

# Encuentro entre la Judicatura y el Notariado

**N**otarios y magistrados han celebrado una jornada de análisis y debate sobre asuntos de interés para ambos colectivos. El encuentro, fruto de convenio de colaboración alcanzado por el Consejo General del Poder Judicial y el Consejo General del Notariado en noviembre de 2014, tuvo lugar en el Servicio de Formación Continua del Consejo General del Poder Judicial. La dirección del foro correspondió al magistrado y director del Servicio de Formación Continua del Consejo General del Poder Judicial, Carlos Uribe, y al notario y decano del Colegio Notarial de Cataluña, Joan Carles Ollé.

REDACCIÓN

Áurea Roldán, subsecretaria de Justicia; Carlos Lesmes, presidente del CGPJ, y José Manuel García Collantes, presidente del CGN (de izquierda a derecha).



La jornada se centró en el análisis y debate de la “citación judicial al notario como testigo en el Procedimiento”; el “valor de la escritura en el proceso. Fuerza ejecutiva y probatoria. Efectos frente a tercero”; “la escritura en la contratación en masa y su valor en el proceso. Control judicial y ámbito de control notarial sobre cláusulas abusivas”, y “el notario y la jurisdicción voluntaria”.

En la inauguración de estas jornadas, Áurea Roldán, subsecretaria de Justicia, aseguro que “debe incrementarse por ley el papel del notario autorizante en el control de las cláusulas abusivas –como demanda la sociedad– como forma de potenciar el control de transparencia en los contratos seriados, sancionado por la jurisprudencia del TJUE y del Tribunal Supremo, reiteradamente”.

Según Roldán, “el Gobierno quiere regular el control por parte de notarios y registradores de las cláusulas abusivas en las condiciones generales de contratación por consumidores. Se pretende así –aún por determinar si se abordará en el pro-

yecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria o en la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil– que cuando los contratos que contengan condiciones generales sean otorgados o elevados a instrumento público, el notario vele porque se cumpla la obligación de transparencia exigida por la legislación de consumidores”.

**Medidas legislativas.** “El notario debe rechazar y denegar su autorización, respecto de las cláusulas abusivas que sean nulas de pleno derecho o que por falta de información de los riesgos al consumidor deben tenerse por no puestas desde el momento de la perfección del contrato. A estos efectos se pretende impulsar medidas legislativas para que los notarios puedan no autorizar y los registradores de la propiedad no inscribir, por defecto insubsanable, aquellas cláusulas que sean nulas por ser contrarias a normas imperativas o prohibitivas, al tener legalmente tal carácter o haber sido declaradas nulas por el Tribunal Supremo, posición que ya

ha iniciado la Dirección General de los Registros y del Notariado”, concluyó la subsecretaria.

Por su parte, Carlos Lesmes, presidente del CGPJ, destacó el espíritu de colaboración entre dos corporaciones jurídicas como la Judicatura y el Notariado, “plasmado en la organización de encuentros formativos como el que hoy ha tenido lugar”. “Jueces y notarios compartimos no solo un mismo ámbito de actividad, como es el mundo del Derecho y de las relaciones jurídicas, sino también unos mismos intereses: la mejora de nuestra Justicia, la excelencia en el desempeño de nuestra labor y el reforzamiento de las garantías y la seguridad jurídica.”

Por lo que se refiere al control judicial y notarial de las cláusulas abusivas, el presidente del CGPJ, manifestó que “es uno de los aspectos en el que los ciudadanos reclaman de los distintos profesionales del Derecho una respuesta que proteja sus derechos de manera eficaz, sin olvidar las exigencias que en

“



**Áurea Roldán**  
subsecretaria de Justicia:

Debe incrementarse por ley el papel del notario autorizante en el control de las cláusulas abusivas.

”

“



**Carlos Lesmes**  
presidente del CGPJ:

Jueces y notarios compartimos unos mismos intereses: la mejora de nuestra Justicia, la excelencia en el desempeño de nuestra labor y el reforzamiento de las garantías y la seguridad jurídica.”

”

“



**José M. G. Collantes**  
presidente del CGN:

Es importante destacar la fuerza ejecutiva y probatoria de la escritura pública en los procesos judiciales.

”

“



**Ángel Juanes**  
vicepresidente del Tribunal Supremo:

Los jueces debemos ser cuidadosos a la hora de citar a un notario y solo hacerlo en casos muy puntuales, dado que está amparado por la fe pública notarial.

”

“



**Ana Fernández-Tresguerres**  
notaria:

La obligatoriedad de los notarios de colaborar con la Administración Pública está en su propia razón de ser, por ejemplo en la prevención y lucha contra el blanqueo de capitales.

”

esta materia nos llegan desde las instituciones europeas”.

José Manuel García Collantes, presidente del Consejo General del Notariado, destacó “la fuerza ejecutiva y probatoria de la escritura pública en los procesos judiciales”. “Este tipo de foros nos permitirá conocernos mutuamente y también admirar más la difícil misión de juzgar. Sin duda afirmará la posición del juez como vértice del sistema; por algo, la presunción de validez del contenido del instrumento público notarial es tal mientras un juez no la destruye, ya que es el único que puede hacerlo”.

Ángel Juanes analizó la conveniencia o no de citar a declarar a un notario. “¿Tiene sentido?” –se preguntó– “Aunque llegáramos a la conclusión de que pudiera ser útil para el juez, el núcleo central se centraría en analizar si el notario tiene derecho al secreto profesional y cuál es el alcance del mismo”, aclaró. Juanes fue más allá preguntándose si “dado su carácter doble, de funcionario público y profesional, tiene razón de ser que ratifique ante el juez el contenido de una escritura pública que está amparada por la fe pública”. Para el vicepresidente del Tribunal Supremo “los jueces debemos ser cuidadosos a la hora de citar a un notario y solo hacerlo en casos muy

puntuales, dado que está amparado por la fe pública notarial”.

**El valor de la escritura.** La notaría y letrada adscrita a la DGRN, Ana Fernández-Tresguerres, señaló su preocupación por el incremento de litigiosidad en relación con la actuación de algunos notarios, “agravado por la actual crisis económica y un cierto desconocimiento de las características y el alcance de la función notarial”. Para esta notaria “debería analizarse la posición del notario como testigo, su imposibilidad de ser testigo perito y su situación como imputado”.

Ana Fernández-Tresguerres destacó que la “obligatoriedad de los notarios de colaborar con la Administración Pública está en su propia razón de ser, por ejemplo en la prevención y lucha contra el blanqueo de capitales”. En su opinión, “el trabajo de los notarios es difícil, por ser delegatarios de una función pública sometidos a un marco normativo muy complejo”. “Somos los primeros interesados en pulir nuestra función”, concluyó.

El magistrado de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, Eduardo Baena, analizó el valor de la escritura en el proceso, su fuerza ejecutiva y probatoria y sus efectos frente al tercero. “Hay que insistir en que el

juicio de capacidad del testador puede ser destruido por posteriores pruebas, pero requiriéndose que estas pruebas sean muy cumplidas y convincentes, ya que la aseveración notarial reviste especial relevancia de certidumbre, dado el prestigio y la confianza social que merecen los notarios. Ello no pugna con el juicio de capacidad a cargo del notario, su buena fe, su prestigio y su profesionalidad”, apuntó el juez.

El notario José Antonio García Vila puso en valor la aportación de la escritura pública en los procesos judiciales. “La escritura pública es un medio mediante el cual se expresa por las partes una voluntad negocial, controlada por un funcionario público, que la recoge en cuanto que se adecúa sustantivamente al ordenamiento y, en tanto que tal, precisamente por esas razones, es un elemento fundamental para el tráfico jurídico. La escritura pública, en el caso de conflicto judicial, es una fuente-medio de prueba especialmente privilegiado en cuanto que es el único que por sí sólo hace prueba, y prueba plena, de determinados extremos.”

**Cláusulas abusivas.** El magistrado y presidente de la sala de lo civil del Tribunal Supremo, Francisco Marín Castán, centró su exposición

“



**Eduardo Baena**  
magistrado de la sala de lo Civil del Tribunal Supremo:

La aseveración notarial reviste especial relevancia de certidumbre, dado el prestigio y la confianza social que merecen los notarios.

”

“



**José A. García Vila**  
notario:

La escritura pública, en el caso de conflicto judicial, es un medio de prueba especialmente privilegiado en cuanto que es el único que por sí solo hace prueba.

”

“



**Francisco Marín Castán**  
presidente de la sala de lo Civil del Tribunal Supremo:

En la función de tutela preventiva, los notarios, por su altísima cualificación técnica, están llamados a desempeñar un papel de especial relevancia.

”

“



**Ángel Serrano**  
notario:

El control de legalidad notarial no es un control genérico, sino la esencia de la función notarial.

”

“



**Encarnación Roca**  
magistrada Tribunal Constitucional:

Los límites del notario, en materia de jurisdicción voluntaria, son que los asuntos no afecten a derechos fundamentales, intereses de menores o personas que deben estar especialmente protegidas.

”

en la escritura en la contratación en masa y su valor en el proceso, así como el control judicial y el ámbito de control notarial sobre cláusulas abusivas. “El gran número de casos que hoy llegan a los tribunales españoles revela la evidente importancia que puede llegar a tener la tutela preventiva, mediante una información al consumidor que debe centrarse, sobre todo, en los riesgos que asume al contratar. En esta función de tutela preventiva, los notarios, por su altísima cualificación técnica, están llamados a desempeñar un papel de especial relevancia”.

Por su parte, Ángel Serrano señaló que “el control de legalidad notarial no es un control genérico, sino la esencia de la función notarial, y así se aplica en la contratación bajo minuta tanto como en la contratación en masa”. Entre las obligaciones del notario ante ese tipo de contratos, Serrano señaló, entre otras: “la obligación de informar respecto del clausulado predisposto por una parte; la comprobación de que no contiene condiciones generales declaradas nulas, y el control de no incorporación de condiciones generales declaradas nulas. El notario no puede declarar la abusividad –competencia del

“



**Ignacio Solís**  
notario:

Los expedientes de jurisdicción voluntaria en muchas ocasiones pueden ser contenciosos, como en el caso de la patria potestad, o la sustracción de menores...

”

juez-, pero sí la exclusión de lo que es nulo”.

**Jurisdicción Voluntaria.** Encarnación Roca, magistrada del Tribunal Constitucional, e Ignacio Solís, notario, fueron los ponentes de la última sesión: el notario y la jurisdicción voluntaria. La juez expuso algunos de los límites a la intervención del notario en los expedientes de jurisdicción voluntaria: “que los asuntos a decidir no afecten a los

derechos fundamentales de los individuos, que no afecten a los intereses de menores o de personas que deben estar especialmente protegidas. Por lo tanto, sus ámbitos de actuación se centrarán en la celebración del matrimonio y expediente matrimonial; la separación/divorcio por acuerdo mutuo, siempre que no haya hijos menores no emancipados o con capacidad modificada; la adverbación de los testamentos ológrafos; los trámites posteriores al fallecimiento de quien ha otorgado un testamento cerrado; las manifestaciones del heredero y los expedientes de consignación de la cosa debida, las subastas notariales y las ventas extrajudiciales”.

Por último, Solís señaló algunas contradicciones, en su opinión, contenidas en el actual proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria. “El último texto indica que la jurisdicción voluntaria debe abordar la tutela de derechos e intereses en materia civil o mercantil, sin que exista contienda que deba regularse de manera contenciosa. Sin embargo, los expedientes de jurisdicción voluntaria en muchas ocasiones pueden ser contenciosos, como en el caso de la patria potestad, o la sustracción de menores...” ●

JOAN CARLES OLLÉ, DECANO DEL COLEGIO NOTARIAL DE CATALUÑA. CODIRECTOR DE LA JORNADA



## Entre la espada y la pared

Una de las ponencias de la Jornada Mixta entre el CGPJ y el CGN del pasado 23 de marzo versó sobre la citación judicial al notario como testigo en el procedimiento, cuestión que últimamente ha sufrido un fuerte (y alarmante) incremento, tratándose de dilucidar en qué supuestos estará justificada la citación y en cuáles no. En principio, dado que el documento público notarial está amparado por la fe pública, la citación debería ser excepcional. Otra ponencia trató sobre el notario y la jurisdicción voluntaria, materia de gran actualidad, dadas las importantes funciones que se atribuyen a los notarios, junto con otros funcionarios, en el proyecto de ley de jurisdicción voluntaria, en fase avanzada de tramitación parlamentaria. El análisis conjunto debería contribuir a desvanecer algunas reservas que desde la Judicatura se observaron en el informe que en su día emitió el CGPJ al anteproyecto de ley. El notario no ocupa en los expedientes de jurisdicción voluntaria la misma posición del juez

La mejor solución del problema de las cláusulas abusivas pasa por atribuir a los notarios un control de legalidad efectivo que nos permita rechazarlas

notarial sobre cláusulas abusivas, materias jurídicas claves en estos momentos para el presente y futuro de la seguridad jurídica preventiva y que son objeto de gran preocupación en el seno del Notariado. Diversas sentencias dictadas en los últimos años por las salas primera y tercera del TS han puesto en cuestión aspectos claves de la función notarial que objetivamente la debilitan, al tiempo que erosionan la importante función que esta debe cumplir en nuestro sistema jurídico.

Esta línea jurisprudencial tiene su origen en la sentencia del TS de 20 de mayo de 2008, que anuló, por el principio de reserva de ley, entre otros preceptos relevantes, el artículo 145 del Reglamento Notarial, aprobado por RD 45/2007, que regulaba el control de legalidad notarial que realiza el notario en los negocios que interviene y que le facultaba para abstenerse de autorizarlos si se infringen las leyes. De esta sentencia el Tribunal Supremo parece haber extraído algunas consecuencias muy poco favorables a la función notarial, que se han dejado traslucir en sentencias posteriores, como la de 19 de junio de 2012, que permitió la inscripción en el Registro de la Propiedad español de una escritura autorizada por notario extranjero, sin exigencia de la equivalencia de formas. También pueden citarse, en la misma línea, la sentencia la de 6 de noviembre de 2013 sobre poderes

y, en todo caso, su actuación siempre estará sujeta a revisión jurisdiccional.

Las dos restantes ponencias se centraron, una en el valor de la escritura en el proceso, su fuerza ejecutiva y probatoria y sus efectos frente a tercero, y la otra en la escritura en la contratación en masa y su valor en el proceso, y el control judicial y ámbito del control

generales, y la de 18 de marzo de 2014 sobre responsabilidad del notario en una transmisión, por razón de las cargas registrales.

La conocida sentencia del TS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo es emblemática de esta débil valoración de la función notarial, que su “auto aclaratorio” llega a calificar de “formalismo carente de eficacia”. Si bien es cierto que la posterior sentencia de 8 de Septiembre de 2014 reconoció “la importante función preventiva que los notarios realizan sobre el control previo de las condiciones generales de la contratación”, la posición de fondo sigue siendo la misma, al igual que en la sentencia de 24 de marzo de 2015: las cláusulas suelo de las hipotecas de determinadas entidades debían anularse por no pasar el llamado control de transparencia por entender que, a pesar de la intervención notarial, el consumidor carecía de información suficientemente clara y comprensible para entender el significado y alcance de la cláusula.

Sorprende sobremanera que estas Ss. no tengan en consideración que en Derecho español el consentimiento se presta ante notario (y no antes), y que este no se limita a leer mecánicamente la escritura sino que está obligado legalmente a realizar un asesoramiento reequilibrador (art. 1 y 147 Reglamento Notarial) en favor de la parte más débil del contrato, que es el consumidor, y a garantizar el consentimiento informado (art. 17 bis de la Ley del Notariado) de las partes. Obligaciones que se cumplen por la inmensa mayoría de los notarios. No se pueden ocultar las consecuencias de esta doctrina jurisprudencial, si no se revisa o matiza, para la seguridad jurídica de la contratación financiera y, en general, para la seguridad jurídica de ciudadanos y empresas. En este sentido fue esperanzador escuchar algunas propuestas de magistrados relevantes que participaron en la Jornada en el sentido que la solución podría consistir en destacar expresamente en lugar visible de la escritura los aspectos esenciales del contrato financiero, con la finalidad de excluir cualquier duda o confusión por parte del consumidor respecto de las principales consecuencias jurídicas y económicas del negocio jurídico. Tomamos nota.

En materia de cláusulas abusivas los notarios nos encontramos entre la espada y la pared: por una parte la sociedad nos pide una intervención más activa en su control y, por otra, la realidad es que la legislación vigente nos deja atados de pies y manos. El sistema actual, basado en la existencia de una sentencia firme y la posterior inscripción en el Registro de Condiciones Generales (art. 84 Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios, RDL 1/2007) ha fallado estrepitosamente. La mejor solución del problema de las cláusulas abusivas pasa por atribuir a los notarios un control de legalidad efectivo que nos permita rechazarlas. Una excelente noticia de la Jornada fue el anuncio por parte de la Subsecretaria del Ministerio de Justicia de que el Gobierno tenía previsto aprobar próximamente una reforma legal precisamente en esta dirección. Es una reforma inexcusable y urgente, que generará consenso entre los operadores y será muy beneficiosa para los ciudadanos.