

Algunas cuestiones de ética notarial

Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez

1. Introducción

Entro ya en lo que es el tema de esta exposición y la verdad es que siempre produce un cierto rubor hablar de ética a los compañeros. Por ello voy a seguir el ejemplo del gran notarialista González Palomino, porque tengo que huir de la actitud, como decía él, petulante y vanidosa que adopta todo aquel que pone el paño al púlpito para hablar de los deberes morales de su profesión. Decía: parece que el sermoneador quiere ponerse en nivel superior de sus compañeros, erigiéndose en *domine*, censor y dictador de vida y hacienda. Pues bien, como comprenderán ustedes, nada más lejos de mi intención.

Parto, y lo recogía Roberto Lucero en su trabajo, de que los principios éticos notariales nos muestran la esencia de nuestra profesión, es decir, los pilares en que la misma se asienta. Al examinarlos contemplamos la bondad y la belleza de la profesión a la que hemos accedido, que vale la pena ejercerla en profundidad, que puede dar sentido a gran parte de nuestra vida y de servicio a la sociedad. Y al contrastarle con la realidad, nos duelen los vicios y defectos que en su práctica incurrimos, y nos preocupan, por no decirlo, las redes y cadenas que pueden envolverla o atarla. Por lo tanto, esta reflexión pretende incidir en lo que debe ser la profesión notarial, y cuestionarnos, unos y otros, en cómo la ejercemos.

Parto de una distinción que ya se ha apuntado ayer –pero más que nada por motivos de exposición, motivos casi pedagógicos– entre ética y deontología notarial. La ética profesional se centra, ante todo, en el tema del bien. Como decía ayer Augusto Hortal, qué es bueno hacer, al servicio de qué bienes está una profesión, cuál es el tipo de bien que se busca como finalidad constitutiva de una profesión, cuál es el buen profesional.

La deontología lo que hace fundamentalmente es formular unos deberes y obligaciones del profesional en el desempeño de

sus funciones profesionales. Lo normal es que ello conste en los códigos deontológicos.

Pues bien, fijados estos criterios, principios éticos, principios deontológicos, voy a descender al casuismo, puesto que creo que es algo que debemos hacer, desde un punto de vista de o como profesionales.

Pero sin embargo antes de descender a lo que son los principios éticos del notariado quería insistir en dos ideas que considero importantes. Como decíamos, la ética se centra en la búsqueda de los bienes al servicio de los cuales está una profesión. De aquí que descubiertos los principios éticos en que la profesión se asienta esto nos define lo que la profesión es; por lo que ignorarlos o contradecirlos es ir en contra de su esencia. Es, por decirlo con una frase vulgar, cambiarnos de profesión.

De aquí se derivan, a mi juicio, dos consecuencias. Primero, que los principios informadores de una profesión deben obligar por encima de las normas escritas. Y no solo a los profesionales y a sus corporaciones sino también a la administración pública, que no puede, o mejor dicho que no debe, arbitrariamente cambiar la esencia de una profesión. Segundo, que considero que la ética, en principio, es común a cada profesión con independencia de situaciones geográficas, máxime en un mundo como el actual. Eso sí, la aplicación de la misma, es decir las normas deontológicas para su desarrollo, podrán variar y deberán adaptarse a los lugares, a la sociedad concreta a la que el profesional sirve, a la historia de esa profesión. Pero los principios éticos informadores, creo que deben ser los mismos.

Ello creo que tiene especial importancia en una profesión como la nuestra, en la que nos encontramos con gran variedad en la forma de ejercer la profesión, según los notariados de que se trate. Pero creo que las preguntas, el qué hacemos los notarios, para qué servimos, deben ser las mismas.

A la Unión Internacional del Notariado pertenecen actualmente 73 países. Si responden a los mismos principios éticos, creo que estamos ante un mismo notariado. En otro caso, en más de una ocasión deberíamos cuestionarnos o replantearnos si deben pertenecer a la misma alguno de sus notariados.

Los principios de la ética profesional fueron definidos y expuestos ayer con toda claridad por Augusto Hortal, es decir, el principio de *beneficencia o buen hacer*; el principio de autonomía o respeto a la persona; el principio de justicia o solidaridad. Vamos a intentar adaptar estos tres principios a nuestra profesión

y, como decía antes, ver las consecuencias deontológicas que se pudieran derivar de los mismos.

2. Principios de la ética profesional

Los principios de la ética profesional que vamos a desarrollar son los siguientes:

- *Principio de beneficencia o buen hacer.*
- *Principio de autonomía de la voluntad o respeto a la persona.*
- *Principio de justicia o solidaridad.*

2.1. *Principio de beneficencia o de buen hacer*

2.1.1. *Examen del principio*

Como decimos, el primer principio de toda ética profesional es hacer bien la actividad profesional, alcanzar y realizar el fin a los que dicha actividad está constitutivamente encaminada. Para ello, como premisa previa, la ética profesional debe preguntarse sobre cuál es –como decíamos antes– la actividad o cuál es la actividad constitutiva de esa profesión. En síntesis, cuál es la razón o los fines propios que constituyen la razón de ser de una determinada profesión. Fijados esos fines estaremos en condiciones de examinar los medios adecuados y si realmente los estamos utilizando.

Pues bien, ello hace que nos preguntemos por los fines de nuestra profesión notarial. No podemos extendernos en ello, como es lógico, pero tan solo quiero concretarlo como punto de partida, y lo haré siguiendo al notarialista español Rodríguez Adrados:

La función notarial como manifestación de la seguridad jurídica tiende a conseguir la certeza de las relaciones y situaciones jurídicas y de los derechos subjetivos, en una actuación preventiva o sin contienda. Y ello lo hace, ante todo, a través del instrumento público y de la eficacia privilegiada que al mismo le otorga el ordenamiento jurídico, tanto en el tráfico como en el proceso, dotándole de una seguridad formal y de una seguridad sustancial, sin la cual la seguridad jurídica sería vana.

Esa seguridad sustancial requiere que el negocio sea válido según las prescripciones del ordenamiento jurídico; que el documento que lo contiene esté redactado con claridad y sistema, sin contradicciones, ambigüedades y lagunas, y que el negocio sea apto para satisfacer las necesidades prácticas que las partes persiguen.

Es necesario, por tanto, en nuestra función la plena adecuación del negocio al ordenamiento y a la finalidad de los otorgantes. Solo así tendremos un negocio perfecto, que proporcione completa seguridad sustancial. A ello se encamina la mayor y la mejor parte del notario.

Por ello podríamos decir en forma sintética cómo el notario es un jurista al servicio de la persona. En la medida que *el* notario y el notariado cumplan estas finalidades estarán ejerciendo éticamente su función. En la medida que no lo hagamos, perderemos nuestra razón de ser.

Las Bases o Principios del Sistema del Notariado Latino, aprobadas por el Consejo Permanente de la UINL en México, en octubre de 2004, nos dicen:

1. El notario, profesional del derecho, es un oficial público, nombrado por el Estado para conferir autenticidad a los actos y negocios jurídicos contenidos en los documentos que redacta, así como para aconsejar y asesorar a los requirentes de sus servicios.
2. La función notarial [...] confiere al usuario seguridad jurídica, evita posibles litigios y conflictos [...].

2.1.2. *Consecuencias deontológicas del principio de beneficencia*

2.1.2.1. *Ejercicio de la profesión en forma competente*

La primera de todas es el ejercicio de la profesión en forma competente. Es evidente que la primera obligación ética de un profesional es ejercitar su profesión en forma competente. Ello obliga a que no puede comenzar a ejercerse una profesión como la nuestra sin tener una preparación previa adecuada. La administración pública y los Colegios notariales deben velar *porque* esta exigencia se cumpla, estableciendo los controles y pruebas adecuadas y objetivas para el ingreso en la profesión notarial.

Pero además, el profesional debe asumir un compromiso de mejora o de formación permanente. No se puede estar al margen de las innovaciones legislativas y jurisprudenciales y de

las necesidades concretas que la sociedad demanda. Ello nos obliga a estudiar nuevas fórmulas o soluciones a la problemática que nuestros clientes nos plantean. Escuchándolos contemplamos cómo las leyes o los usos habituales no resuelven a veces problemas reales de las personas, y los notarios debemos discutir y proponer soluciones a ellos. Por ejemplo, en temas actuales como el sistema de legítima *¿deben reducirse las disposiciones existentes sobre legítimas?*, toda la problemática de la protección sucesoria a los discapacitados, modificaciones del régimen económico matrimonial, etcétera.

2.1.2.2. *Primacía en nuestra jerarquía de valores al ejercicio ético de la profesión*

En segundo lugar, creo que debemos dar total primacía en nuestra jerarquía de valores al ejercicio ético de la profesión. Recordamos en ese sentido la frase de Vallet de Goytisolo: un notario desprovisto de ciencia jurídica podrá mal que bien ejercer sus funciones, pero un notario desprovisto de moral no podrá hacerlo jamás.

El ejercicio ético forma parte de nuestra esencia; todo lo demás –dinero, prestigio, influencia para el que la quiera– se nos dará por añadidura. Tenemos una profesión que ejercitada en forma competente nos permite vivir dignamente y con un respeto y reconocimiento social. Pero si invertimos los valores y damos primacía a ganar dinero y a ocupar los primeros puestos en la sociedad, es más que probable que nos prostituyamos en nuestro ejercicio profesional.

Dejadme ahora que descienda al casuismo de vicios reales que existen, digamos la verdad, provocados por la codicia, como son: la dependencia del cliente poderoso, especialmente de bancos, inmobiliarias, importantes despachos de abogados, fiscalistas, gestores; el pago en algunas ocasiones de comisiones o, en algunos supuestos, estar prácticamente a sueldo de los empleados o captar incorrectamente empleados de otro compañero. Me detengo en este último supuesto.

La captación incorrecta de empleados de otros compañeros es algo inaceptable. No obstante, creo que debe matizarse cuándo estamos ante una contratación incorrecta de un empleado. Para mí la clave está en ir nosotros tras él, ofreciéndole mayor sueldo, menos horas de trabajo, puesto de mayor responsabilidad etc. Eso no tiene disculpa, ni siquiera la de que

“es que yo estoy mal de empleados”. Pero si es el empleado el que quiere irse por razones miles: maltrato por el notario o por sus compañeros, sueldo inferior a su competencia, imposibilidad de ascender, no gustarle cómo trabaja ese notario (máxime si tiene razón) etc., creo que está en su derecho de hacerlo y considero que sería abusivo que, amparándonos en la ética o en el compañerismo, ningún notario pudiera contratarle. Se dice que debe dar su permiso el otro compañero o decírselo antes; en teoría es lo correcto, pero si lo hacemos y el otro notario no da su venia, el empleado se ha hundido para los restos. Es un equilibrio entre el respeto al compañero y el respeto que todo trabajador merece.

Tema delicado es el de la publicidad. Creo realmente que es posible anunciarse en forma eficaz, pero discreta y sobre todo digna: que en un determinado local está el despacho de un notario. Más aun, creo que es conveniente que las personas sepan dónde está ese despacho. Lo que no considero ético es anunciar la notaría como si fuera una tienda en la que se despachan o venden determinados productos. Así por ejemplo anuncios desmesurados por sus dimensiones, carteles luminosos, flechas en la calle indicando notarías, o anuncios en internet. Recuerdo un anuncio de hace poco del siguiente tenor: ponía “Notaría del centro”, como si no hubiera otra notaría en todos los alrededores. Otro decía: “Notaría le ofrece sus servicios de compraventa, herencias, testamentos, declaraciones de herederos, donaciones”. Lo mejor es que a un anunciante de este tipo un cliente malhumorado le contesta en esos coloquios o chateos de internet: “No vayáis, son unos incompetentes, te redactan mal las escrituras y encima en vez de rehacerlas te intentan convencer de que no pasa nada”.

Recopilando lo expuesto, el consejo es que nada ni nadie nos esclavice. Se piensa equivocadamente que ser un profesional liberal es algo relacionado con el liberalismo económico y nada más lejos de la realidad. Su origen está en Grecia que distinguía dos tipos de profesiones: la de los hombres libres y la de los siervos o esclavos. Para Aristóteles, los oficios serviles lo son por cuanto el esclavo no se pertenece a sí mismo, cuanto hace el esclavo pertenece al amo quien le marca los fines. El hombre libre es el que lucha por los fines que él mismo se ha fijado. *Aquí está nuestra opción al ejercer nuestra profesión: ser hombres libres o ser esclavos.*

2.1.2.3. Control de legalidad

El control de legalidad del negocio documentado es una obligación institucional y legal del notario derivada de la plena adecuación de aquel al ordenamiento jurídico. El control de legalidad es algo intrínseco a la función notarial, que ni siquiera es necesario que las leyes lo formulen. ¿Alguien piensa que un notario está autorizando correctamente una escritura que formaliza un negocio contrario a lo dispuesto en la ley?

Debemos estar atentos, a la tesis de algunos registradores españoles, al pretender que cuando se trata de datos del negocio jurídico que deben ascender a los registros de la propiedad o mercantiles, el control de legalidad es ejercido exclusivamente por ellos al inscribir el título de que se trate, limitándose por tanto el notario a recoger lo que ante él ha sucedido, como si fuera una especie de juez de instrucción. Nada más lejos de la realidad. El negocio jurídico se formaliza ante el notario; es en ese momento donde se emiten las declaraciones de voluntad, se realizan los pagos, se entrega la posesión de la cosa. Sería in-moral que en ese momento las partes no estuvieran seguras de que el negocio documentado va a producir la plenitud de sus efectos.

Quisiera, no obstante, destacar algunos casos en que esa adecuación al ordenamiento se presenta problemática. Pero antes dos breves comentarios sobre el control de legalidad:

- *Su ámbito es más amplio que el registral, pues no lo es a los afectos exclusivos de la inscripción. Me gusta poner un ejemplo gráfico. Si yo conozco que una persona vendió una finca en forma privada y se persona ante mí, con la escritura de propiedad a su nombre y su propiedad inscrita en el Registro de la Propiedad, yo me negaré a autorizar cualquier acto dispositivo que pretenda otorgar sobre la misma a favor de persona distinta de aquel a quien vendió privadamente. Sin embargo, el registrador, aunque tenga el mismo conocimiento que yo, estará obligado a inscribir, si formalmente todo está en regla.*
- *El control de legalidad nuestro no es a los solos efectos de la inscripción. Me molesta profundamente cuando me dicen: “Pero si esto lo admite el registrador”. Me parece muy bien, pero yo no considero que esté bien hecho.*

Ahora bien, sobre este control de legalidad quisiera hacer unas consideraciones sobre negocios que vienen a nosotros en

muchas ocasiones, como son negocios simulados, los negocios fiduciarios, los negocios que se realizan en fraude a acreedores, los negocios que perjudican a terceros y el asesoramiento fiscal.

En el negocio simulado, la esencia, a mi juicio –p. ej., una compraventa que estuviera encubriendo una donación–, es que el negocio encubierto sea válido y lícito. La causa de este negocio encubierto va a ser un factor decisivo. Por ejemplo, si en el caso que decíamos antes, con una venta encubierta a un legítimo se pretende burlar la legítima de los demás, considero que el notario debe abstenerse de autorizar el documento.

El negocio fiduciario es un negocio más delicado. Depende, igualmente a mi juicio, de la licitud de los pactos subyacentes, estén o no documentados. Así por ejemplo, una dación para pago de deuda en la que estén a las claras todos sus condicionamientos es perfectamente lícita. Pero, por ejemplo, en el caso de un préstamo que se instrumente como una venta en garantía para garantizarlo, se estaría burlando el pacto comisorio y el notario debe abstenerse de autorizarlo. Cosa muy distinta es la regulación que se hace en Argentina del negocio fiduciario, con todos los pactos subyacentes que están a las claras y están perfectamente tipificados.

En el caso de los negocios en fraude de acreedores, lo primero que debemos tener en cuenta es que para la existencia de este fraude es necesario que en el momento de realizar el negocio de que se trate existan acreedores, por lo que en principio no es fraudulenta la previsión que pueda adoptar una persona para el supuesto de que en un futuro resultaran acreedores. Pero cuando existan acreedores en el momento de formalizarse el negocio jurídico de que se trate, creo que el notario no puede autorizar una escritura en la que se documenten negocios que sepa que son fraudulentos. Y menos aun, asesorar sobre la forma de llevar a cabo estos fraudes. Al notario que así actúe se le puede acusar, incluso penalmente, de complicidad en el fraude. Pero aun cuando tal responsabilidad no existiera, éticamente creo que debemos abstenernos de formalizar negocios de este tipo.

Los negocios que perjudican a terceros se dan con frecuencia en materia de legítimas. No considero que podamos colaborar en el encubrimiento de actos o negocios jurídicos que perjudiquen las legítimas, tal y como resulta de lo antes expuesto. Pero creo que no podemos oponernos a que una persona realice disposiciones manifiestas que perjudiquen a los referidos legítimos. Por ejemplo, se hace una donación a un

hijo que perjudica la legítima de los demás; serán estos quienes deban ejercitar las acciones de reducción de la legítima que les correspondan, pero el notario no podrá negarse a dicha autorización, pues a diferencia de lo anterior, aquí no se está encubriendo nada; se está manifestando la verdad y serán las partes las que deban defenderse.

De igual forma, si el perjuicio a algún legitimario resulta del testamento, serán los legitimarios los que puedan ejercitar las acciones que les correspondan para proteger sus legítimas. Pero lo que no puede encubrirse es el negocio, ocultar el negocio verdadero que hay. Si el negocio es manifiesto, hay que respetar la voluntad de las partes y dejar a ellas que ejerciten las acciones correspondientes si quieren ejercitarlas. Pensemos, por ejemplo, en un padre que quiere favorecer a un hijo porque se encuentra en una situación de disminución física, psíquica o incluso económica, y están todos los hermanos de acuerdo. ¿Por qué le vamos a negar a este padre que realice una disposición testamentaria o una donación que favorezca a ese hijo en perjuicio de los demás? Serán los hijos o los legitimarios los que en su caso tendrán que ejercitar las acciones.

Yo creo que tenemos que enraizar, insistir más en ello, un respeto grande a la voluntad de las personas y evitar esto de “por favor, no me proteja usted tanto, que sé también lo que tengo que hacer”.

También es importante el tema relativo al asesoramiento fiscal. Creo que asesorar correctamente a los clientes en materia fiscal es una obligación del notario. Asesorarles en el fraude fiscal no puede hacerlo el notario. El asesoramiento correcto es combinar las figuras jurídicas de tal forma que la tributación fiscal sea lo menos onerosa posible. Es decir, nadie está obligado a combinar las figuras jurídicas como le gustaría a Hacienda, de tal forma que pague lo más posible. No, las figuras jurídicas lícitas las voy a combinar de tal forma que pague lógicamente y me salga lo más económico posible. Pero lo que no podemos, como os digo, es asesorar en lo que podría ser un fraude fiscal.

2.1.2.4. *Respeto a la verdad*

Decíamos al principio que nuestra función tiende a conseguir la certeza de las situaciones jurídicas. Por ello creo que de las faltas deontológicas, la mayor es faltar a la verdad. La palabra *certeza* es el punto de partida de nuestro quehacer. Es el servicio

a la verdad: *nihil prius fides*, nada antes que la verdad, es el lema del notariado. Creo que nuestro pecado mayor puede ser faltar a la verdad en la autorización de los documentos. Y se puede faltar a la verdad de muchas maneras: en la fecha del documento, reservando un número para un cliente concreto o incluso para clientes futuros, actuar fuera del distrito notarial, no otorgarse el documento ante el notario. En todos estos casos, y en más que podríamos citar, estamos ante una falta reglamentaria. En algunos, incluso ante la nulidad del documento. Pero para mí hay algo peor: se ha traicionado a la verdad. El Estado y la sociedad han depositado en nosotros la verdad. Si faltamos a ella, la habremos defraudado. Nuestra conciencia debería temblar al rubricar con la expresión *doy fe* algo que no fuera del todo verdad.

2.1.2.5. Legitimidad de los colegios notariales

El principio *del buen hacer* que estamos estudiando o desarrollando es importante porque es el que da fundamento a la legitimidad de los Colegios profesionales. A mi juicio la legitimidad de los colegios profesionales, con la colegiación obligatoria, que *creo fundamental*, viene dada por un velar por que sus colegiados y la institución a la que representan cumplan la función que el Estado les tiene encomendada. Diría que el Estado y la sociedad nos tienen encomendada.

Los colegios profesionales tienen que estar al servicio de intereses generales. Esta es la finalidad prioritaria de los mismos. A diferencia de lo que puede ocurrir con un sindicato o con una asociación profesional, la defensa de los intereses económicos o profesionales será una consecuencia derivada de la anterior, pero nunca la prioritaria. En ese sentido, los notarios de base debemos crear un clima adecuado, prestando nuestra colaboración para que nuestros representantes cumplan ese deber prioritario y estos deben procurar cumplirlo.

Creo en este sentido que, en general, los órganos del notariado deberían ser más rigurosos en exigir el ejercicio ético de la profesión, aplicando el régimen disciplinario cuando las faltas cometidas estén legalmente tipificadas.

La preocupación por el buen hacer de los notarios y por las consecuencias de su incumplimiento del régimen de disciplina es una constante en cuanto se ocupan de nuestra función. Recuerdo cómo, en una conferencia pronunciada en el año 1929 en

la Academia Matritense del Notariado, José Adrián Negri formulaba su Credo Notarial, y entre otras cosas afirmaba:

Creo finalmente en la necesidad de crear organismos de control que posean al mismo tiempo la conciencia de su misión, la constancia de practicarla, la autoridad moral para imponerla y el carácter necesario para aplicar sus sanciones, sin contemplaciones, sin debilidades y sin claudicaciones de ninguna especie.

A pesar de esa demanda antigua y constante de mantenimiento de la disciplina, debemos reconocer que no siempre se cumplió. Una anécdota del ámbito internacional puede ilustrar lo afirmado. En el Consejo General y en la Asamblea de Presidentes de la Unión Internacional del Notariado, celebrada en París en el año 2009, se consideró como uno de los temas prioritarios a tratar en sus reuniones el de la disciplina notarial. Prácticamente todos los notariados lo propusieron. Cada uno expuso su sistema disciplinario y la relación de las faltas. Pero no fue posible establecer una estadística de estas faltas, es decir, una relación de las infracciones que se cometían con más frecuencia, por la sencilla razón de que se carecía de esa relación. Dicho de otra forma, porque al no aplicarse el régimen disciplinario o aplicarse en escasas ocasiones, no se tenía una estadística fiable de las faltas que los notarios cometíamos con mayor frecuencia.

2.2. Principio de autonomía de la voluntad o respeto a la persona

2.2.1. Examen del principio

Todo lo que hemos desarrollado hasta ahora se integraría dentro del principio que decíamos de beneficencia o el principio de buen hacer. Ahora pasamos a un segundo principio: el de autonomía o respeto a la persona.

El principio de autonomía o de respeto a la persona significa que el cliente es persona, por lo que su opinión, sus convicciones, sus derechos han de ser respetados, y hay que informarle debidamente para que la decisión que adopte la haga con plena libertad y conciencia. No se trata de hacer cosas profesionalmente bien hechas en sentido objetivo; han de serlo también en sentido subjetivo, es decir, adaptadas a las necesidades y deseos concretos de la persona a la que estamos prestando nuestro servicio. La persona es el centro de nuestra actividad, y noso-

tros debemos tener respecto de ella una actitud de servicio y no de prepotencia.

2.2.2. Consecuencias deontológicas de este principio

2.2.2.1. Información, asesoramiento y consejo a los otorgantes

Como dice Sebastián Cosola, estas tres obligaciones están íntimamente relacionadas: primero, la persona ha de estar debidamente informada de lo que pretende hacer, y añadiríamos nosotros, y el notario de lo que realmente quiere hacer esa persona. Es la labor de escucha y saber escuchar. Es la de interpretar la voluntad de las partes, que en muchas ocasiones expresarán de forma vulgar o vendrán con informaciones hechas por parientes o amigos de escaso rigor técnico. A continuación habrá que asesorarlas técnicamente acerca de las consecuencias de lo que pretenden y, por último, aconsejarlas si demandan nuestro consejo, pero siempre respetando su voluntad lícita, aunque sea distinta de la nuestra.

Aquí es donde creo que la palabra *cliente* tiene su verdadero significado. Algunos como Sebastián Cosola, en su espléndida y documentada obra sobre los deberes éticos notariales, recela de esta palabra *cliente*, por considerar que puede oscurecer la imagen de independencia del notario. Por ello prefiere sustituirla, por ejemplo, por la palabra *requirente*. Sin embargo, para mí la palabra *cliente*, en su sentido romano, está llena de significado. El cliente era aquella persona que necesitaba la protección o tutela de otra.

La Ley Notarial española, en el artículo 17, creemos que va en esa dirección de respeto a la voluntad de la persona debidamente informada, cuando nos dice que el notario dará fe de que a su juicio el consentimiento de los otorgantes ha sido libremente expresado y que el otorgamiento se adecua a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes. Se está exigiendo al notario que dé fe; es decir, que se asegure, en lo humanamente posible, que ha plasmado en el documento la voluntad de las partes, lo que supone esa labor previa a su redacción: escuchar, informar, aconsejar, asesorar.

Toda esta labor requiere una conducta por parte del notario: de tiempo, de dedicación al despacho, hasta de forma de ser, por lo que el Reglamento Notarial español considera como falta grave, y como tal sancionable, aquella conducta que implica no

prestar con dedicación y objetividad las obligaciones de asistencia y asesoramiento.

Aquí podría plantearse un problema interesante. Debería limitarse el número de documentos que objetivamente un notario puede autorizar redactando, asistiendo y asesorando a las partes.

Este asesoramiento se hace más difícil cuando las minutas están impuestas por una de las partes, generalmente las entidades financieras en la contratación bancaria de los préstamos simples, de los mutuos o los préstamos hipotecarios. Si somos sinceros, la labor a título individual que puede hacer el notario frente a esas minutas es escasa. Incluso, el apoderado de la entidad financiera no se atreve a realizar ningún cambio en la misma por obligarle a firmar de esa manera las asesorías jurídicas de las entidades que representan. Sin embargo, aunque esto es así, no tenemos que desconocer el peligro que ello significa, puesto que nos estamos moviendo en el terreno económico.

En minutas, muchas veces redactadas por economistas, el valor añadido –como a ellos les gusta decir– que estamos aportando se nos puede discutir. Personalmente creo que el valor añadido sigue siendo grande en estos supuestos, por el control de capacidad, por la fe de conocimiento, el control de legalidad y por una especie de función de guardabarreras que el notario cumple. Pero, así y todo, no cabe duda de que la imagen, la exteriorización de nuestra función, queda debilitada.

Pero sin embargo, creo que en estos casos el notario no debe bajar en absoluto la guardia. Si el notario quiere mantener su función, debe esmerarse en el asesoramiento a la parte más débil, realizar sin fisuras el control de legalidad, examinar si se adecua lo que está autorizando a lo que efectivamente le habían ofrecido a la parte contratante.

El llamado *usuario del servicio bancario* ha de ver en el notario alguien que le protege, que desea que su voluntad quede realmente plasmada. Sería muy peligroso ver al notario como un eslabón inútil o, lo que es peor, un protector del acreedor o entidad financiera.

Pero el notario la verdad es que redacta poco esas minutas. Entonces, ¿qué hacer ante ellas? Considero que los notarios no debemos tener una actitud pasiva. El notario más vinculado a estas entidades financieras creo que tiene hasta un deber moral de ser el redactor final o el que dé el visto bueno a este tipo de minutas, sin permitir que salgan sin ningún control

de las asesorías, no solamente jurídicas sino económicas. Pero, por desgracia, sabemos que ello no suele ser así.

De aquí que, a mi juicio, las organizaciones notariales deberían prestar su colaboración en la elaboración de esas minutas y asumir el control que les sea posible. Además, desde un punto de vista de estudio y formación, me parecería muy importante que nuestros estudiosos investiguen y busquen nuevas fórmulas al respecto. Es decir, que el notariado de una u otra forma sea el que jurídicamente conozca a fondo y vea los cauces por los cuales este tipo de contratación se puede desarrollar.

Por otra parte, creo sinceramente que no tiene punto de comparación la redacción de los documentos que nosotros hacemos con toda libertad que lo presentado por las entidades de crédito que, en líneas generales, son redacciones farragosas, barrocas, de muy difícil comprensión. Por vía de ejemplo, he manejado tres escrituras, dos españolas y una argentina; las españolas, sin contar la comparecencia y la descripción de la finca hipotecada que ella lleva aparte, una tenía una extensión de 44 folios, y la otra de 60; y la argentina, 31 folios. ¿Creen sinceramente que puede leerse detalladamente una escritura de esta extensión? Cualquiera de los notarios aquí presentes redactaría una escritura de mutuo o de préstamo hipotecario en siete u ocho folios y estoy seguro que los otorgantes accederían a su contenido y se enterarían de ella con mucha más facilidad que las presentadas por las referidas entidades y avaladas en muchos casos por los bancos centrales.

En este punto creo que se impone una reflexión sobre la relación entre la economía y el derecho. Ciertamente los economistas, cuando los juristas y, en este caso, los notarios controlamos la legalidad de las fórmulas por ellos propuestas, consideran que somos una rémora o un freno para el desarrollo de la economía. La verdad que si ese control se hubiera realizado por juristas independientes, seguramente no estaríamos en la crisis mundial en que nos encontramos.

Pero aparte de ello, en los últimos tiempos, y las minutas de los préstamos o mutuos que comentamos son reflejo de ello, en los negocios jurídicos y no solamente en lo que se plasma en la escritura pública se ha impuesto el vocabulario y la peculiar estructura analítica de la economía. Parten de considerar que los problemas del derecho deben ser enfocados y resueltos conforme requiere la economía y con la perspectiva del economista. Es por ejemplo la postura de la Escuela de Chicago. El derecho

queda así reducido a ser un instrumento de la política económica, encaminado a conseguir la eficacia de la economía.

Siguiendo a Vallet de Goytisoló, creemos que sin duda los juristas deben tener una idea de lo que opinan los economistas de las diversas escuelas y de sus análisis. Pero la labor del jurista no consiste en seguir las directrices de la teoría económica dominante en un momento dado. El derecho –sigue diciendo Vallet– para formular las normas de conformidad con la justicia y el bien común debe conocer como un dato más de su conocimiento general lo que sea sólido, experimentado y sedimentado traído por la economía, pero no ha de navegar al páiro de la teoría económica de moda.

El análisis económico puede ofrecer al jurista una ayuda técnica para verificar sus hipótesis, y por ende una contribución para eliminar el dogmatismo. Pero no puede sustituir pura y simplemente el razonamiento jurídico.

Cuando se habla de economía y derecho normalmente tenemos nuestro pensamiento puesto en la macroeconomía y en sus principios informadores, relegando la problemática con que se encuentra el iusprivatista, que es en la que nosotros como notarios estamos inmersos. Es decir, el conflicto intersubjetivo, el conflicto entre dos personas sobre un único objeto.

Si partimos de que la persona es el fin del orden político social, comprenderemos que es en este conflicto de intereses intersubjetivos donde radica el elemento económico del derecho en su aspecto más profundo. El derecho debe resolver o al menos componer el conflicto y tiene que hacerlo con criterios éticos.

Con Carnelutti creemos que el fin del derecho es reducir la economía a la ética, o si se quiere decir de otro modo, imponer una ética a la economía.

El precepto sin contenido ético es un derecho falso, aunque circule como verdadero. No es que se confunda el derecho con la ética, pero sí la ética debe ser principio de aquel. Algunos más conformistas consideran que el derecho debe representar un mínimo ético. El notario puede y debe desarrollar una función primordial en que los negocios jurídicos entre los particulares, verdadera fuente del derecho, estén informados o dotados de ese *minimum* ético.

2.2.2.2. *El juicio de capacidad*

Es un tema que a veces puede suscitar dificultades e incluso hacernos responsables de situaciones de las que debemos ser ajenos.

Pensemos en una familia conocida nuestra. Uno de los padres está en una situación de demencia senil. Sus hijos y el cónyuge, por respeto, no quieren incapacitarle. La situación del padre les tiene bloqueado hasta para el movimiento de cuentas corrientes y a mayor abundamiento no tiene otorgado ningún poder. La familia considera que la situación es acudir al notario que les conoce de toda la vida, sabe que solo pretenden proteger a sus padres y le piden que autorice un poder del padre a favor del otro cónyuge y de sus hijos, con facultades que les permita salir del atolladero. Realmente se pasa muy mal diciendo que no, pero tenemos que dejar muy claro que nosotros no podemos sustituir la voluntad de nadie. Creo que suplantar la voluntad de una persona, por muy buena intención que tengamos, es de extrema gravedad. Si además queréis un argumento menos profundo y más castizo: si en vida no otorgó un poder a sus hijos cuando tenía plena capacidad, sus razones tendría.

2.2.2.3. *El secreto profesional*

Es una obligación que caracteriza nuestra forma de ser como profesionales. No puedo extenderme en ello, máxime teniendo en cuenta que es un tema del que me he ocupado últimamente y con facilidad podría perder el sentido de la medida. Intentaré sintetizar algunas ideas:

- El secreto comprende todo cuanto conozca el notario por razón de su profesión se plasme o no en el documento.
- El secreto no tiene su fundamento en la intimidad, por lo que la obligación de guardar secreto se extiende a lo que es íntimo y a lo que no lo es, sin perjuicio de que en los temas que afecten a la intimidad de la persona la obligación de secreto se aún más intensa.
- En materia de secreto hay que tener sumo cuidado con los riesgos o peligros derivados de la informatización de nuestros despachos, en la medida que permitan el acceso a terceras personas a las bases de datos.
- La obligación de guardar secreto hay que mantenerla frente a la administración y a los tribunales de justicia, que solo podrán solicitar copia de los documentos au-

torizados, en los casos determinados por la ley y con las formalidades legales. En materia penal la posibilidad de solicitar copia los jueces es prácticamente ilimitada, pero no así en materia civil.

Quizás parezca extraño lo expuesto en cuanto al secreto del protocolo y la Administración de Justicia. Sin embargo, la Dirección General de los Registros y el Notariado, órgano administrativo del que dependemos los notarios, tiene declarado en numerosas resoluciones que la Constitución Española impone a los notarios un deber general de colaborar y cumplir las resoluciones judiciales (arts. 117 y 118 de la C. E.), pero que estas obligaciones deben hacerse a través de los cauces previstos en las Leyes, entre las cuales no solo cabe atender a la LEC, sino que debe incluirse también la ley y el Reglamento Notarial. Consecuente con lo expuesto, la DGRN, considera que el mandamiento judicial de expedición de copia es de "inexcusable cumplimiento para el notario, bien por la naturaleza del proceso (materia criminal) o por ser una decisión adoptada por el Juez en interés objetivo de la resolución del pleito" (Resolución de 30 de octubre de 1987), de lo que resulta que "cuando el mandamiento judicial es decretado a petición de una de las partes en el proceso, no será de cumplimiento inexcusable toda vez que el cauce procesal no despoja a esta de carácter de instancia privada" (Resolución de 30 de octubre de 1987).

- El respeto a la intimidad, como derecho fundamental reconocido en la Constitución puede restringir la expedición de una copia o de una información a quien reglamentariamente podría tener derecho a ello.

2.2.2.4. *Influencia de la informática*

La importancia de la informática en nuestros despachos es obvia. Pero, como cualquier otro elemento, hay que utilizarla debidamente. Cuando yo empecé a ejercer la profesión en el año 1971, solo contábamos con la máquina de escribir. Las fotocopiadoras se introducirán a partir del año 1975 aproximadamente. Ello supone ya una cierta revolución en aumentar la capacidad de trabajo de los despachos notariales. Pero la gran innovación lo será con la introducción de la informática. Concretando a lo que es objeto de nuestro estudio, con la informática adquirimos en ciertos aspectos una mayor seguridad, pues hay una serie de partes de los documentos fijas o invariables que

no quedarán alteradas (p. ej., en los requisitos formales de los testamentos), facilitando su comprobación. Pero no deja de tener sus peligros:

- Al aumentar las posibilidades de elaborar más documentos, se facilita la multiplicación de los números, en detrimento del ejercicio personalizado de la función, en los términos que estamos desarrollando. Cuando solo se autorizaban los documentos capaces de elaborarse a máquina (no digamos a mano) su número era más reducido. El peligro de convertir la notaría en una fábrica de números es evidente.
- Podemos forzar a las personas a pasar por las fórmulas que ya tenemos elaboradas, sintiendo pereza en redactar otras nuevas. Es más fácil *copiar y pegar* que redactar de nuevo. Ello afecta a nosotros y a nuestros empleados.
- Los empleados formados en la máquina de escribir necesitaban de una formación y de una fijeza mayor, al tener que redactar cada documento. Los formados en el ordenador muchas veces actúan mecánicamente, copiando y pegando, sin saber bien lo que hacen. Uno se lleva auténticas sorpresas al respecto.

2.3. Principio de justicia o solidaridad

2.3.1. Examen del principio

En realidad, la mayoría de los deberes expuestos son debidos por razón de justicia, comenzando por el ejercicio correcto de nuestra función. El cliente tiene derecho a que la profesión la ejercitemos correctamente. Pero al hablar ahora de justicia, lo hacemos en su sentido tradicional: la de dar a cada uno lo suyo. Para ello debemos tener claro lo que cada uno recibimos de los demás y de la sociedad, practicando la humildad: debemos a los demás, recibimos de los demás y hay que restituirlo.

2.3.2. Consecuencias deontológicas

2.3.2.1. Trato a todos los clientes por igual (sean o no poderosos)

Debemos tratar a todos los clientes por igual, pero con una especial preferencia a la parte más débil; es decir, a la que más nos necesite en cada momento: enfermo, una persona en una resi-

dencia de ancianos, un acta urgente, un documento con plazo perentorio.

En esta línea el Reglamento Notarial español, en el artículo 147, dispone cómo el notario, sin mengua de su imparcialidad, “[...] insistirá en informar a una de las partes respecto de las cláusulas de las escrituras propuestas por la otra [...] y prestará atención especial al otorgante necesitado de ella [...] velando por el respeto de los derechos básicos de consumidores y usuarios”. No se trata de ponerse de parte de uno de los otorgantes, aunque esta sea la más débil, se trata de colocar a todos los otorgantes ante el notario en una situación de igualdad.

Y dentro de este trato a todos los clientes por igual destaca como forma de ser del notario la imparcialidad. El notario está al servicio de todos, pero no al servicio de clientes determinados. Ello creo que es esencial para que el notario sea considerado como un hombre de confianza del que quien viene a él pueda fiarse. Aquí creo que existe una gran diferencia con el abogado que, por definición, lo es de su cliente. En ese sentido, el Reglamento Notarial español, con la finalidad de insistir en esta imparcialidad y reconociendo que es un tema que a veces puede ser polémico y hasta abusivo, con el objeto de romper la vinculación del notario con un cliente determinado, dispone en su artículo 126:

Todo aquel que solicite el ejercicio de la función pública notarial tiene derecho a elegir al notario que se la preste, constituyéndose dicho derecho en elemento esencial de una adecuada concurrencia entre los notarios.

En las transmisiones onerosas de bienes o derechos realizadas por personas físicas o jurídicas, que se dediquen a ello habitualmente, o bajo condiciones generales de contratación, así como en los supuestos de contratación bancaria, el derecho de elección corresponderá al adquirente o cliente de aquellas.

En los demás casos, se estará a lo que las partes hubieran pactado y, en último caso, el derecho de elección corresponderá al obligado al pago de la mayor parte de los aranceles.

Los notarios tienen el deber de respetar la libre elección de notario que hagan los interesados y se abstendrán de toda práctica que limite la libertad de elección de una de las partes con abuso de derecho o infringiendo las exigencias de la buena fe contractual.

Y para hacer efectiva esta imparcialidad, las juntas directivas de algunos colegios notariales, como por ejemplo el Colegio No-

tarial de Madrid, han adoptado un acuerdo prohibiendo que puedan autorizarse documentos en la sede de las entidades financieras o de las inmobiliarias, y siempre que se trate de otorgamientos en que firmen dichas entidades con sus clientes. Si fuera otorgamiento unilateral, que la entidad financiera o inmobiliaria otorgue un poder, haga una declaración de obra nueva, no sería el problema, sino siempre que exista esa relación. Quizá ello, dada la forma de realizarse los pagos en la Argentina, seguramente tendría bastante más dificultad, pero es una forma de romper ese tipo de vinculación.

2.3.2.2. *Relación con los compañeros*

Aparte de las lógicas relaciones de compañerismo (ayuda, consejo, acogimiento, sustituciones, etc.) considero esencial:

- El respeto a sus empleados, en los términos que ya hemos visto.
- El respeto a su clientela. No podemos atraerla con maquinaciones, ofreciéndole rebajas, condonación de honorarios, trato preferente. Incluso no considero correcto tentarla y comprometerla de ninguna otra forma para que se venga con nosotros. Tan solo si nos lo pide, por no estar satisfecha de cómo la atiende otro compañero o de la forma de ser de este, es cuando considero que podemos actuar con toda libertad.

2.3.2.3. *Relación con los empleados*

El notario bajo ningún concepto debe estar en manos de sus empleados por el hecho de que estos le traigan una buena clientela, aunque mi experiencia me dice que la mayoría de las veces que ello ocurre la culpa es del notario y no del empleado, por la pereza de aquel de no querer enfrentarse y resolver los problemas donde existan o de dejar que le hagan todo y él limitarse a firmar. Pero sentado lo anterior y ahondando en este apartado de justicia, hay que dejar una cosa sentada: no podríamos ejercer nuestra función sin nuestros empleados. De aquí, nuestra gratitud hacia ellos, nuestro respeto y nuestro cariño. Tengo que decirles que a lo largo de mi vida profesional no he tenido problemas graves en la relación con los empleados, también os digo que no he buscado a los que podían hacerme rico, sino a los que consideraba competentes y honorables. Más aún, conservo y tengo con casi todos los empleados que han trabajado y trabajan con-

migo una relación cuasi familiar: uno de ellos me sigue desde mi primera notaría, desde hace 40 años. Partiendo de lo anterior:

- Considero que han de estar bien retribuidos en la medida que el trabajo lo permita.
- Hay que tratarles con un respeto, consideración y educación total.
- No comparto, aunque ello me genere críticas, que en estos momentos de crisis, se esté despidiendo empleados, a menos que la situación sea insufrible y haya pérdidas. En la medida que nuestros ingresos sean dignos, aunque muy inferiores, a los de hace dos años, esta situación debemos soportarla todos, notarios y empleados; por ello, si que puede ser justo reducir el sueldo de estos, que es muy distinto del despido.

2.3.2.4. *Relación con la Corporación Notarial*

Formamos parte de una organización con una historia y un presente de la que recibimos mucho. Creo que en justicia tenemos que ser miembro activos de ella, participando en la vida colegial y realizando la aportación que nuestras capacidades y talentos nos permita. Es penoso como algunos compañeros no acuden para casi nada a sus respectivos colegios. La disponibilidad de trabajar en los colegios, considerándolo como algo nuestro, es para mí esencial. La postura de que los demás me resuelvan los problemas que todos tenemos no es de madurez. Hay compañeros que pasan su vida protestando sin aportar ellos absolutamente nada.

En los principios deontológicos de la UIN se dice:

El notario debe prestar la más intensa colaboración a sus órganos colegiales para permitirles ejercer de manera eficaz sus funciones; debe además estar dispuesto a participar en la vida corporativa y cumplir los encargos que se le pidan.

El notario miembro de un órgano colegial debe cumplir sus función con disponibilidad y objetividad, cooperando en el ejercicio continuo y electivo de los poderes-deberes conferidos y procurando al respecto el espíritu de unión entre los notarios.

2.3.2.5. *Relación con la Administración Pública*

Quisiera terminar realizando dentro de este principio de justicia y de solidaridad, la relación del notario con la Administración, sintética y muy brevemente.

Son evidentes nuestras obligaciones con la Administración Pública, pero sin embargo me gustaría hacer alguna reflexión, puesto que el hecho de que el centro de nuestra actividad o su destinataria sea la persona no significa que por ello dejemos de ser empleados públicos o de ejercer una función pública, inescindiblemente unido a nuestro carácter de profesionales del derecho. Ejercemos una función pública por delegación del Estado. Se atribuye por la ley una eficacia privilegiada a los documentos que autorizamos. La ejercemos, en último extremo, bajo el control de *la* Administración. Creo que negar este aspecto público del notario desvirtúa nuestra función.

Ahora bien, sentado lo anterior, nuestro servicio se centra primordialmente por ley y por estructura de la función en la persona y no en la Administración, sin perjuicio de coadyuvar para que se cumplan por los otorgantes todas las obligaciones anteriores y posteriores que tengan con la Administración derivadas de los documentos que otorguen y de colaborar con la Administración y la Justicia en la lucha contra el fraude fiscal y el delito, con especial incidencia en el lavado de capitales.

Ahora bien, la colaboración con la Administración, a mi juicio, tiene que partir de ese presupuesto, es decir, de que nuestra función fundamentalmente está centrada en la persona, por lo que solo deberían imponerse obligaciones a los notarios relacionadas con la función para la que somos notarios o, al menos, que no estén en contradicción con nuestra función, o sean tales que dificulten o entorpezcan la función.

Así por ejemplo, esas obligaciones no podrían traicionar la confianza que se genera del cliente hacia el notario, o ser tan numerosas o absorbentes que varíen el fin principal al que el notario sirve, convirtiendo al notario en un funcionario cuya finalidad fundamental sea la defensa de los intereses de la administración y no de la persona.

Podríamos en este tema hablar de más cosas, pero quiero en lo posible cumplir la unidad de tiempo y solamente me queda terminar inspirándome en una frase de Azorín y que los que me conocen ya me la han oído: creo que el desarrollo de nuestros países dependerá en gran parte de lo que cada uno de nosotros amemos a nuestra profesión.