

LA IMPARCIALIDAD DEL NOTARIO

ANTE LOS AGENTES ECONOMICOS

Comunicación a la VII Jornada Notarial Iberoamericana

(Salamanca, octubre 1996)

José Luís Mezquita del Cacho

Decano del 1. Colegio Notarial de Barcelona Vicepresidente del Consejo General del Notariado español

El "sistema latino" de notariado constituye un ensayo original, en el cual los ordenamientos jurídicos que lo adoptan apuestan por un modelo que, para beneficio simultáneo y mutuo de los intereses del Estado y de la sociedad civil, combina las cualidades ventajosas del funcionariado del primero y las de las profesiones intelectuales que surgen de modo espontáneo en la segunda.

La fórmula que en Derecho Administrativo resulta de este propósito es un *tertius genus*, que en Francia e Italia recibe el equivalente nombre respectivo de *officier public* o de *pubblico ufficiale* y en España es calificado por la Ley General Tributaria (artº 80º,4) de "profesión oficial"; o sea, un tipo híbrido que presenta rasgos propios del funcionariado y otros de la profesionalidad liberal.

A) Las cualidades importadas de la profesionalidad son las siguientes:

a) Por una parte, la ausencia de sujeción jerárquico competencial con respecto al Estado que concede a la institución notarial las prerrogativas en que descansan las funciones que ha de ejercer.

Ello no representa una independencia tan plena de la Administración como la que goza la Magistratura ya que además de sus propias leyes rectoras y las del Derecho que debe controlar y aplicar, vinculan al notariado los reglamentos que la Administración de Justicia establece y también las decisiones del órgano específico de ésta al que a su vez compete controlar el recto ejercicio de sus funciones y el despliegue del servicio pero sí un amplio margen de libertad en la organización de éste (oficina, personal auxiliar, etc.) y en la formación de sus propios criterios de actuación en cuanto no esté explícitamente formado; pues el notario es el exclusivo responsable de sus consecuencia ante el único que requiere y retribuye aquélla, que es el público al que sus funciones se destinan.

De este tipo de estructura, en la que no existe dependencia material del Estado, deriva para el ciudadano una triple garantía, a saber:

1) Le cubre de riesgos de injerencia estatal arbitraria o excesiva en su esfera privada de intereses;

2) Le asegura que en caso de conflicto de intereses con la Administración, el notario ejercerá con total independencia ante la misma sus controles de legalidad y podrá por

ello rechazar las pretensiones de aquélla frente al interés del particular, que será el que deberá proteger cuando sea éste y no aquéllas lo que esté ajustado a la Ley; y

3) Le proporciona una asistencia técnico jurídica de notable margen de creatividad, que le permitirá un ejercicio amplio de la autonomía de su voluntad en el área negocial privada en que la Ley la reconoce como principio; amplitud asociada a seguridad jurídica, dado el control de un profesional especializado en la promoción preventiva de ésta.

b) Por otra parte, el rasgo característico de este sistema de la libertad de que el público goza para la elección del notario a quien requerir la prestación de su ministerio, trae consigo de modo natural una vocación de calidad estimulada por el prestigio que a nivel individual se puede alcanzar en el seno de la sociedad. Ello incentiva la disposición al servicio y la formación continuada, óptimas ambas para la estimación social de las funciones públicas ofertadas de esta forma por el Estado; y esa adicción se reforzará todavía debido tanto a la amplitud del despliegue geográfico del servicio como a la estructura colegial de la organización corporativa, inspirada igualmente en la de las profesiones liberales, que suscita a la sociedad civil una mayor confianza que la estructura funcionarista administrativa respecto al grado de atención esperable para sus necesidades y en su caso para sus reclamaciones.

B) Las cualidades que por aparecer en él definidas más firmemente, se han extraído en cambio del funcionariado, son:

a') Por un lado la vocación de rigor en el control y en la exigencia de la legalidad, a mantener con independencia frente a los poderes fácticos, especialmente los económicos, que operan en la sociedad;

y b') Por otro, la imparcialidad connatural a la conciencia del carácter público de las funciones a ejercer y del servicio a prestar con ellas, aunque el beneficiario sea, en cada ocasión concreta, un interés particular, de Derecho privado, que resulte potenciado al quedar revestido con las garantías que las mismas conllevan.

III.- El híbrido tipo jurídico resultante, la profesión oficial, es por tanto de una extrema delicadeza; por cuanto para conservar su eficiencia y su valoración desde ambas perspectivas estatal y social, debe mantener el exacto punto de equilibrio que exige la proporción interna de los componentes que de una y otra inspiración combina, sin perjuicio de que éstos guarden entre sí una interrelación absoluta.

Por lo demás, en la duda, es decisivo el principio de la subordinación del interés privado al público (lo que es de aplicación al interés de los propios ejercientes de las funciones notariales); así como el hecho incontestable de que todas las que el notario ejerce como tal son de naturaleza pública; no sólo el control de la legalidad y el efecto de fehaciencia de las formas documentales que redacta y asume, sino también la información y el asesoramiento, institucionalmente calificados para promover el equilibrio de conciencia sobre el que, en caso de pluralidad de partes, debe formarse la voluntad negocial para que pueda con propiedad hablarse de autonomía de la misma; pues estas funciones no son discrecionales, sino tan obligatorias como las del control de legalidad o la fehaciencia, y además, no son retribuibles por separado de la redacción y autorización documental. Todavía más en el modelo latino, estas funciones son precisamente las que

en Derecho comparado le distinguen del resto de sistemas notariales

Es decir: no hay "funciones privadas" del notario como tal, sino lo que es distinto beneficio para el interés privado por el óptimo servicio de las funciones públicas que el mismo ejerce; y correlativamente, un interés público en que ese beneficio particular de seguridad jurídica exista en el área de los actos y negocios de Derecho privado, por lo que ello supone de promoción de la paz social.

Ciertamente que otras funciones, que hoy por hoy son privadas, pueden ser asumidas como las de gestión fiscal y registral de documentos por los notarios; pero no en calidad de tales, pues en sí mismas son extranotariales; y aunque en el acumulativo requerimiento influye, tanto como pueda hacerlo el principio de economía de medios, el prestigio tradicional de la condición notarial, es en la calidad de letrados que igualmente reúnen como les son requeridas y pueden legítimamente aceptarse.

Cabría decir en definitiva que esta posición que como profesión oficial ocupa el notariado se halla en un plano intercalado, pero no equidistante, entre el funcionariado y la profesionalidad liberal, en la que todo lo funcional es público, y casi todo lo estructural es diseñado al estilo profesionalista para aproximarle al máximo a la privacidad del Derecho a aplicar y de las relaciones a que éste debe aplicarse. Pero al igual que en la Naturaleza, lo orgánico se subordina siempre a lo funcional, y en buena parte, también esta estructura funciona con facultades delegadas de la Administración pública; por lo que los notariales son Colegios mixtos funcionariales y profesionales, en compensada proporción.

Y en cualquier caso, la conciencia de ese carácter público de la función y su servicio, y del interés que predomina en su ejercicio, es esencial al mantenimiento de la singularidad del modelo así organizado, puesto que se sustenta en la concesión o franquicia que el Estado ha hecho de unas prerrogativas propias a la corporación notarial; por lo cual aquél nunca podría admitir que sirvieran al prevalecimiento, sobre los fines públicos por él propuestos en el diseño del sistema, de intereses particulares, ya sean de ciudadanos o de los propios notarios.

IV.-Pues bien; entre todas las condiciones que en los Ordenamientos se establecen como §consustanciales al ejercicio de las funciones públicas, destaca la de la imparcialidad. El artº 103², 3 de la Constitución española exige terminantemente que las leyes la garanticen. Y siendo el notarial un sistema de ejercicio de funciones públicas, ese mandato le afecta directa y plenamente.

Parece sin embargo obvio que entre todas, sólo la de información y asesoramiento es la función notarial que viene condicionada por la imparcialidad. Lo que incide sobre la función de fehaciencia es el binomio verdad falsedad y sobre el control de legalidad y subsiguiente redacción adecuada el de probidad corrupción y aunque la falsedad y la corrupción también implican parcialidad porque a alguien beneficia y a alguien daña tanto aquélla como ésta es evidente que en ambas se da un mayor grado intrínseco de degradación que en la mera parcialidad, que en una y otra se percibe sólo como secuela.

De donde resulta que el deber de la imparcialidad y el problema de la parcialidad son de exclusivo planteamiento en el sistema latino de notariado, que no limita como

otros sus contenidos a la fe pública y al control de legalidad, sino que lo extiende a la información y asesoramiento institucionales.

Donde se pone realmente de manifiesto la estricta parcialidad (generalmente consecuencia del clientelismo, que es la perversión de la relación de clientela) es en el ejercicio de las funciones de información y asesoramiento institucionales, si no fueran prestadas con la cualificación con que el Ordenamiento las quiere, respondiendo a un interés no menos público que todas las demás: para que compensen la desigualdad cognoscitiva en que las partes concurran a formalizar documentalmente sus contratos.

Ciertamente, esa cualificación no aparece en norma alguna de rango legal de manera directa; pero prácticamente nada en las funciones notariales está hoy, en España, establecido en leyes. Ello no es sin embargo imputable al notariado, que carece de recursos de promoción legislativa, y se ve reducido a su pesar a promover por vía reglamentaria su adecuación a los acelerados cambios de la sociedad. Y ese sentido de la imparcialidad, bien ajustado al fenómeno contemporáneo de la desigualdad contractual, fruto sobre todo de la irrupción de las grandes empresas y de la contratación en masa que realizan, es el que inspira el artº 147, párrafo segundo, del Reglamento notarial.

Y es que indicando paladinamente uno de los pocos preceptos no obsoletos de la Ley notarial de 1.862: su artº 1º, que la función notarial sólo puede ejercerse "con arreglo a las leyes", y sabiendo muy bien el notariado que la Constitución es la primera entre las leyes, a falta de desarrollo del artº 1032,3 de la misma a nivel de legalidad ordinaria y para una aplicación específica a sus funciones, se preocupó en la reforma de 1984 de adecuar su reglamento a aquella ley suprema mentando el principio de imparcialidad al tratar de lo libre elección de notario en su artículo 142, y delineándolo con más rigor en el 147, precisamente a propósito de la asistencia del notario en términos de información y asesoramiento institucionales a los contratantes, con finalidad equilibradora.

El art. 147 rn dice al notario que esa asistencia debe ser prestada sin mengua de su imparcialidad; y si a primera vista ello parece traducir cierta prevención o reserva de que no degenera en una defensa unilateral, una lectura más detenida nos lleva a la conclusión de que lo que la norma verdaderamente dice es que la asistencia especial a una de las partes, siempre que sea ésta la más necesitada de ella, por desequilibrio en información, necesidad y poder, nunca vulnerará su imparcialidad, sino que éste es, antes bien, el auténtico modo de hacerla efectiva, al promover que entre las partes se restablezca una igualdad de conocimiento o consciencia del acto, que es lo que permite el ejercicio de la libertad civil en la formación de la voluntad decisoria.

Así pues, nunca será parcialidad del notario esa compensación equilibradora; y cuando precisamente incurriría en ella sería si no prestara esa asistencia especial correctora; si su pasividad cooperara a mantener en desequilibrio la consciencia de las partes respecto a los contenidos y consecuencias del acto o negocio que documentalmente formalizan ante él. Eso no sería imparcialidad; sino silente neutralidad; pero no cabe ser mudo y neutral ante el riesgo de injusticia, fraude, abuso, ni ante la falta de libertad civil en la emisión de la voluntad negocial.

Este tipo de imparcialidad compensadora es clave, hoy, para ese ancho espacio

jurídico en formación, cimentado en la Equidad, que es el Derecho de los Consumidores; del que son principios básicos el equilibrio informativo y la exclusión del abuso. y el interés público en tales objetivos es condicionante; de modo que el notario que busque crear y fidelizar una clientela de poderosos y masivos contratantes y deliberadamente diferencie para ello la prestación de estas funciones deberes con cualquier sacrificio de la correlativa expectativa jurídico pública de la parte más desinformada y menos asesorada, estaría traicionando su función de notario; o en otras palabras, no mereciendo serlo.

De alguna manera, con ello, el notario resulta así ser, aparte del Juez, el único detentador de una función pública de directa naturaleza jurídica al que una norma específica señala expresamente la imparcialidad equitativa como un requisito de su servicio. Ello supone sin duda un acercamiento del notario a la justicia; posición institucional que algún autor como RODRIGUEZ ADRADOS ya le ha atribuido desde tiempo atrás viendo en su acción más de "justicia preventiva" que de "seguridad preventiva". Aunque no compartamos la idea (pues en esa acción no hay declaración de derecho ni efecto de cosa juzgada), el parentesco que el común deber de imparcialidad imprime a ambas instituciones, la judicial y la notarial, es natural y viene del tronco original; pues como es sabido, históricamente la función notarial se desglosó de la judicial y fue organizada para su auxilio, su agilización y su reducción por vía de prevención evitadora de conflictos.

Lo anómalo es más bien que la normativa moderna de las funciones notariales haya tardado tanto tiempo en subrayar esa misión moderadora y compensadora, siendo así que es la que históricamente dio razón de ser a la institución, determinando su nacimiento y luego, su intervención en los actos patrimoniales más trascendentes de los tiempos pasados. De ahí que deviniera constitutiva la escritura notarial para el cense efiteútico: por ser este la primera manifestación medieval de la distribución de la riqueza inmobiliaria cedido por la clase señorial a su exservidumbre aldeana y campesina siendo pues un contrato entre desiguales que exigía una imparcialidad moderadora} compensadora que le diera seguridad y equidad. E igualmente, en los capítulos matrimoniales, por ser también un contrato entre sexos desiguales en la Ley, y con frecuencia, asimismo entre desiguales fortunas familiares, que era necesario moderar y compensar imparcialmente para su seguridad y equidad. E ítem en la hipoteca, por la clara necesidad de moderar y compensar, en términos de seguridad y de equidad, el desequilibrio de poder y necesidad entre las partes (prestamista rico y prestatario necesitado) con el riesgo de la usura cerniéndose sobre la relación. Y otro tanto en la donación inmobiliaria, por el desequilibrio de poder entre la ancianidad donante y la juventud donataria, más otro de riesgos de terceros (ante los que también juega la imparcialidad) en lo relativo a hipotéticos fraudes de garantías de responsabilidad. En todos los supuestos citados se requería seguridad a través de una imparcial ponderación de los intereses enfrentados.

V.- Pues bien: aunque los supuestos recién enumerados se producen a partir de la apertura económico social que se opera en la transición del feudalismo al capitalismo de mercado, como una forma de control que generase, para el desarrollo del mismo, un clima de confianza en la contratación, el paso del tiempo, con el triunfo absoluto de este sistema económico, y el gran progreso socio cultural que lo ha acompañado, no ha provocado un receso en la necesidad controladora, cautelar.

Antes bien, transcurrido ya un interregno en el que se vivió un relativo equilibrio en las fuerzas sociales y en las del mercado, al llegarse al momento actual es perceptible un regreso hacia el contexto de clara desigualdad contractual vivido en el arranque de aquel gran cambio histórico; siendo ahora los grandes agentes económicos de los campos inmobiliario, industrial, financiero y de la previsión (y en ciernes, los de la distribución comercial), todos ellos contratantes en masa, los que volvieron a ocupar las posiciones de predominio negocia!.

Por tanto, el papel de los agentes de control del mercado, lejos de perder fundamento, se ve incrementado; y en lo que respecta al notariado cuyo control preventivo es jurídico en mayor medida sí cabe, debido tanto a la creciente complejidad y prolificidad de las normativas, como a la globalización de la economía, que potencia un abundante intercambio en la circulación transnacional de sujetos, bienes e intereses, y una aceleración frenética en el ritmo de los negocios. En esas circunstancias, el original papel equilibrador de la consciencia de los contratantes que el sistema encomienda al notariado para contrarrestar riesgos de fraude y abuso, se resitúa en primer plano; pues t en el mercado actual, en el que la compensación de las fuerzas de la oferta y la demanda se resiente al máximo y ha exigido de los Estados una protección intensa de os consumidores, dicha misión informadora y asesora deviene básica para que en la reciente masificación contractual se mantenga viva y real, al menos en su esencia, la autonomía de la voluntad, manifestación relevante de la libertad humana.

Estas consideraciones conducen a la conclusión de que en los nuevos desequilibrios sociales producidos por otros del mercado, el deber compensador en las Naciones notariales de información y asesoramiento tiene como natural sujeto pasivo al consumidor usuario de los bienes y servicios en cuyos sectores contractuales desempeña básicamente su oficio el notario; o sea, el inmobiliario y el crediticio financiero; y correlativamente, los sujetos pasivos de sus controles de legalidad y juridicidad son claramente los agentes económicos operadores en esos sectores del mercado. Y en eso consiste naturalmente su imparcialidad. Por lo demás, soportes legales de fuste no le faltan para ello en el Ordenamiento español, en el que la Constitución le brinda toda una batería: el ya citado artículo 103º, 3 el artículo 9º, 3 donde se consagra la seguridad jurídica como principio; el artículo 9º, 2 que reclama que debe promoverse la igualdad (y observar esa exigencia es promover tal igualdad en el plano de la consciencia contractual); y el 512 en el que la defensa de los consumidores y Usuarios es asimismo erigida como principio informador de la normativa legal.

Sí el notariado se conciencia de ese papel y sabe cumplirlo, saldrá reforzado ante la sociedad de masas, que si se ve protegida se opondrá con toda su fuerza, que es mucha, a todo riesgo que afecte institucionalmente a aquél. Si por el contrario ignora o soslaya esa misión trascendental, quedará descalificado en la coyuntura quizás más peligrosa de su trayectoria histórica, y podrá naufragar y desaparecer para siempre en el océano de las profesiones liberales.

Como vías prioritarias hacia la plena asunción de ese deber de imparcialidad equilibradora hay que considerar las siguientes:

Primera, la exclusividad del derecho de elección de notario por los consumidores

y usuarios, y más en general, los contratantes en posición de inferioridad.

Segunda, la imposición de detracciones correctoras del beneficio obtenido por los notarios autorizantes habituales de documentación contractual en masa, de agentes económicos que operen en el mercado en posiciones dominantes, para la formación de fondos institucionales destinados primordialmente a reconducir la función y sus estructuras a sus objetivos sociales naturales.

y tercera, la deflactación arancelaria de cuantos documentos formalicen contratos en masa, cuyos clausulados estén predispuestos para la adhesión o contengan condiciones generales in negociables, en los que el notario no pueda ejercer influencia alguna para su modificación equilibradora con su información y asesoramiento al contratante adherente; pues sólo de esta manera se desestimulará y desactivará la incorrecta tendencia a captar "selectivamente" esta documentación, en la que se reúne el menor mérito a la más desproporcionada remuneración.

VI La primera vía no carece, como pronto veremos, de base normativa; mas sin embargo se halla bloqueada de hecho y la elección del notario se efectúa casi sin excepción por los mismos agentes económicos contratantes en masa, y no por el contratante aislado, que frente a ellos se halla en una clara inferioridad.

Pero aunque esta situación sea en la realidad la normal, sólo merece la calificación de contra natural pues si además de su deber de compensar la asimetría informativa que hay en los contratos en masa, el notario, como controlador, ha de calificar la legalidad y regularidad de las condiciones internas del contrato, establecidas unilateralmente por el predisponente, es simplemente monstruoso que sea éste quien designe (y más aún si lo hace de manera habitual y subjetivamente reiterada) a quien ha de llevar a cabo esos controles y calificaciones; puesto que un suministro importante de encargos documentadores, hecho a un profesional oficial remunerado por arancel y no por sueldo, como mínimo pone en crisis aparental, y verosímilmente en riesgo, la independencia de éste en tales controles y más aún la cualificada "imparcialidad compensadora" en la función informadora y asesora.

La anómala situación proviene de la Ley 33/1987, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1988, cuya Disposición Adicional 10ª ha sido interpretada y aplicada inadecuadamente. -

Antes de la promulgación de esta Ley se hallaban sujetos a turno de reparto los documentos en que intervinieran la banca oficial (sector público) y las cajas de ahorros. El fin verdadero de este sistema turnal era (en el caso de las citadas entidades inancieras) precisamente garantizar la imparcialidad notarial en la autorización de documentos formalizadores de esta clase de operaciones. Y si las mencionadas entidades operadoras eran las únicas afectadas por el sistema, era por ser las únicas habituales en la contratación hipotecaria, ya que excepción hecha de las hipotecas otorgadas en superposición de otras garantías de anterior constitución pero de dudosa efectividad en relaciones crediticias caídas en riesgo de insolvencia, la banca privada o estaba facultada para operar en el mercado hipotecario ordinario mientras no caducara el privilegio temporal del Banco Hipotecario de España, limitadamente comunicado a otros públicos como los de Crédito Local, de Crédito industrial, etc.; razón por la cual se había considerado innecesario extender a la misma el sistema de turno en el

reglamento notarial.

Concluido dicho privilegio tempero], ese sector privado de la banca vio abierto el mercado hipotecario normal y se aprestó a ejercer agresivamente en él la competencia con la banca oficial y las cajas de ahorros; y puesto que los documentos afectados hasta entonces por el sistema turnal eran sólo los de este último sector, las entidades integrantes del mismo, bancos públicos y cajas de ahorros, demandaron y obtuvieron la exención de tal sistema en la Ley que comentamos, a fin de no quedar en dicha concurrencia en inferioridad de condiciones; pues entendían que la lentitud burocrática generada en los encargos adjudicados por turno oficial, por la seguridad intrínseca de su estabilidad, no existiría, por contraste, en aquéllos que en libre competencia provinieran de la banca privada, que nunca habían estado sujetos al sistema turnal; sin que cupiera resolver la cuestión, en esta coyuntura, por extensión o generalización de tal sistema a todos los documentos hipotecarios de ambos sectores financieros, porque el reproche de lentitud burocrática era justo, y hubiera resultado absurdo exponer a ella, íntegramente, a un segmento del mercado que se presentía de gran dinamismo potencial.

Ahora bien; lo que en modo alguno era consecuencia necesaria de la liberación total de turno a este área del mercado era que la elección se hiciera por las entidades financieras en vez de hacerse por los usuarios de sus servicios crediticios; ya que los formularios cuya legalidad y condiciones de transparencia había de controlarse por los notarios eran precisamente obra de dichas entidades y en modo alguno de los usuarios, a la tutela de cuyos intereses y derechos se ordenaban tales controles. En esas circunstancias, todo lo que no fuera elección por el consumidor usuario era un contrasentido, una aberración que podía introducir riesgos de parcialidad si la elección por las entidades deviniera sistemática y concentrada en grupos reducidos de adscripción que podrían acabar formando un oligopolio dependiente de otro, por el valimiento de lotes importantes de trabajo de considerable nivel retributivo.

Esto debiera haberse evitado, no sólo como eventual posibilidad real, sino aun como mera suspicacia, en la sociedad, de que ello conllevara un menor rigor en los deberes controladores, informativos y asesores de finalidad equilibradora que el notario tiene para con quien es doble usuario del servicio financiero y del notarial; pues además de su posición de inferioridad en estos contratos y de ser a su cargo el costo de la función notarial, el carácter público de ésta imponía aplicar a rajatabla la exigencia de garantizar legalmente la imparcialidad en su ejercicio, que el oficio 103º 3, de la Constitución española contiene y que sin duda vincula además de a las estructuras normativas y orgánicas del propio notariado, a las autoridades de control e inspección del Sistema Financiero.

El caso es que como antes apunté existía base normativa para haber evitado esto; ya que el Reglamento notarial regula en su artº 142 del derecho de elección de notario poniendo énfasis en su atribución al adquiriente sin más limitación que la de que la sede de ejercicio del notario elegido presente conexión razonable con algún elemento del contrato, bien personal (que el comprador o el vendedor tengan en ella su domicilio), bien real (que la vivienda vendida se halle situada dentro del mismo) ,y el texto de dicho precepto se transcribió (con elevación de su rango normativo) al artículo 5º ap 4 letra c, del RD-L 515/1989 de 21 de abril (que regula la información del "consumidor

inmobiliario"), acogiendo un informe del Consejo General del Notariado. Y dicha transcripción era más que significativa, pues sólo en apariencia este RDL se ciñe a los contratos traslativos de vivienda, ya que su artº 10º menciona entre las cláusulas reprobadas a controlar, al igual que hace la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984, las "condiciones abusivas de crédito".

Verdad es sin embargo que de poco sirve proclamar, por claramente que sea, que el derecho de elección corresponde al consumidor, si la presión de su necesidad pone a su contraparte en condiciones de hacerle desistir de él a título transaccional, a cambio de supuestas ventajas o de reducir otros inconvenientes. Y esgrimir el principio de libertad de pacto para fundamentar tal posibilidad sólo servirá desgraciadamente al interés de la oferta dominante en un mercado inmobiliario degradado.

La cuestión es que esa degradación de contexto se agravó con la perversa aplicación comentada de la Ley 33/1987 de Presupuestos para 1988; pues designación por parte de las entidades financieras de los notarios autorizantes documentos de crédito hipotecario, en los casos de aplicación de éste a la adquisición de viviendas, vendría a impedir de hecho, vaciándolo de antemano de contenido reo el ejercicio de la elección por el consumidor que luego reconocería el citado RDL de 2º de abril de 1989; lo cual se ha justificado alegando que siendo constitutiva la inscripción la hipoteca, el Banco, Caja de Ahorros o Sociedad de Crédito Hipotecaria concedente del préstamo o crédito con la garantía del inmueble a cuya adquisición ha de aplicarse, ha de controlar lógicamente la compraventa misma, y para ello, recaba gestión conjunta de ambos documentos; con el resultado de que sea el notario elegido por esa entidad financiera quien autorice uno y otro; y en ambos informe y asesore "equilibradoramente" ... al consumidor que no le ha elegido. y puesto que los desorbitados precios de la vivienda hacen rarísimo que su adquisición pueda plantearse sin recurso al crédito, he aquí que esta esperpéntica situación queda convertida e supuesto normal, reduciéndose toda otra a excepción absoluta.

En este plano de la imparcialidad en los contratos crediticio-financieros finalmente, constituyó un significativo avance la O.M. de 5 de mayo de 1984, conjunta de los ministerios de Economía y Justicia, sobre transparencia de las condiciones financieras del crédito, puesta en funcionamiento bajo el control de legalidad notarial a partir del 11 de agosto del mismo, fecha en que entró en vigor, que asigna al notario una serie de deberes explícitos: cotejo de la oferta con el texto de las condiciones financieras del contrato; comprobación de la observancia de las exigencias de sistemática de contenidos en los pactos financieros y los que no lo son; verificación de la homologación oficial de los índices de referencia para la variabilidad del interés; y en las operaciones a interés fijo, de la correcta relación entre tipo nominal y TAE; información sobre la diferencia entre el tipo de la primera fase y el modificado al tiempo de la revisión tomando como referencia la última publicada antes de la firma del crédito o préstamo; sobre los topes de variabilidad y su alcance, en su caso; sobre las comisiones por amortización anticipada; y en su caso, su límite legal; sobre las cuantías o proporciones mínimas que acaso haya para la admisibilidad de reintegros anticipados; sobre explicación de cláusulas oscuras, etc, etc.

Sin embargo, no deja de ser significativo que una de las alternativas abiertas por

la O.M.: la de la visita directa del prestatario o acreditado al estudio del notario para recibir del mismo información antes de la fecha de firma, haya quedado prácticamente fuera de todo uso. Las entidades financieras han hecho lo posible para que así fuera, por temor que el usuario del servicio atendido de esta forma pueda quedar informado con exceso de detalle, y se concientice críticamente en demasía. Esos riesgos del pleno ejercicio de su independencia por parte del notario se atenúan considerablemente cuando éste se desplaza al local de las entidades financieras; y ésta es, sobre toda otra (trastornos de ausencia de personal, etc.) la razón de que las mismas se obstinen en ese desplazamiento, cuyos gastos también se cargan al usuario del servicio financiero.

La legislación de defensa del consumidor debe por tanto desarrollarse en sentido corrector de estas anomalías. Pero entre ellas, sobre todo, las asociaciones de consumidores deberían esforzarse para promover coordinadamente una reforma (no sólo con alcance nacional, sino europeo, mediante la pertinente Directiva) que asigne como exclusivo, irrenunciable e innegociable derecho de aquéllos el de designar en libre elección donde haya varios el notario autorizante de cualquier documento en el cual, frente a ellos, concurre una parte empresarial o profesional; cuando el negocio que en el documento se formalice sea una transmisión de vivienda (ya sea como objeto único, o acompañado de otros), o la constitución sobre ella de cualquier garantía de naturaleza real en seguridad de préstamos o créditos.

La norma debería acompañarse, para ser eficaz y evitar que sea burlada, de otras que impongan a las autoridades que ejercen el control sobre Bancos y entidades financieras, a los Colegios notariales y a las Administraciones públicas, una vigilancia de su cumplimiento a través de inspecciones, un deber de corregir disciplinariamente las desviaciones, y legitimación procesal para accionar ante los Tribunales tanto reclamando la efectividad del derecho como exigiendo indemnización en caso de soslayo; legitimación que debe atribuirse igualmente, en calidad de acción objetiva o "de clase", a las organizaciones de usuarios y consumidores.

Por último, las fuerzas políticas y sociales deben reactivar el proyecto de Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación mas eliminando del mismo la hipócrita encerrona de presuponer la información suficiente del adherente sobre dichas Condiciones cuando su celebración haya tenido lugar en especiales circunstancias formales (alusión disimulada a la intervención de la fe pública). Semejante presuposición sólo es admisible cuando la elección del fedatario se haya hecho indubitadamente por el adherente.

VII La segunda vía para dificultar el declive de la imparcialidad notarial ante los agentes económicos contratantes en masa, con el consiguiente deslizamiento hacia la disfunción, es el establecimiento de aportaciones disuasorias a unos fondos correctores.

La Dn. Adl de la Ley 33/1987 de 23 de diciembre, de Presupuestos para 1988, no introdujo sin embargo un remedio correcto con los llamados "mecanismos compensatorios" que a los órganos colegiales se facultaba a establecer. Lo que el notariado había solicitado ante el cambio de situación que representaba la desaparición del turno en toda clase de documentos financieros, no era establecer distribuciones por razones de solidaridad, ni para nivelar rendimientos; sino

a) Un medio que sirviera al interés público objetivo de preservar de disfunciones la función notarial; buscando impedir que concentraciones muy importantes de encargos de documentación financiera y adyacente, en un reducido número de notarios, rebajara la calidad objetiva de su ministerio a pura y simple fedación, con atrofia de su función de información y asesoramiento equilibrador más imprescindible en la financiera sumamente crítica que en ninguna otra clase de contratación; máxime dados sus cláusulados predispuestos para la simple adhesión;

y b) Un medio que al mismo tiempo evitara que ante la opinión pública, y más especialmente, ante la de las organizaciones de consumidores, menguara la imagen de independencia, imparcialidad y promoción del equilibrio contractual, connatural a la función notarial; porque al prestarse con relación a esos contratos y de esa forma masiva y concentrada, los usuarios que deben asumir su coste, viéndose privados por añadidura de su natural derecho a elegir al notario controlador, cayeran en dudas desprestigiosas acerca de las razones de la predilección habitual que por algunos de esos notarios evidenciasen las entidades financieras.

Hoy, por desgracia, se extiende progresivamente esa desfavorable suspicacia social, que como secuela va comunicando a los propios agentes económicos que incurren en tales excesos de concentración de encargos documentales una opinión o actitud de declinante consideración hacía el valor del servicio que el notario presta. Y esa evolución adversa de la estimación de la calidad de la función motiva suficientemente estimar precisa y urgente una corrección radical, sin necesidad de presuposiciones de irregularidad ética alguna en sus ejercientes; aunque en la prestación de funciones públicas hay que procurar lo mismo que en la conducta de la mujer del César: pues no basta que sea en la realidad buena, sino que la bondad ha de extenderse también a la apariencia.

La desproporción hoy existente en el contexto no ofrece a la opinión de los usuarios y sus organizaciones y aun a algunas instituciones explicación fácil, pues lo que distingue a los contratos en que tal concentración se da, es precisamente la innegociabilidad de las cláusulas que contienen, lo que hace imposible achacar aquélla a la mayor creatividad técnico-jurídica de los notarios que se benefician materialmente de ella. y puesto que esa creatividad es la calidad básica que fundó el principio de libertad de elección entre notarios en concurrencia, que rige en nuestro sistema notarial, es obvio que no responde a tal fin ninguna modalidad de competitividad de la que los beneficiarios netos no sean los miembros de la sociedad para quienes el sistema fue pensado, produciéndoles por el contrario una opuesta impresión basada en la creencia de que todo exceso de actividad uniforme reduce el rigor de la atención y propicia la rutina. Prevención que recoge la sabiduría popular del refranero español, cuando afirma que quien mucho abarca, poco aprieta. Y nada vale alegar que un buen equipo de colaboradores permitirá abarcar y apretar lo que sea, pues ni de hecho informan ni asesoran ellos a los usuarios, ni si lo hicieran sería admisible semejante sustitución de papel de los notarios; pues es entre éstos, no entre aquéllos, ni menos aún entre unos y otros, que se estableció la exigente selección estatal y la concurrencia en el ejercicio profesional.

La anomalía contraria instalada en la realidad no sólo ha implicado un doble riesgo, para los consumidores y para la imagen de la institución notarial; sino otro más para aquellos notarios que más celosamente cuidan de su independencia y de su

imparcialidad compensadora; pues con frecuencia se ven apartados paulatinamente de las designaciones de las entidades de crédito, con merma de su rendimiento, y aun por triste que parezca, de su prestigio profesional, medido por apariencias cuantitativas de éxito en una sociedad cada vez más mercantilista.

Y correlativamente, no se requiere gran imaginación para colegir en qué condiciones actúan quienes aún no hayan sido marginados de estos encargos, agravadas por el hecho usual de ser requeridos a actuar en la sede de la entidad financiera. y sí son elegidos por ésta de modo habitual, incorporándoles al cuadro de notarios adscritos a su operativa continuada, y suministrándoles abundantes e importantes encargos que le proporcionen un notable volumen de ingresos, se verán a la vez obligados a mantener una estructura de servicio capaz de absorber.

Fácil es, entonces, percibir qué presión producirá sobre su independencia el riesgo de pérdida o trastorno de tal situación, a la cual adquirentes y prestatarios ni siquiera han contribuido con su elección. ¿Son adecuadas estas circunstancias para considerar "garantizada", como la Constitución reclama, la imparcialidad del notario, que según su reglamento debe traducirse en una información y asesoramiento equilibradores a la parte que más los necesita?

Y por añadidura, estas situaciones tenderán a un círculo maldito; pues la declinación de la independencia traerá consigo una macrodimensión capaz de absorber continuamente masas de encargos, pero que obligará a tratar también con masificación, mediante "racionalizaciones", simplificaciones, delegaciones, y reducción a mínimos de la asistencia asesora personalizada, a los otorgantes secundarios, esporádicos, no electores, convocados por las empresas y entidades, llevando al consumidor a considerar que la expeditiva actuación notarial no es sino mero trámite formal e impuesto.

En fin; que el mecanismo mal llamado compensatorio que al efecto resultó previsto, no debía compensar otra cosa que esa pérdida de calidad con otra pérdida correlativa de provecho, con objetivo disuasorio para quienes incurrieren en aquélla; y si el legislador cayó en el error de disponer compensaciones de tipo subjetivo, ello debió obedecer a su suposición de que dicho mecanismo, a la vista de la supresión del turno en los documentos de la contratación financiera, se interesaba por la institución notarial para intentar paliar las bruscas secuelas que pudiera tener aquélla para los menos favorecidos por la nueva competencia libre y más perjudicados por dicha desaparición. No obstante, al aceptarse expresamente otro alternativo destino (el mutualista), mucho más objetivo o institucional, la norma abría una línea de eventual operativa e interpretación más acorde con el fin que se pretendía.

Así pues, el mecanismo debe ser corregido en el futuro, eliminando toda distribución compensatoria subjetiva y convirtiéndolo en sistema corrector objetivo, destinando en su totalidad las detracciones y aportaciones a las estructuras del sistema notarial, colegiales, del Consejo General, etc., de modo que sirvan a incrementar sus servicios, públicos o corporativos.

Pero además, y mientras a ello no provea una nueva ley, hay que corregir también el sistema mal establecido que hoy existe, haciéndolo menos inútil y menos injusto. Pues es un hecho que las regulaciones que de estos fondos dispusieron los

órganos colegiales, resultaron muy deficientes, no teniendo prácticamente eficacia disuasoria y generando injusticias distributivas, debido fundamentalmente a reducir a los documentos procedentes de banca oficial y cajas de ahorros (es decir, las antes sujeta a turno) las detracciones para el mecanismo compensatorio, ya defectuosos cálculos el" las proporciones de aportación y de percepción. Ambos defectos deben repararse mientras, transitoriamente, subsista el mal diseñado sistema.

El error básico fue el primero; o sea, distinguir infundadamente entre escrituras encargadas por banca pública y cajas de ahorro (sujetándolas al mecanismo) o por bancos privados (eximiéndolas del mismo). Y el motivo de hacerlo fue un erróneo análisis interpretativo, con resultado reductor, sin más base que una apariencia limitadora en la defectuosa redacción de aquella disposición adicional 10º de la Ley 33/1987 de 23 de diciembre, que tras empezar refiriéndose a las entidades a las que liberaba del sistema turnal, ya ninguna otra, proseguía añadiendo " ... sin perjuicio de los mecanismos compensatorios y mutualistas que por los órganos colegiales se establezcan ... ". El criterio "ínclusio unius, exclusio alterius", mero brocardo forense no reconocido como principio o regla de interpretación en Ley alguna, impuso así una simplificación vacía de sentido.

Pues la interpretación teleológica o finalista de la norma, que se dirigía a garantizar como realidad y como imagen la independencia e imparcialidad del notariado desarrollando así el mandato del artº 103^{2,3} de la Constitución, hubiera exigido la inclusión indiscriminada en el mecanismo de cuantos documentos financieros o transmisorios de adhesión se encargaran en general a formalización notarial, sin distinciones. Además, convergen a tal solución las siguientes razones:

A) Que la Disposición Adicional 10º de la Ley 33/ 1987 de 23 de diciembre, de Presupuestos para 1988, no restringe expresamente a los documentos de Cajas de Ahorros y Banca Pública el juego de los mecanismos compensatorios en ella previstos, ni impide que éstos sean igualmente aplicables a aquellos en que se dieran las mismas circunstancias;

B) Que en el mismo sentido se ha expresado, a través de un inciso que alude a su extensibilidad a documentos que estén en situación análoga, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de junio de 1995.

C) Que la competencia interpretativa de las normas relativas a mecanismos reguladores internos de las funciones públicas corresponde incuestionablemente a la Administración que la tenga para controlar el ejercicio de las mismas; por lo cual la Dirección General de los Registros y del Notariado es sin la menor duda competente para esta interpretación; no siendo oponible lesión alguna de derechos subjetivos privados, pues ningún ejerciente de funciones públicas los ostenta de dicha naturaleza, como tal, frente a la Administración que las rige y controla su ajuste a los objetivos marcados para ellas por el Estado. No cabe desconocer que aunque su desarrollo tenga lugar en el campo jurídico-privado de negocios y relaciones, la totalidad de las funciones que el notario ejerce como tal son públicas; y que tanto la regulación del arancel como las distintas disposiciones normativas que sobre la retribución de estas funciones establecen cargas o aportaciones, han sido dictadas por la Administración con el rango de Decreto (Real en su pertinente ocasión histórico-política);

D) Que la única circunstancia en que se pretexto el criterio restrictivo es que esa norma de la Ley 33/1987 derogaba para los documentos notariales de dichas Cajas y Bancos oficiales el sistema turnal que anteriormente les afectaba sin que por ellos se produjera ninguna modificación respecto a los de la Banca privada, que nunca habían estado sujetos a tal régimen; pretendiendo extraer de ello la conclusión de que el sistema compensatorio previsto era un simple paliativo de la pérdida del turno, que discrecionalmente, y tan sólo respecto a los resultados producidos por esos documentos antes turnados, se acordara aplicar por los correspondientes órganos colegiales

E) Que la seudológica de dicha interpretación se rebate con la lógica de otra opuesta, a saber: que si la derogación del sistema turnal de los documentos notariales de Cajas y Banca oficial se impuso por la necesidad de que esas entidades no concurrieran en el Mercado en circunstancias de inferioridad (en términos de agilidad operativa) con las bancarias libres o privadas (a las que el Mercado hipotecario se abría en ese momento por la caducidad del monopolio del Banco Hipotecario de España), ese mismo principio de equiparación exigía que el tratamiento normativo fuese idéntico para los documentos de uno u otro origen. Por lo tanto, si los órganos colegiales aplican mecanismo compensatorios, habrían de hacerlo tanto para unos como para otros; y además, le discriminación sería opuesta al artº 14º de la Constitución Española;

F) Que los motivos de la previsión del sistema son puramente objetivos y conciernen de modo directo a la función notarial y no a otra cosa; por lo que afectan por igual a una y otra documentación financiera. El primer motivo es evitar que por una distribución muy desproporcionada en la concurrencia, la acumulación sobrecargada de encargos en un número reducido de notarios pusiera en peligro el cumplimiento ideal de las funciones de éstos en el plano de los controles de legalidad y en el de la información y asesoramiento equilibradores de la inferioridad en que los usuarios del sistema financiero se hallan al contratar los servicios del mismo en términos de mera adhesión a condiciones generales; lo que degradaría a disfunciones esas funciones públicas. y el segundo motivo, complementario del anterior, era impedir que la concentración clientelar de las distintas entidades financieras en ciertos notarios, a consecuencia de su designación habitual de hecho por aquéllas, dañara gravemente, cuando menos en términos de imagen y apariencia, la independencia e imparcialidad de la institución notarial al ejercer sus funciones públicas, con ofensa de la "garantía" exigida a este respecto por el artículo 2 1032,3 infine de la Constitución Española; vulneración que ya se produce por el hecho (monstruoso) de que quien ha de controlar la legalidad en un contrato de adhesión pueda ser designado por la parte que impone las condiciones sobre las que ha de ser ejercido el control. No admite la menor duda, desde esta perspectiva, que las concentraciones de encargos documentales de contratación de adhesión y contenido crediticio-hipotecario provenientes de entidades de la banca privada incurren en idénticos riesgos que las que se produzcan con respecto a documentos de igual contenido procedentes de otras de la banca pública o de las cajas de ahorros; por lo que sea demratio, eadem lex.

G) Que el rango constitucional de los principios que según los dos argumentos inmediatamente anteriores contrariaría la interpretación opuesta a la equiparación de una y otra documentación financiera en la aplicación de los mecanismos compensatorios, obliga absolutamente a desechar tal criterio discriminatorio-restrictivo;

H) Que de otro modo, el sistema distributivo puede caer, y de hecho cae las más de las

veces, en flagrante injusticia; pues el notario que se procure una clientela bancaria privada y deje de lado la de cajas de ahorros y banca pública, ahorra cualquier compensación por los documentos de tal procedencia y por añadidura percibe compensación por cuantos autoricen los demás, de igual clase, provenientes de cajas de ahorros y/o banca oficial. Por ende, la interpretación que hoy lleva a este absurdo ha de eliminarse para siempre a toda costa. En consideración a todo ello, así fue resuelto en los sistemas compensatorios acordados por los colegios notariales de Madrid y de Valencia, así como en la Recomendación aprobada por el Consejo General del Notariado en sus sesiones de 20 de julio y 20 de septiembre de 1996, que aún no trascendió en efectividad a los demás colegios.

Por lo que se refiere a los criterios de cálculo, debe considerarse:

1º) Que la aportación al fondo debe ser exigida sólo sobre resultados obtenidos a partir de un superávit determinado sobre el promedio; pues hasta alcanzar aquél, la diferencia inferior debe considerarse a todos los efectos normal y no anormal; y por tanto, sin riesgo de disfunción, ni de deterioro aparente de la independencia institucional. Puede convenir que la fijación de dicho margen varíe en cada localidad según la estadística total de contratación financiera de adhesión; pero por regla general, no debería ser inferior a un 20% sobre el promedio.

2º) Que los superávits deben ser calculados en función del beneficio neto obtenido según arancel, sin que deban merecer en cambio consideración correctora las estadísticas de la suma de documentos autorizados sujetos al sistema; y que la obligación de aportar al fondo a distribuir, con cargo al superávit, no debe ser inferior a un 25%.

3º) Que el criterio rector de las aportaciones debe ser el progresivo, en una escala racional, calculada por tramos de I/O en las diferencias de superávit, y

4º) Que los beneficios cuya desigualdad no se corresponda con los méritos funcionales que el modelo notarial latino quiso poner "en competencia entre competentes", vayan a parar, no ya en una cierta proporción, sino en su totalidad, no a otros notarios de inferior fortuna en la distribución natural (o no tanto) del trabajo; sino a la institución notarial para la financiación de sus estructuras y objetivos, y la defensa robustecimiento y mayor difusión de sus valores.

Por último, parece que para asegurar al sistema la mayor objetividad, y con ella la máxima eficacia, debería ser eliminada toda huella de "compensaciones subjetivas para nadie, pues ello constituiría una perturbación inadmisibile del principio de libre competencia. Por tanto, el medio más disuasorio y erradicador de afanes captatorios de documentos del Sistema Financiero sería el de corregir los aranceles notariales, desde claras perspectivas sociales, moderando significativamente la retribución de cuantos documentos formalicen contratos de clausulados predispuestos para la adhesión y la de todos aquellos en que el notario no haya sido designado por quien deba remunerarle mejorándose en cambio la de aquellos otros en que no se den estas circunstancias; y de manera especial, los que incorporen en mayor medida el valor añadido de su creatividad, rigor en los controles y esfuerzo personalizado en el ejercicio de su ministerio.

Pero hasta entonces, se impone combatir como perverso que las mayores diferencias de requerimientos y de rendimientos deriven de la clase de documentos de que precisamente provienen; o sea, los de contratos financieros; pues en ellos: 1) no elige al notario quien más necesita sus servicios internalizables; Sino que es designado por sistema por la dominante entidad financiera que es su contraparte; 2) el notario se halla en riesgo de verse excluido de esa elección por la entidad, si realiza con el rigor debido sus prestaciones de información y asesoramiento a la parte financiada, sea porque incomode a aquélla que el cliente captado con más o menos esfuerzo y habilidad para su negocio resulte así demasiado concienciado de sus riesgos contractuales, o ya porque perturbe la máxima agilidad deseada en el despacho de sus asuntos por sus delegados o empleados, pese a que la formalización de esos documentos tiene lugar normalmente a domicilio en sus oficinas o agencias urbanas, cuya competencia interna agudiza aún más esos factores negativos para la imagen de independencia, imparcialidad equilibradora y atención personalizada del sistema notarial: (¡un sistema público de garantías que de facto parece secuestrado por el sistema financiero para su conveniencia operativa ... !) y 3) por añadidura, no puede el notario influir con su opinión técnica en el contenido del negocio que el documento refleja, pues su clausulado se predispone por la entidad para su mera adhesión por el usuario del servicio financiero; por lo cual, la creatividad jurídica para la que tan preparado está, no puede aquí servir de explicación al "éxito" que aparenta la predilección de que las entidades selectoras le hagan objeto.