



ALFONSO CAVALLÉ,
NOTARIO. PRESIDENTE DEL ÓRGANO DE CONTROL DE CLÁUSULAS
ABUSIVAS DEL NOTARIADO Y DECANO DEL COLEGIO NOTARIAL
DE LAS ISLAS CANARIAS

La infrutilización de la función notarial

La profunda crisis económica padecida en nuestro país en los últimos años, con la secuela de la pérdida de empleo, ha convertido en frecuentes los ambientes de angustia y necesidad económica en muchas familias que se han visto imposibilitadas de atender las obligaciones asumidas en épocas de bonanza económica. Este escenario ha creado el caldo de cultivo

Ciertos prestamistas aprovecharon el drama de familias para enredarlas con préstamos asfixiantes de muy difícil cumplimiento

para que *medren codiciosos* que, como dijo Benedicto XVI, se valen del “fenómeno devastador de la usura y la extorsión, que constituye una humillante esclavitud. Es preciso que el Estado preste una ayuda adecuada y apoye a

las familias necesitadas y con dificultades, que tienen la valentía de denunciar a los que se aprovechan de su situación, a menudo trágica”.

Ponía de manifiesto Adicae, en su informe *Catálogo sobre cláusulas abusivas*, “el papel de funcionarios públicos independientes como notarios y registradores está desaprovechado en el Derecho español”. Ciertamente, hoy es necesario dotar a los notarios de mayores herramientas normativas que les permitan potenciar su función preventiva en beneficio de la sociedad. Y es que, como añade el citado informe, “la función preventiva debe aplicarse en la redacción del contrato, porque una vez entregadas las prestaciones, solo un juez podrá declarar la nulidad, normalmente ante un incumplimiento del deudor, con lo que se llegará tarde porque ya se habrán vulnerado los derechos del consumidor”.

Los notarios no podemos resignarnos ante esta infrutilización de nuestra función, por ello hemos de discernir sobre la idoneidad de las herramientas de que dispone-

mos y evaluar sus posibilidades a fin de maximizar su aprovechamiento y eficacia, en orden a evitar que el documento público notarial se convierta en arma de desaprensivos y en cadena de incautos, que *por salir de Guatemala entran en Guatepeor*. Este norte de la función notarial no es novedoso, aparece claramente recogido en la ley primigenia del Notariado moderno, la Ley 25 de Ventoso año XI, de 16 de marzo de 1803, dada en la Francia revolucionaria. Decía su exposición de motivos que “la paz pública hace precisos otros funcionarios que, consejeros desinteresados de las partes, al mismo tiempo que imparciales redactores de sus voluntades, les den a conocer en toda su amplitud las obligaciones que contraen, formulando sus pactos con claridad, dándoles el carácter de auténticos y fuerza de cosa juzgada en última instancia, conservando fielmente su depósito, impidiendo posibles diferencias entre los hombres de buena fe y saliendo al paso de los que, ambiciosos de inmoderado afán de medro, intenten llevar a cabo injustas pretensiones. Tales consejeros desinteresados (...) son los Notarios”. Esta veterana ley no hacía más que recoger la mejor tradición notarial, la que veía la función notarial como un ministerio tuitivo del más débil, del necesitado, o en terminología notarial más moderna, del necesitado de protección especial, como superior expresión de su función preventiva y equilibradora en pro de la justicia, la libertad e igualdad. Ese espíritu se percibe igualmente en la Ley del Notariado español, especialmente en sus artículos 1, 17 bis y 24, de los que se colige que el notario ha de ser un órgano de control y supervisión, garante del respeto a las normas y de la ética en el campo de las relaciones jurídicas entre los particulares, una de cuyas manifestaciones es la defensa de los consumidores en la moderna contratación seriada.

El papel del notario en los actos que autoriza o interviene no puede quedar constreñida, como han pretendido interesadamente algunos al poner en entredicho el control de legalidad, a una fría aplicación de la norma y un aséptico control formal. Debe ir más allá, ha de apuntar al

fondo, que comprende el control legal, ético (art. 1254 CC) y de equidad (art. 4 CC) en beneficio de la sociedad y del bien de la persona, especialmente del más débil. A través de estos artículos, y de otras disposiciones, como la normativa de consumo, “las normas morales, que siempre constituyen uno de los fundamentos cardinales del Derecho” –como decía Hernández Gil–, “se transforman en específica y directamente jurídicas” y, como tales, han de ser tenidas en cuenta por el Notario al aplicar la norma al caso concreto. Además cuando afecta a consumidores su actuación debe estar presidida e imbuida por el principio *pro consumatore*, reconocido en el artículo 51 de la Constitución como principio informador del ordenamiento jurídico que obliga a todos los funcionarios y autoridades, entre ellos los notarios.

En los últimos tiempos han sido noticia recurrente en los medios de comunicación casos de abusos de ciertos prestamistas que aprovecharon el drama de familias para enredarlas con préstamos asfixiantes de muy difícil cumplimiento, a resultas de los cuales les despojaron de sus viviendas, avocándolas a situaciones de extrema necesidad incluso de exclusión social.

Estas situaciones evidencian la necesidad de dotar a los notarios de herramientas eficaces que pongan coto a abusos amparados en una legalidad formal. Se hace imprescindible implementar medidas normativas que den mayor margen de actuación a los notarios que potencien, como demandan las asociaciones de consumidores, su función preventiva en orden a evitar que puedan servirse opresivamente de la escritura pública notarial para sus fines inmorales individuales, desaprensivos y mezquinos, guiados por un inmoderado afán de lucro, que no se merecen la protección del Estado.

Es necesario respaldar a los notarios con instrumentos que les permitan indagar en el trasfondo negocial y, llegado el caso, rechazar la prestación de su ministerio, sin miedo a incurrir en responsabilidad, en los casos en los que concluya que se encuentra ante un supuesto de abuso o inequidad en perjuicio del consumidor. Con esa finalidad prudencial y, sobre todo, con el propósito de garantizar al máximo los derechos de los consumidores, desde el Notariado se han venido adoptando en los últimos tiempos medidas tendentes a evitar en lo posible esas situaciones, como ha sido la creación por el Consejo General del Notariado del Órgano de Control de Cláusulas abusivas (OCCA). En esta línea se enmarcan también las políticas de los Colegios Notariales, por ejemplo la reciente Circular aprobada por la Junta Directiva del Colegio Notarial de las Islas Canarias dirigida a facilitar argumentos e insumos a los notarios con el objetivo de cumplir con mayor facilidad y efectividad la función equilibra-

dora y tuitiva del más débil en los contratos de préstamo o créditos hipotecarios concedidos por prestamistas profesionales que no sean entidades de crédito, sujetos a la Ley 2/2009. Esta circular se dirige a facilitar al notario argumentos para que le permitan evaluar cómo se han cumplido los requisitos que exige esta modalidad de contratación, incluidos los del periodo precontractual, que es previo a acudir a la notaría. Así el notario podrá exigir que se le justifiquen ciertos extremos, especialmente si el consumidor recibió con transparencia y antelación suficiente información jurídica y económica veraz y adecuada. Con la Circular se pretende precisar criterios de *lex artis*, pautas de actuación, que avalan un alto grado de transparencia, establece un mínimo de requerimientos de información generales y propone herramientas específicas que permitirán a los notarios, mediante procedimientos eficaces, incrementar la protección de los legítimos intereses de los consumidores. Con estas medidas, como dice la Circular, se pretende asegurar un elevado nivel de protección de los consumidores que, al amparo de la Ley 2/2009, contraten

con personas físicas o jurídicas que, de manera profesional, concedan préstamos o créditos hipotecarios bajo la forma de pago aplazado, apertura de crédito o cualquier otro medio equivalente de financiación, y para garantizar que los consumidores que celebren tales contratos lo hagan con la confianza de que las empresas con las que contratan actúan con profesionalidad.

Pero además se hace imprescindible que por el legislador se atienda la demanda social que reclama una más incisiva y decidida apuesta por el control de legalidad notarial y, entre tanto, desde la Dirección General de los Registros y del Notariado se adopten lineamientos que refuercen esta labor preventiva, ya que más vale prevenir que curar. Como indica el citado informe, en relación con los clausulados abusivos, “dada la posición de inferioridad y desequilibrio contractual en la que se encuentra el consumidor, la tutela eficaz será la que se brinde en el mismo momento de celebración del contrato evitando tener que acudir a los tribunales para obtener una declaración de nulidad de las cláusulas. La Directiva 93/13 comunitaria no impone a los Estados miembros necesariamente un control judicial. Esta se limitó a establecer unos objetivos sin acotar los medios para su consecución”.

Es necesario dotar a los notarios de mayores herramientas normativas que les permitan potenciar su función preventiva en beneficio de la sociedad
