



O F I C I O

S/REF:

N/REF:

FECHA:

ASUNTO:

Nº Expte./14N

6 de junio de 2014

Resolución queja-actuación
profesional

ANUARIO

En la queja presentada por don contra la Notaria de Marbella, doña Marta Patricia Pascua Ponce.

ANTECEDENTES DE HECHO

I.- El día 3 de abril de 2014 tiene entrada en el Registro General del Ministerio de Justicia, escrito de queja de fecha 25 de marzo de 2014 , presentado por don, al que se asignó el número de expediente/14 N, contra la actuación profesional de la Notaria de Marbella, doña Marta Patricia Pascua Ponce, con motivo del otorgamiento de un acta de presencia, manifestaciones y requerimiento, por considerar que dicha actuación pudiera vulnerar el secreto profesional y el secreto de protocolo.

La queja se concreta en los siguientes extremos: a) En el acta se incluyen manifestaciones realizadas a título propio por la Notaria. b) Se incorpora el contenido de conversaciones telefónicas y correspondencia email.

II.- La Notaria de Marbella, doña Marta Patricia Pascua Ponce, emite su informe preceptivo con fecha 21 de abril de 2014, que tiene entrada en el Registro General del Ministerio de Justicia el día 23 de abril de 2014, en el cual señala:

- Que el remitente al enviar el mensaje con copia (Cc) ha consentido que su contenido sea conocido por el abogado de la parte compradora.

- Que el requerimiento formulado para hacer constar la existencia de una cita para otorgar una escritura y para hacer constar que dicha escritura no se había otorgado, constituye, sin duda, materia propia de las actas de presencia.

- Que sólo hizo constar el hecho de que, en su oficina, se recibió una llamada que estaba relacionada con la proyectada compraventa.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 17, 17 bis y 32 de la Ley del Notariado; los artículos 1, 139, 143, 198, 199, 274 y 350 del Reglamento Notarial; los artículos 292 y 371 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; y las Resoluciones del Centro Directivo, Sistema Notarial, de 4 de agosto de 2010, 15 de octubre de 2012 y 20 de noviembre de 2013.

Primero.- Junto al recurso de queja por denegación de copia, previsto en el Reglamento Notarial, se presentan en ocasiones, tanto ante las Juntas Directivas de los Colegios Notariales, como ante el Centro Directivo, reclamaciones o quejas *lato sensu* respecto de la actuación profesional o como funcionario de los Notarios, en las cuales se insta la depuración de la responsabilidad disciplinaria, la exigencia de responsabilidad civil, ambas a la vez, o incluso, en algunos casos, se llega a solicitar la declaración de nulidad o ineficacia de los documentos públicos, o la revisión, genérica, de la actuación del Notario, por si hubiera incurrido en algún tipo de responsabilidad.

Segundo.- En el presente caso, de los documentos obrantes en el expediente, se deduce que lo que se pretende por el denunciante es que se desvirtúe la validez de un acta de presencia, manifestaciones y requerimiento, emitiendo dictamen confirmatorio, por una parte, de que no debió ser otorgada incorporando las declaraciones realizadas por la Notaria autorizante, ni las comunicaciones escritas y verbales mantenidas con el letrado reclamante, y de otra, de la vulneración por la Notaria del secreto profesional y del secreto de protocolo, solicitando que se adopten las medidas que se estimen procedentes a fin de evitar los perjuicios que pudieran irrogarse.

Tercero.- Que, en todo caso, procede ahora reproducir el reiterado criterio del Centro Directivo en cuanto a:

1º).-Que la validez o no de los documentos notariales queda sujeta a su examen y declaración por parte de los Tribunales de Justicia, sin que corresponda ni a las Juntas Directivas de los Colegios Notariales, ni a la Dirección General, pronunciarse sobre tales cuestiones, por cuanto el documento notarial goza de las presunciones de veracidad e integridad que sólo cabe desvirtuar en el correspondiente procedimiento declarativo judicial, con arreglo al principio de contradicción y plenitud de competencia probatoria.

2º).-Que igualmente compete en principio a los Tribunales de Justicia el conocimiento y declaración de la existencia, o no, de responsabilidad civil del Notario, a salvo el procedimiento previsto en el artículo 146 del Reglamento Notarial, que requiere la concurrencia de los requisitos de aceptación por ambas partes, y la estimación de la evidencia de los daños y perjuicios por la Junta Directiva, así como de las posibles responsabilidades penales que pudieran derivarse, en su caso, de los hechos denunciados.

Cuarto.- Que corresponde, así, conocer y depurar, en su caso, la responsabilidad disciplinaria en que haya podido incurrir la Notaria por infracción relevante de sus obligaciones legales y reglamentarias.

En el presente caso, el denunciante formula en su escrito una serie de reproches e imputaciones a la actuación de la Notaria, relativos a la posible vulneración del secreto profesional y del secreto de protocolo, concretada en tres cuestiones:

a) Las manifestaciones realizadas por la Notaria en la propia acta, con motivo del requerimiento formulado para hacer constar la existencia de una cita para otorgar una escritura y para hacer constar que dicha escritura no se había otorgado.

b) La incorporación al acta del contenido de conversaciones telefónicas mantenidas por el reclamante con la Notaría.

c) Y la incorporación también al acta de correspondencia (email) remitida por el reclamante a la Notaría.

Quinto.- Con relación a la primera cuestión, el reclamante considera que la Notaria autorizante, al incluir manifestaciones realizadas a título propio, se extralimita en su cometido, al convertirse en parte en el documento que autoriza.

Por su parte, la Notaria considera que, de conformidad con los artículos 198.1 y 199 del Reglamento Notarial, el requerimiento para hacer constar la existencia de una cita para otorgar una escritura y para hacer constar que dicha escritura no se había otorgado, constituye, sin duda, materia propia de las actas de presencia; que ella no es parte en la compraventa a que se refiere la cita y que su actuación en el acta consistió simplemente en hacer constar que, efectivamente, había una cita. Sin embargo, es lo cierto que la Notaria en el acta hace constar, aparte de la existencia de una cita para firma, todas las vicisitudes relativas a las proyectadas escrituras de compraventa y cancelación.

No consignándose ningún derecho a favor de la Notaria en la compraventa a que se refiere la cita, esta no es parte en la misma, ni tiene incompatibilidad para el otorgamiento del acta que motiva la queja (artículo 139 del Reglamento Notarial), sin embargo los términos en que se desarrolla la actuación notarial en la citada acta nos lleva a plantear, en la parte controvertida de la misma, cual es, en líneas generales, la situación del Notario como testigo en el procedimiento civil. Así, el valor de la fe pública notarial y su eficacia fuera y dentro del proceso sólo se entienden partiendo de la base de la doble configuración del Notario como funcionario público y como profesional del Derecho (artículo 1 del Reglamento Notarial). Este doble carácter, inescindible, de la función notarial se proyecta en la esencia de la actuación del Notario y se manifiesta en el resultado de esa actuación: el documento notarial, llamado Instrumento público, por él redactado «conforme a las Leyes».

La prueba testifical, como actividad procesal, o extraprocesal ligada a un acta de manifestaciones, que provoca la declaración de un sujeto sin ser parte en el procedimiento, plantea la problemática de qué ocurre cuando el testigo o la persona que hace las manifestaciones es un Notario. Y en este sentido caben tres supuestos: a) que el Notario declare como particular, en cuyo caso ninguna especialidad deberá recaer sobre él; b) que declare sobre el contenido del instrumento otorgado, lo cual carece de sentido y sería una redundancia al no tener nada que añadir a lo que ya consta en el propio instrumento que ha otorgado (artículos 117 bis de la Ley del Notariado y 143 del Reglamento Notarial); c) o bien que declare sobre determinados actos anteriores, coetáneos o posteriores al otorgamiento o no otorgamiento de un instrumento público, de los que tenga conocimiento por razón de su cargo.

Así, pues, centrándonos en el último supuesto, al que se refiere la presente queja, dado que se requiere a la Notaria, no sólo para recoger las manifestaciones del requirente, lo cual no plantea ningún problema técnico, sino también para que haga manifestaciones sobre la existencia de una cita para otorgar una escritura y para hacer constar que dicha escritura no se había otorgado, conviene tener en cuenta que, en los procesos civiles (pues en los penales es indudable el deber de atender el mandato judicial, en su caso), cuando se pide testimonio personal al Notario relativo a los hechos que ocurrieron en su presencia al autorizar o no autorizar un instrumento público o los documentos que se le aportaron o se generaron como previos, preparatorios o posteriores, dado que afecta al ejercicio de la actividad propia del Notario en su doble e inescindible proyección funcional-profesional, esta actividad está fundamentada por el deber de secreto profesional que la preside. Por ello, el antiguo artículo 1.247,5ª del Código Civil consideraba inhábiles para ser testigos «los que están obligados a guardar secreto, por su estado o profesión, en los asuntos relativos a su profesión o estado», principio recogido en el actual artículo 371 de la Ley de Enjuiciamiento civil, aunque ahora no se habla de inhabilidad, sino de exención del deber de declarar que sienta el artículo 292 del mismo texto legal, exención que se reconoce a quienes tienen el deber de guardar secreto respecto de hechos por los que se les interroga, bien por su estado o profesión.

Por todo ello, este Centro Directivo considera que, si un Notario intimado a ser testigo en un determinado proceso civil para declarar sobre los hechos que ocurrieron en su presencia al autorizar o no autorizar un instrumento público o los documentos que se le aportaron o se generaron como previos, preparatorios o posteriores, debe excusarse en los términos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, también debe denegar el requerimiento para hacer dicha declaración a través de un acta de manifestaciones.

Sexto .- En cuanto a la queja por haber incorporado al acta el contenido de conversaciones telefónicas mantenidas por el reclamante con la Notaría, y la correspondencia (email) remitida por el mismo también a la Notaría, la solución que se adopte está igualmente condicionada por lo indicado en el fundamento de derecho anterior, dado que, con independencia de que, como señala la Notaria en su informe, al enviar el mensaje con copia (Cc), sin hacerlo con copia oculta (Cco), pudiera considerarse que el reclamante ha consentido que su contenido

sea conocido por el abogado de la parte compradora y que, además, ella supiera que dicho abogado podía conocerlo, tanto la referencia a conversaciones telefónicas y correspondencia, como la incorporación del email remitido por el reclamante, pueden suponer una vulneración del secreto profesional, dada su consideración de actos o documentos que se aportaron o se generaron como previos, preparatorios o posteriores al otorgamiento proyectado.

No es de apreciar, sin embargo, pese a ser invocada por el reclamante, la posible vulneración del principio de secreto de protocolo (artículos 32 de la Ley del Notariado y 274 del Reglamento Notarial), ya que, como indica la Notaria sólo se ha expedido copia a instancia de parte con interés legítimo.

Séptimo .- Como corolario de todo lo antedicho, esta Dirección General no puede dejar de expresar su criterio de que, el requerimiento para que el Notario declare como testigo o haga manifestaciones respecto de hechos como los que son objeto de la presente queja no debería admitirse puesto que el que lo solicita comenzó por impedir que el Notario actuara como tal autorizando una determinada escritura o acta, para posteriormente pretender que declare, no como tal Notario, sino como cualquier persona, pero con el propósito de que esa declaración tenga los mismos efectos que si hubiera sido una escritura o un acta. Y si la declaración que se pretende obtener del Notario no se refiere directamente a hechos o datos del solicitante, sino a otros, referidos a otras personas, tal pretensión debería ser igualmente rechazable.

Por tanto, la presencia del Notario como testigo en el ámbito civil es contraria a su estatuto funcional-profesional. El Notario tiene el deber de guardar el secreto de cuanto conoce por razón de su oficio, por lo que, cuando la actuación notarial se ha plasmado en un instrumento público, se manifiesta en el secreto de protocolo, y cuando se trata de lo que el Notario hace o conoce fuera del instrumento público, se extiende al deber de secreto que, como jurista y profesional incumbe igualmente al Notario.

Y, consecuentemente, parece lógico que el Notario, intimado a ser testigo en un determinado proceso civil o requerido para realizar manifestaciones en un acta notarial, por razón de un documento que autorizó o que no llegó a autorizarse, se excuse en los términos previstos en la Ley de Enjuiciamiento civil. Y, si no se excusa o deniega el requerimiento, ha de saber que su testimonio tiene que respetar los límites del deber de secreto profesional que le incumbe y atenerse a las posibles responsabilidades en que pueda incurrir por haberlo quebrantado.

Octavo.- Por lo que respecta a la posible responsabilidad disciplinaria como consecuencia de la actuación de la Notaria, derivada de la posible vulneración del secreto profesional, debe apuntarse que, puesto que la regulación reglamentaria pertenece al ámbito del carácter funcional, ciertamente puede ocurrir que su incorrecta aplicación origine responsabilidad disciplinaria (cfr. artículo 350 del Reglamento Notarial). Pero no necesariamente tiene que ser así; no toda inaplicación de alguna norma legal o reglamentaria es siempre, inexcusable y automáticamente constitutiva de la conducta contemplada como sancionable en el precepto citado, ya que tal tipificación descansa (como toda sanción) en cierta



culpabilidad de la conducta, entendida aquella en el sentido de que ésta no obedezca a un error más o menos disculpable o a un criterio interpretativo de la norma que tuviese un apoyo racional y lógico, por más que pudiera discutirse o no compartirse (Resolución del Centro Directivo, Sistema Notarial, de 15 de octubre de 2012), tal y como ocurre en el presente caso, donde la Notaria autorizante en su informe insiste en que no existen más manifestaciones suyas que las dirigidas a hacer constar los hechos y circunstancias que ha presenciado y percibido con relación a una proyectada compraventa que no se otorgó por no comparecer el reclamante ni su representado, siendo, por tanto, de su competencia y responsabilidad la redacción del documento, y sin perjuicio del derecho de las partes a acudir a los Tribunales en caso de sentirse perjudicados (Resolución del Centro Directivo, Sistema Notarial, de 4 de agosto de 2010).

Noveno.- Finalmente, destacar, como hace la Resolución del Centro Directivo, Sistema Notarial, de 20 de noviembre de 2013, que a la vista de la gran cantidad de datos personales que se incluyen en los instrumentos públicos, y con objeto de evitar responsabilidades sobrevenidas, teniendo en cuenta que dichos datos no se limitan sólo a su constatación en un fichero secreto y particular de la oficina notarial, a la que sólo podrían acceder el Notario y los interesados, sino que, por el contrario, el fichero lo constituye el propio instrumento público notarial que se otorga con vocación de girar en el tráfico jurídico, económico, mercantil y comercial, sería oportuna la máxima diligencia por parte de los Notarios en el control de los datos incorporados a fin de evitar perjuicios económicos irreparables, a través de la utilización fraudulenta de dicha información.

En base a tales consideraciones esta Dirección General es del parecer que procede archivar el expediente.

Contra la presente Resolución cabe interponer recurso de alzada ante la Subsecretaría de Justicia dentro del plazo de un mes computado desde el día siguiente a aquél en que tenga lugar su notificación (artículos 114 y 115 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).

Madrid, 6 de junio de 2014. El Director General de los Registros y del Notariado Joaquín Rodríguez Hernández.