARGAS DECLARADAS LEGALMENTE COMO PREFERENTES QUE PUEDEN AFECTAR

3-EL CONOCIMIENTO DE LA REVOCACIÓN DE LOS PODERES: LA UTILIZACIÓN DE LA COPIA ELECTRÓNICA COMO TITULO DE LEGITIMACIÓN

4-LA SEGURIDAD PREVENTIVA EN EL TRÁFICO EN MASA

### **IV.- CONCLUSIONES**

## **LA FORMACIÓN DEL CONTRATO: EL PROBLEMA DE LA NULIDAD Y SU PREVENCIÓN (UNA REFLEXIÓN SOBRE EL SISTEMA DE SEGURIDAD JURÍDICA PREVENTIVA ESPAÑOL)**

### **I.- EL RIESGO DE CONTRATAR. EL PRINCIPIO DE SEGURIDAD DEL TRÁFICO JURÍDICO**

El campo del Derecho Patrimonial es donde más claramente late la tensión existente entre libertad o poder de autodeterminación de los particulares y supremacía del ordenamiento jurídico.

Como es bien sabido existen dos teorías clásicas y opuestas sobre la causa última de los efectos jurídicos del contrato: si provienen de la autonomía de la voluntad (concepción voluntarista) o si por el contrario del ordenamiento jurídico (concepción normativista). Sin entrar en la polémica nuestro ordenamiento parece optar por la primera solución aunque matizada; la voluntad crea el negocio jurídico con sus efectos siempre que no traspase los límites legales. No hay reconocimiento sino la ausencia de un freno legislativo. De ahí la admisibilidad de negocios atípicos incluso dentro del ámbito jurídico-real.

Vista así la libertad contractual supone un riesgo por cuanto el contrato a priori produce efectos si no traspasa los límites establecidos por el ordenamiento jurídico. La transgresión de esos límites y sus consecuencias es una cuestión cuya apreciación en último término compete al juez. El contrato desde que se manifiesta en el tráfico jurídico aparece como vinculante para las partes y eficaz si bien esa eficacia se encuentra lastrada por la posible existencia de limitaciones transgredidas lo que representa un quebranto a la seguridad jurídica.

Esta inseguridad es aún mayor si se tiene en cuenta que la sanción que el ordenamiento jurídico impone a la transgresión dista de ser clara en la práctica. De hecho el régimen de la invalidez de los contratos y por extensión de los negocios jurídicos es una de las materias sobre las que existe mayor discusión, normalmente motivada por la imprecisión terminológica de los textos legales. Frente a la proclamación aparentemente clara y terminante del artículo 6.3 del Código Civil en la práctica se presentan una amalgama de consecuencias posibles de la vulneración de la norma imperativa que van desde la inexistencia del negocio, su nulidad total o parcial, la anulabilidad, la ineficacia absoluta o relativa, incluso la simple sanción o la concesión de acción a una de las partes para que pueda exigir la cumplimentación del requisito que falte. En conclusión, aunque existan excepciones, en muchas ocasiones no es fácil anticipar cuáles son los efectos de la vulneración de la norma imperativa, una vez que se ha identificado que ésta se ha producido.

Finalmente aunque el negocio sea declarado absolutamente ineficaz es frecuente que en la práctica en ese momento ya haya producido efectos, dada su existencia de hecho y su aparente validez. En ese caso la declaración judicial obligará a destruir los efectos ya producidos para que se vuelva a la situación anterior a la perfección del negocio. El legislador no es ajeno a esta realidad y así el artículo 1303 del Código Civil establece que “declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses.”

Evidentemente la restitución no siempre será posible y el propio Código lo prevé cuando dice en su artículo 1307 Código Civil que “siempre que el obligado por la declaración de nulidad a la devolución de la cosa no pueda devolverla por haberse perdido, deberá restituir los frutos percibidos y el valor que tenía la cosa cuando se perdió, con los intereses desde la misma fecha”.

Llegados a este punto es fácil concluir que existe para quien formaliza un negocio jurídico un interés en asegurarse a priori de su validez, al menos antes de realizar las prestaciones a las que se obliga por el mismo, puesto que, en caso de invalidez declarada posteriormente, existe un riesgo de no recuperar lo que entregó o realizó a favor de la contraparte. Este interés no se circunscribe a las partes del negocio sino que trasciende a los terceros por el efecto reflejo que todo negocio produce en la medida en que se crea una situación jurídica que sirve de base a futuros negocios. La posible eficacia del negocio frente a terceros se observa de forma más acentuada en los negocios por los cuales se produce la transmisión de un derecho real o de crédito puesto que el adquirente podrá a su vez transmitir la titularidad adquirida a un tercero cuya adquisición dependerá de la validez del primer negocio celebrado.

Ante esta situación es evidente que surge la necesidad de crear instrumentos jurídicos para disminuir las incertidumbres apuntadas. Estos instrumentos jurídicos se dirigirán a asegurar que las relaciones jurídico-privadas y los derechos subjetivos que emanan de las mismas puedan nacer y desarrollarse amparadas en precauciones diversas que disminuyan el riesgo de su ineficacia. Estamos ante una de las manifestaciones del principio de seguridad jurídica proclamado en el artículo 9.3 de la Constitución Española: la seguridad del tráfico jurídico, que constituye una necesidad social fundamental, que sirve no sólo a las partes sino a la sociedad en general interesada en disminuir la conflictividad y su corolario la litigiosidad.

Como se ha apuntado esta necesidad de seguridad jurídica la sienten tanto las partes del negocio como los terceros, si bien es más trascendente para la sociedad en su conjunto en los negocios jurídico reales y, dentro de éstos, los que tienen por objeto la circulación de bienes de gran importancia económica a través de los cuales se canaliza la circulación de la riqueza, como por ejemplo los bienes inmuebles.

Por las razones expuestas en todos los ordenamientos jurídicos aún desde planteamientos diversos del Estado y de la moral social e individual existe un propósito común de dotar a la sociedad de unos instrumentos que sirvan a la seguridad de las relaciones jurídico-privadas.

No me corresponde hacer un repaso de los diversos sistemas existentes en el panorama internacional que suelen reducirse, aún dentro de las múltiples variantes existentes dentro de cada uno, para su simplificación en dos: sistema anglosajón y sistema germánico-latino.

Sí me interesa destacar antes de entrar en el examen del sistema español, que:

- a) La existencia de un sistema de seguridad preventiva y que dicho sistema funcione con rigor y eficacia es algo que afecta y condiciona la vida de los ciudadanos mucho más de lo que se piensa comúnmente. Por poner un ejemplo sobre el que luego volveré las dificultades que existen para establecer controles preventivos que impidan el abuso del consumidor es, tal vez la causa principal de la insuficiente eficacia de una legislación que paradójicamente es, sobre el papel, cada vez más protectora para el consumidor y más rigurosa frente al empresario.
- b) Cada sistema descansa en un equilibrio de elementos muy sutil y también muy delicado y muy difícil, en el que se deben combinar las dosis de agilidad que exige el la tráfico económico sin perder seguridad y garantía. Esto hace difícil la importación de

elementos aislados de un sistema a otro, y exige especial prudencia en las reformas que se acometan, que en la medida de lo posible deben ser globales atendiendo a todos los instrumentos del sistema y su mutua interdependencia, lo que no supone un inmovilismo ni un rechazo a las posibles mejoras que en cada momento puedan incorporarse como también señalaré más adelante.

## II.-EL SISTEMA ESPAÑOL

Llegados a este punto procede centrarnos en el sistema español de prevención de ilegalidades en el tráfico privado que se asienta fundamentalmente sobre dos pilares: el Notariado y los Registros públicos con efectos sustantivos singularmente el Registro de la Propiedad y Mercantil. Es verdad que existe un control preventivo en el ámbito urbanístico concedido a las Autoridades Administrativas para determinados actos (segregaciones, edificaciones etc) y un control preventivo encargado a jueces y magistrados dentro del ámbito de la jurisdicción voluntaria (v.gr. a los efectos de conceder o denegar autorizaciones para determinados actos de menores e incapaces) pero estos controles además de esporádicos y de ámbito limitado tienen en gran medida virtualidad práctica por la posterior actuación notarial y registral que aseguran su cumplimiento.

Para simplificar la exposición me limitaré al ámbito del derecho patrimonial, y dentro de éste me centraré básicamente en el examen de cómo interviene el Notario y el Registro de la Propiedad, para la prevención de ilegalidades que puedan afectar a la plena eficacia del contrato.

El Notario interviene en el momento de la formalización del negocio desplegando la siguiente actividad preventiva que dificulta la existencia de transgresiones normativas que afecten a la validez del negocio. Siguiendo lo dispuesto en el artículo 17 bis de la Ley del Notariado *“el notario deberá dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes”*

Por tanto:

- a) Identifica a los comparecientes dificultando que se produzcan supuestos de usurpación de la personalidad
- b) Juzga la capacidad de las partes denegando su autorización en caso contrario. El juicio de capacidad, que genera una presunción iuris tantum sólo destruye por pronunciamiento judicial contradictorio, es a la vez fáctico y jurídico pues abarca tanto a la capacidad natural de querer y entender como a la capacidad jurídica y de obrar (como ocurre cuando se trata de la venta de bienes del menor mayor de 16 años que realizan los padres con su consentimiento de conformidad con lo dispuesto en el artículo 166 del Código Civil). En cuanto a la denegación del ministerio notarial en caso de que el Notario estime incapaz al compareciente, resulta directamente del tenor del artículo de la ley que exige un juicio positivo (*“deberá dar fe ... de que a su juicio tienen capacidad...”*) y dados sus términos

imperativos excluye la posibilidad de una autorización que incluya un juicio negativo de capacidad.

- c) Controla las facultades representativas de los comparecientes cuando estos son representantes voluntarios, orgánicos o legales de alguna de las partes del negocio, declarando si son o no suficientes y, en este último caso si las partes insisten en el otorgamiento, advirtiendo de la ineficacia del negocio mientras no se cumplan los requisitos necesarios para completar la intervención del representante. En relación a la primera cuestión será importante que el Notario deslinde en función de la voluntad de las partes si la falta de las facultades representativas de uno de los otorgantes hace ineficaz el negocio de forma total o parcial (v.gr. piénsese en el caso de venta de acciones a dos compradores uno de los cuales no está debidamente representado: habrá que determinar si la falta de representación afecta a ambas ventas o sólo a alguna de ellas; o cuando el representado por mandatario verbal es el fiador en un préstamo habrá que determinar si la falta de facultades representativas sólo afecta al negocio accesorio de la fianza o “contamina” al negocio principal de préstamo). En relación a la segunda cuestión el notario deberá informar a los comparecientes del medio legalmente previsto para completar la intervención (v.gr. la ratificación en caso de mandatario verbal, la exhibición de copia autorizada del poder en el caso en que éste se invoque por mera manifestación o la presentación de un documento que complete el poder como ocurre en los casos de autocontratación societaria con la necesaria presentación de certificación de acuerdos de junta o del consejo).
- d) Procura la libre y voluntaria formación del consentimiento contractual asesorando a las partes y asegurándose, en la medida de lo posible, de que el consentimiento prestado ante el notario es libre, consciente y voluntario. Aunque la actuación notarial no evita la posibilidad de vicios del consentimiento, hay que reconocer que disminuye sustancialmente la existencia de errores, engaños o coacciones. Y esa actuación notarial tiene su reflejo en la jurisprudencia que reconoce que salvo prueba en contrario debe prevalecer el consentimiento prestado al contenido de la escritura frente a posteriores alegaciones de error, dolo o coacción<sup>2</sup>.
- e) En negocios dispositivos comprueba la legitimación para disponer del transmitente. Tratándose de un caso de propiedad inmobiliaria o derecho real inscrito normalmente esta comprobación, sin perjuicio de lo que resulte del título, se hace

---

<sup>2</sup> Por todas puede citarse la STS de 13 de diciembre de 2000 que estima el recurso interpuesto contra una sentencia que sobre la base de la ignorancia de la vendedora sobre lo que había firmado debido al engaño que sufrió que le llevó a suscribir unos pactos que nada tenían que ver con su propósito había declarado la nulidad de una opción de compra y la subsiguiente compraventa formalizadas ambas en escritura pública. Frente a la resolución de instancia opone el TS (citando la STS 8 de noviembre de 1919) que el documento notarial subsiste en la esfera de la verdad y legitima para el tráfico lo en el convenido dentro de la legalidad, bajo la garantía de la fe pública tanto para los contratantes como para tercero en cuanto que ha de protegerse a quien... desconozca la verdad intrínseca de su oponente frente a la que aparece declarada y ha de ser así aquí al no haberse producido prueba de un mal hacer en el otorgamiento que nos ocupar por no explicar y leer el fedatario el contenido de las escritura en que aquellos contratos se recogen para recibir el asentimiento o rechazo por parte de quienes le manifestaron su voluntad de forma que...lo así escriturado prevalecerá”

con el auxilio del Registro de la Propiedad mediante el examen del contenido de los asientos vigentes de acuerdo con la información suministrada por aquél. Pero esta comprobación también se realiza sin el auxilio del Registro en otros ámbitos (ventas de acciones, participaciones sociales, cesiones de créditos y, en el ámbito inmobiliario tratándose de fincas no inmatriculadas). En esos casos el ordenamiento reconoce una esencial diferencia según si la titularidad se acredita con un documento fehaciente (normalmente una escritura pública) o resulte sólo de las manifestaciones de las partes o documentos privados, dada la oponibilidad reconocida a la primera (artículo 1219 Código Civil). Y ni siquiera en el caso de la propiedad inscrita pierde el título todo su valor legitimador pues del mismo pueden resultar circunstancias que afectan al poder dispositivo que aún sin trascendencia real pueden ser relevantes en la medida que sean conocidas por el adquirente (piénsese en un uso no inscrito atribuido en convenio regulador al esposo no propietario; en la obligación de no disponer pactada en el antecedente negocio adquisitivo del transmitente, o como me ocurrió recientemente en un precio aplazado no garantizado cuando por el tiempo transcurrido entre la adquisición del transmitente y la venta proyectada puede presumirse que dicho precio todavía no se ha pagado). Se trata en estos dos últimos casos citados, de circunstancias en principio carecen de efectos frente al adquirente pero que por un elemental principio de prudencia exigen ser aclarados para evitar toda sombra de ineficacia en el negocio.

- f) Por último el Notario acomoda el negocio proyectado por las partes a la legalidad vigente y, en caso de que estas insistan en su proyecto inicial deniega la autorización si lo considera contrario a una norma imperativa.

Centrándonos en esta última actividad que se denomina genéricamente como el juicio o control de legalidad notarial, como he apuntado se desdobra en dos actuaciones que el notario desarrolla sucesivamente:

-la primera se desarrolla con la colaboración y el consentimiento de las partes, y fue calificada por NÚÑEZ LAGOS como función conformadora;

-la segunda que sólo tiene lugar fracasada la anterior es una actuación unilateral recurrible que realiza el notario bajo su responsabilidad y sería el control de legalidad en su sentido negativo.

Me parece interesante esta distinción dado el “terremoto” que hemos sufrido los notarios, con la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 20 DE MAYO DE 2008 que ha declarado ilegales determinados artículos del Reglamento Notarial relativos precisamente al control de legalidad notarial. La sentencia es suficientemente conocida por todos por lo que les ahorro la reproducción de los argumentos que utiliza así como la crítica que merece y la perplejidad que suscita que tan alta Magistratura, dicho sea con el debido respeto, ignore los principios más elementales de nuestro sistema de seguridad jurídica.

Sin embargo sí conviene a mi juicio que, sin minimizar su importancia, coloquemos la sentencia en sus justos términos. Y es que en el propio pronunciamiento se deja a salvo el juicio de legalidad que debe hacer el notario, del cual se dice incluso debe quedar reflejado en la escritura bajo la forma de advertencia. Por tanto la sentencia únicamente modifica de la tradicional concepción del control de legalidad notarial antes expuesta, la posible denegación del ministerio notarial. En conclusión la sentencia considera que si el juicio de legalidad notarial es negativo el notario no podrá denegar la autorización y deberá autorizar con advertencia, con la única excepción de aquellos casos en que una norma con rango de ley impone la negativa (v.gr. Ley del Suelo en las declaraciones de obra nueva si no se aporta licencia y demás requisitos urbanísticos). Desde luego esta matización no es menor, pero no convierte, como algunas voces interesadas han pretendido, al notario en un mero fedatario que al modo de testigo cualificado se limita a recoger las declaraciones negociales de las partes. Es evidente y, la propia sentencia lo reconoce, que el notario despliega una actuación jurídica destinada a enjuiciar la legalidad del negocio, lo único que se pone en cuestión es si dicha actividad incluye un deber de denegación genérico cuando el negocio que se pretende formalizar es ilegal, más allá de los casos concretos en que la ley lo disponga.

Precisamente por ello la sentencia citada ha tenido escasa relevancia en la práctica, puesto que normalmente la advertencia notarial es suficiente para que las partes rectifiquen su pretensión inicial y acomoden su negocio a la legalidad<sup>3</sup>. En otras palabras nadie quiere otorgar una escritura en el que figure una advertencia según la cual el juicio del Notario autorizante es que el negocio escriturado es ilegal. Y ello porque, frente a quienes proclaman la existencia de una dicotomía absoluta entre los intereses de las partes y de los terceros, en la realidad tal conflicto de intereses no existe pues las partes son los primeros interesados en que el negocio formalizado sea legal pues serán los primeros perjudicados por una posterior declaración de invalidez. Una escritura con esa advertencia dejaría abierta una puerta franca a la futura impugnación, lo que desanimará al cumplimiento de lo estipulado y en el tráfico jurídico dudosamente servirá de título de legitimación, título ejecutivo o inscribible.<sup>4</sup>

Aclarada la subsistencia de dicho juicio (aunque se considere limitado a los efectos que le atribuye la sentencia del Tribunal Supremo<sup>5</sup> a pesar de no compartir su

---

<sup>3</sup> Así ocurre cuando por ejemplo los padres quieren poner un bien a nombre de los hijos y el notario les advierte de la conveniencia de formalizar la donación dineraria a su favor con carácter simultáneo a la venta; o cuando ante la pretendida extralimitación de un Consejero Delegado a quien se le han delegado sólo parcialmente las facultades del Consejo se presenta ante la advertencia notarial como complemento la certificación del acuerdo del Consejo.

<sup>4</sup> Como ha expresado certeramente Martínez-Sanchiz, J.A. la sentencia produce un efecto boomerang para la calificación registral, pues pretendiendo encumbrarla como único control extrajudicial de legalidad, acaba convirtiéndola en mera comparsa ya que de hecho es difícil pensar que se inscribiera en el futura escritura alguna con esa tacha de ilegalidad, con lo que la calificación se limitaría a ratificar el juicio, en este caso de ilegalidad previamente formulado por el Notario.

<sup>5</sup> Excede del ámbito de esta ponencia la crítica de la Sentencia por lo que no se reproducen los argumentos para justificar que existe en nuestro ordenamiento un caudal normativo suficiente para considerar vigente el deber genérico de denegación que niega la citada Sentencia. Por otra parte la doctrina que funda la resolución que contiene la sentencia (la falta de una norma con rango legal que imponga un control genérico de legalidad a los

pronunciamiento) para terminar con el juicio de legalidad notarial conviene detenerse brevemente en **el examen de su contenido y extensión**:

-Por un lado el Notario juzga si el negocio vulnera alguna norma imperativa lo que podríamos calificar control formal. Así el Notario debe denegar su autorización si se pretende formalizar una escritura de división, segregación u obra nueva sin la oportuna licencia municipal, o de compra de acciones propias no totalmente desembolsadas, o de venta de herencia futura sujeta a derecho civil común... en todos los casos se trata de ilegalidades flagrantes. Y es que la conclusión del contrato aceptado y querido por las partes sólo puede impedirse en esos casos; el Notario no puede ir más allá de la aplicación directa de los preceptos legales pues lo contrario sería hacer discrecional la prestación de la función que no olvidemos es obligatoria. La resolución de dudas de legalidad sobre la base de interpretaciones normativas está atribuida a los jueces y tribunales.

-Pero junto a la anterior despliega una actuación más extensa de control material dirigida a conseguir la seguridad jurídica sustancial: serían los casos en los que el Notario controla la existencia de fraude, simulación o abuso así como los supuestos de negocios inmorales o contrarios al orden público. A título de ejemplo podrían citarse los siguientes casos:

-negocios ideados para evitar la aplicación derechos de adquisición preferente (v.gr. aportación de inmueble a una sociedad seguida de compraventa de las participaciones recibidas en contraprestación);

-préstamos usurarios encubiertos cuando al notario le consta que se declara recibida mayor cantidad de la entregada por el prestamista o de las circunstancias del caso existen elementos que permiten presumirlo (v.gr. interés inexistente o por debajo del interés de mercado, sobregarantías...);

-supuestos en los que el notario conoce por circunstancias externas al documento que se pretende formalizar la falta de facultades representativas (v.gr. porque le consta la revocación del poder a pesar de la exhibición del título y declaración de vigencia del apoderado; o le consta el abuso de poder v.gr. si un administrador solidario pretende contratar fuera de los límites estatutarios no inscritos o de los acuerdos formalizados en un pacto parasocial).

-los negocios en fraude de acreedores o derechos de los legitimarios cuando al notario le consta la simulación (v.gr. ventas de todo el patrimonio o la mayor parte del mismo que encubren donaciones en perjuicio de los otros legitimarios o compras en las que el

---

*notarios), puede entenderse hoy superada con la promulgación de 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 cuyo artículo 18.1 señala que "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."*

dinero procede de persona distinta del adquirente cuando el verdadero comprador quiere evitar la acción sobre el bien adquirido de los acreedores);

-los negocios en los que existe una sospecha de fraude fiscal o blanqueo de capitales como ocurre en los casos en que la constitución de la sociedad va seguida de venta de sus participaciones por un socio o cuando se formalizan en breve espacio de tiempo varias ventas del mismo inmueble con oscilaciones en el precio.

Si a la hora de formular su juicio sobre la legalidad formal del negocio el notario debe actuar con la debida prudencia, a la hora de enjuiciar la existencia de fraudes, simulaciones o abusos su actuación debe ser aún más contenida pero no hasta el punto de permitir la formalización de negocios que claramente vulneran aunque no sea directamente la legalidad vigente. A mi juicio en estos casos el notario debe indagar las causas del negocio requiriendo a las partes aclaración sobre la misma y en el caso en que la negativa de las partes a facilitarle la información solicitada o cuando las explicaciones que se le dan puedan justificar su negativa, debe actuar en consecuencia. Lo contrario sería admitir la formalización de negocios en escritura pública que, no lo olvidemos son ilegales, por responder a una causa ilegal de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1275 y siguientes del Código Civil<sup>6</sup>.

A este respecto conviene destacar el párrafo segundo del artículo 24 de la Ley del Notariado introducido por la Ley 36/2006 que, se refiere al control de legalidad material, aunque con términos desafortunados y sólo en relación a la prevención del blanqueo de capitales, cuando habla de velar por la regularidad material. Y, hay que reconocer que el control de los medios de pago que el mismo artículo impone al Notario se ha revelado como un mecanismo poderoso para poder enjuiciar algunos supuestos de simulación y fraude (especialmente para evitar simulaciones en cuanto a las declaraciones de cantidad recibida).

En conclusión el Notario realiza una labor preventiva dirigida a evitar ilegalidades que puedan afectar a la plena eficacia del negocio coetánea a la formalización e integral, pudiendo tener en cuenta para ello no sólo los datos que le suministren las partes sino otros que lleguen a su conocimiento por medios externos. Para preservar la agilidad del tráfico y la libertad contractual de realizar su función de forma prudente denegando su actuación sólo en los casos de ilegalidad flagrante e indiscutible, lo que probablemente ésta en el origen de su configuración mixta de profesional-funcionario sujeto a una competencia limitada. Además y como corolario la actuación notarial, su labor preventiva no está limitada al ámbito inmobiliario o societario objeto de inscripción sino que se extiende potencialmente a todo el campo patrimonial puesto que a petición de las partes puede formalizarse en escritura cualquier negocio jurídico.

**Junto con el Notariado en el ámbito inmobiliario, societario y de determinados bienes muebles, existe además otro instrumento destinado a procurar la seguridad preventiva: los**

---

<sup>6</sup> *La causalización de las relaciones jurídicas y la trascendencia de la causa en la validez y eficacia de un negocio jurídico es una cuestión central en la teoría general de la causa objeto de un vivo debate doctrinal. Pero con independencia de las posiciones doctrinales, a mi juicio, está claro que el ordenamiento jurídico no puede ofrecer protección imponiendo su obligatoriedad a negocios claramente inmorales y el notario como funcionario público no puede intervenir dotando a dichos negocios de una apariencia de legalidad.*

## **Registros de la Propiedad y de bienes muebles, como Registros de derechos y el Registro Mercantil y, con matices, el Registro Civil como Registros de Personas.**

Aún con las diferencias existentes entre estos Registros, se tratan todos ellos de los llamados Registros con efectos sustantivos o de publicidad material por cuanto que, en términos generales, sirven a la seguridad de las relaciones privadas de dos formas distintas:

1º.-ofreciendo información sobre el estado de titularidad y cargas del bien o sobre la existencia de las sociedades muy especialmente de sus representantes o sobre el estado civil y régimen matrimonial de las personas físicas. Esta información siempre útil es imprescindible en el ámbito de los derechos reales cuando se trata de dar a conocer derechos “invisibles” que no se manifiestan al exterior por la posesión como la hipoteca, el derecho de opción o los derechos de tanteo y retracto.

2º.-protegen a quién contratan confiando en su contenido de modo que aquél puede estar seguro de que la eficacia de su negocio no se verá alterado por la existencia de circunstancias anteriores o sobrevenidas a la formalización del contrato que no figuren en el Registro.

Con esa doble virtualidad formal y material, el Registro disminuye los costes de información pues al que pretende contratar con una persona jurídica o sobre un bien registrado basta con consultar en el Registro y previenen la ineficacia del negocio jurídico formalizado pues cumplidos determinados requisitos (la inscripción, la onerosidad y la buena fe) la eficacia el contrato queda a salvo de la inexactitud registral precedente o sobrevenida.

En la práctica el Registro sirve fundamentalmente a la seguridad del tráfico a través de la publicidad formal, facilitando el examen de la legitimación dispositiva del transmitente y de la extensión del derecho que se pretende transmitir. Aún reconociendo su importancia teórica son pocos los casos en que la publicidad material despliega sus efectos en la práctica<sup>7</sup> y, de ahí que como consecuencia del escaso nivel de consulta del Registro de Bienes Muebles, Registro Civil y Mercantil, al menos hasta tiempos recientes, el paradigma registral haya sido el Registro de la Propiedad.

Centrándonos en éste último Registro, los importantes efectos materiales que despliega justifica que se establezca un doble control de acceso para los derechos que se pretendan inscribir: por un lado la exigencia de documento público, por otro la calificación registral que consiste en el juicio de legalidad competencia del encargado del Registro que desemboca en caso de ser negativo, en la denegación de la práctica del asiento.

Interesa destacar que el juicio de legalidad registral:

---

<sup>7</sup> *La aplicación del principio de fe pública está prevista para supuestos patológicos que por esta misma razón son poco frecuentes en la práctica. Y aún dentro de estos supuestos existe una cierta reticencia jurisprudencial a la aplicación del principio de fe pública en su aspecto positivo consagrado en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, como lo prueba las frecuentes invocaciones a la carga de comprobar el estado posesorio como presupuesto de la diligencia debida para declarar la existencia de buena fe (ver por todas las STS de 30 de diciembre de 2.005, 25 de mayo de 2.006 y 5 de marzo de 2.007).*

- Es siempre posterior a la perfección y consumación del negocio jurídico. En este sentido al menos respecto del negocio que se está enjuiciando no estamos ante un control preventivo puesto que la denegación de la inscripción nunca impide que el negocio ya haya producido sus efectos, ni determina con carácter general su invalidez e ineficacia.
- Está limitado en sus medios pues en su labor calificadora solo puede atender a lo que resulta del documento presentado y de los asientos del Registro (una reciente jurisprudencia de la DGRN<sup>8</sup> contradiciendo la anterior extiende los medios de

---

<sup>8</sup> Frente a la doctrina emanada por la Resolución de 9 de abril de 2003 en relación a la constancia en el Registro Mercantil de la revocación de un poder y su posible consideración a los efectos de denegar la inscripción en el Registro de la Propiedad del negocio por él formalizado, la Resolución de 16 de febrero de 2.012 (y otras posteriores) confirma que el registrador de la propiedad puede tener en cuenta la situación de concurso, la cual no resulta de su Registro, sino del Registro Mercantil.

Para ello dice la DGRN que "el artículo 18 de la Ley Hipotecaria debe interpretarse en términos que eviten quede reducida a un concepto estricto de asientos existentes en el propio Registro a cargo del registrador o, más aún, a los vigentes en la hoja registral del bien objeto del documento calificado. Ciertamente el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, como se ha declarado reiteradamente, no permite utilizar datos conocidos por el registrador extrarregistralmente, pero tal proscripción no debe alcanzar a los datos que puedan ser conocidos por medios oficialmente establecidos para coordinar los diferentes Registros públicos, con el fin de permitir una calificación más acorde con el superior principio de legalidad, siempre, claro está, respetando las exigencias de principios registrales básicos como el de prioridad, inoponibilidad de lo no inscrito y fé pública registral, consagrados por los artículos 17, 32 y 34 de la Ley Hipotecaria. En este punto, debe recordarse que el principio de prioridad, como el de inoponibilidad, despliegan sus efectos respecto de títulos traslativos o declarativos del dominio de los inmuebles o de los derechos reales impuestos sobre los mismos, determinando que el que accede primeramente al Registro se anteponga al que llega después, bien de forma excluyente (cierre registral), bien de forma preferente (rango registral), según la compatibilidad entre ambos. A ese conflicto es aplicable la doctrina reiteradamente declarada por esta Dirección General de que el registrador no puede tener en cuenta en su calificación documentos presentados después, contradictorios o incompatibles con el primeramente presentado, si con ello se produce una desnaturalización del propio principio de prioridad. Esos principios y esa doctrina, en cambio, no juegan respecto de documentos que sólo afectan a la situación subjetiva del otorgante del documento, los cuales no plantean un conflicto objetivo con documentos relativos al dominio o a derechos reales, sino que, al contrario, ofrecen la posibilidad de realizar una calificación más adecuada a la legalidad a la vista de la capacidad de los otorgantes (artículo 18 Ley Hipotecaria). A estos efectos, la declaración de concurso, así como su inscripción o anotación, no constituye, propiamente, una carga específica sobre una finca o derecho, que haya de ordenarse registralmente con otras cargas o actos relativos al dominio de aquéllos, conforme al principio de prioridad consagrado por el artículo 17 de la Ley Hipotecaria. (...) Desde la fecha del auto de declaración del concurso, los actos que tienen por objeto bienes integrados en el patrimonio del concursado deben ser calificados de conformidad con las restricciones impuestas al deudor. Por tal motivo, el registrador no puede, desconociendo tales restricciones, permitir el acceso al Registro de actos otorgados por el deudor concursado que la propia Ley Concursal considera anulables y dispone que no «podrán ser inscritos en registros públicos mientras no sean confirmados o convalidados o se acredite la caducidad de la acción de anulación o su desestimación firme» (artículo 40 de la Ley Concursal). En cuanto tales efectos se producen desde la fecha del auto de declaración del concurso y no se detienen ante la buena fe o ignorancia de quienes fueron parte en el contrato, también han de ser tenidos en cuenta a la hora de calificar el acto viciado, siempre que la situación concursal le conste de forma fehaciente al registrador." Además, proclama la DGRN que "Desde una perspectiva de pura justicia material es evidente que lo verdaderamente importante es el buen funcionamiento del sistema de seguridad jurídica cuya tutela es la función que el registrador tiene encomendada, y resulta absurdo concluir que, porque las partes o el funcionario que ha autorizado un documento no han consultado, al tiempo de otorgarlo, el Registro Mercantil, el registrador de la Propiedad tiene que inscribir el título para el que su disponente estaban legalmente inhabilitado y permitir que, merced al juego del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, se puedan causar unos perjuicios y situaciones irreversibles derivados del principio de fe pública registral. Y a modo de conclusión, proclama ahora la DGRN, que "Las consecuencias que se anudan a la situación concursal escapan del

calificación a otros asientos, los practicados en otros Registros públicos con efectos sustantivos...aunque se consolide esta doctrina no cabe duda de que el Registrador no podrá tener en cuenta todo aquello que está "fuera del mundo registral" como aquellas circunstancias fácticas de las que haya podido tener conocimiento por medios extrarregistrales).

- Está limitado en su extensión pues sólo se refiere a la legalidad (en su aspecto de mera adecuación del contrato a las normas imperativas) y a la inexistencia de obstáculos registrales. El Registrador no puede controlar la identidad de las partes, ni su capacidad, ni las facultades representativas, ni la libre y voluntaria formación y emisión de su consentimiento contractual; tampoco puede apreciar la existencia de fraudes, simulaciones o abusos por la limitación de los medios de su calificación.

A las limitaciones expuestas a las que habría que añadir el restringido ámbito de acción de los Registros citados dentro del vasto territorio del derecho patrimonial.

Y evidentemente por las razones expuestas este control en ningún caso puede sustituir al juicio de legalidad notarial, lo que no quiere decir necesariamente que sea redundante y prescindible.

A mi juicio, la calificación registral está justificada en importantes razones, entre los que cabe destacar, fundamentalmente dos:

- los importantes efectos atribuidos a la inscripción que justifican la existencia de un doble filtro, sobretodo si se tiene en cuenta que un elemento esencial del control registral es la propia identificación del título público. Precisamente la alta cualificación de los encargados del Registro y su conocimiento del instrumento público son la mejor garantía de que no accederán al Registro títulos falsos o falsificados.
- La existencia en nuestro ordenamiento jurídico de un sistema de numerus apertus en materia de relaciones jurídico-reales, si bien limitada por la exigencia de determinados requisitos para la constitución de derechos reales atípicos. Evidentemente este sistema introduce una complejidad para el funcionamiento del Registro pues exige como primera condición de acceso la calificación del derecho como real y es lógico que dicho juicio en último término corresponda al funcionario encargado del registro.

Pero las ventajas expuestas y el hecho de que se juzgue positivamente su existencia no deben llevar a la confusión de colocar la calificación registral como centro del sistema español de seguridad preventiva.

Sirva esta última reflexión para, superando posturas revisionistas sobre los respectivos juicios de legalidad notarial y registral, terminar con una referencia a algunas de las mejoras posibles a introducir en el sistema de seguridad preventiva español que a mi juicio sí contribuirían a

---

*ámbito de la autonomía de los contratantes y se insertan en un ámbito imperativo tendente a asegurar los intereses públicos que el buen orden del concurso garantiza, parece incuestionable concluir que la consulta no solo es lícita sino obligada".*

mejorar la seguridad del tráfico que debe ser el eje y fin último de nuestra función.<sup>9</sup> Sin ánimo exhaustivo me voy a referir a cuatro cuestiones concretas cuya reforma mejoraría sustancialmente el sistema.

### III.- PROPUESTAS DE MEJORA

#### 1.-LA PUBLICIDAD INMEDIATA Y DIRECTA CON VALOR DE CERTIFICACIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD, MERCANTIL Y CIVIL

Como apuntaba anteriormente el mayor servicio que los Registros prestan a la seguridad del tráfico es facilitar el conocimiento de derechos y circunstancias personales que pueden afectar a la plena validez y eficacia de los negocios que se proyectan y formalizan en la práctica diaria. Este conocimiento interesante para cualquier persona en el momento precontractual, cuando se está proyectando la formalización del negocio, es fundamental para el Notario si se pretende que éste pueda cumplir su función preventiva con la máxima eficacia.

Por ello no parece lógico, con las posibilidades que en la actualidad brindan las nuevas tecnologías, que la única información que preceptivamente está a disposición del Notario, en el momento de la formalización del negocio esté referida únicamente al Registro de la Propiedad inmobiliario y se concrete una nota simple remitida por fax y con un pretendido valor exclusivamente informativo, es decir sin garantía de la exactitud de su contenido. Este sistema de suministro de información que en su momento, hace ya casi veinte años, supuso un indudable avance debe ser superado por el acceso telemático a los Libros del Registro por parte de los Notarios que ofrece frente a la anterior las siguientes ventajas:

---

<sup>9</sup> En los últimos años hemos asistido a una polémica corporativa entre Notarios y Registradores acerca del alcance y justificación de los respectivos juicios de legalidad, con acusaciones respectivas de infracontrol notarial (por parte del colectivo registral) y sobrecontrol registral (por parte del colectivo notarial). Así, aunque hay que reconocer que los ataques no han sido simétricos, parece que los mayores esfuerzos doctrinales de una y otra corporación hayan consistido en glosar los beneficios de su respectiva actuación planteándose la posible supresión o desnaturalización de la otra función que, si bien por cortesía, finalmente se deshecha, queda esgrimida como amenaza latente. En este ámbito se encuadran las frecuentes referencias a otras opciones de política legislativa que serían igualmente deseables o al menos posibles. Se dice así que el notario podría ser rebajado a mero fedatario sin más función que la de proporcionar un documento que goza de presunción de veracidad de los hechos que consigna: la presunción de legalidad del negocio vendría a posteriori como consecuencia de la calificación registral. De otra parte, aunque con menor intensidad, se reconoce la importancia del Registro como institución de seguridad preventiva, pero se advierte que el estatuto del encargado del mismo y el control de legalidad a él encomendado es una cuestión fungible que puede ser cambiada si al legislador le resulta conveniente.

Los resultados de esta contienda han sido, de una parte la conocida sentencia del Tribunal Supremo antes comentada y de otro la limitación de la calificación registral fundamentalmente en dos ámbitos la suficiencia de las facultades representativas y la validez de las cláusulas financieras, al margen de otras batallas menores (calificación del registrador sustituto, legitimación registral para recurrir resoluciones etc) y la común rebaja arancelaria. Incluso queda para los anales el RD 171/2007 de 9 de febrero que en relación a la publicidad de los protocolos familiares en el Registro Mercantil prescinde de ambos controles de legalidad.

En esta situación de constante amenaza para ambos colectivos, tal vez sea el momento de proclamar las bondades del sistema, su difícil equilibrio que no admite reformas parciales de parte y, en definitiva, volver los ojos hacia la sociedad a la que servimos proponiendo nuevas reformas dirigidas a fortalecer ambas instituciones para que procuren una mejor seguridad preventiva.

-la eliminación de cualquier lapso temporal en el proceso recepción de información-firma-presentación del documento.

-evitar la elusión de responsabilidades cuando el contenido publicado no se corresponde con la realidad de los Libros del Registro, como desgraciadamente se pretende en algunos casos de notas erróneas.

No se entiende bien que la medida que aprobada legislativamente hace diez años<sup>10</sup> todavía no esté en vigor, fundamentalmente por las resistencias que para su aplicación ha opuesto el colectivo registral. Y es que paradójicamente con el acceso directo e inmediato el Registro como institución se verá reforzado en la medida en que su consulta se hará universal y obligada para todos los negocios sean éstos onerosos o gratuitos, intervivos o mortis causa. Como dije anteriormente la mejor forma de consolidar el Registro como institución es hacer imprescindible su consulta en la práctica.

En la situación actual, es frecuente que en los negocios gratuitos y mortis causa no se consulte el Registro por razones de agilidad y coste de la consulta; incluso existen supuestos de negocio oneroso en los que la urgencia del otorgamiento impone la renuncia a la nota por el tiempo necesario para su obtención. Pero en una situación en la que el Notario tuviese acceso directo, inmediato y gratuito a los Libros del Registro, sería difícilmente justificable cualquier renuncia a la consulta del Registro y de consignarse muy probablemente no evitaría la responsabilidad del Notario en los casos de discrepancia entre lo consignado en el título y lo inscrito.

Si en el ámbito del Registro de la Propiedad serían apreciables las ventajas del acceso directo, qué decir del Registro Mercantil, respecto del cual no existe un sistema de remisión de información específico para los Notarios. Las ventajas que para el tráfico mercantil supondría un Registro cuyos datos están a disposición del Notario, en el momento de formalización de los múltiples negocios en los que interviene una sociedad son tan evidentes que no necesitan exponerse. Los propios notarios conscientes de nuestra responsabilidad frecuentemente consultamos por el servicio de internet los datos registrales de la sociedad para comprobar la vigencia de la escritura de nombramiento o poder que nos exhiben. Claro que esta información, aparte de su coste tiene un valor jurídico escaso de mera nota simple informativa. Más aún en el estado actual de la doctrina de la DGRN, que como hemos visto reconoce a los registradores de la propiedad la facultad de consultar el contenido del Registro Mercantil, para fundar su calificación, no parece lógico que se restrinja el acceso directo a los Libros de dicho Registro a los Notarios que quedarían en inferioridad de condiciones para realizar su labor preventiva.<sup>11</sup>

Finalmente y, aunque en menor medida un acceso directo al Registro Civil también serviría para suministrar información relevante a los efectos de que el Notario puede desempeñar de forma idónea su función preventiva. Sin ánimo exhaustivo la publicidad de los hechos y negocios inscritos en el Registro Civil serviría para aportar certidumbre:

---

<sup>10</sup> Ley 24/2001 de 28 de diciembre, modificada y ampliada por la Ley 24/2005 de 19 de noviembre

<sup>11</sup> Al respecto ver el artículo "Poderes en la red" publicado por Juan Álvarez-Sala Walter en la revista "el Notario del siglo XXI" Marzo-Abril 2012. Numero 42

-sobre el estado civil del compareciente que actualmente sólo resulta de su mera manifestación. Aunque se trate de casos aislados no es del todo infrecuente que se produzcan falsedades en relación al estado civil, sobre todo en los casos de separación de hecho prolongada. Por otra parte, dada la pluralidad legislativa existente en el Estado español y la creciente movilidad territorial es frecuente que en el momento del otorgamiento tenga que “reconstruirse” la vida matrimonial para determinar el régimen económico que es aplicable, ante la ausencia de capitulaciones. De nuevo el Registro Civil se muestra como una poderosa herramienta para complementar las declaraciones que al respecto presenten las partes

-sobre la vecindad civil y nacionalidad, lo cual es especialmente relevante en un Estado con legislaciones civiles cada vez más diversas.

-Por último serviría de auxilio para el juicio de capacidad del notario evitando supuestos, escasos pero especialmente sangrantes por evitables, de otorgamientos por parte de un incapacitado judicialmente. Incluso puede servir de mayor utilidad esta consulta en los casos de actuación por un apoderado, para comprobar que no se ha producido ningún hecho extintivo del poder (fallecimiento o incapacitación) como veremos más adelante.

También este acceso está previsto legalmente<sup>12</sup> aunque su entrada en vigor se encuentra diferido por el plazo de tres años y vista la experiencia en los otros Registros está justificado el escepticismo sobre la efectividad de la norma una vez transcurrido el período de *vacatio legis*.

## 2.-LA SEGURIDAD DEL OBJETO DEL NEGOCIO: CONOCIMIENTO DE LAS CIRCUNSTANCIAS FÍSICAS, URBANÍSTICAS Y DE LAS CARGAS DECLARADAS LEGALMENTE COMO PREFERENTES QUE PUEDEN AFECTAR

Hasta finales del siglo pasado tanto la escritura como la inscripción permanecían relativamente ajenas a los elementos reales del negocio, singularmente la finca y el precio. Evidentemente ambos se consignaban como elemento esencial de los negocios jurídicos que se formalizaban en escritura y eran inscribibles (en concreto en el negocio paradigmático de la compraventa), pero como ni la fe pública notarial ni la fe pública registral se extendían a los datos físicos de la finca ni al precio; existía un cierto despreocupación hacia los mismos de tal forma que el documento y la inscripción se limitaban a reflejar lo manifestado por las partes cuya veracidad se daba por buena sin mayor preocupación. Eran, pues los interesados quienes debían realizar una labor investigadora sobre la realidad física del objeto de su negocio, su estado posesorio y de conservación e incluso sobre aspectos jurídicos como su situación fiscal y urbanística.

Sin duda esta situación ha cambiado y si se observa en la evolución que en los últimos años ha sufrido la función notarial y registral en el ámbito inmobiliario una constante preocupación por extender la seguridad jurídica al objeto del negocio. A partir de la legislación urbanística del año 90 existe una creciente pretensión de que el objeto del negocio se consigne en la escritura de una forma más detallada y acorde con la realidad física, tendencia acentuada, a partir del año 1996 con las sucesivas normas de coordinación con el Catastro. Paralelamente la preocupación por evitar la aparición sobrevenida de cargas preferentes y extra registrales que

---

<sup>12</sup> Ley 20/2.011 del Registro Civil, de 21 de julio.

ha desembocado en la obligatoria aportación del certificado de estar al corriente de los gastos de comunidad o del recibo de contribución.

En materia de precio la ley 36/2006 introduce la obligación de consignar los medios de pago con lo que la forma de pago del precio, frecuentemente fuera de la escritura ha pasado a tener un papel central.

La línea descrita debe continuarse y, a mi juicio debe acentuarse la preocupación porque en la escritura quede reflejado el objeto real del negocio. Así:

1º-debería extenderse la normativa de control de los medios de pago a cualquier negocio oneroso sea o no inmobiliario. Tras una primera fase en el que la justificación de los medios de pago, se ha impuesto sólo para aquellos negocios más íntimamente ligados con el fraude fiscal, los inmobiliarios, hay que aprovechar las ventajas que ha puesto de manifiesto la reforma, no sólo para prevenir el fraude, sino también para aumentar la seguridad del tráfico. Por ello es conveniente, en la búsqueda de que las escrituras (y las inscripciones que de ellas derivan) reflejen el tráfico que realmente existe, que se extienda esta obligación a toda clase de negocios onerosos. Piénsese en las ventajas que supondría esta exigencia en negocios hoy de gran opacidad como las ventas de participaciones sociales o los préstamos y reconocimientos de deuda entre particulares. Actualmente el Notario ante la negativa a justificar el medio de pago y, salvo que entre en juego la normativa del blanqueo de capitales, sólo le queda aceptar la autorización requerida pues no existe norma que le legitima a denegar su ministerio. La situación cambiaría radicalmente en caso de universalizarse ésta exigencia.

2º-debe procurarse poner a disposición del Notario los medios que le permitan conocer (fundamentalmente aunque no únicamente para trasladar la información al adquirente) la situación urbanística de la finca o tratándose de fincas rústicas sus circunstancias agrícolas y los derechos que llevan aparejados (ayudas, subvenciones etc). Asimismo sería interesante que el Notario también pudiese conocer el estado tributario del inmueble, en particular si está al corriente del impuesto de bienes inmuebles, tasas de residuos urbanos o cualquier otra afección fiscal que eventualmente pueda gravar el inmueble.

Para alcanzar estos objetivos habrá que intensificar la colaboración con las Administraciones Públicas, para que en el futuro se establezca una colaboración recíproca y no unidireccional como hasta ahora, en el sentido de que normalmente consiste en la obligación por parte del notario de suministrar datos a las distintas Administraciones. La experiencia del Catastro está resultando un éxito: el acceso del Notario por vía telemática a los datos bases gráficas catastrales ha incrementado la información que el Notario suministra a las partes sobre la realidad física de las fincas objeto del negocio, además de aligerar trámites posteriores en la medida en que es el propio notario quién se encarga de proceder al cambio de titularidad catastral.

Una colaboración más decidida y global por parte de las Administraciones, facilitaría que el notario pudiese ofrecer una información certera acerca de la situación urbanística o agrícola de las fincas y sus cargas fiscales .

### 3-EL CONOCIMIENTO DE LA REVOCACIÓN DE LOS PODERES: LA UTILIZACIÓN DE LA COPIA ELECTRÓNICA COMO TITULO DE LEGITIMACIÓN

En un mundo en el que la contratación a través de representantes es cada vez más frecuente se incrementa la posibilidad de que aparezcan supuestos patológicos: el abuso o la extralimitación en el uso del poder y singularmente la utilización fraudulenta del poder revocado o extinguido.

El abuso del poder pertenece a la esfera interna de las relaciones entre el poderdante y apoderado, por lo que poco se puede hacer para evitarlo más allá de advertir al poderdante en los riesgos que supone conceder un poder, y concienciar al apoderado de las responsabilidades en que incurre en su ejercicio.

Para evitar la extralimitación del poder, al menos cuando éste se utiliza en el marco de la documentación notarial, está la propia responsabilidad profesional del Notario y las acciones que tiene a su disposición el poderdante contra aquél en caso de que el apoderado haya ejercitado con su intervención facultades que no venían conferidas en el poder.

Finalmente queda el supuesto patológico de utilización del poder extinguido (por su revocación, o por el fallecimiento o incapacidad del poderdante). La interpretación combinada de los artículos 1734 y 1738 del Código Civil, y la preponderancia del principio de protección al tercero que ha depositado su confianza en una situación de apariencia jurídica, justifica la eficacia que se reconoce a los negocios celebrados, aún después de la extinción del poder, por los apoderados con terceros de buena fe. En estos casos sólo queda al poderdante (sus herederos o representantes) la acción contra el apoderado en caso de actuación negligente o dolosa (si conocía el hecho extintivo del poder).

Es verdad que se trata de supuestos extraordinarios, sin embargo hay que reconocer que en el estado actual de desarrollo tecnológico se puede avanzar para suprimir los casos, aunque no sean muy numerosos, de ejercicio de un poder revocado o extinguido por parte del apoderado.

En la práctica notarial es difícil de explicar al poderdante que otorga la escritura de revocación y que incluso nos requiere para notificar la revocación al apoderado que, a pesar de adoptar todas las cautelas posibles, si el apoderado retiene la copia autorizada de la escritura de poder podrá seguir utilizándola y su actuación vinculará al poderdante frente a los terceros que hayan contratado con el apoderado de buena fe. Si dicha actuación se realiza fuera del ámbito notarial, es decir tratándose de contratación privada, puede ser más fácil de asumir la imposibilidad de dar publicidad general a la revocación a un coste razonable. Sin embargo cuando se trata de la utilización del poder ante un Notario que, en definitiva forma parte de la misma organización que aquél que autorizó la revocación, parece evidente que el sistema debiera suministrar los medios para evitar dicha situación.

El Reglamento Notarial tradicionalmente ha previsto una medida de coordinación: el oficio que remite el notario autorizante de la escritura de revocación al Notario titular del protocolo en el que obra la escritura de poder revocada, para que éste último extienda en la matriz la correspondiente nota de revocación. Ese mismo mecanismo de coordinación está abierto a

Jueces y Magistrados que pueden comunicar a estos fines hechos extintivos del poder como la muerte y la incapacitación. Con ello se evita que el apoderado, en el supuesto de estar facultado para ello, pueda obtener nuevas copias de su poder aptas para su utilización, ya que en las nuevas copias figurará la nota de revocación puesta al margen de la matriz. Sin embargo el sistema aludido no impide que el apoderado pueda seguir utilizando la copia que anteriormente estaba en su poder en la que no figurará la nota de revocación.

Para evitar lo anterior el Consejo General del Notariado puso en funcionamiento un archivo telemático de revocación de poderes, de obligada consulta por los Notarios siempre que interviniese en el documento notarial un apoderado. Lógicamente se trataba de un primer paso pues en ese Archivo sólo se anotaban las revocaciones otorgadas con posterioridad a su entrada en vigor. No obstante la utilización del Archivo (tanto para introducir las revocaciones como para la consulta) fue extendiéndose y finalmente encontró su reflejo normativo con la reforma del Reglamento Notarial del año 2.007. Sin embargo el Tribunal Supremo<sup>13</sup> vino a anular los artículos reglamentarios relativos al Archivo de Revocación de Poderes, y tras la anulación el propio Consejo se vio obligado a suprimir el Archivo con lo que se ha vuelto al punto de partida. Aunque bienintencionado, a mi juicio la introducción de este archivo telemático y su posterior refrendo normativo por vía reglamentaria, planteaba problemas importantes de encaje con el sistema vigente en el Código Civil, que se basa en el valor legitimador de la copia autorizada y, como consecuencia de ello, ha sido anulado correctamente por el Tribunal Supremo por contravención de los artículos antes citados.

En esta situación hay que decidir hacia donde deben dirigirse los esfuerzos con el fin de ofrecer soluciones la problemática apuntada, es decir, cómo impedir que se puedan seguir utilizando poderes extinguidos por su revocación:

-una primera vía sería insistir promoviendo una reforma de rango legal en el Archivo de Revocación de Poderes. Creo que esta vía al margen de las dificultades y el tiempo necesario para obtener una ley, ofrece más desventajas que soluciones, al introducir una mácula en el valor legitimador de la escritura. Hasta ahora el funcionamiento del poder se basa en el valor legitimador del título que contiene el apoderamiento; su exhibición es suficiente para los terceros que saben que sólo tienen que examinar ese documento y su contenido para juzgar si el apoderado está facultado para el acto en cuestión. La introducción de la consulta a un Archivo (como lo demuestra en el ámbito de las sociedades el Registro Mercantil<sup>14</sup>) sólo introduce confusión y entorpece el tráfico. Como ha señalado acertadamente Rodrigo Tena<sup>15</sup> con la introducción de esta Archivo "...el título se convertirá en algo sospechoso y vendremos

---

<sup>13</sup> La STS de 20 de mayo de 2008 anuló el párrafo II del artículo 164 que se refería a la obligatoria consulta del Archivo y el artículo 178 in fine que se refería a la obligatoria constancia de la revocación en dicho Archivo.

<sup>14</sup> De hecho en los escasos supuestos de utilización de un poder inscrito revocado, la jurisprudencia no ha podido abstraerse del conflicto que surge entre la normativa registral (según la cual la revocación inscrita debe perjudicar a terceros), la normativa civil (según la cual la exhibición del poder permite presumir su vigencia) y la realidad social en la que el nivel de consulta del Registro Mercantil en el momento en que se utiliza un poder societario es mínimo.

<sup>15</sup> Archivo de Revocación de Poderes. ¿Una pérdida irreparable?. El Notario del siglo XXI. Nº : 26. Julio-Agosto 2.009

de esta manera a reforzar imprudentemente lo que siempre hemos pretendido combatir: que no hay más seguridad que la que ofrece el Registro, o los registros.”

-a mi juicio existe otra vía que no exige ningún cambio normativo, mantiene la escritura como título legitimador y ofrece la ventaja práctica de permitir un acceso general no restringido sólo al ámbito notarial: la copia electrónica. Como ha explicado Alfonso Madrideoj<sup>16</sup>, se trataría de ofrecer al poderdante la posibilidad de publicitar su copia a través de una página controlada por el Notariado a la que se podría dar mayor o menor acceso, dependiendo de su voluntad. Una vez revocado el poder, la copia electrónica desaparecería. No se trata, por tanto, de ningún registro o archivo, sino de una nueva forma –electrónica- de expedir el título, que de esta manera conservaría íntegramente su efecto legitimador.

Y una vez iniciada la utilización de la copia electrónica en el restringido campo de los poderes, podría pensarse en su extensión a otros ámbitos en los que la escritura sirve fundamentalmente como título legitimador. Así ocurre fundamentalmente con las escrituras de nombramiento de cargos sociales y, en menor medida con las escrituras de compraventa que acreditan la propiedad adquirida. Con ello se prestará a la sociedad un servicio que aliviará la carga (sobre todo en el ámbito societario) que actualmente supone ir con un título original (frecuentemente acompañado con otros posteriores de cambio de denominación o domicilio, fusión, escisión etc...) a todos los lugares en los que el administrador tiene que acreditar su cargo. Las potencialidades que ofrece en este punto la copia electrónica para reforzar el valor legitimador de la escritura son evidentes y merece la pena caminar en este sentido, aunque deban seguirse lógicamente las cautelas necesarias desde el punto de vista tecnológico, para el mantenimiento de la seguridad.

#### 4-LA SEGURIDAD PREVENTIVA EN EL TRÁFICO EN MASA

La creciente intervención notarial en contratos de adhesión (fundamentalmente bancarios e inmobiliarios cuando se trata de la venta del promotor al primer comprador) y, la posterior inscripción de algunos de estos contratos, plantea la cuestión de qué papel deben jugar las instituciones de seguridad preventiva en el ámbito de la protección del consumidor, en particular si es suficiente la normativa general antes expuesta o si se hace preciso una regulación especial para asegurar al consumidor una defensa específica de sus intereses por parte de notarios y registros públicos.

Como es de todos conocidos el fenómeno de la contratación en masa ha traído consigo la figura de los contratos de adhesión cuyas cláusulas vienen predispuestas por uno de los contratantes, normalmente una empresa con abundantes recursos jurídicos y económicos, correspondiendo al otro, normalmente un consumidor, la única decisión de adherirse o no al contrato.

El desequilibrio entre las posibilidades de actuación de ambos contratantes, el que redacta el contrato generalmente a su favor y el que se adhiere, ha dado lugar a la promulgación de una

---

<sup>16</sup> *La copia notarial electrónica. Alfonso Madrideoj Fernández. Anales de la Academia Matritense del Notariado, ISSN 0210-3249, Tomo 47, 2009 (Ejemplar dedicado a: Curso 2006/2007), págs. 429-600*

legislación de defensa de la parte más débil, con especial atención a los supuestos en que el adherente es un consumidor.

Dicha legislación, presidida por Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, fundamentalmente se dirige en dos direcciones:

-reforzar la transparencia en la contratación en masa mediante el establecimiento de obligaciones de información a cargo del predisponente en la fase precontractual e imponiéndole deberes en la redacción del contrato todo ello con el fin de procurar que el adherente preste un consentimiento informado.

-limitar la libertad contractual: prohibiendo la incorporación a los contratos de adhesión de cláusulas injustas en beneficio del predisponente. Tratándose de contratación con consumidores, la manifestación más señalada de esta dirección normativa es el establecimiento del concepto de cláusula abusiva que se define como aquella estipulación no negociada individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe causa en perjuicio del consumidor un desequilibrio importante de derechos y obligaciones de las partes. Para el caso de incorporación a un contrato de una cláusula abusiva se impone como sanción general la nulidad parcial, y excepcionalmente la nulidad total (artículos 82 y siguientes de la Ley).

Comenzando con esta última medida incorporada una cláusula abusiva a un contrato el consumidor tiene a su disposición (como cualquier contratante) la acción para reclamar su exclusión del contrato a través de la correspondiente acción judicial.

El legislador es consciente que en la práctica será difícil que esta impugnación sea atractiva para el consumidor aislado, por su resultado incierto (dada la genérica definición de cláusula abusiva), su duración (dada la proverbial lentitud de nuestro sistema judicial) y coste (que en muchas ocasiones será superior al perjuicio que provoca la propia cláusula). Por ello ha diseñado, junto con mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos (como el sistema arbitral de consumo, cuya operatividad depende en última instancia de la previa adhesión al arbitraje por parte del empresario) la figura de la acción colectiva de cesación legitimando a determinadas asociaciones e instituciones para que puedan instar la declaración de nulidad de cláusulas abusivas incorporadas a una pluralidad de contratos.

Sin embargo la acción de cesación tiene el inconveniente de sus limitados efectos: solo conlleva la declaración de nulidad de la cláusula y la prohibición de que esta sea incorporada o aplicada en el futuro, pero no determina el resarcimiento al consumidor de los perjuicios sufridos por la aplicación de la cláusula en el pasado, para lo cual tendrá que ejercitar individualmente las correspondientes acciones.

Ante esta situación se plantea la posibilidad de introducir normas dirigidas a la exclusión extrajudicial y apriorística (es decir previa a la formalización del contrato) de las cláusulas abusivas. Dado que todo control administrativo previo del contenido contractual chocaría con los principios constitucionales de libre empresa y mercado, podría pensarse en la utilidad de atribuir competencias en esta materia a notarios y registradores como profesionales del

derecho independientes, encargados del control de legalidad de los negocios que autorizan e inscriben y con alta formación jurídica.

La cuestión, hay que reconocerlo es compleja y ofrece diversas perspectivas incompatibles entre sí. Por un lado es evidente que tanto a notarios como registradores les corresponde el control de la legalidad de los contratos que autorizan e inscriben; por otra parte esto no significa que su control preventivo pueda extenderse ilimitadamente a todos los aspectos del contrato, sino sólo aquellos en los que la ilegalidad pretendida sea evidente: cualquier otra solución sería la invasión de funciones jurisdiccionales. En el campo de la contratación del consumidor la ley es deliberadamente general en la definición de la cláusula abusiva y por otra parte limita su aplicación únicamente a aquéllos contratos de adhesión celebrados con consumidores, que en principio sólo pueden ser personas físicas que no actúan en el ejercicio de su actividad profesional o empresarial (lo que no es siempre fácil de determinar). Consciente de la generalidad de la definición se contiene en los artículos 85 y siguientes de la ley general una lista de cláusulas que en todo caso son abusivas, pero ni siquiera esa lista facilita un control preventivo porque la enumeración es necesariamente incompleta y en muchos supuestos introduce a su vez conceptos genéricos. Además no hay que olvidar que aunque una cláusula sea fácilmente identificable como abusiva habrá que superar un último escollo para excluirla del contrato: que no haya sido negociada individualmente (lo que hace especialmente difícil la actuación notarial a quien frecuentemente las partes requieren para incluir una cláusula abusiva bajo el pretexto de haber sido negociada individualmente por ambas para ese contrato específico).

Por ello la respuesta a estas pretensiones de control notarial y/o registral del carácter abusivo de las cláusulas debe ser necesariamente negativa. Como hemos visto la conclusión del contrato aceptado y querido por las partes sólo puede impedirse en los casos de ilegalidad flagrante; el notario no puede ir más allá de la aplicación directa de los preceptos legales pues lo contrario sería hacer discrecional la prestación de una función que es obligatoria. No hay que olvidar que la concreción del carácter abusivo o no de una cláusula es una materia extremadamente compleja y de ahí que su determinación quede reservada a jueces y tribunales en el marco de un proceso jurisdiccional con los derechos de audiencia y petición de prueba a disposición de ambas partes. Este es el camino que ha seguido, acertadamente nuestra legislación que aclara el alcance del control de legalidad extrajudicial encomendado a notarios y registradores, obligándoles a no autorizar ni inscribir respectivamente contratos con cláusulas declaradas abusivas en sentencias firmas inscritas en el Registro de Condiciones Generales de Contratación. Con ello se reconoce implícitamente que el Notario no debe denegar su intervención y el registrador la inscripción en otros supuestos de cláusulas que a su juicio pudieran ser abusivas, salvo siempre con la debida prudencia cuando se trate de cláusulas cuya redacción se corresponda exactamente con una declarada como tal en la ley o en una sentencia inscrita<sup>17</sup>. En el ámbito registral a todas las razones expuestas se añadiría una

---

<sup>17</sup> Como última prueba de la dificultad que entraña este control preventivo, cabe señalar en relación a las cláusulas declaradas nulas por sentencia firme inscrita, que su aplicación dista de ser clara en cuanto la cláusula que se pretenda incorporar ofrezca alguna divergencia con relación a la declarada nula. Por poner un ejemplo la STS de 16 de diciembre de 2009 ha declarado nula unas determinadas cláusulas de vencimiento anticipado por arrendamiento de finca hipotecada sin consentimiento del acreedor, pero consciente de la dificultad para extender el pronunciamiento a otras cláusulas similares pretende construir una teoría general según la cual: a) la cláusula no

adicional: por definición su control no sería preventivo sino posterior a la conclusión del contrato, y en este momento la no inscripción de determinadas cláusulas no impedirá la aplicación de las cláusulas no inscritas y por tanto el perjuicio al consumidor<sup>18</sup>.

¿Significa lo anterior que no puede/debe mejorarse la protección que el sistema de seguridad preventiva español, y singularmente el Notariado, puede desplegar respecto del consumidor? La respuesta a esta pregunta debe ser necesariamente negativa, pues de lo contrario la intervención del notario lejos de ofrecer ventajas podría incluso acarrear inconvenientes para el consumidor.<sup>19</sup> Sin embargo la loable intención de ofrecer la máxima protección posible no debe llevarnos fuera del marco legal, ni pretender soluciones que es imposible que podamos cumplir. Por otra parte hay que reconocer que la labor notarial ordinaria (en aplicación de los generales preceptos que rigen la actuación notarial, es decir asesoramiento, lectura del documento etc) en la práctica han servido para la protección del consumidor y prueba de ello es la notable diferencia de conflictividad existente entre la contratación bancaria formalizada en documento privado de la formalizada en escritura pública. Sentado lo anterior creo que existen algunos puntos en los que el sistema podría mejorarse:

---

*debe referirse a arrendamientos de uso distinto de vivienda que son los únicos en los que por no purgarse en caso de ejecución hipotecaria puede hablarse de cláusula abusiva. b) Que debe admitirse el pacto de vencimiento anticipado cuando se trata de arriendos dañinos, entendiendo por tales los que suponen una minoración del valor de la finca, bien por renta baja, o por anticipo de rentas. c) Que no existe una regla única para baremizar la cuantía de la renta, a los efectos de considerar el arrendamiento dañino. Y en base a estas premisas resuelve sobre la validez de las concretas cláusulas objeto del proceso, reconociendo que en cada caso habrá que atender al tenor literal y a las circunstancias de cada caso.*

<sup>18</sup>*Precisamente los excesos calificadorios que contra el tenor de la ley, denegaban la inscripción de cláusulas por abusivas están en el origen de la reforma operada en el artículo 12 de la LH. Sin embargo parece que la norma legal no ha sido suficiente y de nuevo con un cambio de tendencia en la DGRN ( a partir de la Resolución de 1 de octubre de 2.010, cuya argumentación ha sido reiterada en la Resolución de 4 de noviembre de 2.010 y en otras posteriores) de nuevo se vuelve sobre un supuesto control registral concluyendo que procede una interpretación correctora del artículo 12, en base a la cual no cabe la exclusión absoluta de la calificación de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado, aunque sí una modalización en su extensión, de modo que el registrador podrá realizar una mínima actividad calificadoria siempre que la nulidad de la cláusula financiera hubiere sido declarada mediante resolución judicial firme pero también en aquellos casos en los que el carácter abusivo de la cláusula pueda ser apreciado por el registrador sin realizar ningún tipo de valoración de las circunstancias concurrentes en el caso concreto. Para la crítica de esta doctrina me remito al artículo publicado por mi en el número 35 de la Revista el Notario del Siglo XXI ¿Calificación de las cláusulas financieras? Enero-Febrero 2011. Simplemente a los argumentos técnicos querría añadir ahora otro de tipo práctico: ¿qué protección dispensa al consumidor la falta de inscripción de una cláusula después de haber firmado el contrato, si el banco muy probablemente tratará de aplicarla mientras no sea anulada judicialmente?. Y es que más allá de reforzar la imagen corporativa, difícilmente el Registro puede convertirse en paladín de la protección del consumidor, cuando tradicionalmente ha pretendido ser el garante de los terceros en contraposición a la protección de las partes que dispensaría el notario.*

<sup>19</sup>*No hay que olvidar que la actuación notarial presupone un consentimiento libre, consciente e informado del otorgante (sea o no consumidor). Sin duda los Tribunales de Justicia tienen en cuenta esta presunción para rechazar pretensiones de consumidores que en el marco de la contratación privada tendrían otra solución. Por ejemplo es más difícil de admitir que el otorgante de una escritura pública pueda alegar el desconocimiento del contenido de lo firmado, de ahí que cuando se trata de impugnar cláusulas incorporadas a escritura no se suele invocar el error como motivo invalidante y se recurren a otros expedientes técnicos (v.gr. la falta de reciprocidad) como ha ocurrido en relación a las cláusulas suelo. Esto debe acrecentar la responsabilidad notarial en el ejercicio de sus funciones de tal forma que cuando existe un consumidor debe ser especialmente cuidadoso en insistir sobre el contenido de aquellas cláusulas potencialmente perjudiciales para aquél.*

- a) En relación a la exclusión preventiva de algunas cláusulas, creo que debe mejorarse no la actuación individual de cada notario (que como he dicho anteriormente está rodeada de dificultades teóricas y prácticas) sino la actuación colectiva a través de los órganos corporativos. Un notario aislado, a la vista de la normativa vigente, puede hacer poco para impedir la inclusión de una cláusula que a su juicio es abusiva, pero que no se corresponde exactamente con alguna de las enumeradas como tales por la ley o declaradas abusivas en sentencia firme inscrita. Sin embargo los órganos notariales sí pueden hacer una gran labor para conseguir la expulsión de dichas cláusulas del mercado: realizando una labor publicitaria que pueda suponer un coste reputacional para la entidad que las utiliza, coordinándose con las Asociaciones de defensa de consumidores para prestarles asesoramiento e información a los efectos de que puedan ejercitar las acciones de cesación, incluso mostrando su criterio a través de circulares para evitar que nimios cambios de redacción puedan suponer el mantenimiento en los contratos de cláusulas sustancialmente idénticas a otras ya declaradas abusivas. Las circulares dictadas en el marco del procedimiento extrajudicial han demostrado que cuando los notarios reciben el respaldo de sus órganos corporativos pueden imponer a las entidades interpretaciones legales lógicas aunque no se correspondan con la literalidad de la norma.
- b) En relación a las medidas de transparencia, el camino que se puede recorrer es aún mayor. A mi juicio, está claro que la defensa del adherente en la contratación en masa y en particular en la contratación bancaria, singularmente cuando es un consumidor, debe centrarse en profundizar en las medidas de transparencia. Y tratándose de contratación ante notario la mejor forma de conseguir la transparencia es involucrar al notario en este objetivo imponiéndole deberes de asesoramiento e información de la parte más débil. Pero esta imposición de obligaciones debe venir acompañada de la atribución de un mayor protagonismo al notario en la fase precontractual. La experiencia demuestra que en el momento de la conclusión del contrato, sobre todo si se trata de un préstamo hipotecario que va normalmente precedido de una compraventa, es difícil que el comprador-prestatarario renuncie a la formalización cuando para él ya se le han generado gastos y compromisos normalmente superiores a los derivados de la cláusula no conocida que se revela en el momento de la firma. En este punto la Orden 2899/2011 de 28 de octubre sobre protección del consumidor bancario (que ha venido a sustituir la del año 1994) merece un juicio negativo.<sup>20</sup> En

---

<sup>20</sup> El artículo 30 se limita a expresar en el apartado 1 que En materia de elección de notario se estará a lo dispuesto en el Reglamento Notarial aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944 y demás disposiciones aplicables. Y en los apartados siguientes reproduce en esencia el régimen anterior: "2. El cliente tendrá derecho a examinar el proyecto de escritura pública de formalización del préstamo hipotecario en el despacho del notario al menos durante los tres días hábiles anteriores a su otorgamiento. El cliente podrá renunciar expresamente, ante el notario autorizante, al señalado plazo siempre que el acto de otorgamiento de la escritura pública tenga lugar en la propia notaría.

3. 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 cuando el mismo no cumpla lo previsto en esta orden y la legalidad vigente. Asimismo, los notarios informarán al cliente del valor y alcance de las obligaciones que asume y, en cualquier caso, deberá:

síntesis reproduce el régimen anterior introduciendo únicamente nuevos deberes de información relativos a productos de nueva creación (instrumentos de cobertura del tipo de interés, riesgos de fluctuación de la moneda en los préstamos de divisas, hipoteca inversa...), pero mantiene los defectos que la regulación anterior ha mostrado en la práctica:

---

a) *Comprobar si el cliente ha recibido adecuadamente y con la suficiente antelación la Ficha de Información Personalizada y, en su caso, si existen discrepancias entre las condiciones de la oferta vinculante y el documento contractual finalmente suscrito, e informar al cliente tanto de la obligación de la entidad de poner a su disposición la Ficha de Información Personalizada, como de aceptar finalmente las condiciones ofrecidas al cliente en la oferta vinculante dentro del plazo de su vigencia.*

b) *En el caso de préstamos a tipo de interés variable, comprobar si el cliente ha recibido la información prevista en los artículos 24, 25 y 26, y advertirle expresamente cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias:*

1.º *Que el tipo de interés de referencia pactado no sea uno de los oficiales a los que se refiere el artículo 27.*

2.º *Que el tipo de interés aplicable durante el período inicial sea inferior al que resultaría teóricamente de aplicar en dicho período inicial el tipo de interés variable pactado para períodos posteriores.*

3.º *Que se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés, como cláusulas suelo o techo. En particular, el notario consignará en la escritura esa circunstancia, advirtiéndole expresamente de ello al cliente e informándole, en todo caso, sobre:*

i) *Los efectos de estos límites ante la variación del tipo de interés de referencia.*

ii) *Las diferencias entre los límites al alza y a la baja y, de manera especial, si se ha establecido únicamente un límite máximo a la bajada del tipo de interés.*

c) *Informar al cliente de cualquier aumento relevante que pudiera producirse en las cuotas como consecuencia de la aplicación de las cláusulas financieras pactadas. En particular deberá advertir de los efectos que la existencia, en su caso, de períodos de carencia tendría en el importe de las cuotas una vez finalizados tales períodos; así mismo, advertirá de la previsible evolución de las mismas cuando se hubieran pactado cuotas crecientes o cuando se hubiera previsto la posibilidad de interrumpir o posponer la amortización del préstamo.*

d) *Informar al cliente de la eventual obligación de satisfacer a la entidad ciertas cantidades en concepto de compensación por desistimiento o por riesgo de tipo de interés en los términos previstos en los artículos 8 y 9 de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria.*

e) *En el caso de que el préstamo no esté denominado en euros, advertir al cliente sobre el riesgo de fluctuación del tipo de cambio.*

f) *Comprobar que ninguna de las cláusulas no financieras del contrato implican para el cliente comisiones o gastos que debieran haberse incluido en las cláusulas financieras.*

g) *En el caso de hipoteca inversa deberá verificar la existencia del correspondiente asesoramiento independiente. En caso de que la formalización de la hipoteca inversa se realice en contra de la recomendación realizada por el asesoramiento independiente, se deberá advertir de este extremo al cliente.*

h) *Informar al cliente de los costes exactos de su intervención.*

-la falta de un procedimiento que asegure un examen del contrato previo a la formalización por parte del cliente. En el estado actual de desarrollo tecnológico no es lógico que se mantenga como única garantía para asegurar el conocimiento previo del contrato un derecho renunciable a examinar (en la oficina notarial!!) el proyecto de escritura; lo lógico sería que en la Ficha de Información Personalizada constase una dirección de correo electrónico y se estableciese la obligación de remitir el borrador de la escritura con una antelación (probablemente inferior a tres días) estableciendo que sin el cumplimiento de este requisito no podrá formalizarse el otorgamiento. Y evidentemente este derecho debería ser irrenunciable, pues ya se sabe que en el ámbito de la contratación en masa todo lo que es renunciable, finalmente se renuncia si interesa a la entidad más fuerte dicha renuncia.

-la dificultad que tiene el notario para comprobar que efectivamente se han cumplido los deberes de información precontractual por parte de la entidad acreedora. El texto de la norma sigue diciendo que el notario debe “Comprobar si el cliente ha recibido adecuadamente y con la suficiente antelación la Ficha de Información Personalizada y, en su caso, si existen discrepancias entre las condiciones de la oferta vinculante y el documento contractual finalmente suscrito, e informar al cliente tanto de la obligación de la entidad de poner a su disposición la Ficha de Información Personalizada, como de aceptar finalmente las condiciones ofrecidas al cliente en la oferta vinculante dentro del plazo de su vigencia”. Sin embargo es difícil que el notario pueda comprobar el cumplimiento de estas obligaciones si su primer encuentro con el consumidor se produce en el momento de la firma. Para ello debe recibir la documentación con cierta antelación ponerla a disposición del cliente junto con el proyecto de escritura y que éste, en su domicilio y sin la presión del resto de los otorgantes, pueda comprobar (y en su caso denunciar) el ajuste o no con la oferta vinculante. Lo lógico sería que desde el mismo momento de aceptación de la oferta vinculante ésta se remitiese telemáticamente al notario que vaya a autorizar la escritura. Con esta documentación (que incluye dirección de mail y demás datos de contacto del cliente) podrá la oficina notarial desplegar su actividad de asesoramiento precontractual.

-y con esto llegamos al último punto sobre el que la Orden (como la anterior del año 94) no presta la debida atención: el derecho de elección del notario. Se trata de una cuestión a la que se refiere en la Orden por mera remisión a la normativa notarial, como si fuese algo ajeno o accesorio a la protección del consumidor. Frente a esta situación y sin que esto suponga poner en duda la imparcialidad del notario elegido por el Banco, hay que reconocer que es esencial para que el consumidor pueda utilizar los servicios de asesoramiento notarial como mínimo que conozca el nombre del notario y que desde luego este asesoramiento será más pleno si acude a un notario que conoce y es de su confianza. Puede parecer sorprendente, pero lo cierto es que no es infrecuente que hasta poco antes del día de la firma el banco no facilite al cliente el nombre del notario, como también es ignorado muchas veces que quien tiene derecho a elegir notario es el consumidor. Por ello lo lógico sería que en el contenido de la FIPRE se reservase un espacio dedicado al notario autorizante para que lo rellenase el prestatario. Sólo para el caso de su silencio se incluiría la remisión al notario que

ofrece el banco, indicando expresamente su dirección y domicilio, así como que el cliente ha renunciado a su derecho de elección.

-Y para terminar, aunque podrían apuntarse otras ideas, debe hacerse una apuesta más decidida por obligar a las entidades a informar sobre los costes asociados de la operación (no financieros) debido a servicios impuestos por la entidad a empresas elegidas por la misma (tasación, gestoría, seguros etc). Llama en este punto el trato imperativo que se dispensa a los honorarios notariales (el notario deberá informar al cliente de los costes exactos de su intervención) frente al tono desiderativo respecto del coste de estos servicios: según el artículo 11.2 “En caso de que solo resulte posible la contratación del servicio bancario vinculado a la contratación de otros en las condiciones ofertadas, se informará al cliente, en la forma prevista en el artículo 11, de la parte del coste total que corresponde a cada uno de los servicios, en la medida en que este coste esté disponible para la entidad, y de los efectos que su no contratación individual o cancelación anticipada produciría sobre el coste total de los servicios bancarios.”

Me he extendido algo más en este último punto porque entiendo que la protección del consumidor, en particular del consumidor bancario es uno de los retos de nuestra sociedad. La crisis ha demostrado que dicha protección solo puede ser completa si se atribuye a un tercero imparcial, y en nuestro sistema ése debe ser el notario. El propio colectivo notarial se juega mucho en este reto, pues la sociedad cada vez demanda más la asunción de este papel tuitivo. Sin embargo por encima de las proclamas normativas para que este papel pueda ser desempeñado de forma efectiva, es preciso que se le doten de los instrumentos necesarios para ello y esto implica forzosamente la entrada del notario en la fase precontractual.

#### **IV.- CONCLUSIONES**

En los últimos tiempos asistimos a la aparición de opiniones que ponen en tela de juicio el mantenimiento de nuestro sistema de seguridad preventiva, tal y como ha sido expuesto, sobre el argumento de unas supuestas ineficiencias derivadas del doble control de legalidad.

A mi juicio la existencia del doble filtro está justificado y en la mayoría de las ocasiones no genera problema alguno por su distinto ámbito de acción.

Por ello creo que las mejoras no deben venir de una revisión del juicio de legalidad notarial o registral; a mi juicio ha llegado el momento de volver los ojos hacia otros aspectos de la función notarial y registral que sí son susceptibles de mejora y cuya reforma generaría múltiples beneficios a la seguridad del tráfico.

Me estoy refiriendo entre otras cuestiones a:

- la puesta en marcha de un sistema de publicidad formal con acceso directo, inmediato y gratuito a los Registros Públicos por parte de funcionarios y singularmente Notarios.
- la profundización de los pasos que ya se han dado para procurar que Notarios y Registros ofrezcan una mayor información del objeto del negocio, su realidad física, sus cargas fiscales, situación urbanística o, en el ámbito rústico, derechos inherentes a la propiedad.

-el establecimiento de un sistema de publicidad de las revocaciones de poderes, a través de la figura de copia notarial electrónica y de la utilización de ésta en el tráfico como título de legitimación.

- intensificar la función que los Notarios pueden desempeñar para la protección del consumidor en el tráfico en masa, cuestión de importancia capital, y que a mi juicio obligará en el futuro a una intervención más activa del Notario en la fase precontractual que es la única en la cual el asesoramiento puede ser realmente efectivo para reequilibrar las desigualdad existente entre ambas partes contratantes.

La sociedad actual, y la crisis lo demuestra, demanda más seguridad y no menos, por tanto las reformas deben ir dirigidas no a la desnaturalización sino al fortalecimiento de las instituciones para facilitar que Notarios y Registros puedan seguir prestando, mejorada, su función preventiva.

## BIBLIOGRAFÍA

ALVAREZ-SALA WALTHER, J. EL MALGRADO ARCHIVO DE REVOCACIÓN DE PODERES. Consejo General del Notariado. Madrid 2.010

ARNÁIZ EGUREN, R. UNA REFLEXIÓN PERSONAL SOBRE LA FUNCIÓN NOTARIAL EN EL TRÁFICO SOBRE INMUEBLES. SU RELACIÓN CON LAS DISTINTAS MODALIDADES DE ORGANIZACIÓN DE

LA SEGURIDAD PREVENTIVA. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. Número 666 Julio-Agosto 2.001.

CALATAYUD SIERRA, A. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL SISTEMA DE SEGURIDAD JURÍDICA ESPAÑOL. Revista La Notaría. Noviembre 1993.

GONZÁLEZ PALOMINO, J. INSTITUCIONES DE DERECHO NOTARIAL. Editorial Reus. Madrid, 1948.

GOMÁ SALCEDO, J.E. DERECHO NOTARIAL. Editorial Bosch. 2ª Edición. Madrid 2011

GOMÁ LANZÓN, F. ANALISIS Y CRÍTICA DE LA ORDEN EHA/2899/2011, DE TRANSPARENCIA EN LOS SERVICIOS BANCARIOS. El notario del Siglo XXI. Nº 40. Noviembre-Diciembre 2.011

GONZÁLEZ-MENESES GARCIA-VALDECASAS, M. LA ARMONÍA DE UN SISTEMA (primera parte). Revista el Notariado del siglo XXI número 4. Noviembre-Diciembre 2.005

GONZÁLEZ-MENESES GARCIA-VALDECASAS, M. LA ARMONÍA DE UN SISTEMA (segunda parte). Revista el Notariado del siglo XXI, número 5. Enero-Febrero 2.006

MADRIDEJOS FERNÁNDEZ, A. LA COPIA NOTARIAL ELECTRÓNICA. Anales de la Academia Matritense del Notariado, ISSN 0210-3249, Tomo 47, 2009 (Curso 2006/2007) , págs. 429-600

MARTÍNEZ SANCHIZ, J.A. EL NEGOCIO JURÍDICO. PARTE PRIMERA ELABORACIÓN DEL CONCEPTO. en el Tomo I, volumen 4º, Tema 9 la obra colectiva INSTITUCIONES DE DERECHO PRIVADO Editorial Aranzadi, 2005.

MEZQUITA DEL CACHO, J. L., LA FUNCIÓN NOTARIAL Y LA SEGURIDAD JURÍDICA. en La Seguridad Jurídica y el Notariado VVAA pp 81-109. Academia Sevillana del Notariado. EDERSA 1986

MORALES MORENO, A.VOLUNTAD Y CAUSA EN LA TEORÍA DEL NEGOCIO JURÍDICO DE FEDERICO DE CASTRO. en Conferencias en homenaje al profesor Federico de Castro y Bravo. Editado por Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, 1997.

PEREZ HEREZA, J. LOS MECANISMOS DE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR BANCARIO. Revista el Notariado del siglo XXI número 42. Marzo-Abril 2.012

RODRÍGUEZ ADRADOS, A. EL DOCUMENTO NOTARIAL Y LA SEGURIDAD JURÍDICA.- en La Seguridad Jurídica y el Notariado VVAA. pp 41-78 Academia Sevillana del Notariado. EDERSA 1986

SOLÍS VILLA, I. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y FUNCIÓN NOTARIAL. Conferencia no publicada pronunciada por en la Academia Matritense del Notariado en el curso 2.008-2.009, facilitada por el autor.

TENA ARREGUI, R ARCHIVO DE REVOCACIÓN DE PODERES ¿UNA PÉRDIDA IRREPARABLE? El Notario del siglo XXI. Nº : 26. Julio-Agosto 2.009..

PROBLEMAS QUE AFECTAN AL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA DERIVADOS DE UN SISTEMA DE TRANSMISIÓN DE INMUEBLES MEDIANTE DOCUMENTO PRIVADO. EL SEGURO DE TÍTULO. VV.AA. Ponencia presentada por la Junta de Decanos de España en XIV Congreso de la UINL- Guatemala 1977.

GARANTÍAS DE LOS DERECHOS REALES MEDIANTE EL SISTEMA DE REGISTRO Y EL SISTEMA DE SEGURO. L. de Angulo, J. Camacho y M. Castilla. Servicio de Estudios del Colegio de Registradores. 2003.