REVISTA JURIDICA DEL NOTARIADO

OCTUBRE~DICIEMBRE 1994

REVISTA JURIDICA DEL NOTARIADO

Antigua **Revista de Derecho Notarial**
Fundada en 1953 por
Rafael Núñez-Lagos

LA **REVISTA JURIDICA DEL NOTARIADO**
NO SE IDENTIFICA CON LAS OPINIONES EXPRESADAS
POR LOS AUTORES EN SUS TRABAJOS

I.S.S.N.: 1132-0044
Depósito legal: GU-72/92

Gráficas Minaya, S.A. - calle Méjico, 45 - 19004 GUADALAJARA

Dirección:
Ruiz de Alarcón, 3
28014 MADRID

Tfno.: 91-531.49.05
Fax: 91-521.15.53

SUMARIO

Estudios

Práctica jurídica

A) *Derecho Civil*

B) *Derecho Notarial*

Jurisprudencia

Actualidad jurídica

LA SEGURIDAD JURIDICA EN EL TRAFICO INMOBILIARIO EN ESPAÑA Y ALEMANIA: LA PRACTICA NOTARIAL Y REGISTRAL

DR. BURCKHARDT LÖBER
Notario, Francfort del Meno

JOSÉ LUIS PENEDO DEL RÍO
Abogado, LL.M., Augsburg

SUMARIO: **I.** INTRODUCCIÓN. **II.** SISTEMAS DE TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA. **III.** MECANISMOS DE GARANTÍA JURÍDICA DEL TRÁFICO INMOBILIARIO. **1.** La inspección registral. **1.1.** *La obligación de inspeccionar el Registro.* **1.2.** *Medios de comunicación entre la Notaría y el Registro.* **1.3.** *Contenido obligatorio de la información registral.* **1.4.** *Plazos.* **1.5.** *Valoración.* **2.** La Auflassungsvormerkung. **3.** La cuenta fiduciaria notarial. **3.1.** *Realización del pago sin cuenta fiduciaria notarial.* **A)** *Aspectos generales.* **B)** *Exigibili-*

I. Introducción

España se ha convertido en los últimos años en el país europeo destinatario de más del 50% de las inversiones inmobiliarias alemanas, de naturaleza privada, en el extranjero. Dentro de este marco, uno de los aspectos que más interés y preocupación ha despertado en el inversor alemán ha sido la seguridad jurídica en el tráfico inmobiliario español. Este aspecto ya había sido objeto de un informe sobre transacciones inmobiliarias transfronterizas, el cual fue presentado por el diputado británico Edward McMillan ante la Comisión de Peticiones del Parlamento Europeo el 9 de enero de 1989 (Informe McMillan) y también constituyó uno de los temas más debatidos en el V Congreso de los Notarios españoles celebrado en Granada (octubre 1993).

Todo ello ha contribuido a que el legislador español haya adoptado, asesorado por una comisión de Notarios y Registradores, las medidas legislativas oportunas al respecto.

Dicha actividad legislativa ha tenido su culminación en el Real Decreto sobre colaboración entre las Notarías y los Registros de la Propiedad para la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario (Real Decreto 2537/1994, de 29 de diciembre de 1994, B.O.E. de 24 de enero de 1994, Aranzadi-leg. núm. 193; a continuación RD).

Objeto de este trabajo será el exponer las líneas básicas del sistema de seguridad jurídica en el tráfico inmobiliario alemán y sus principales diferencias con el sistema vigente en España, fundamentalmente desde el punto de vista notarial y registral sobre la base del mencionado RD.

II. Sistemas de transmisión de la propiedad inmobiliaria

Antes de ocuparnos de los sistemas de seguridad en concreto, pensamos que es necesario hacer una breve referencia a los sistemas de transmisión de la propiedad inmobiliaria en ambos países, dado que, al lado de su pura finalidad transmisoria de la propiedad, estos sistemas cumplen también una función de garantía de la seguridad jurídica en el tráfico inmobiliario. Esto lleva consigo que las diferencias fundamentales entre dichos sistemas de transmisión también se reflejen en la configuración de los mecanismos garantes de dicha seguridad jurídica.

El sistema español de transmisión de la propiedad inmobiliaria, encuadrado dentro de los sistemas privados y regido por la Teoría del Título y Modo, presenta diferencias fundamentales con respecto al sistema alemán. Aspectos como la libertad de forma del acuerdo obligacional y la inscripción sólo con carácter declarativo son totalmente ajenos a la correspondiente regulación legal alemana. En el derecho español, la inscripción en el Registro de la Propiedad no constituye un requisito indispensable para la transmisión de la propiedad entre las partes contratantes. Dicha inscripción sólo produce efectos frente a terceros, mientras la transmi-

sión de la propiedad entre las partes ya se suele realizar antes del otorgamiento de la escritura y casi siempre antes de la inscripción, ya sea por medio de un contrato privado o incluso verbalmente, siempre que se cumplan las condiciones del art. 1.261 C.c. y vaya acompañado de la traditio (art. 609, 1.095, 1.278, 1.279, 1.280, 1.462 C.c.).

Por su parte, el sistema de transmisión de la propiedad inmobiliaria en el derecho alemán se encuadra dentro de los llamados sistemas registrales. De acuerdo con este sistema, la inscripción en el Registro del derecho de propiedad sobre un bien inmueble (Eintragung in das Grundbuch, § 873 BGB) tiene un carácter constitutivo. En otras palabras, la transmisión de dicho derecho sólo se produce en el momento de su inscripción en el Registro. Sin embargo, éste no es el único requisito necesario para que la transmisión de la propiedad sea perfecta, ya que la inscripción por sí sola no
12 puede llevarse a cabo si no viene precedida de un acuerdo real de transmisión de la propiedad entre las partes. Este acuerdo se debe realizar necesariamente en forma notarial y se incluye generalmente como anexo en la misma escritura pública (Auflassung; §§ 873, 925 BGB). A su vez, este acuerdo real de transmisión de la propiedad entre las partes contratantes (a continuación Auflassung) sólo debe ser aceptado por el Notario si va precedido o se realiza simultáneamente con el otorgamiento notarial del negocio causal o escritura pública (notarielle Beurkundung; §§ 313, 925a BGB) (1).

Si bien, según § 313 f. 2 BGB, la falta de observancia de la forma anteriormente señalada para el negocio causal (escritura pública) podría ser subsanada a través de la realización de la Auflassung e inscripción en el Registro de la Propiedad posteriores (§ 313 f. 2 BGB), esta dicción necesita ser matizada.

Esta disposición del § 313 f. 2 es una consecuencia del Principio de Abstracción que rige en el derecho alemán. Se-

(1) HOFFMANN: p. 27, 120-122; WOLF: p. 166-170.

gún este principio, el negocio causal y el negocio real (en este caso la Auflassung) son, en lo que respecta a su eficacia, totalmente independientes uno del otro, es decir, la ineficacia de uno de ellos no afecta a la eficacia del otro. Esto significa que en caso de nulidad del negocio causal, la transmisión de la propiedad se producirá de todas formas, si la Auflassung y la inscripción en el Registro se llevan a cabo posteriormente. Sin embargo, este Principio de Abstracción normalmente no podrá subsanar el defecto de forma de un contrato privado a través del procedimiento del § 313 f. 2, ya que, como hemos indicado anteriormente, el Notario alemán no debe aceptar el otorgamiento notarial de la Auflassung sobre la base de un contrato que no reúna la forma notarial exigida de acuerdo con § 313 f. 1 (§ 925a BGB). En este sentido, la subsanación de la falta de forma notarial de un contrato privado de compraventa sólo será posible en el caso, muy poco probable, de que el Notario 13
permita, infringiendo la ley, el otorgamiento de la Auflassung sobre la base de dicho contrato privado y posteriormente se produzca la inscripción de la misma. En general, sólo cuando exista una escritura pública de compraventa, la cual haya sido realizada de una forma incorrecta o incompleta, podrá subsanarse su nulidad a través de la Auflassung y la inscripción en el Registro posteriores (2).

En resumen, sólo cuando el otorgamiento notarial o la escritura, la Auflassung y la inscripción registral se den conjuntamente y por el orden expresado se producirá la transmisión de la propiedad del bien inmueble a favor del adquirente.

---

(2) HOFFMANN: p. 27.

III. Mecanismos de garantía jurídica del tráfico inmobiliario

A pesar de las diferencias existentes entre los sistemas alemán y español de transmisión de la propiedad inmobiliaria, la seguridad jurídica del tráfico inmobiliario en ambos ordenamientos jurídicos sólo se alcanza, de manera absoluta y *erga omnes,* con la inscripción en el Registro de la Propiedad del inmueble a favor del adquirente.

Desde la celebración del negocio causal de transmisión de la propiedad (ya sea verbal, por contrato privado o escritura pública) hasta la inscripción en el Registro transcurre un intervalo de tiempo, necesario para cumplir con los requisitos legales que permiten acceder a dicho Registro. Durante este período de tiempo, pueden tener lugar e incluso acceder al Registro de la Propiedad actos jurídicos ajenos a la voluntad y sin conocimiento del adquirente, los cuales le

pueden privar de la adquisición de su derecho de propiedad o impedir su adquisición bajo las condiciones pactadas en dicho negocio causal (por ej.: nuevas transmisiones, gravámenes, embargos, etc.).

Toda esta problemática tiene su origen fundamentalmente en los principios registrales de prioridad, fe pública y buena fe que rigen en ambos ordenamientos jurídicos. Estos principios permiten la adquisición de la propiedad y otros derechos reales sobre bienes inmuebles por terceros, siempre que éstos actúen de buena fe y los adquieran de persona que figure en el Registro como su titular. El tercero que adquiriendo bajo estas condiciones, posteriormente inscriba su derecho, privará a la parte adquirente de su derecho de propiedad no inscrito o le impedirá la adquisición del mismo bajo las condiciones pactadas en el negocio causal (art. 34 LH, art. 1.473 C.c.; §§ 891, 892 BGB).

La eficacia de los mecanismos de garantía que presentan ambos ordenamientos jurídicos, en orden a garantizar el acceso del adquirente al Registro según las condiciones acordadas en el negocio causal y alcanzar así una protección

jurídica completa, se encuentran lógicamente influenciados por los distintos sistemas de transmisión de la propiedad inmobiliaria anteriormente expuestos. Lo que sí es común a ambos ordenamientos jurídicos es el papel decisivo que debe jugar la figura del fedatario público durante todo el proceso previo hasta la inscripción registral, en su calidad de asesor jurídico imparcial de las partes y, a la vez, nexo de unión entre éstas y el Registro de la Propiedad. La reciente modificación que el legislador español ha llevado a cabo de los Reglamentos Notarial e Hipotecario, a través del indicado RD, constituye buena prueba de ello.

A continuación intentaremos exponer las soluciones que el derecho alemán ofrece para resolver la problemática antes apuntada y las diferencias fundamentales con respecto a la situación española, especialmente a la luz del nuevo RD.

1. Inspección registral.

El conocimiento exacto y veraz de la situación registral del inmueble en cuestión, en el momento de la celebración del negocio causal o escritura, constituye un aspecto fundamental para que la transmisión de la propiedad se pueda llevar a cabo bajo las condiciones pactadas en dicho negocio. Dicho conocimiento posibilita que la escritura se convierta en un fiel reflejo de la realidad registral y deje de ser una simple forma del negocio causal. En este sentido, una escritura realizada sobre la base de una información registral exacta y veraz se constituye en requisito indispensable para un posterior acceso al Registro según las condiciones y con el rango pactados en dicha escritura.

Mientras el legislador español, a través del mencionado RD, ha establecido un procedimiento específico de colaboración entre las Notarías y los Registros, provisto de una serie de obligaciones, mecanismos, plazos y contenidos, los cuales han de ser respetados por Notarios y Registradores, la legislación alemana regula esta materia de un modo muy

general y traza simplemente las líneas básicas que tanto el Notario como cualquier otra persona que quiera consultar el Registro de la Propiedad, siempre y cuando tenga un interés legítimo para ello, deben seguir (Grundbucheinsicht § 21 I BeurkG, § 12 I, II GBO).

1.1. *La obligación de inspeccionar el Registro.*

Antes de proceder al otorgamiento notarial, el Notario alemán, al igual que el español, tiene la obligación de examinar el Registro de la Propiedad e informarse sobre su contenido en relación al bien inmueble objeto de la escritura (§ 21 f. 1 BeurkG; art. 175 RN, art. 1 RD).

El Notario alemán sólo podrá proceder a un inmediato otorgamiento de la escritura, sin haber realizado antes la citada inspección registral, en el caso de que las partes per-
16 sistan en ello y siempre previa advertencia detallada a las mismas de los peligros que ello podría traer consigo. A continuación, el Notario deberá hacer constar esta circunstancia en la escritura (§ 21 f. 2 BeurkG).

En la legislación alemana no se han establecido ni la urgencia del otorgamiento notarial, como requisito de la renuncia, ni la posibilidad por parte del Notario de rechazar dicha renuncia cuando considere que no haya sido justificada suficientemente o tenga dudas sobre la exactitud de la información de que dispone el adquirente. Tampoco desaparece la obligación del Notario alemán de consultar el Registro cuando se trate de actos de liberalidad o el transmitente o constituyente sea una entidad de derecho público (art. 1 RD, art. 175 II RN). Con respecto a estas excepciones, se han alzado voces críticas entre algunos Notarios españoles. Aparte de señalar la falta de justificación de las otras dos excepciones a la obligación de inspección previa del Registro (art. 1 RD, art. 175 II a) b)), éstos han llamado la atención sobre la difilcultad de definir en la práctica los conceptos de "urgencia justificada", "duda" o "exactitud de la información

disponible" y los posibles problemas que todo ello podría llevar consigo, especialmente con respecto a la responsabilidad del Notario, en el caso de que su negativa a un inmediato otorgamiento notarial resulte injustificada a posteriori.

Por otro lado, nos llama la atención el hecho de que la regulación española conceda al adquirente la posibilidad de renunciar en solitario a la previa inspección registral del Notario y no conjuntamente con el vendedor. Esta diferenciación nos parece injustificada principalmente por dos razones. En primer lugar, el transmitente debería tener el mismo derecho que el comprador a decidir sobre esta renuncia, si bien sólo conjuntamente con él, ya que los intereses del primero también podrían salir perjudicados en el supuesto de no llevarse a cabo dicho examen registral previo por renuncia del comprador. En segundo lugar, a través de esta diferenciación a priori entre comprador y vendedor se desvirtúa en cierta medida la imparcialidad del Notario, en su calidad de asesor jurídico de ambas partes y no sólo de defensor de los derechos del adquirente (art. 147 RN).

1.2. *Medios de comunicación entre la Notaría y el Registro.*

A diferencia del derecho español, el legislador alemán no ha regulado un mecanismo especial para llevar a cabo la colaboración y comunicación entre el Notario y el Registrador, prescindiendo de los medios habituales (nota simple informativa y certificación registral).

En el derecho alemán, la obligación de examinar el Registro por parte del Notario se podrá cumplir mediante los medios puestos a disposición de cualquier persona que tenga un interés legítimo en dicha consulta, es decir, mediante un examen personal del Registro, ya sea por parte del propio Notario o uno de sus ayudantes, siempre que dicho ayudante esté suficientemente cualificado para ello, o bien a través de la solicitud de un extracto del Registro. Este extracto puede consistir en una copia simple (Einfache Abschrift)

o en una copia legalizada (Beglaubigte Abschrift), según la voluntad del Notario o solicitante (§ 12 II GBO) (3).

La posibilidad de solicitar la información registral pertinente mediante un escrito provisto de su sello a través del fax y en este caso la obligación por parte del Registrador de contestar también por este medio (art. 1 RD, art. 175 I RN) no han sido recogidas en la legislación alemana. No obstante, los Notarios alemanes suelen utilizar el fax para solicitar la información registral, mientras que los Registradores remiten la información solicitada por correo normal.

1.3. *Contenido obligatorio de la información registral.*

El nuevo RD ha fijado el contenido obligatorio tanto de la información solicitada por el Notario como la remitida por el Registrador así como su responsabilidad con respecto
18 a la exactitud de la misma. Nos parece importante dentro de esta regulación, la obligación impuesta al Registrador de suministrar no sólo la información recogida en el folio registral sino también sobre todos aquellos asientos de presentación con respecto a la finca en cuestión, los cuales figuren en el libro diario, así como la regulación de su responsabilidad por toda la información suministrada (art. 3 RD, art. 175 III RN; art. 3 RD, art. 354 a), 563 ss. RH). Con respecto a este último aspecto de la responsabilidad del Registrador, existe cierto escepticismo por parte de algunos Notarios españoles, quienes consideran dicha responsabilidad muy inferior a la del Notario, sobre todo con respecto al resultado final de la transmisión inmobiliaria.

Por su parte, la legislación alemana no establece expresamente la amplitud de la información registral a consultar o solicitar por el Notario, ni tampoco ninguna obligación especial del Registrador a este respecto.

La amplitud de la obligación del Notario alemán de ins-

---

(3) NOTAR: p. 13-14; WOLF: p. 127.

peccionar el Registro ha sido interpretada por la jurisprudencia alemana de un modo mucho más restringido que en el caso español. El Notario alemán sólo está obligado a inspeccionar o solicitar aquella información sobre la situación registral del inmueble en cuestión que se desprenda de los distintos apartados del folio registral correspondiente. Dicho folio registral se compone de una portada, un índice y tres secciones. En la portada se especifica el Juzgado de Primera Instancia donde se encuentra el Registro, la demarcación y el número del folio registral. En el índice se recoge la designación numérica de la finca del propietario en cuestión así como su descripción catastral, tipo, situación y extensión. En la sección I se encuentran los datos del titular así como la clase de título adquisitivo de que se trata. En las secciones II y III se especifican las cargas, reservándose la sección III únicamente para las hipotecas inmobiliarias y Grundschulden (garantía inmobiliaria independiente del crédito que garantiza). A cada folio le corresponde un acta registral, la cual contiene todos los títulos y las solicitudes de inscripción, aún no resueltas, referentes al inmueble del folio correspondiente, realizando así una función semejante a los libros diarios de los Registros españoles. Si bien tiene derecho a ello (§ 12 I f. 2 GBO), el Notario no está obligado, en principio, a inspeccionar estas actas registrales. Este sólo deberá proceder a la inspección de las mismas, cuando, a su entender, existan indicios de la existencia de solicitudes de inscripción sobre la finca en cuestión, aún no resueltas.

Aunque no se encuentra obligado a ello, el Notario alemán suele indicar la fecha de la inspección registral y reproducir parcialmente en la escritura el contenido de la información registral, especialmente el de las secciones II y III, siempre y cuando, claro está, las partes no hayan renunciado a la solicitud de dicha información por parte del Notario, en cuyo caso anotará dicha circunstancia (§ 21 f. 2 BeurkG) (4).

(4) NOTAR: p. 13-14.

En cuanto a la responsabilidad del Registrador alemán con respecto a la información emitida, al igual que en derecho español, la solicitud de una copia simple excluye la responsabilidad de éste con respecto a la exactitud y actualidad de su contenido. Por el contrario, el Registrador responderá siempre de la exactitud y certeza de toda copia legalizada expedida por él (§ 839 BGB).

1.4. *Plazos.*

El nuevo RD ha regulado los plazos máximos tanto para la remisión de la información por parte del Registrador como para el posterior otorgamiento de la escritura por parte del Notario. Dentro de este ámbito, destacaríamos además la obligación por parte del Registrador, durante los nueve días siguientes al de remisión de la información solicitada, de comunicar al Notario solicitante en el mismo día en que se produzca, el hecho de que se haya presentado cualquier título o solicitud posterior de información registral de otros Notarios de la finca en cuestión, la cual afecte a la información registral de la misma remitida anteriormente al Notario solicitante (art. 3 RD, art. 354 a) 5.ª RH). Durante el primer año de vigencia, el plazo para enviar esta información será de 24 horas a partir de la modificación de la información registral anteriormente remitida (Disposición Transitoria Unica RD).

Todo ello implica que, a pesar de haberse reducido el espacio de tiempo sin información continuada y con ello el correspondiente riesgo, todavía sigue existiendo un intervalo de tiempo durante esos nueve días en el que se puede producir una interrupción de dicha información continuada con respecto a la llegada al Registro de solicitudes de información o títulos que afecten a la situación registral anteriormente notificada.

Al mismo tiempo y en orden a otorgar efectividad y dotar de vigencia a la información remitida, el legislador español ha complementado la obligación del Registrador de

remitir la información registral solicitada y sus variaciones, dentro de los plazos fijados, con la obligación del Notario de otorgar la escritura dentro de los diez días naturales siguientes a la recepción de dicha información (art. 1 RD, art. 175 RN). A este respecto, nos resulta difícil de entender la razón por la cual se le ha concedido al Notario un plazo de diez días, a partir de la recepción de la información solicitada, para llevar a cabo el otorgamiento notarial, si el plazo de vigencia de la obligación de información continuada por parte del Registrador finaliza a los 9 días de haber sido enviada la información en cuestión. Esta circunstancia crea la posibilidad de que exista un espacio de tiempo en el que aún no hay obligación de otorgar la escritura por parte del Notario, y en el cual se puedan producir modificaciones registrales o solicitudes de información con respecto a las cuales no existe obligación alguna de notificación por parte del Registrador.

Por su parte, la legislación alemana no ha impuesto expresamente ningún plazo máximo ni para la remisión por parte del Registrador de la información solicitada ni para el otorgamiento notarial de la escritura, tras la recepción de dicha información registral, así como tampoco ninguna obligación de información continuada por parte del Registrador. La doctrina y la jurisprudencia han adoptado posturas variadas y han aceptado el transcurso de un período tanto de 2 como de 4 semanas entre la fecha de inspección o de expedición del extracto del Registro y la del posterior otorgamiento notarial. La jurisprudencia ha estimado incluso que no existe responsabilidad de aquel Notario que lleve a cabo el otorgamiento notarial 6 semanas después de consultar el Registro u obtener la información registral sin proceder a una nueva consulta, siempre y cuando no existan indicios concretos de que se hayan producido cambios con respecto a la situación registral anteriormente consultada (5).

---

(5) NOTAR: p. 13.

1.5. *Valoración.*

El diferente tratamiento que los ordenamientos jurídicos español y alemán han dado a este aspecto viene claramente determinado por los diferentes sistemas de transmisión de la propiedad inmobiliaria de cada país. En este sentido, las divergencias de intensidad y perfección de ambas regulaciones deben ser analizadas también en base a estas diferencias existentes entre ambos sistemas de transmisión.

La falta de una regulación alemana completa y detallada en esta materia se debe principalmente al peculiar sistema alemán de transmisión de la propiedad inmobiliaria, en concreto, al ya apuntado carácter constitutivo de la inscripción en el Registro y al puramente obligatorio de la escritura pública. Esta circunstancia implica la imposibilidad de un intercambio de las prestaciones en el momento del otorgamiento notarial. Este intercambio tendrá lugar en un momento posterior, concretamente cuando se haya garantizado el acceso al Registro bajo las condiciones y el rango pactados en la escritura. En la garantía de este acceso es donde la función y obligaciones del Notario alemán cobran mucha más importancia y pasan a ser reguladas de una forma más exhaustiva.

No obstante, habría que señalar que el mero otorgamiento de la escritura sobre la base de una información registral, la cual no fuera fiel reflejo de la situación registral real en el momento de dicho otorgamiento, excluiría la posibilidad de un acceso posterior al Registro, o por lo menos lo impediría bajo las condiciones pactadas en la escritura, y con ello dejaría sin eficacia las medidas de garantía adicionales adoptadas posteriormente. Este otorgamiento notarial supone, por sí solo, un negocio causal a través del cual ya surgen obligaciones para las partes contratantes, cuya imposibilidad de cumplimiento o cumplimiento parcial obligaría a adoptar las medidas legales oportunas para alcanzar soluciones justas de acuerdo con el derecho civil (§§ 275, 320-327

BGB). La circunstancia de que la escritura, en el derecho español, tenga valor traslativo de la propiedad, salvo que se estipule lo contrario (art. 1.462 C.c.), lleva consigo el hecho de que el intercambio de las prestaciones se suela realizar en el momento del otorgamiento (si es que no se ha realizado ya antes mediante un contrato privado y la traditio). A nuestro entender, este aspecto hace necesaria una regulación más completa de la obligación de inspección registral, previa al otorgamiento, por parte del Notario, en orden a garantizar el equilibrio de las prestaciones. En este sentido, la valoración que nos merece la nueva regulación española de esta materia es muy positiva. La introducción del fax como medio de comunicación entre la Notaría y el Registro y viceversa, la fijación de un contenido obligatorio para la información registral a suministrar por el Registrador y el establecimiento de unos plazos máximos tanto para llevar a cabo esta información como el posterior otorgamiento notarial son medidas que confieren mayor fluidez, rapidez y seguridad jurídica al tráfico inmobiliario en España. El nuevo RD ofrece, a pesar de sus errores y lagunas, una mayor garantía en lo que respecta a la vigencia, exactitud y coincidencia de la información registral disponible con la situación registral real en el momento del otorgamiento de la escritura. De este modo, el nuevo RD proporciona un grado de seguridad jurídica mucho más alto que la regulación alemana en el momento de dicho otorgamiento notarial. De todas formas, pensamos que para su eficacia en la práctica, los errores y lagunas apuntados necesitarán ser compensados por la habilidad de los Notarios y Registradores, incluso fuera del ámbito estricto de sus obligaciones.

Por lo que respecta a la debilidad de la regulación alemana en este ámbito, ésta podrá ser compensada en cierto modo por la exigencia indispensable de un otorgamiento notarial para la transmisión de la propiedad inmobiliaria, la cual hace ineludible una intervención del Notario y con ello también su obligación de examinar el Registro antes de la

misma. Incluso en el caso de una renuncia de las partes a esta previa inspección, el Notario siempre tendrá la posibilidad de advertir a las mismas sobre los peligros que dicha renuncia acarrearía (§ 21 f. 2 BeurkG).

Por el contrario, el nuevo RD no ha tenido en consideración que en el sistema español de transmisión de la propiedad inmobiliaria, la inscripción en el Registro y su requisito previo indispensable, la escritura, no son necesarias para la transmisión de la propiedad inmobiliaria. Esta cuestión ya había sido puesta de manifiesto por algunos Notarios españoles durante el congreso de Granada en 1993, con respecto a la regulación vigente en aquel momento. En este sentido, la inspección registral por parte del Notario, previa al otorgamiento de la escritura, y la advertencia de los peligros que una renuncia a la misma puede llevar consigo sólo serán posibles, si las partes deciden otorgar directamente una escritura pública o elevar a público su contrato privado de compraventa, para lo cual disponen de plena libertad. La eficacia de esta nueva regulación y con ello la contribución del Notario a la seguridad jurídica en el tráfico inmobiliario siguen quedando al completo arbitrio de las partes.

Finalmente, hay que señalar que tanto en el derecho alemán como en el español, la obligación del Notario de examinar el Registro antes del otorgamiento notarial, por sí sola, no es suficiente para garantizar una seguridad jurídica completa en el tráfico inmobiliario. Entre el examen del Registro u otorgamiento notarial y la inscripción registral sigue existiendo un intervalo de tiempo con los mismos peligros que los que mediaban antes de la inspección registral (por ejemplo: embargo, venta en otra Notaría, etc.). En este sentido, son necesarios mecanismos adicionales que complementen esta previa inspección registral, con el fin de garantizar la seguridad jurídica hasta la inscripción.

2. La Auflassungsvormerkung.

Tras el otorgamiento notarial de la escritura pública, se ha de proceder a la ejecución de la misma, especialmente a la realización del intercambio de las prestaciones entre las partes contratantes.

En el caso de la compraventa de bienes inmuebles, el intercambio de las prestaciones representa el momento más conflictivo dentro del proceso de transmisión de la propiedad. Esto se debe, por un lado, al alto valor económico de las mismas y, por otro, a que, a diferencia de la venta de cosas muebles, la simultaneidad de dichas prestaciones resulta difícil, sobre todo en el sistema alemán, en el que la propiedad no se adquiere hasta la inscripción en el Registro.

En este sentido, una prestación anticipada por parte de alguno de los interesados podría acarrearle un grave perjuicio económico en el caso de que no fuese posible o no se llevase a cabo la contraprestación correspondiente bajo las condiciones pactadas (p. ej. en el caso de una doble venta o embargo después de haberse pagado el precio y antes de haberse inscrito la Auflassung, insolvencia del comprador, etc.). Para evitar este perjuicio y asegurar el intercambio de las prestaciones, resultan imprescindibles tanto el asesoramiento por parte del Notario, en el momento del otorgamiento notarial, sobre todas aquellas medidas necesarias para garantizar dicho intercambio como su intervención en la ejecución de la misma escritura.

En el sistema alemán, el pago del precio por parte del vendedor suele tener lugar antes de la inscripción en el Registro del derecho de propiedad a su favor. Dado que con ello el comprador realiza su prestación anticipadamente, las condiciones de exigibilidad o pago del precio deberán estar reguladas en la escritura de tal manera, que el derecho del comprador a que le sea transmitida la propiedad del inmueble en cuestión quede garantizado de la mejor

forma posible. En el derecho alemán, antes de la inscripción, el comprador sólo adquiere una seguridad jurídica absoluta con respecto a su derecho a adquirir la propiedad, bajo las condiciones pactadas en la escritura, mediante una anotación preventiva del acuerdo real de transmisión de la propiedad (Auflassungsvormerkung, § 883 BGB; a continuación Vormerkung).

La Vormerkung necesita para su nacimiento tanto la autorización del titular del derecho real (en este caso del vendedor) afectado por la pretensión garantizada por ella como su posterior inscripción en el Registro de la Propiedad (§ 885 BGB). En este sentido, las partes suelen renunciar, en la misma escritura, a sus derechos de solicitud ante el Registro y confiar al Notario la petición de la inscripción de la Vormerkung.

Esta Vormerkung tiene por finalidad la garantía de la
26 inscripción del cambio de titularidad del derecho de propiedad, con el rango pactado en la escritura, a favor del comprador. Este derecho de propiedad a favor del adquirente adoptará, tras su inscripción, el rango de la Vormerkung (§ 883 III BGB). De este modo, la Vormerkung sólo garantiza el derecho del comprador a la transmisión de la propiedad frente a derechos de terceros inscritos con posterioridad al suyo (§ 883 II BGB). Por esta razón, las partes acuerdan que el comprador, o en su caso el Notario, sólo quedará obligado a realizar el pago del precio al vendedor, en el momento en que ya se haya realizado la inscripción de la Vormerkung y además se encuentren a disposición del Notario todas las autorizaciones de cancelación de aquellas cargas vivas, las cuales no hayan sido aceptadas por el comprador y sean preferentes a la Vormerkung (ver ap. III 3.1. B) C), III 3.2. B) C)).

Al mismo tiempo, dicha Vormerkung no da lugar a un cierre del Registro sino que lleva consigo la ineficacia relativa de aquellas disposiciones que impidan o perjudiquen el cumplimiento de la pretensión garantizada por ella. En este

sentido, la Vormerkung concede al legitimado por la misma un derecho a exigir del tercero, adquirente del derecho inscrito, el cual perjudique o impida el cumplimiento o realización de la pretensión garantizada por la Vormerkung, el consentimiento necesario para dicho cumplimiento, en este caso para la inscripción en el Registro del derecho de propiedad a su favor (§§ 883 II, 888 BGB; § 19 GBO).

La Vormerkung realiza en el derecho alemán una función parecida a la que realiza en el español el llamado asiento de presentación. Sin embargo, la primera no tiene un plazo de caducidad sino que presenta un carácter accesorio, ya que así como no puede nacer sin la pretensión que garantiza (en este caso el derecho del comprador a la transmisión del derecho de propiedad a su favor), la misma se extingue con el cumplimiento o desaparición de dicha pretensión garantizada (§§ 883 I, 886 BGB). De este modo, una vez realizado en el Registro el cambio de titularidad 27
del derecho de propiedad a favor del comprador mediante la inscripción de la Auflassung, ya se puede proceder a la cancelación de la Vormerkung (§§ 885, 886 BGB). Dado que ésta no podrá realizarse sin el consentimiento del legitimado por la misma (en este caso el comprador), se le concede al vendedor el derecho a exigir del comprador la autorización necesaria para dicha cancelación, siempre y cuando no sea otorgada voluntariamente por este último (§§ 22 I 1, 19 GBO; § 886 BGB). Sin embargo, el comprador suele autorizar y solicitar, en la misma escritura, la cancelación de la Vormerkung en el momento de la inscripción de la Auflassung, renunciando a sus derechos de solicitud ante el Registro y encargando al Notario la solicitud de dicha cancelación (6).

A nuestro entender, mediante la reforma del artículo 249 del Reglamento Notarial y del artículo 418 del Reglamento Hipotecario, realizada por el RD, el legislador español ha

(6) NOTAR: p. 61-68, 28-29; WOLF: p. 181-191.

compensado en gran medida los inconvenientes que podría encerrar la caducidad de un asiento de presentación.

La posibilidad de remisión por fax del escrito de comunicación obligatoria por parte del Notario con su firma, sello y los datos de la escritura matriz otorgada así como la obligación por parte del Registrador de anotación de un asiento de presentación, sobre la base de esta comunicación por fax, han acelerado el procedimiento previo a la inscripción y a la vez aumentado la seguridad jurídica entre el otorgamiento de la escritura y la inscripción definitiva (art. 2, 6 RD; art. 249 II RN; art. 418 c) ap. 1 RH). Asimismo, el legislador español ha fijado la obligación del Notario de poner a disposición del comprador una copia auténtica de cualquier escritura que sea susceptible de inscripción en el Registro dentro de los cinco días hábiles posteriores a su otorgamiento (art. 2 RD; art. 249 RN). Todo ello, claro

está, bajo la condición de que se presente dicha copia auténtica de la escritura que motivó dicho asiento en el plazo de los diez días hábiles siguientes a su presentación (art. 4 RD; art. 418 IV RH) y se realice la inscripción definitiva de la misma dentro del plazo de vigencia del asiento de presentación o de la anotación preventiva que en su caso lo prorrogue.

Por su parte, la legislación alemana no ha fijado expresamente los plazos máximos para solicitar la inscripción de la Vormerkung, ni en general para la ejecución de la escritura por parte del Notario, y sólo admite la extensión de una Vormerkung en base a una copia auténtica de la misma. Esto se debe principalmente a que el intercambio de las prestaciones aún no ha tenido lugar sino que normalmente comenzará a partir de la inscripción de la Vormerkung con el rango pactado.

En general, la jurisprudencia ha concedido tanto plazos de 4 como de 10 días, a partir del otorgamiento notarial, para ejecutar la escritura. Lo que sí ha puesto de manifiesto es que aquellas solicitudes encaminadas a garantizar el

rango del derecho del comprador (por ej.: solicitud de inscripción de la Vormerkung) deberán ser presentadas sin demora, incluso en el caso de que todavía no se den el resto de requisitos necesarios para la inscripción definitiva. En la práctica, tras el otorgamiento notarial, el Notario suele proceder a la solicitud de inscripción de la Vormerkung de forma inmediata. En orden a solicitar esta inscripción, el Notario sólo presentará una copia auténtica parcial de la escritura, sin el anexo que contiene la Auflassung. Esta práctica impide que se produzca, por error, una inscripción de la Auflassung en este momento anterior al pago del precio o depósito del mismo en la cuenta fiduciaria notarial, lo cual daría lugar a la transmisión del derecho de propiedad a favor del adquirente (ver ap. III 5.).

La inscripción de una Vormerkung queda al completo arbitrio de las partes. No obstante, el Notario alemán tiene la obligación de informar a las mismas sobre la existencia de esta posibilidad y, al mismo tiempo, la de advertir de los riesgos que puede llevar consigo su no realización. 29

3. La cuenta fiduciaria notarial.

Tal como hemos señalado anteriormente, dado que los intereses del comprador sólo quedan suficientemente protegidos tras la inscripción de una Vormerkung, el pago del precio no debería ser exigible a dicho comprador o, por lo menos, no estar a disposición del vendedor hasta que dicha Vormerkung se inscriba en el Registro de la Propiedad con el rango pactado. En orden a alcanzar este objetivo, en la práctica notarial alemana se suele realizar el pago a través de una cuenta fiduciaria del Notario (§ 23 BNotO). No obstante, los Notarios de Baviera y Baden-Württemberg tienden a prescindir de la utilización de esta cuenta fiduciaria notarial, siempre que esto sea posible y las circunstancias del caso concreto no exijan lo contrario. En resumen, se puede decir que la utilización o no de una cuenta fiduciaria de-

penderá de las circunstancias de cada caso concreto y el Notario deberá en base a las mismas aconsejar o no dicha utilización.

3.1. *Realización del pago sin cuenta fiduciaria notarial.*

A) *Aspectos generales.*

Las razones principales que aconsejan prescindir de esta cuenta fiduciaria notarial son de distinta índole.

En primer lugar, el pago del precio mediante un depósito en una cuenta fiduciaria del Notario puede llevar consigo un perjuicio para el comprador en lo que respecta a los intereses de la suma depositada, sobre todo si la venta no se lleva finalmente a cabo. Frente a los intereses anuales de una cuenta a plazo fijo, las cuentas fiduciarias devengan normalmente sólo un 0,5%. Generalmente, un depósito a plazo fijo es sólo posible si las partes así lo acuerdan y si se puede predecir de forma aproximada cuándo se darán las condiciones de pago al vendedor. Al mismo tiempo, el solo hecho del depósito implica el pago de unos honorarios de gestión (Hebegebühr) por los servicios prestados por el Notario, exclusivamente en relación a dicho depósito.

En segundo lugar, en el caso de la utilización de una cuenta fiduciaria notarial existe la posibilidad de una revocación unilateral (por alguna de las partes) de la orden de depósito, entre el momento del mismo y el del pago al vendedor (por ejemplo, a causa de engaño doloso sobre vicios graves del bien inmueble), con los problemas que ello conllevaría. Sin embargo, la partes ya suelen hacer constar en la escritura la irrevocabilidad de esta orden de depósito, ya que en caso contrario el Notario no suele aceptar dicha orden.

En tercer lugar, el depósito en cuenta fiduciaria notarial abre un abanico de hipotéticas fuentes de error para el Notario, las cuales no existirían en caso de un pago inmediato

y podrían, en su caso, llevar consigo la responsabilidad del Notario. Este tiene, entre otras obligaciones, las de observar las órdenes de depósito del acreedor financiador y comprobar su viabilidad, pagar a los acreedores del vendedor, etc. Al mismo tiempo, el Notario tiene que cumplir con todas las obligaciones que le impone el Reglamento de Servicios de los Notarios en relación al depósito (p. ej. consignación de la orden de depósito por escrito, anotación de la aceptación de la misma, pago de los intereses de la cantidad depositada a la persona legitimada para ello, llevanza de un libro de depósitos, etc.; §§ 11 ff. DONot.) (7).

El Ilustre Colegio de Notarios de Baviera también se ha manifestado sobre la cuenta fiduciaria, en concreto con respecto a los negocios de inversión y la Ley sobre blanqueo de dinero (Circular de 02.12.93). Los Notarios bávaros han llamado la atención principalmente sobre dos aspectos:

— En primer lugar, se ha puesto de manifiesto el peligro que supone la aceptación del dinero por parte del Notario, dado que éste no dispone de los medios técnicos adecuados para comprobar la autenticidad de los medios de pago. 31

— En segundo lugar, la realización de un depósito en una cuenta fiduciaria, sin un negocio válido que le sirva de base, implicaría la simulación de una serie de garantías y llevaría consigo una serie de riesgos tanto para el Notario como para terceros.

B) *Exigibilidad al comprador del pago del precio.*

En el marco de un pago sin cuenta fiduciaria, las partes condicionan la exigibilidad del precio y con ello la posterior realización del pago al vendedor, dentro de un determinado plazo de tiempo, al cumplimiento de dos requisitos:

— Por un lado, la inscripción de la Vormerkung en el Registro a favor del comprador. El Notario solicitará dicha

(7) NOTAR: p. 168-181.

inscripción mediante la presentación de una copia auténtica de la escritura sin el apartado que recoja la Auflassung (ver ap. III 5.).

— Por otro, la puesta a disposición del Notario en forma registral, por parte de los acreedores del vendedor, de todas las autorizaciones de cancelación de cargas sobre el bien inmueble objeto de la venta, las cuales no hayan sido aceptadas por el comprador y prevalezcan en rango a la Vormerkung (ver ap. III 2.). Las partes acuerdan ya en la escritura dicha cancelación y encargan al Notario con la solicitud de las autorizaciones de las entidades acreedoras del vendedor y su posterior presentación en el Registro para su inscripción. Las entidades acreedoras otorgarán estas autorizaciones al Notario junto con un mandato fiduciario, según el cual, éste sólo podrá disponer de estas autorizaciones cuando se haya realizado el respectivo pago, en general, cuando se les

haya devuelto a dichas entidades la cuantía aún en valor del crédito hipotecario (esto se debe a que en el derecho alemán existe una clase de hipoteca inmobiliaria (Grundschuld), para la cual no rige el principio de accesoriedad) (8).

C) *Pago del precio al vendedor.*

La falta de un depósito del precio en una cuenta fiduciaria notarial hace que las condiciones de pago al vendedor coincidan prácticamente con las de su exigibilidad al comprador. En este sentido, una vez se hayan cumplido los requisitos necesarios para su exigibilidad, arriba indicados, el Notario comunicará esta circunstancia a las partes, indicando al comprador el deber de realizar el pago al vendedor dentro de un determinado plazo a partir de esta comunicación, el cual ya se suele fijar en la escritura.

En el supuesto de la existencia de hipotecas sobre el inmueble en cuestión, se suele acordar entre comprador y ven-

(8) NOTAR: p. 25-28.

dedor, ya en la escritura, que el inmueble debe ser transmitido libre de cargas y que el comprador realice el pago del precio a los acreedores del vendedor en concepto de amortización de aquellas obligaciones crediticias del mismo, las cuales estén garantizadas por dichas hipotecas.

En este sentido, el Notario comunicará al comprador (o entidad crediticia en el caso de financiación del precio, ver apartado III 4.) qué cuantía del precio deberá pagar al vendedor y qué cuantía a cada acreedor en concepto de amortización del crédito hipotecario con los intereses.

Posteriormente, el vendedor o sus acreedores deberán comunicar al Notario, sin demora, la recepción del precio para que éste pueda solicitar la inscripción de la escritura en el Registro, ya provista del anexo con la Auflassung (ver apartado III 5), así como la cancelación de las cargas mediante la presentación de las autorizaciones correspondientes.

Todos estos acuerdos suelen ya formar parte de la escritura.

D) *Transmisión de la posesión.*

A falta de cuenta fiduciaria notarial, la entrega de la posesión no suele realizarse hasta que tenga lugar el pago total del precio al vendedor o en su caso a sus acreedores. A partir del momento del pago, la posesión y los frutos del inmueble corresponderán al comprador así como los riesgos por pérdidas y daños fortuitos (§ 446), los impuestos (p. ej. impuesto sobre bienes inmuebles) y gravámenes correrán de su cuenta (9).

(9) NOTAR: p. 52 y s.

3.2. *Realización del pago mediante cuenta fiduciaria notarial.*

A) *Aspectos generales.*

El ámbito de aplicación de una cuenta fiduciaria notarial se reduce principalmente a los siguientes supuestos:

— En los casos en que sea necesario un traspaso anticipado (antes del pago del precio al vendedor) de la posesión, frutos y cargas al comprador.

— En el caso de que existan dudas sobre la solvencia del comprador. Normalmente la inscripción anterior de una Vormerkung con el rango pactado entre las partes es condición imprescindible para que se produzca el pago del precio al vendedor. Esta inscripción de la Vormerkung a favor del comprador podría impedir que el vendedor pudiese, durante

algún tiempo, disponer del bien inmueble, aún de su propiedad, en el caso de que el comprador no realice o no pueda realizar el pago del precio al vendedor y al mismo tiempo se niegue a autorizar la cancelación de la Vormerkung (ver apartado III 2). Por esta razón, y con el fin de salvaguardar también los intereses del vendedor, sólo se procederá a la presentación de la Vormerkung para su inscripción después del depósito del precio o parte del mismo en la cuenta fiduciaria notarial. Sin embargo, este problema también podría ser solucionado por otros medios, como por ejemplo, mediante la presentación de un aval bancario en el momento del otorgamiento notarial.

— En las transmisiones de inmuebles sobre los que existan cargas que haya que liberar y a la vez el precio de la transmisión sea financiado por terceros. En estos casos, los acreedores del vendedor otorgarán las autorizaciones de cancelación de las garantías inmobiliarias inscritas a su favor bajo la condición de que el Notario sólo podrá hacer uso de ellas en el caso de que el cumplimiento de las obligaciones crediticias del vendedor frente a sus acreedores se

encuentren debidamente garantizadas, es decir, mediante el depósito del precio en la cuenta fiduciaria del Notario. A su vez, la entidad financiadora sólo permitirá que el Notario realice el pago del precio depositado a las entidades acreedoras del vendedor, cuando éstas hayan puesto a disposición del Notario todas aquellas autorizaciones de cancelación necesarias para garantizar el rango registral pactado con respecto a la garantía inmobiliaria otorgada a favor de dicha entidad financiadora (10).

— En los casos en los cuales exista peligro de ejecución forzosa, especialmente en los casos de venta forzosa en una subasta judicial (Circular de 02.12.93).

B) *Exigibilidad al comprador del pago del precio.*

Una vez que las partes contratantes, bajo el asesoramiento del Notario, se hayan decidido por el pago del precio a través de un depósito en la cuenta fiduciaria notarial, se fijará una fecha para su ingreso (exigibilidad) en la cuenta fiduciaria del Notario. 35

El Notario sólo podrá aceptar este acuerdo, en el caso de que la orden, la fecha y las condiciones del depósito así como las del pago al vendedor y de la entrega de la posesión al comprador se hayan hecho constar por escrito y se encuentren claramente determinadas (§ 11 I II DONot).

Si bien es cierto que este acuerdo no tiene por qué constar en la escritura pública, éste ya suele formar parte de la misma. Esta circunstancia evita la posibilidad de que se produzca una violación del § 313 BGB (ver apartado II) en el supuesto de que en un acuerdo de depósito realizado fuera de la escritura se recojan circunstancias que deban formar parte del contrato principal, el cual sí debe ser objeto de otorgamiento notarial (11).

---

(10) NOTAR: p. 165 y s.
(11) NOTAR: p. 25-28, 123-127.

C) *Pago del precio al vendedor.*

El pago del precio depositado en la cuenta fiduciaria se suele condicionar a la ya apuntada inscripción de una Vormerkung con el rango pactado a favor del comprador. Esto significa que el Notario deberá tener en su poder, antes de realizar el pago del precio depositado al vendedor, todas aquellas autorizaciones de cancelación de cargas registrales que no hayan sido asumidas por el comprador o sus acreedores y que sean preferentes en rango a la Vormerkung. Al igual que en el supuesto sin cuenta fiduciaria (ver apartado III 3.1. B)), las partes acuerdan ya en la escritura su cancelación y encargan al Notario la solicitud de dichas autorizaciones de las entidades acreedoras del vendedor y su posterior presentación en el Registro para su inscripción.

En el supuesto de que el comprador se comprometa al pago de aquellas obligaciones crediticias del vendedor garantizadas por una hipoteca sobre el bien inmueble, compensándolas con el precio depositado, será el Notario el encargado de realizar el pago de las cuantías del precio depositado correspondiente al vendedor y a sus acreedores, en concepto de amortización de dichos créditos, respectivamente. Una vez realizado el pago, el Notario presentará en el Registro copia auténtica de la escritura (ya con el apartado que contiene la Auflassung, ver apartado III 5), junto con las autorizaciones de cancelación, para su inscripción definitiva (ver apartado III 3.2.).

D) *Transmisión de la posesión.*

La determinación de una fecha para el depósito del precio permite fijar, ya de antemano, el momento de la transmisión de la posesión, frutos y cargas al comprador. Normalmente, se fija como fecha de entrega de la posesión al comprador la del depósito del precio en la cuenta fiduciaria del Notario. A partir de este momento, la posesión y frutos

del inmueble corresponden al comprador y los impuestos, gravámenes y los riesgos por pérdida o daño fortuito corren de su cuenta (§ 446). Como consecuencia de todo ello y para evitar que a una de las partes contratantes le correspondan tanto los frutos del inmueble como los intereses del precio depositado, éstos últimos pertenecerán al vendedor desde el momento del depósito. En cuanto a los costes bancarios, éstos corren normalmente por cuenta de la persona que recibe los intereses, dado que las entidades bancarias suelen compensar unos con los otros (§ 12 II 6 DONot). En cuanto a los honorarios fiduciarios (Hebegebühren, § 14 KostO), éstos deberían correr normalmente por cuenta del vendedor, en el supuesto de financiación de sus deudas con el precio depositado. En cuanto a las garantías inmobiliarias, los gastos de su cancelación correrán a cargo del vendedor, mientras que los de su constitución serán por cuenta del comprador (12).

No obstante, las partes tienen libertad para pactar cualquier otro tipo de condiciones con respecto al depósito, la exigibilidad y pago del precio, los intereses, los honorarios fiduciarios, la cancelación y constitución de hipotecas así como con respecto a la transmisión de la posesión.

Del mismo modo, la utilización de la cuenta fiduciaria del Notario, al igual que en el caso de la Vormerkung, queda al completo arbitrio de las partes. Esta circunstancia refuerza la obligación del Notario de asesorar a las partes en este momento del proceso transmisorio, siempre atendiendo a las circunstancias del caso concreto.

Resumiendo, podríamos decir que la diferencia fundamental entre una compraventa con y otra sin cuenta fiduciaria reside en que, en la primera, los intereses del vendedor están garantizados ya desde un primer momento con el depósito del precio en la cuenta fiduciaria. Esta circunstancia posibilita la fijación de un momento determinado para la

---

(12) NOTAR: p. 52 y s., 176-179.

transmisión al comprador de la posesión del bien inmueble, antes de que se produzca el pago al vendedor. Esto puede tener una gran importancia en la práctica, sobre todo en lo que respecta a los intereses del comprador, en concreto en relación a la percepción de los frutos (p. ej. en el caso de venta de una empresa, esto permitiría proceder a su explotación con una mayor antelación).

La utilización de una cuenta fiduciaria notarial es poco común en la práctica notarial española. Sin embargo, nada se opone a su utilización e incluso existen Notarios españoles que las utilizan a petición de las entidades bancarias alemanas que financian la inversión. Este sistema puede ser muy útil en los supuestos en que tenga lugar una financiación del precio por una entidad crediticia alemana y a la vez existan garantías inmobiliarias inscritas a favor de otra entidad bancaria, las cuales habrá que cancelar mediante la satisfacción de las obligaciones crediticias, garantizadas por las primeras, con el crédito concedido por la entidad financiadora alemana.

4. La financiación del precio.

En el caso de que el comprador financie la inversión inmobiliaria mediante recursos ajenos, éste suele hacerlo a través de un crédito de una entidad bancaria, el cual se halla normalmente garantizado por una hipoteca sobre el bien inmueble en cuestión a favor de dicha entidad.

Sin embargo, el comprador sólo podrá inscribir esta hipoteca a favor de la entidad bancaria en el caso de que sea propietario del inmueble en cuestión (§§ 873 I BGB, 19 GBO), circunstancia que no se da en este instante.

4.1. *Acuerdo de cooperación.*

El sistema utilizado para solucionar este problema consiste en que el vendedor, aún en su calidad de propietario,

coopere con el comprador y permita la constitución de la hipoteca (generalmente una Grundschuld), con lo cual ésta ya estará inscrita a favor de los acreedores financiadores del comprador cuando el precio sea exigible, independientemente del momento de la transmisión de la propiedad, es decir, del momento de la inscripción en el Registro. De acuerdo con esta práctica, el vendedor autoriza al comprador a hipotecar el inmueble objeto del contrato en una determinada cuantía (normalmente se trata de una suma que cubra el precio además de los intereses y pagos adicionales que deba realizar el comprador) y a realizar todas las declaraciones que a este respecto estime oportunas, especialmente la de sometimiento a ejecución hipotecaria (§ 800 ZPO). El comprador, por su parte, cede su derecho de cobro del crédito hipotecario al vendedor o al Notario fiduciario. El banco financiador sólo podrá pagar a estos últimos.

Esta autorización para solicitar la hipoteca ha de incluirse no sólo en la escritura de constitución de la hipoteca sino ya en la de la compraventa, para evitar así una violación del § 313 BGB (ver apartado 1) y garantizar el rango de la hipoteca frente a posibles hipotecas de seguridad que puedan surgir a través de un embargo del derecho del comprador a que se le transmita la propiedad (§§ 866, 867 BGB). 39

No obstante, este compromiso de cooperación, por sí solo, implica ciertos riesgos especialmente en lo que respecta a la responsabilidad del vendedor. Este responderá con el bien inmueble de la cuantía y los intereses del préstamo, el disagio del comprador y los costes de constitución de la hipoteca, y todo ello sin aún haber recibido el precio.

4.2. *Acuerdo de garantía limitado.*

Los riesgos arriba indicados se suelen evitar a través de un acuerdo de garantía limitado, entre el vendedor y la entidad financiadora del comprador.

Según este acuerdo, el poder que va incluido en la escritura de la hipoteca sólo podrá ser utilizado por el banco hipotecario del comprador en la medida en que se lo autorice este acuerdo de seguridad celebrado con el vendedor.

En virtud de este acuerdo de seguridad, la entidad bancaria del comprador sólo podrá conservar o utilizar la hipoteca como garantía, en cuanto a los pagos realizados al vendedor en concepto de liquidación del precio de compra.

En el caso de que la compra fracase, esta entidad bancaria no podrá conservar la hipoteca, siempre y cuando le sean devueltas las cantidades del crédito hipotecario ya pagadas, sin intereses. En este sentido, el banco hipotecario del comprador deberá otorgar simultáneamente su consentimiento para la cancelación de dicha hipoteca a cambio de la devolución de dichas cantidades. Al mismo tiempo, se suele pactar en la escritura que el vendedor no se hará cargo de ninguna garantía personal o de cualquier gasto que lleve consigo la constitución de la hipoteca (13).

La aplicación de este tipo de financiación a través de entidades bancarias alemanas con respecto a inversiones inmobiliarias en España se encuentra normalmente con ciertos inconvenientes.

En primer lugar, en el derecho alemán existe una configuración jurídica distinta con respecto a algunos tipos de garantías inmobiliarias. Esta circunstancia da lugar a ciertos problemas en la práctica, ya que estas garantías inmobiliarias han de ser inscritas en el Registro español para que produzcan sus efectos y dicha inscripción algunas veces no es posible.

En segundo lugar, los Notarios españoles no suelen ocuparse de la solicitud de las autorizaciones de cancelación de las garantías inmobiliarias inscritas, ya que las entidades bancarias españolas sólo las suelen conceder cuando el crédito garantizado por la hipoteca ha sido devuelto.

---

(13) NOTAR: p. 49-52.

A pesar de todo ello, nada se opone a que el Notario español pueda llevar a cabo esta función fiduciaria, siempre que se produzca una colaboración por parte de las entidadades bancarias intervinientes y se busquen soluciones prácticas para la inscripción de las garantías inmobiliarias. En este sentido, tanto la reciente Ley 2/1994, de 30.04.1995, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios (B.O.E. 04.04.1995) como la Orden de 5 de mayo de 1995 sobre transparencia de las condiciones financieras de los créditos hipotecarios (B.O.E. 11.05.1995) podrían, en principio, facilitar este tipo de financiaciones e incluso contribuir a una mayor rapidez y seguridad en el tráfico inmobiliario español. No obstante, habrá que esperar a su efectividad en la práctica, ya que existen bastantes dudas en este sentido entre los Notarios y profesionales de la banca españoles.

5. El acuerdo real de transmisión de la propiedad y la inscripción en el Registro de la Propiedad. **41**

Finalmente, las partes suelen declarar en la escritura el hecho de estar de acuerdo con la transmisión de la propiedad a favor del comprador (Auflassung) y otorgan su consentimiento para que el Notario solicite la inscripción de dicho acuerdo en el Registro de la Propiedad, a partir del momento en que el vendedor comunique al Notario la recepción del precio dentro del plazo convenido (supuesto sin cuenta fiduciaria, ver apartado III 3.1. c)) o que dicho precio ya haya sido ingresado en la cuenta fiduciaria del Notario (supuesto con cuenta fiduciaria, ver apartado III 3.2. c)). A este respecto, las partes renuncian a sus derechos de solicitud ante el Registro de la Propiedad.

La Auflassung deberá ser declarada en presencia simultánea de ambas partes contratantes (§ 925 I BGB). La legislación alemana no exige un otorgamiento notarial de dicha Auflassung. Sin embargo, éste resulta requisito imprescindible para poder llevar a cabo la inscripción de la Auflassung

en el Registro y así para poder inscribir el derecho de propiedad a nombre del comprador. Asimismo, cualquier apoderamiento para la declaración de la Auflassung así como para su ratificación o confirmación deberán ser otorgados en documento público o legalizado públicamente (§ 29 GBO). Por documento público se entiende, entre otros, el otorgamiento notarial de dicho poder.

La Auflassung normalmente sólo podrá ser declarada ante un Notario o en su caso Cónsul alemán. Una Auflassung declarada ante un Fedatario Público extranjero es ineficaz *con respecto a un inmueble situado en un territoro donde* rija el BGB (§ 925 I BGB).

Generalmente, la Auflassung no podrá ser realizada bajo término o condición (§ 925 II BGB, § 16 I GBO). Por esta razón, la misma se suele plasmar en un propio apartado de la escritura (normalmente en el anexo). De todos modos, en

la práctica, se admiten como válidas aquéllas condiciones (arriba indicadas) que hacen depender la inscripción de la Auflassung, del hecho de que al Notario le conste el pago del precio al vendedor o se haya realizado el depósito del mismo en la cuenta fiduciaria notarial.

También está permitido realizar la Auflassung bajo condición de que todos los derechos reales constituidos en la escritura sean simultáneamente inscritos (§ 16 II GBO). La constitución de una hipoteca por el resto del precio, de un usufructo, de un gravamen real a favor del vendedor constituyen ejemplos típicos de estas prácticas. En estos casos, la inscripción simultánea de los derechos reales constituidos a favor del vendedor, u otros participantes, se garantiza a través de la indicación al Notario de presentar sólo conjuntamente las distintas solicitudes de inscripción para su ejecución en el Registro. Preferible es, sin embargo, la posibilidad que tiene el solicitante de determinar que no se realice una inscripción sin las demás (§ 16 II GBO) (14).

---

(14) NOTAR: p. 68-72, 166-172.

Una vez otorgada la escritura, las partes reciben una copia autorizada simple parcial de la misma, la cual carece del anexo que contiene la Auflassung. La finalidad principal de esta práctica es impedir que el comprador pueda llevar a cabo, con una copia autorizada provista de la Auflassung, la inscripción de esta última antes del pago del precio al vendedor o su ingreso en la cuenta fiduciaria notarial. Este hecho llevaría consigo la transmisión de la propiedad a su favor, ya en este momento. Con la misma finalidad, el Notario presenta en el Registro sólo una copia auténtica parcial, sin Auflassung, en el momento de la solicitud de inscripción de la Vormerkung.

Una vez que le conste al Notario el pago del precio al vendedor (o en su caso a los acreedores de éste) o que éste haya sido ingresado en la cuenta fiduciaria del Notario, éste procederá a presentar en el Registro la escritura con el apartado que contiene la Auflassung así como las autorizaciones de cancelación de cargas en forma registral, en orden a solicitar la inscripción del derecho de propiedad a favor del comprador. En el momento de dicha inscripción, tendrá lugar la transmisión del derecho de propiedad a favor del comprador, con el rango pactado.

IV. Conclusión

Como se ha podido comprobar a lo largo de la exposición y dejando a un lado la inscripción registral con carácter constitutivo, la simple exigencia del otorgamiento de escritura pública para la transmisión de la propiedad inmobiliaria, lo que implica la nulidad de los contratos inmobiliarios privados y hace inevitable una intervención del Notario, contribuye de una forma decisiva a la seguridad jurídica en el tráfico inmobiliario. A nuestro entender, en este aspecto reside la diferencia fundamental entre los sistemas de seguridad jurídica alemán y español en este ámbito.

Mecanismos de seguridad como la inspección registral, Auflassungsvormerkung o el pago a través de la cuenta fiduciaria del Notario pueden perder toda eficacia en la práctica, ya que quedan al completo arbitrio de las partes. A través de la exigencia obligatoria del otorgamiento notarial del contrato, el Notario alemán tiene, en su calidad de figura imparcial en el proceso transmisorio, la posibilidad y obligación de advertir a los participantes de los peligros que todo negocio inmobiliario conlleva y de aconsejarles sobre el adecuado uso de los mecanismos de seguridad, acercándoles más al Registro como única garantía absoluta. El Notario contribuye de esta forma a dotar de eficacia práctica a las medidas de seguridad antes apuntadas y con ello a aumentar la seguridad jurídica en el tráfico inmobiliario. Al mismo tiempo, el Notario alemán siempre tendrá la posibilidad de reparar, en cierta medida, los defectos de su sistema, que tal como hemos visto también los tiene, a través de una actuación profesional y responsable de acuerdo con cada caso concreto.

Esta situación no ha sido tenida en cuenta por parte del legislador español. Como ya hemos dicho, el nuevo RD nos merece una opinión muy positiva y un paso adelante, a pesar de sus defectos y de no otorgar una seguridad jurídica completa desde el otorgamiento notarial hasta la inscripción en el Registro. Entendemos las reticencias del legislador y del jurista español frente a una modificación del sistema de transmisión español en orden a dotar de un valor constitutivo a la inscripción en el Registro. Sin embargo, somos de la modesta opinión que el establecimiento de la escritura pública, como requisito indispensable para la transmisión de la propiedad inmobiliaria, representa un paso necesario para poder combatir de manera eficaz el fraude en el tráfico inmobiliario, reforzando, al mismo tiempo, la figura del Notario en su papel de asesor imparcial de las partes y convirtiendo así en imprescindible su intervención en el marco de dicho tráfico.

Finalmente, nos gustaría señalar que esta humilde aportación tiene como finalidad dar lugar a un debate y a la búsqueda de soluciones comunes, dentro del marco del notariado europeo, las cuales puedan contribuir a una mayor seguridad jurídica en el tráfico inmobiliario de ambos países.

Versión castellana de disposiciones legales alemanas

BGB (Código Civil Alemán)

§ **313.** Un contrato, por el cual una parte se obliga a transmitir o adquirir la propiedad sobre una finca, necesitará el correspondiente otorgamiento notarial. Un contrato concluido sin la observancia de esta forma es válido en su totalidad, si se realizan la Auflassung y la inscripción en el Registro.

§ **446.** (1) Con la entrega de la cosa vendida pasarán al comprador los riesgos por pérdida y menoscabo fortuitos. Desde la entrega, los frutos corresponderán al comprador y éste habrá de soportar las cargas de la cosa.

§ **873.** (1) Para la transmisión de la propiedad sobre una finca, para el gravamen de una finca con un derecho, así como para la transmisión o gravamen de tal derecho, será necesario el acuerdo del titular y de la otra parte sobre la producción de dicha modificación jurídica y la inscripción de dicha modificación en el Registro, en tanto que la ley no prescriba otra cosa.
(2) Antes de la inscripción, los interesados sólo estarán vinculados por el acuerdo, si las declaraciones se han documentado notarialmente o se han emitido ante la oficina del Registro o se han entregado a ésta o si el titular ha entregado a la otra parte una autorización de inscripción conforme a las disposiciones del Reglamento del Registro.

§ **883.** (1) Para la seguridad de la pretensión de constitución o extinción de un derecho sobre una finca o sobre un derecho que grava la finca o —de la pretensión— de modificación del contenido o del rango de dicho derecho, podrá ser inscrita una Vormerkung en el Registro de la Propiedad. La inscripción de una Vormerkung es también admisible para garantizar una pretensión futura o de una pretensión bajo condición.
(2) Una disposición sobre la finca o sobre el derecho, realizada después de la inscripción de la Vormerkung, es ineficaz, en la medida que frustre o menoscabe la pretensión. Esto también tiene validez si la disposición se realiza en vía de ejecución forzosa o de ejecución de embargo o por el administrador del concurso.
(3) El rango del derecho, a cuya constitución está di-
46 rigida la pretensión, se determina según la inscripción de la Vormerkung.

§ **885.** (1) La práctica de una Vormerkung se realiza en base a una medida cautelar o en base a la autorización de aquél cuya finca o cuyo derecho son afectados por la Vormerkung. Para que se dicte la medida cautelar no es necesario que sea probable un riesgo para la pretensión a asegurar.
(2) En la inscripción de la Vormerkung, para una más detallada determinación de la pretensión a asegurar, podrá hacerse referencia a la medida cautelar o a la autorización de inscripción.

§ **886.** Aquél, cuya finca o cuyo derecho estén afectados por la Vormerkung, podrá exigir del acreedor la cancelación de la Vormerkung, en el caso de que le corresponda una excepción por la cual se excluya permanentemente el ejercicio de la pretensión asegurada por la Vormerkung.

§ **888.** Siempre que la adquisición de un derecho inscrito o de un derecho sobre tal derecho sea ineficaz frente a

aquél en cuyo beneficio existe la Vormerkung, éste puede exigir del adquirente el consentimiento para la inscripción o la cancelación que sea necesario para la realización de la pretensión asegurada por dicha Vormerkung.

(2) Lo mismo vale si la pretensión está asegurada por una prohibición de disposición.

§ 925. (1) El acuerdo entre el enajenante y el adquirente, necesario según el parágrafo 873 para la transmisión de la propiedad sobre una finca (Auflassung), tiene que ser declarado ante una institución competente. Cualquier Notario será competente para aceptar este acuerdo, sin perjuicio de la competencia de otras instituciones. Una Auflassung también se puede declarar en una conciliación judicial.

(2) Una Auflassung que se realice bajo una condición a término es ineficaz.

§ 925a La Auflassung sólo debe ser aceptada, si el documento sobre el contrato, necesario según el § 313 f.1, se presenta o se formaliza al mismo tiempo.

BeurkG (Ley de Documentación Notarial)

§ 21. (1) En el caso de negocios jurídicos que tengan por objeto derechos inscritos o inscribibles en el Registro de la Propiedad, el notario deberá informarse sobre el contenido del Registro de la Propiedad. Si no lo hace, sólo podrá proceder al otorgamiento notarial, si los participantes persisten en ello a pesar de ser informados de los peligros que este hecho conlleva. El notario deberá consignar esta circunstancia en la escritura.

(2) En el caso de una cesión o gravamen de un derecho de prenda con cédula, el notario deberá consignar en la escritura si la cédula se ha encontrado a su disposición.

BNoto (Ley Federal del Notariado)

§ **23.** Los Notarios son también competentes para hacerse cargo de dinero, títulos-valores y cosas de valor que les hayan sido entregados por los participantes en orden a su custodia o entrega a terceros.

DONot (Reglamento de los Notarios Alemanes)

§ **11.** (1) El Notario sólo puede aceptar dinero, títulos-valores y cosas de valor que le hayan sido entregados para su custodia o entrega a terceros (§ 23 BNoto), si el depositante ha determinado en una orden de depósito de una forma concreta y completa la persona del asignante (en el caso de que éste no coincida con el depositante), la del destinario, las
48 condiciones temporales y materiales del depósito (por ejemplo, imposición a plazo fijo) así como las condiciones para la entrega o devolución del bien bajo custodia incluidos sus rendimientos. El Notario debe abogar por una orden de depósito de esta forma y comprobar si el contenido del mandato fiduciario satisface tanto las condiciones de una correcta realización del negocio como el interés de seguridad de los participantes en el negocio fiduciario.
(2) La orden de depósito así como su posible modificación o ampliación necesitan la forma escrita. El Notario tiene que consignar su aceptación siempre que la orden de depósito no sea objeto de una escritura del Notario que lleve a cabo el depósito (§§ 8, 36 BeurKG).

GBO (Reglamento del Registro de la Propiedad)

§ **16.** (1) Una solicitud de inscripción, a cuya tramitación se le imponga una reserva, no debe ser admitida.

(2) Cuando se soliciten varias inscripciones, el solicitante podrá determinar que una inscripción no se lleve a cabo sin las otras.

MODELO DE ESCRITURA DE COMPRAVENTA SIN CUENTA FIDUCIARIA
(versión castellana reducida)*

CONTRATO DE COMPRAVENTA CON AUFLASSUNG — **Protocolo núm. ./1995**

OTORGADO

en Frankfurt am Main — **a ... de ..... de 1995**

Ante mí, el infrascrito Notario

Dr. Burckhardt Löber

miembro del Ilustre Colegio de Notarios de Frankfurt am Main con domicilio profesional en 60313 Frankfurt am Main, Schillerstraße 2

comparecen hoy:

1. El señor ....., abogado, nacido el ....., de nacionalidad española, soltero, con domicilio profesional en la calle ....., D-60313 Frankfurt am Main —con pasaporte español válido núm. .....—.

* Se trata de una versión con las cláusulas más importantes, de acuerdo con nuestra exposición anterior. Todo aquello que figura entre paréntesis, excepto en el § 9, son precisiones de los autores, las cuales no pertenecen a la escritura de compraventa. Queremos agradecer muy sinceramente al Notario Dr. Wolfgang Ott la colaboración prestada en la elaboración de este trabajo, tanto por los modelos de escritura y otra documentación facilitada como por sus comentarios críticos.

El compareciente domina el alemán, con lo cual está en condiciones de entender todas las declaraciones realizadas en este documento.

2. La señora ....., abogada, nacida el ....., de nacionalidad alemana, soltera, con domicilio profesional en la calle ....., D-60313 Frankfurt am Main
— con pasaporte alemán válido núm. .....—.

Ambos comparecientes intervienen en nombre y derecho propios.

Los comparecientes solicitan el otorgamiento notarial del siguiente

CONTRATO DE COMPRAVENTA CON AUFLASSUNG

§ 1

50 **Situación registral**

El Notario se ha informado sobre la situación registral del inmueble en cuestión a ..... (fecha).

Informe registral:
— Designación del Registro de la Propiedad y datos registrales del inmueble
— Nombre del propietario y título
— Gravámenes

§ 2

Declaración de venta

El compareciente 1), a continuación vendedor, el cual figura en § 1 como propietario, vende por la presente el inmueble expuesto en el mismo apartado, con todos los derechos y bienes accesorios, al compareciente 2), a continuación comprador.

El inmueble debe ser transmitido libre de cargas.

Por esta razón, las partes solicitan ya en este momento la cancelación de las mismas y renuncian recíprocamente a

sus derechos de solicitud ante el Registro de la Propiedad.

El Notario deberá solicitar las autorizaciones de cancelación de cargas y llevar a cabo dichas cancelaciones.

§ 3
Precio, exigibilidad

1. El precio asciende a

   DM .....

   —en palabras ..... marcos alemanes—

2. El precio será exigible de la forma siguiente:

   El precio será exigible y deberá ser pagado al vendedor en el plazo de 14 días a partir de la notificación del Notario según la cual

   a)

   la Vormerkung haya sido inscrita en el Registro a favor del comprador y

   b)

   la liberación de cargas del inmueble esté garantizada, es decir, el Notario disponga de todas las autorizaciones de cancelación de cargas necesarias en forma registral.

   En el caso de que el otorgamiento de las autorizaciones de cancelación de los acreedores (del vendedor) se condicione al pago del precio o partes del mismo a dichos acreedores, el comprador está legitimado y a la vez obligado a transferir directamente a estos acreedores la cantidad correspondiente, descontándola del precio. En este sentido, el vendedor no tiene un derecho propio de cobro sino uno a favor de sus acreedores. El Notario comunicará a las partes las cantidades a amortizar.

   Se admite la preferencia de las hipotecas inmobiliarias del comprador frente a la Vormerkung.

   Las partes encargan al Notario la notificación por correo normal —en las direcciones indicadas en la escritura— de la concurrencia de estas condiciones de exigibilidad del precio por correo normal.

§ 4
Financiación del precio y constitución de derechos de garantía inmobiliaria

(Acuerdo de cooperación)

1. En orden a posibilitar la garantía registral de la financiación del precio al comprador, el vendedor, en calidad de propietario actual, apodera por la presente al comprador para gravar la finca objeto del contrato con derechos de garantía inmobiliaria en la cuantía y con los intereses y prestaciones accesorias que estime conveniente, así como para realizar todas las declaraciones y solicitudes que a este respecto sean necesarias, especialmente la de sometimiento a la ejecución forzosa real según § 800 ZPO.

(Acuerdo de garantía limitado)

Este poder sólo podrá ser utilizado ante el Notario otorgante, su socio o sucesor en el cargo o su representante oficial. El vendedor no se hace cargo de responsabilidad personal alguna, de ningún gasto o cualquier otra consecuencia de la constitución de los derechos de garantía inmobiliaria.

Estos derechos de garantía inmobiliaria y sus derechos accesorios sirven exclusivamente de garantía, hasta el pago total del precio, de las cantidades del crédito hipotecario que hayan sido realmente pagadas al vendedor con la finalidad de amortizar dicho precio.

En el caso de que no se lleve a cabo el contrato de venta, cada acreedor debe, sin otras condiciones, otorgar una autorización de cancelación de su derecho de prenda inmobiliaria, siempre a cambio de la devolución de los pagos procedentes del crédito inmobiliario que realmente hayan sido realizados al vendedor. Una cesión o una renuncia no pueden ser exigidos.

El comprador cede ya hoy sus derechos de cobro de las cantidades procedentes del crédito hipotecario al vendedor o a sus acreedores.
Por esta razón, en el momento de la exigibilidad del precio de la venta, las cantidades del crédito hipotecario deberán ser transferidas al vendedor o a sus acreedores de forma inmediata. En el momento de la transmisión de la propiedad (inscripción de la Auflassung), el comprador se hará cargo de los derechos de garantía inmobiliaria en concepto de responsabilidad patrimonial adicional.
El vendedor transmite ya hoy sus derechos y pretensiones sobre los derechos de garantía inmobiliaria para el momento de la transmisión de la propiedad (inscripción de la Auflassung) al comprador y autoriza la inscripción en el Registro (de esta modificación jurídica), con todo lo cual el comprador está de acuerdo.

§ 4
Sometimiento a ejecución forzosa

El comprador se somete con todo su patrimonio a la inmediata ejecución forzosa con respecto de la obligación de pago del precio recogido en el § 2, tal como se desprende de este contrato.

Se legitima al Notario para expedir una copia auténtica ejecutable de este documento a petición unilateral del vendedor.

§ 5
Transmisión de la posesión

El traspaso al comprador de la posesión, frutos, gravámenes, impuestos y demás obligaciones con respecto al objeto del contrato, así como de los riesgos por pérdida y menoscabo fortuitos, surtirá efecto a partir del pago total del precio al vendedor o a sus acreedores.

§ 6
Auflassungsvormerkung, cancelación

Como garantía del derecho del comprador a la transmisión de la propiedad a su favor, el vendedor autoriza de forma irrevocable y el comprador solicita, la inscripción de una Auflassungsvormerkung con respecto al bien inmueble indicado en el § 1.

Las partes solicitan ya en este momento su cancelación, tan pronto tenga lugar la inscripción de la propiedad a favor del comprador, siempre que en el interin no se hayan producido inscripciones que el comprador no haya autorizado.

§ 7
Auflassung

54 La Auflassung se declara en el anexo de esta escritura. Se ha procedido a la lectura del anexo.

Las partes contratantes dan instrucciones al Notario de forma irrevocable, según las cuales éste sólo podrá proceder a la solicitud del cambio de titularidad del derecho de propiedad cuando le conste que el precio haya sido pagado en su totalidad. El vendedor deberá comunicar, por escrito y sin demora, el pago del precio al Notario.

En este sentido, las partes renuncian recíprocamente a su derecho de solicitud ante el Registro de la propiedad.

§ 8
Costes, impuestos

1. Los gastos de este contrato y de su ejecución así como el impuesto de transmisiones inmobiliarias corren a cargo del comprador.
2. Los gastos con motivo de las cancelaciones necesarias para la transmisión de la Propiedad de acuerdo con este contrato corren a cargo del vendedor.

§ 9
Copias

De esta escritura obtienen:

Copias compulsadas (sin anexo)
el comprador (2),
el vendedor,
el Registro de la propiedad,

Copias normales (sin anexo)
Hacienda,
el Municipio con derecho de compra preferente en extracto,
la comisión de peritos,

Copia compulsada del anexo
El Registro de la propiedad en orden a realizar la inscripción de la propiedad.

El presente protocolo ha sido leído a los comparecientes en voz alta por el Notario, ratificado y acto seguido por ellos y por mí, el Notario, firmado de puño y letra. 55

Firma de los comparecientes

Firma del Notario
Sello de la Notaría

Anexo de la escritura

Auflassung

El vendedor y el comprador declaran en este momento la Auflassung del modo siguiente:

Estamos de acuerdo con la transmisión de la propiedad del bien inmueble señalado en el § 1 al comprador. Autorizamos y solicitamos la inscripción de la propiedad a favor del comprador.

Fin del anexo

Protocolo núm.

Lista de abreviaturas

ap.	apartado
art.	artículo(s)
BeurkG	Beurkundungsgesetz (Ley de Documentación Notarial)
BGB	Bürgeliches Gesetzbuch (Código Civil Alemán)
BNotO	Bundesnotarordnung (Ley Federal del Notariado)
C.c.	Código Civil
cit.	citado
DONot	Dienstordnung für Notare (Reglamento de los Notarios Alemanes)
f.	frase
GBO	Grundbuchordnung (Reglamento del Registro de la Propiedad)
LH	Ley Hipotecaria
núm.	número
p.	página(s)
párr.	párrafo
RH	Reglamento Hipotecario
RN	Reglamento Notarial
s.	siguientes

Bibliografía

CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ
Derecho Civil Español, Común y Foral, Derecho de cosas (Tomo 2, Vol. I, edición decimotercera, Madrid 1987).

Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit
(semitomo I, semitomo II editado por Kersten / Bühling, editorial Carl Heymanns KG, edición decimonovena, München 1987).

GANTZER, PETER
Spanisches Immobilienrecht (editorial Peter Lang, cuarta edición, Frankfurt am Main 1991).

HOFFMANN, BERND VON
Das Recht des Grundstückskaufs (editado por Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, editorial Mohr, Tübingen 1982; cit. Hoffmann).

KEIM, BENNO
Immobiliarverträge (editorial Beck'sche, München 1988).

LÖBER, BURCKHARDT
Grundeigentum in Spanien (editorial edition für internationale wirtschaft, cuarta edición, Frankfurt am Main 1993).

LÓPEZ JACOISTE, JOSÉ JAVIER
Tradition und Grundbuch im spanischen Recht
(NJW 1966, p. 1009-1012).

MÜNCHENER KOMMENTAR
Kommentar zum Bürgelichen Gesetzbuch
(editado por Rebmann, Knut / Säcker, Franz Jürgen, Tomo 6, §§ 1922-2385, §§ 27-35 Bemkg, segunda edición, München 1989).

Notar-Handbuch
(editado por Brambring / Jerschke, editorial Beck'sche, München 1992; cit. Notar).

Ponencias del V Congreso Notarial Español
(8-11 Octubre, Granada, editado por la Secretaría Técnica: Eurocongres, S.A.; Avda. Constitución, 18-bl. 4, 18012 Granada).

Sachenrecht

Wolf, Manfred
(editorial Verlag C.H. Beck, décima edición, Munich 1991; cit. Wolf).

VALOR Y EFECTOS DEL DOCUMENTO NOTARIAL EXTRANJERO EN ESPAÑA

GUILLERMO PÉREZ-HOLANDA FERNÁNDEZ
Universidad de Oviedo

I. Introducción

La circulación del documento notarial en el ámbito internacional, tan escasa como extraña antiguamente, adquiere hoy en día una importancia esencial debido a la internacionalización de las relaciones, tanto en el plano económico como jurídico. Al amparo de esta realidad, el objeto del presente trabajo se delimita en torno a la creación del documento notarial en el extranjero y su integración en el ordenamiento español, sin perjuicio de que las conclusiones que puedan derivarse sean extrapoladas, con la debida precaución hermeneútica, a otros sistemas. Así mismo, con el término "documento" queremos significar el aspecto formal del problema y no el sustancial o material, por ello, analizaremos el soporte externo del acto jurídico, el documento, dejando a un lado las cuestiones que afecten al acto o negocio en sí mismo considerado. La misma palabra "documento" nos permite limitar la perspectiva de estudio al sector del reconocimiento de documentos, con exclusión del reconocimiento de las decisiones judiciales, en consecuencia, los ámbitos del Derecho aplicable y de la competencia judicial internacional quedan al margen del hilo conductor de este trabajo. Además, la referencia al "documento notarial" excluye el tratamiento de una serie de documentos, tanto públicos como privados; dentro de los primeros, quedan excluidos los documentos administrativos y judiciales, así como los autorizados por los cónsules en el ejercicio de sus funciones notariales. Los documentos privados no serán analizados, ya que en ellos no existe intervención del ministerio notarial y, a diferencia de los públicos en general, carecen, salvo excepciones, del efecto de la autenticidad o fehaciencia de su contenido.

El hecho de que prescindamos de los problemas que plantea el fondo o contenido de los actos, para centrarnos únicamente en las cuestiones de forma, concretamente en las formalidades notariales, no impide que, antes de abordar

definitivamente la cuestión en sus justos términos, el reconocimiento de los documentos notariales extranjeros en España (1), realicemos una somera referencia a las normas de Derecho aplicable a la forma de los actos —el estatuto formal—. Así, la intervención de autoridad en el otorgamiento de una forma (cual es el caso que nos ocupa), implica que dicha forma se somete a la regla *auctor regit actum,* tal como se desprende del art. 11. párrafos 1.º y 3.º C.c. (2). Esta regla significa que el notario español aplicará la ley española, el francés la ley francesa y así sucesivamente. El problema se manifiesta cuando el mismo documento se intenta hacer valer en un Estado distinto al del notario autorizante, ya que pueden concurrir dos supuestos: que en el país de recepción no se exija formalidad alguna al acto de que se trate o bien que imponga una forma determinada (p. e. documento notarial), para producir una serie de efectos, sean probatorios, ejecutivos, registrales, o constitutivos de una relación (3). Esta última posibilidad implica que, cuando la legislación española exige documento notarial para producir unos determinados efectos, sólo será eficaz el instrumento notarial extranjero que reúna los requisitos establecidos en nuestra ley. Esta posición "ultranacionalista" no ha sido tan extraña a nuestro ordenamiento como pudiera creerse, e incluso el Tribunal Supremo la ha considerado en

(1) Sobre la recepción de documentos privados, consulares y cualquier otro tipo de documentos *vid.* en general J. BOLÁS ALFONSO, I. LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ y M. SAGARDIA NAVARRO, "Valor y efecto de un documento extranjero recibido por el notario", *Rev. D. Not.,* núm I, vol. I. extraordinario, 1992, pp. 367 y ss., esp. pp. 41 y ss.

(2) Sobre la interpretación de este precepto *vid.* J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Curso de Derecho internacional privado,* 2.ª ed., Madrid, Cívitas, pp. 605 y ss.

(3) El efecto registral implica el cumplimiento de la mencionada forma; así, si la ley española exige para la inscripción de derechos reales sobre inmuebles en el Registro de la propiedad que la transmisión se haga constar en documento público, dicha forma deberá ser siempre cumplida, aunque el documento proceda del extranjero. Sobre el particular *vid.* J. M. CHICO Y ORTIZ, *Estudios de Derecho hipotecario,* t. I, 2.ª ed., Madrid, 1989, pp. 537 y ss.

algunas ocasiones, aunque sólo en relación a los actos en que la forma es exigida *ad solemnitatem* (4). Una segunda teoría más flexible apuesta por una solución conciliadora, en virtud de la cual cuando la legislación española requiere una solemnidad determinada, sea para producir efectos probatorios o constitutivos, basta con que el acto reúna no las condiciones exigidas por la ley española en sentido literal, sino la forma equivalente a la española en el lugar de otorgamiento. Quiere ello decir que el documento notarial extranjero será válido y eficaz en España siempre que el fedatario haya llenado las formas precisas que son pedidas por la ley del otorgamiento y, además, éstas sean equivalentes (no idénticas) a las que exige nuestro ordenamiento para el mismo acto (5).

Este principio de equivalencia (6) va a ser fundamental a la hora de facilitar la libre circulación del documento notarial en el tráfico internacional, ya que rompe los esquemas proteccionistas de las legislaciones nacionales en esta materia. No obstante, deben determinarse cuales sean los requisitos mínimos para que un documento notarial extranjero tenga plenos efectos, así como los efectos que van a produ-

(4) La Sentencia del T.S. (Sala primera) de 4 de octubre de 1982 declaró inválida una donación de un bien inmueble situado en España, otorgada por españoles ante notario francés, por no reunir los requisitos exigidos por el art. 156 R.N. En este caso el T.S. optó por aplicar la ley española a las condiciones de forma de un documento autorizado por un notario francés, al considerar que en las forma, *ad solemnitatem* (cual es el caso de la donación de inmuebles —art. 633 C.c.—) debe aplicarse la legislación española.

(5) Esta posición también ha tenido reflejo en el Tribunal Supremo, y ha sido recogida en diversas sentencias de la Sala 1.ª, como las de 23 de junio de 1977, 27 de febrero de 1964 y 15 de marzo de 1955. *Vid.* los comentarios a estas sentencias en J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, esp. pp. 607 y ss.

(6) La equivalencia de formas y efectos va a suponer que "los documentos cuya elaboración respete unos mínimos requisitos comunes, deben producir los mismos efectos..." y que "un documento privado nunca puede producir los efectos de uno público". *Cf.* J. BOLÁS ALFONSO, I. LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ y M. SAGARDIA NAVARRO, *loc. cit.*, p. 478; *Vid.* J. M. DÍAZ FRAILE, "La aplicación del Derecho comunitario en el ámbito notarial y registral: Nuevas perspectivas", *Noticias C.E.E.*, n.º 103-104, 1993, pp. 53 y ss., esp. p. 56.

cir los instrumentos elaborados con tales requisitos esenciales. Estos dos aspectos van a conformar el cauce expositivo del presente trabajo. En primer lugar, analizaremos los requisitos relativos a la autoridad interviniente, las formalidades que invisten al documento de su peculiar fuerza y los efectos que producen dichos instrumentos, una vez cumplidos todos los presupuestos. En segundo lugar, trataremos los problemas que plantea la recepción de tales documentos en el ordenamiento español y, sobre todo, la de aquéllos que no cumplen alguno de los presupuestos (documentos incompletos). El estudio se diversificará en función de los diferentes efectos que se traten de producir, sean constitutivos, probatorios, registrales o ejecutivos. Por último, se intentará aportar alguna solución respecto de estos instrumentos defectuosos, que no sea su simple rechazo por los notarios o registradores o su conversión inmediata en documentos privados (efectivamente "privados" de su fuerza probatoria, ejecutiva y registral). Esta solución pasa por la vía del refuerzo documental, ya sea a través de una actuación en origen o en el país de recepción.

II. Elaboración y eficacia del documento notarial extranjero

1. Requisitos de su creación.

A) *Respecto de la autoridad interviniente.*

En este apartado desarrollaremos las condiciones que debe reunir la autoridad interviniente, así como las formalidades del documento notarial para que éste tenga plena autenticidad probatoria, registral y ejecutiva. Los problemas respecto de la autoridad competente, el notario en este caso, se derivan de la existencia de dos sistemas bien diferenciados en cuanto a la conformación de la *fides publica:* el sajón y el latino, que van a influir a la hora de aplicar

los requisitos de forma que sirven como soporte del acto o negocio contenido en el instrumento público. Por ello, esta diferenciación entre autoridad y forma sólo tiene una justificación expositiva y no significa que omitamos la interconexión entre ambos aspectos, ya que el notario, como autoridad, es el encargado de conocer y aplicar las formas y, por otro lado, la formalidad es la esencia de la actividad notarial; es decir, no podemos entender al notario sin las garantías de legalidad y forma, ni a éstas sin la intervención de aquél.

El órgano competente tiene la función de la dación de forma y de la fe pública extrajudicial (7). Hoy en día la naturaleza de la función del fedatario público sigue conservando sus aspectos tradicionales de *fides pública,* pero se han añadido en el devenir de los años ciertos aspectos modificadores. Así, si bien en un principio el documento fue llamado a circular localmente (salvando el caso especial de los escribanos de Reino), posteriormente, sobre todo tras la L.O.N., extendió su circulación a todo el territorio del Reino y, más tarde, al ámbito internacional. Precisamente

(7) El hilo conductor en este caso nos lleva a preguntarnos (siquiera para dar una respuesta breve) de dónde surge esta institución, cuál es su fundamento y las especiales funciones del notario, que otorgan a los documentos por ellos creados una especial fuerza de la que carecen los documentos privados. En el apartado histórico, vemos que ya dentro del Derecho romano tal ministerio se desempeñaba en un doble ámbito funcional, de un lado aparecía el magistrado, el cual se encargaba de fijar los hechos, recogiendo los actos pretéritos a modo de confesión judicial primigenia. En la esfera de los negocios, actos y contratos, el *tabellio* era el encargado de la redacción y documentación de las relaciones contractuales, que las partes sancionaban con su *consensus* (R. NÚÑEZ LAGOS, "Contenido sustantivo de la escritura pública", *Estudios de Derecho notarial III,* ed. Instituto de España, 1986, p. 386.). En nuestro Derecho histórico, aparece por vez primera la figura del notario en el Fuero Real de 1255, en el que se hace una muy breve referencia al escribano público por delegación real; sin embargo, es en el Código de las Partidas donde se encuentra el origen del notariado español (Partida III, títulos 18 y 19 referida al escribano y sus funciones. *Vid.* P. AVILA ALVAREZ, *Derecho notarial,* 7.ª ed., Barcelona, Bosch, 1990, p. 7). De hecho, hasta nuestros días se ha conservado la esencia de las funciones notariales consagradas en las Partidas, posteriormente reorganizadas por la Ley Orgánica del Notariado de 28 de mayo de 1862 y clarificadas en su estructura y funcionamiento por el Reglamento de 1944.

a partir de esta circulación internacional se van conformando unos requisitos adicionales —la legalización, la traducción y la eficacia en el país de origen—, es decir, poco a poco van surgiendo las trabas a su eficacia extraterritorial. Las nuevas tendencias promueven la libre circulación del acta notarial, suprimiendo en unos casos y simplificando en otros estas trabas (8), e intentan fortalecer tanto el principio de libre circulación de documentos como el de libre establecimiento de profesionales (entre los cuales incluimos a los notarios), lo cual conduce, como señala J. PICARD, a que pueda hablarse del euro-notariado y de euro-actas (hay que entender euro-documentos, para incluir en la categoría a todo el género de instrumentos notariales (9).

Ahora bien, como ya hemos anticipado, existen dos sistemas bien diferenciados a la hora de construir jurídicamente la figura notarial. Estos dos tipos de sistemas responden a la existencia de dos ordenamientos casi antagónicos por lo que se refiere a la producción y aplicación de normas jurídicas: el sistema latino y el sajón. El primero, que más bien deberíamos llamar germano-latino, es un Derecho de carácter escrito, y basado en el ordenamiento romano (10), que se aplica en los países continentales, sudamericanos y algunos asiáticos. Los caracteres de este sistema notarial son los siguientes:

— En el plano subjetivo, el notario ejerce una función mixta, también llamada técnico-funcionarial. Técnica, en el sentido de que es ejercida por un profesional libre y preparado jurídicamente para asesorar a las partes, y funcionarial, porque se halla investido de una potestad pública.

---

(8) *Vid.* como un claro ejemplo de esta simplificación el Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 sobre supresión de legalización de documentos públicos extranjeros *(B.O.E.*, 25-IX-78)

(9) *Vid.* J. PICARD, *Le notariat et la CEE, introduction au droit communautaire,* Paris, Litec, 1992, pp. 49 y 50.

(10) *Vid.* CL. MARTÍN y PH. LELIEVRE, "Experts juridiques à la commission des communautés européennes", *Notariats d'Europe,* Universidad Católica de Lovaina, marzo 1991, pp. 533 y ss.

Estas afirmaciones, como todo intento de generalización, deben ser matizadas teniendo en cuenta la pluralidad de subsistemas en juego (11).

— Objetivamente o, lo que es lo mismo, por la extensión de la función, el sistema es total, lo cual quiere decir, que la dación de fe se extiende a todo el documento, refiriéndose fundamentalmente a las partes que intervienen, al negocio, y al resto de formalidades exigidas.

— En el ámbito temporal, es una actuación simultánea a la actividad de las partes en la creación del documento.

— Por último, en el plano de la eficacia, la actuación del notario es interna, creadora del instrumento que no existía anteriormente (12).

Como vemos, estos caracteres hacen de la intervención notarial una fuerte garantía en orden a la existencia y validez del negocio verificado ante notario. Si a ello añadimos la responsabilidad civil administrativa y penal derivada de la actuación de aquél en contra del ordenamiento, descubriremos por qué la garantía del documento público se convierte casi en plena frente al documento privado. Respecto a las diferentes clasificaciones que podemos adoptar, nos interesa principalmente la que distingue entre documentos que llenan todos los requisitos formales mínimos exigidos por la U.I.N.L. y documentos que no llenan tales requisitos. Pese a que el criterio puede parecer un poco nimio, va a resultar imprescindible a la hora de resolver los problemas de re-

(11) Sobre las diferentes formas de organización del notariado en el marco europeo, *vid.* J. PICARD, *op. cit.*, pp. 43-49. También resultan muy ilustrativas las tablas-resumen referentes a la situación de los notarios comunitarios, elaboradas por CL. MARTÍN *(La profession notariale dans la perspective du marché intérieur,* mémoire pour le D.E.A. de droit communautaire, Rennes, diciembre 1988, pp. 196 y ss.) y donde pueden comprobarse algunas de las peculiaridades fundamentales en estas materias. Así, el sistema funcionarial es seguido por Dinamarca y Portugal, el de profesión liberal, con delegación acordada de la función pública, es el seguido por Francia; por último, el sistema mixto se practica en España. Ello, sin perjuicio de que cada uno de los países estructure criterios diferentes para la creación y eficacia del notariado en sus respectivos ámbitos.

(12) *Vid.* P. AVILA ALVAREZ, *op. cit.*, p. 5.

cepción y aplicación del documento notarial extranjero en España. Este tema será desarrollado en profundidad posteriormente cuando abordemos la patología funcional del instrumento.

El sistema sajón basado en la equidad *(equity)* y en la decisión judicial *(legal rule)* se caracteriza, en lo que a la función notarial se refiere, por los siguientes aspectos (13):

— Subjetivamente, el notario es siempre funcionario e interviene como testigo cualificado de los hechos que presencia, llegando incluso, a veces, a ser innecesaria la formación jurídica.

— Objetivamente, la dación de fe nunca es completa sino parcial, normalmente referida a la legitimación de las firmas interpuestas. Sólo cuando se extiende a la capacidad y legitimación de las personas y a la licitud del negocio estamos ante un documento próximo a los que pertenecen al sistema latino (14).

— Temporalmente, la actuación del notario anglosajón es siempre posterior al hecho, acto o negocio del que da fe, y, por supuesto, a la actividad creadora de las partes.

— Por último en cuanto a la eficacia, se trata de una actividad externa y avaladora nunca creadora de la forma que contiene la voluntad negocial (15).

Por lo que se refiere a las clasificaciones, volvemos a distinguir entre documentos que cumplen y los que no cumplen las formalidades mínimas, sin perjuicio de que adoptemos una clasificación de tipo territorial, diferenciando entre los instrumentos que se crean en Gran Bretaña y los procedentes de los E.E.U.U., por ser unos de los que más pro-

---

(13) Sobre las bases del sistema anglosajón del *Common Law*, fundamentado en las decisiones judiciales y complementado por los demás elementos vistos, *Vid.* J. PICARD, *op. cit.*, 44; y también CL. MARTÍN, *loc. cit.*, p. 8.

(14) *Vid.* J. BOLÁS, I. LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ y M. SAGARDIA NAVARRO, *loc. cit.*, pp. 464 y ss., que profundizan en alguno de estos aspectos relativos a los documentos provenientes del sistema anglosajón.

(15) *Cf.* P. AVILA ALVAREZ, *op. cit.*, p. 5.

blemas crean en la práctica notarial española (16). Como documentos procedentes del sistema sajón, que llenan las formalidades mínimas exigidas por la U.I.N.L. pueden considerarse los documentos elaborados por los notarios de Londres y los creados por el *notary public,* asociado a un abogado interviniente en el acto (caso norteamericano), aunque ambas admisiones deban ser hechas con ciertos reparos, y haciendo constar el rechazo del cuerpo notarial latino hacia este tipo de documentos "reconvertidos" (17).

Las funciones esenciales del notario invisten al documento por él autenticado de una especial fuerza, que lo diferencia del documento privado. Los países procedentes del notariado latino tipifican al notario como profesional del Derecho investido de la fe pública, y también tipifican el

(16) J. Bolás Alfonso, I. Lora-Tamayo Rodríguez y M. Sagardia Navarro, *loc. cit.,* pp. 366 y ss. Mantienen este criterio diferencial de carácter territorial, basándose en que los documentos descritos son el prototipo de instrumento incompleto que no cumple las formalidades mínimas exigidas por la ley española para producir la debida autenticidad.

(17) En cuanto a la organización y funcionamiento de los notarios en Gran Bretaña se pueden cotejar las obras siguientes: I. Fadlallah, *La vocation internationale de l'activité notariale. Droit international privé et comparé,* U.I.N.L., t. I, n.º 1; G. A. L. Droz, "Problemes soulevés par l'etablissement en Anglaterre ou aux Etats-Unis, d'un mandate d'hypothèquer un inmeuble francais", *Melanges en hommage à A. Breton et F. Derrida,* París, Dalloz, 1991; V. Font Boix, "Reflexiones sobre Derecho comunitario y el Common Law, especialmente en lo relativo al Derecho contractual", *Noticias C.E.E.,* n.º 15, 1986, pp. 53 y ss. Todos los autores coinciden en diferenciar entre: A) 24 notarios públicos de Londres (40 *notary public* para el resto de Inglaterra), con mandato y nombramiento emanado del *master of faculties* dependiente del arzobispo de Canterbury quien, a su vez, tiene su poder por delegación del Parlamento. Tienen estos funcionarios la potestad básica de elaborar los documentos que vayan a producir sus efectos en el extranjero, debiendo someterse a la ley foránea e, incluso, cumplir los requisitos de forma que tal ley imponga. B) Los *solicitors,* con funciones públicas en asuntos internos, y que pueden ser generales o especiales. C) *Licensed conveyancers,* los cuales ejercen la fe pública en el tráfico inmobiliario fundamentalmente. D) Por último, existen entidades públicas y privadas (bancos, etc...) que realizan la llamada *conveyancing* o ejercicio de la fe pública en los asuntos comerciales. En cuanto a E.E.U.U., G. A. L. Droz diferencia entre: A) el notary public, que sería un mero legitimador de firmas, con una dación de fe tan reducida que, a veces, incluso son sustituidos por máquinas de sellado, situadas en grandes almacenes; B) el notario asociado con jurista, que parece ejercer la fe pública con unas garantías mínimas, aunque la imparcialidad no sea una de ellas.

ejercicio de sus funciones, estableciendo unos requisitos comunes mínimos a todos ellos (18). La propia legislación española establece en los arts. 1 L.O.N. y 1. 2.º y 3.º del R.N. las funciones esenciales del notariado español, y, por ende, las del notariado latino, cuales son: la potestad autenticadora (o dación de fe pública), la redactora, y la de asesoramiento imparcial.

Respecto de la función autenticadora, se trata de la posibilidad de "dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales" (19) (art. 1 L.O.N.). Esta dación de fe pública o "imposición de la credibilidad frente a todos", conlleva un doble contenido: en la esfera de los hechos, la exactitud de los que el notario ve, oye o percibe por sus sentidos; en la esfera del Derecho, la autenticidad y la fuerza probatoria de las declaraciones de voluntad vertidas en el instrumento público redactado conforme a las leyes. Por su parte, la función redactora implica la transformación de la voluntad interna de las partes en una voluntad externa conforme con aquélla y plasmada en el documento del cual da fe el notario. Esta potestad conlleva también una doble operación: la calificación del acto y la redacción del contrato (20). Ambas deberán ser llevadas a cabo por un técnico en la materia, ya que "no se trata sim-

(18) La Conferencia Permanente de los Notariados de la C.E.E., aprobó el 23 de marzo de 1990 un texto unánime en el que se tipifica al notario como "oficial público... con delegación de la autoridad del Estado para redactar documentos... para conferirles fuerza probatoria, ejecutiva, y asegurar su conservación... el notario ejerce sus funciones como profesional". Respecto de la función notarial, el notario deberá "prestar funciones de asesoramiento y consejo... realizarlo de forma activa, individualizada e imparcial... prestando incluso una asistencia especial a las partes más desprotegidas", función ésta que se plasma en el art. 147 R.N.

(19) *Cf.* P. Avila Alvarez, *op. cit.*, p. 3.

(20) *Vid.* J. Bolás Alfonso, I. Lora-Tamayo Rodríguez y M. Sagardia Navarro, *loc. cit.*, pp 409 y ss.: "La calificación supone relacionar normas y materia del contrato, o sea, elegir los métodos más adecuados para el logro de las finalidades prácticas perseguidas. *Vid.* también P. Avila Alvarez, *op. cit.*, p. 39: "La redacción ha de hacerse conforme a la voluntad común de los otorgantes, que el notario ha de indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento, informando a aquéllos del valor y alcance de su redacción".

plemente de conocer y aplicar unos textos legales..., sino de transformar lo abstracto de la norma en lo concreto del caso, de percibir los principios de las especies propuestas, de realizar un adecuado diagnóstico, en suma de practicar lo que antes se llamaba el arte jurídico" (21). Por último, el asesoramiento imparcial supone que las partes quedan instruidas, por parte del notario, sobre los medios existentes para lograr sus fines y que, además, esta función se ha hecho con verdadera ecuanimidad, sin dar especial predicamento a ninguna de las partes.

La falta de alguna de estas potestades en el fedatario público provoca una patología funcional en los documentos notariales (22), pudiendo hablarse de:

— Documentos no autenticadores; aunque debería decirse, autorizados por un notario que carece total o parcialmente de la potestad autenticadora, que normalmente incluye a los documentos de procedencia anglosajona, en los que el notario ejerce la función de mero legitimador de firmas de las partes. Esta dación de fe parcial deja fuera la identificación y la capacidad de las partes, la legalidad del acto y de la prestación del consentimiento. Ello hace que el notariado latino rechace la categoría así nacida como consecuencia de la falta de legalidad de tal tipo de documentos (23). No sólo el notariado latino, sino también el Informe de la C.E.E. sobre "situación y organización del notariado en los doce países miembros de la Comunidad" establece que este tipo de documentos no pueden integrar un instrumento no-

(21) *Cf.* R. Von Ihering, "El espíritu del Derecho romano", *Rev. de Occidente,* Madrid, 1962, pp. 286 y ss.

(22) *Vid.* J. Bolás Alfonso, I. Lora-Tamayo Rodríguez y M. Sagardia Navarro, *loc. cit.,* pp. 413 y ss.

(23) Sobre la posición notarial en esta materia *vid.* J. Bolás Alfonso, *loc. cit.,* p. 413; C. N. Gattari, *El juez, el notario y la ley extranjera,* Buenos Aires, 1974, pp. 69-100; E. J. Guardiola, "Validez internacional del documento notarial", *II Congreso internacional del notariado latino,* Madrid, 1950, pp. 1-44; A. Guasti, *La unione internazionale del notariato ed il movimento di unificazione europea,* Milán, Giuffré, 1959, pp. 7-11.

tarial completo y, además, carecen de aptitud para el tráfico internacional de documentos públicos y su libre circulación. Compartimos plenamente estas consideraciones, pues la admisión de estos documentos en nuestro país supondría una grave quiebra para el principio de seguridad jurídica, consagrado en el art. 9.3 de la Constitución, al hacer valer como públicos documentos que en realidad no lo son.

— Documento autenticador no redactado por el notario. Supone que el fedatario de fe plenamente sobre el contenido del acto y, sin embargo, no procede por sí mismo a la conformación de la voluntad de las partes y a su redacción. Este tipo de documentos extiende el contenido de la *fides pública* a los extremos mencionados en la categoría anterior (identificación, capacidad, legalidad del acto...) y, por lo tanto, no plantea problemas en este sentido. Sí los plantea, sin embargo, en el hecho de que ha sido redactado, bien por las partes, por un abogado o por un tercero cualquiera, pero no por el notario. Este punto ha hecho saltar el resorte del cuerpo notarial, que considera ambas funciones como inescindibles. El Informe de la Comunidad Europea no comparte esta opinión, y diferencia a estos efectos entre la función autenticadora, esencial al notariado, y la función redactora, a la cual no considera como esencial al mismo. Como una consecuencia lógica de lo expuesto, el Informe concluye apostando por la efectividad de este tipo de instrumentos y por su recepción libre dentro de los Estados miembros de la Comunidad. El documento, desde el punto de vista interno del Derecho español, no sería un documento técnicamente perfecto, sin embargo, ello no es razón suficiente para privarle de su autenticidad, pues la redacción notarial no dota al instrumento de una mayor eficacia, sino de una mejor construcción jurídica. Hemos de destacar también que el documento no redactado por el notario deberá ser calificado por él en cuanto a la capacidad, identidad de las partes, licitud del contenido negocial, prestación del consentimiento, y demás extremos esenciales del mismo, con lo

que, aún faltando la redacción, el instrumento tendrá todas las demás condiciones necesarias para ser auténtico en España. Debe tenerse en cuenta que el objeto de la redacción, es decir, el contenido del negocio, queda fuera del ámbito directo de la fe pública, ya que sólo tendrá un mero valor probatorio presuntivo, no pleno. Por ello, el principio de la equivalencia de formas no debe estimarse de una forma rigurosa, impidiendo a un documento auténtico su circulación simplemente porque falte la redacción notarial. Más bien creemos que debe exigirse este requisito de una manera flexible, atendiendo al principio de libre circulación del negocio y de la fe pública, de tal manera que, sin mermar las garantías formales de aquél, no se impida el desarrollo de los parámetros comunitarios, imponiendo aún más trabas a los principios mencionados.

— Documento autenticador con redacción notarial, pero sin asesoramiento imparcial. Se trata de la última categoría de lo que llamamos documentos patológicos y se caracteriza por su plena autenticidad en los extremos vistos y la redacción notarial, pero carece del asesoramiento imparcial. Abunda en el Derecho anglosajón y el notariado latino rechaza esta categoría, dada la ausencia de imparcialidad teórica en el asesoramiento (24). El Informe de la Comunidad abunda en esta misma opinión rechazando los documentos en que hayan intervenido abogados en el asesoramiento, pues se vulnera la imparcialidad del asesor, tanto más cuanto que la parcialidad, entendida como la defensa de la parte, es condición necesaria del ejercicio de la abogacía. En cuanto a la posibilidad de que este tipo de documentos vulnere el principio de equivalencia de formas, efectivamente pensamos que así es. La intervención de dos personas (notario y abogado) que tienen asignadas funciones diferentes

(24) En algunos casos, como el del art. 147 R.N., se extiende al asesoramiento especial de la parte más desprotegida, poniendo en su conocimiento las cláusulas más onerosas y las consecuencias derivadas de las mismas, demostrando hasta donde llega la imparcialidad a nuestro sistema.

(autenticación / redacción y asesoramiento respectivamente) y que responden a distintos fundamentos (imparcialidad en uno y parcialidad en otro) produce como efecto la pérdida para una de las partes de la garantía del asesoramiento ecuánime y la existencia de un interés específico por parte del autorizante de aconsejar a uno de los interesados mejor que al otro. Este camino podría llevarnos al no demasiado infrecuente supuesto de que uno de los otorgantes no esté suficientemente asesorado o, lo que es peor, que esté intencionalmente mal informado. Ello, como es obvio, va en detrimento de una mayor seguridad jurídica para los otorgantes y para el tráfico en general.

B) *Respecto de las formas utilizadas.*

Las condiciones de forma que confluyen en el documento emanado del fedatario público pueden clasificarse en dos grupos: las garantías mínimas de autenticidad material y las de autenticidad formal. Las primeras se refieren a la actividad notarial y la manera en que ésta estructura los hechos que se hacen constar en el documento y de los cuales el notario da fe. Estos hechos "retratados" en la redacción del instrumento pueden ser realizados por el propio notario o por terceras personas ante él mismo. Las segundas, o garantías de autenticidad formal, se refieren a la forma entendida *stricto sensu,* es decir, al soporte documental usado con el fin de dejar constancia de las actuaciones verificadas ante el fedatario.

Las garantías mínimas de *autenticidad material* se hallan vinculadas a los efectos del instrumento, de tal manera que se produce mayor eficacia del documento cuantas mayores sean las garantías que lo impregnan. Entre éstas podemos distinguir (25): A) Los actos del notario, que el notario afir-

(25) Sobre esta particular diferenciación doctrinal y su desarrollo *vid.* J. Bolás Alfonso, I. Lora-Tamayo Rodríguez y M. Sagardia Navarro, *loc. cit.*, pp. 154-155.

ma, cuales son: su propia presencia en el acto; la identificación de los comparecientes; inserciones, incorporaciones, reseñas y testimonios; reservas y advertencias legales; lectura del documento; y autorización del mismo; B) Hechos que el notario percibe por sus sentidos: la comparecencia de las partes principales y de otras personas accesorias al documento (testigos, facultativos, traductores, ... etc.) y las declaraciones de voluntad emitidas por las partes; C) Juicios del notario: la fe de conocimiento (para la identificación de las partes) y de capacidad; la legalidad y validez de las declaraciones y del acto en general y, en determinados casos, la notoriedad de los hechos; D) Contenido de las declaraciones, es decir, aquello que las partes han manifestado como real con la voluntad firme de producir los efectos buscados, normalmente constituir, modificar o extinguir una relación jurídica determinada.

El documento en el que el notario da fe de todos estos extremos lo denominaremos como documento completo, mientras que si falta alguno de éstos en la dación de fe, nos encontraremos ante un supuesto "patológico" de documento incompleto, que son los que a continuación vamos a analizar. Los documentos incompletos no dan fe íntegra de los aspectos mencionados y, por ello, constituyen una dación de fe parcial. Paradigma de esta clase, son los que proceden del notariado sajón, sin perjuicio de que existan instrumentos procedentes del notariado latino que tampoco llenan las condiciones exigidas para el documento completo. Así, encontramos documentos que dan fe parcial en cuanto a los aspectos siguientes:

— Actos del notario, que el notario afirma, en los que hace constar únicamente su presencia y la autorización que realiza. Entre los extremos que no concurren podemos considerar como esencial sólo la lectura, ya que sin ella las partes corren el riesgo de firmar el documento "a ciegas", surgiendo la posibilidad de que se ejercite la *exceptio schedullae non lectae* por el perjudicado, dando al traste con la

pretendida eficacia del negocio. La falta de identificación de los comparecientes a través de medios documentales adecuados produce inseguridad jurídica, debido a la posibilidad de impugnación por suplantación de la personalidad o simplemente por error en la identidad de los sujetos (así ocurre con las máquinas estampilladoras de los E.E.U.U.) (26). Omitir las reservas, las advertencias legales, va en detrimento de la debida información y asesoramiento de las partes, con lo que también se estaría perjudicando la seguridad jurídica. Igual ocurre si no se hacen constar las incorporaciones, reseñas e inserciones de los documentos que se presenten ante el notario, acreditativos de la capacidad, autorizaciones y verificaciones administrativas. Podrían suprimirse estas últimas menciones siempre que el notario extranjero las sustituyera por una fe de conocimiento y capacidad de las personas y por una calificación de la legalidad del acto, conforme a su ordenamiento, extremos que consideramos de carácter irrenunciable.

— Hechos que el notario percibe por sus sentidos, entre los que el notariado sajón sólo se refiere a la comparecencia de las partes y de las personas accesorias al acto, obviando toda referencia a la exteriorización de las declaraciones de voluntad de aquéllas. El notario anglosajón es un mero legitimador de firmas porque, al no realizarse ante él las declaraciones, no puede dar fe de que se han hecho. La fe pública no alcanza al hecho de la realización de los declaraciones de los comparecientes, ya que éstas han tenido lugar con anterioridad, por lo que se corre el riesgo de que formen parte del instrumento voluntades inexistentes, falsas o erróneas.

— Juicios del notario, en los que el fedatario sajón no hace referencia: ni a la correcta identificación de las partes

(26) Sobre la diferenciación entre la impugnación del documento público ordinario a través de la querella de falsedad y la de los documentos incompletos a través de las instancias descritas. *Vid.* P. Avila Alvarez, *op. cit.*, p. 113.

(a las que no se les exige prueba documental), ni tampoco a la fe de capacidad de las partes para el acto de que se trate, ni a la calificación de la legalidad y validez de las declaraciones, ni del acto. La falta de estos requisitos posibilita que el acto sea nulo, inexistente o anulable, supuesto éste que la calificación del notario latino evita, al redactarse un acto válido y legal entre personas capaces y conocidas, con plena eficacia en la vida jurídica. Además, este sistema prevé la responsabilidad del notario, cuando cualquiera de los extremos del documento sea erróneo por su juicio inexacto. La notoriedad de los hechos sería, a nuestro parecer, dispensable, pudiendo acudirse a cualquier otro tipo de prueba ante el notario extranjero.

— Contenido de las declaraciones de voluntad de las partes. Al no verificarse ante el notario sino en un momento anterior a la comparecencia, éste no sabe si realmente es aquélla la voluntad manifestada y querida. Esta omisión no puede considerarse como fundamental, ya que en nuestro sistema el notario da fe de que se han producido unas declaraciones, pero la fehaciencia no se extiende a la veracidad de tales declaraciones. Así, la intervención notarial evita la inexistencia e incluso la nulidad de pleno derecho, pero no puede evitar que el acto se impugne por anulabilidad.

Cuando se omite alguno de estos requisitos esenciales el documento va a tener una difícil recepción en España, debido a la oposición de los notarios y tribunales a la admisión de los que tiendan a crear una inseguridad jurídica. Por el contrario, cuando se trata de la omisión de alguna de las condiciones no esenciales su recepción será más sencilla. En todo caso, debemos matizar que la recepción o no de aquéllos dependerá de los efectos que se traten de buscar. Cuanto más prevalente sea el efecto buscado en nuestro ordenamiento, mayores requisitos serán pedidos.

.....

Junto a las garantías de autenticidad material existen las llamadas garantías de *autenticidad formal,* que, como describe la doctrina notarial, son "aquellos signos externos de utilización exclusiva en estos documentos, que por su sola presencia denotan la existencia de un instrumento notarial" (27). Estos signos externos pueden ser clasificados de la manera siguiente:

— Necesidad de firma, signo, rúbrica y sello notarial en el instrumento. Este requisito podría confundirse con los requisitos de carácter subjetivo, fundamentalmente con la función redactora y de dación de fe, sin embargo, se pueden diferenciar claramente, ya que, por un lado, se hallan las funciones de que está investido el fedatario, que ejerce frente a las partes y que son la base de la actuación del notario y, de otro, los signos de carácter escrito, con los que aquél hace constar su intervención en el acto y el hecho de que el documento por él autorizado goza de una fuerza especial.

— Redacción en papel oficial de difícil acceso al público. Supone que el soporte material del documento reúna una serie de condiciones que lo diferencien del papel común, como son el número de folio y el timbre del Estado (28).

La "patología" de este tipo de garantías es bastante clara para la doctrina notarial, siendo, en principio, desagradables al sistema los siguientes instrumentos:

— Los documentos redactados por abogados, oficiales, jurisperitos o zurupetos con presentación externa de documento público. Nos hallaríamos ante un documento privado redactado por un técnico (no funcionario) en cuestiones jurídicas. Este tipo de documentos debe ser rechazado de plano, impidiéndose su admisión en cualquier instancia con un pretendido valor público.

---

(27) *Cfr.* J. Bolás Alfonso, I. Lora-Tamayo Rodríguez y M. Sagardia Navarro, *loc. cit.*, pp. 414 y 415.

(28) En España era relativamente fácil conseguir papel oficial en los estancos. Sirva ello como prueba de que no sólo los "perniciosos" documentos sajones incumplen alguno de los múltiples requisitos que se exigen al documento público perfecto.

— Documentos Notariales en papel común. Nos encontramos frente a un supuesto de posible documento público, pero sin autenticidad en cuanto a los folios usados. Sería relativamente fácil su falsificación y sustitución por otros que no sean los originales, de ahí que sea recomendable la utilización de papel oficial, lo cual no significa que el documento deba ser rechazado de plano, si en el lugar de otorgamiento no se conocen tales formalidades.

— Documentos notariales redactados en papel oficial de fácil acceso al público. Estos plantean los mismos problemas que los anteriores, es decir, que, al ser de adquisición libre el papel oficial, es más fácil su falsificación. Parece excesivo considerarlo como condición mínima esencial del documento notarial (29) y exigirse el refuerzo del documento extranjero cuando carezca de este requisito (30).

2. La eficacia del documento.

A continuación y antes de exponer los problemas de recepción y refuerzo del documento notarial extranjero, hemos de hacer referencia a los efectos típicos del documento público, esto es: el efecto probatorio, el ejecutivo y el registral. A su vez, podemos diferenciar entre aquellos instrumentos que tienen todos los efectos previstos (completos) y los que son incompletos por carecer de alguno de los efectos (documentos ingleses sin fuerza ejecutiva) o por tenerlos parcialmente (documentos norteamericanos, que tienen todos

(29) La doctrina notarial parece que configura como mínimos toda esta serie de requisitos. *Vid.* J. Bolás Alfonso, I. Lora-Tamayo Rodríguez y M. Sagardia Navarro, *loc. cit.*, p. 415.

(30) *Vid.* E. J. Guardiola, *loc. cit.*, pp. 10 y ss.; A. Guasti, *op. cit.*, pp. 7 y ss.; C. N. Gattari, *op. cit.*, pp. 69 y ss.; A. Rodríguez Adrados, "La libre circulación del negocio jurídico", *Rev. D. Not.*, vol. XVII-XCVIII, 1977, pp. 278-308; F. Trías de Bes y Giro, "Eficacia del documento notarial en las relaciones internacionales", *Ponencias presentadas por el Notariado español a los Congresos internacionales del Notariado Latino*, Madrid, Junta de Decanos de los Colegios Notariales, 1975, pp. 359-433; J. Bolás Alfonso, I. Lora Tamayo y M. Sagardia Navarro, *loc. cit.*, pp. 415 y ss.

los efectos pero parcialmente). Los instrumentos con eficacia plena o documentos completos se caracterizan por tener los siguientes efectos:

— Valor probatorio. Significa que el documento tiene credibilidad (fe) frente a todos (pública), tanto los interesados como los terceros. Este valor probatorio se extenderá al "hecho que motiva su otorgamiento, y a la fecha de éste", tal como señala el art. 1.218 C.c. De este precepto se pueden extraer las diferencias entre varias clases de autenticidad: la subjetiva, referida al autor o autores del documento; la formal o corporal, que ampara la identidad entre copia y matriz; y la objetiva o ideológica, que atiende al pensamiento expresado, a la conformidad entre el *actum* y el *dictum* (31). La autenticidad ideológica no opera por igual en todo el contenido del documento, sino que diferencia entre el hecho del otorgamiento y su fecha, por un lado, y las declaraciones, por otro. Así, el propio art. 1.218 establece que los primeros hacen prueba frente a todos y las declaraciones de las partes sólo frente "a los contratantes y sus causahabientes". Incluso podemos hacer un poco más exhaustiva la clasificación del art. 1.218 y observar los distintos efectos probatorios que producen cada uno de los hechos y declaraciones que el notario hace constar en la escritura. Así, tanto los actos del mismo notario que éste afirma como los hechos que el fedatario percibe por sus sentidos producen prueba plena, es decir, no admiten prueba en contrario si no es a través de la destrucción directa del documento, mediante la querella de falsedad (en vía penal). Estamos, pues, ante un verdadero supuesto de presunción *iuris et de iure.* Por su parte, los juicios del notario sobre las partes, el acto, las formas usadas... etc., crean una presunción de validez y eficacia de lo que se afirma en el documento que, sin embargo, "puede destruirse mediante

(31) *Cf.* J. Bolás Alfonso, I. Lora-Tamayo Rodríguez y M. Sagardia Navarro, *loc. cit.*, p. 374.

una evidente y completa prueba en contrario" (32), con lo que la presunción creada es sólo de carácter *iuris tantum.* Aquí, sin embargo, la reclamación contra la actuación notarial se verifica en la propia vía civil. Por último, del contenido de las declaraciones sólo se da fe de que se han producido en la manera relatada, pero no de que sean veraces ni auténticas. En este supuesto también se crea una presunción *iuris tantum* de autenticidad, la cual podrá ser impugnada por los medios previstos anteriormente para los juicios notariales.

— Valor ejecutivo. Otro de los efectos fundamentales que tiene el documento notarial (siempre bajo el punto de vista de la legislación de los países de la U.I.N.L.) es la ejecutividad del instrumento *per se,* "con tal que sea primera copia o, si es segunda, que esté dada en virtud de un mandato judicial y con citación de la persona a quien deba perjudicar o de su causante" (art. 1.429 L.E.C.). El documento público, por tanto, lleva en su propia existencia este valor, sin necesidad de requisitos añadidos y externos a la propia actividad notarial. El documento privado, por el contrario, necesita el reconocimiento de las partes ante la autoridad judicial, para poder estar dotado de este efecto.

— Valor registral. Se refiere al documento notarial como uno de los vehículos adecuados para verificar la toma de razón en cualquiera de los registros existentes en nuestro país (tanto en el de la propiedad, como en el mercantil, de hipoteca mobiliaria o de prenda sin desplazamiento, etc.). La base de esta aseveración la encontramos en el principio de título público, en virtud del cual el título formalmente válido para realizar asientos en los registros es el documento público, ya sea judicial, administrativo o notarial, sin perjuicio de que excepcionalmente se admita el documento privado como título suficiente para registrar un determinado

(32) Así lo establece la Sentencia del T.S. de 26 de septiembre de 1988, cuyo comentario realiza P. Avila Alvarez, *op. cit.*, p. 155.

acto (33). La fuerza registral de un título es una consecuencia de un efecto genérico del propio documento, cual es el valor legitimador del mismo. Esta eficacia legitimante supone que el derecho que consta en la escritura existe y pertenece al titular escriturario en la forma en que se relata en el instrumento. La presunción *iuris tantum* de legitimación del titular que consta en la escritura "permite obtener la seguridad relativa de que el negocio es válido y legal e, incluso, reconocer al sujeto de aquél, al menos provisionalmente, la titularidad de los derechos que se derive de dicho negocio" (34). Dentro de este efecto de registrabilidad trataremos el valor del documento notarial extranjero como título para ser inscrito en un registro español y, específicamente, en el registro de la propiedad (R.P.). Esta cuestión va a ser una de las más arduas de resolver, debido a que, al existir una eficacia reforzada en el R.P., se intenta que los documentos que a él accedan tengan las máximas garantías de validez. El fin que se persigue es evitar que la protección prevalente (35) del R.P. se extienda a situaciones de precariedad jurídica, que hayan accedido al mismo en virtud de un título extranjero elaborado sin las debidas cautelas.

Una vez analizada la eficacia del documento auténtico, nos interesa observar las llamadas situaciones de debilidad "patológica", que surgen cuando aquél carece de alguno de los efectos conforme a su legislación de origen o creación, independientemente de que cumpla o no los requisitos de forma. Si un documento carece de la eficacia probatoria, ejecutiva o registral conforme a la ley de otorgamiento nunca podrá producir el efecto que no tiene en el país de re-

(33) Sobre la posibilidad de inscribir actos en los registros, basados en un documento privado y referido fundamentalmente al registro de la propiedad, *vid.* J. M. Chico y Ortiz, *op. cit.,* pp. 537-559.

(34) *Cf.* P. Avila Alvarez, *op. cit.,* p. 151.

(35) Sobre la protección prevalente del registro y sus consecuencias en torno a los títulos formales de registración, *vid.* J. M. Chico y Ortiz, *op. cit.,* pp. 537-559.

cepción (36). En este sentido, y por lo que se refiere a la eficacia probatoria, el art. 600 L.E.C. declara que "Los documentos otorgados en otras naciones tendrán el mismo valor en juicio que los autorizados en España si reúnen los requisitos siguientes (...) 3.º "Que en el otorgamiento se hayan observado las formas y solemnidades establecidas en el país donde se hayan verificado los actos o contratos. (...)". Cuando la norma se refiere al "mismo valor" está incidiendo en la idea de que para alcanzar un determinado valor en España, los documentos han de tener ese mismo valor conforme a su ley de origen. La mención a "las formas y solemnidades establecidas en el país..." podría traducirse por "las formas y solemnidades exigidas para su autenticidad en el país donde se hayan verificado los actos o contratos". Esta terminología sería similar a la establecida por el art. 954.4 L.E.C. (reconocimiento de decisiones), cuando exige como requisito necesario para que se produzca el reconocimiento que "... que la carta ejecutoria reúna los requisitos necesarios en la nación que se haya dictado para ser considerada como auténtica". En cuanto al efecto registral, el art. 36 R.H. se remite a "los requisitos exigidos por las normas de Derecho internacional privado", en clara alusión a los arts. 600 y 601 L.E.C. (37), con lo que el razonamiento es el mismo que en la eficacia probatoria. Por lo que respecta al valor ejecutivo, al no existir norma concreta,

(36) Así ocurre con los documentos sajones en cuanto a su eficacia ejecutiva, ya que la legislación inglesa no prevé este efecto específico respecto de los documentos creados por los *solicitors* o por los *licensed conveyancers*. En consecuencia, a estos documentos se les puede discutir su mayor o menor eficacia en el terreno probatorio e incluso en el registral (efectos que prevé la legislación inglesa) pero, en modo alguno, se les puede permitir que produzcan efectos de ejecución en España. Sobre estos problemas *vid.* J. PICARD, *op. cit.*, pp. 79 y ss.; J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, pp. 620 y ss. Discusión distinta es si el documento que tiene tales efectos conforme a su ley puede producirlos en el país de recepción, sin más formalidades que las propias, o si necesita un refuerzo formal para tener tal eficacia. La resolución de esta cuestión será vista en el último capítulo, al cual nos remitimos.

(37) *Vid.* J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, p. 621.

la doctrina plantea dos opciones: aplicar analógicamente el art. 954 L.E.C., lo cual abundaría aún más en lo que venimos sosteniendo, o aplicar el régimen convencional, en el que tanto los convenios bilaterales como los generales (38) definen como actas o documentos con fuerza ejecutiva "todos los documentos que según la ley del Estado de origen tienen fuerza ejecutiva". Así, por inducción de todos estos supuestos puede enunciarse un principio genérico o abstracto: el documento carente de alguno de estos efectos en origen, no puede producirlos en el lugar de recepción. La solución a este problema pasa por una sanación o refuerzo en origen, de tal manera que los países de otorgamiento doten a los documentos de tal fuerza, mediante las reformas legislativas correspondientes (39).

III. Recepción del documento notarial extranjero en España

1. Forma exigida como requisito de eficacia *(ad probationem)*.

A) *Valor probatorio del documento.*

Vistos los requisitos mínimos que se exigen a un documento notarial para producir efectos, se trata de saber si el documento notarial extranjero se admite como tal o si nece-

(38) *Ibid.*, pp. 624 y ss., en donde se enumeran las diferentes posiciones doctrinales en esta materia de ejecutividad de los documentos, con la crítica correspondiente a cada una de ellas; J. A. CREMADES, "La reconnaissance en Espagne des décissions judiciaires et des actes authentiques françaises", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1975, pp. 54 y ss., y 1976, pp. 43 y ss. y esp. cap. V. c).

(39) El sistema inglés prevé la existencia de notarios especiales, los de Londres, con potestades para crear documentos dirigidos a producir efectos fuera del ámbito territorial en el que han sido creados, para lo cual se someten a la ley extranjera en cuanto a las formalidades a rellenar. Se plantea el problema de que, al carecer de eficacia ejecutiva en origen, tampoco pueden producirla en el país de recepción, a pesar de que cumplan las formas exigidas por la normativa española para ser ejecutivas en nuestro Estado.

sita cumplir una serie de condiciones, más o menos rígidas, para ser válido y eficaz en España. El reconocimiento de documentos en España y en la mayoría de las legislaciones mundiales no es libre, sino que necesita el cumplimiento de unas condiciones para ser válido en unos casos *(ad solemnitatem)* y eficaz en otros *(ad probationem).* Partiendo de la *praxis* de nuestras leyes, el principio de base es que cuantos mayores sean los efectos buscados, mayores serán los requisitos a cumplimentar. En este sentido, podemos diferenciar entre documentos extranjeros que pretenden constituir una relación jurídica en España (constitutivos, con forma "de ser" o *ad solemnitatem)* y aquéllos que sólo pretenden dar eficacia a una relación ya perfeccionada (eficaces frente a terceros, con forma de "hacer valer" o *ad probationem).*

Cuando hablamos de forma *ad probationem,* no nos referimos a la forma como una mera cuestión de prueba o de utilidad, sino como un requisito para la eficacia frente a terceros del negocio válidamente constituido. Ahora bien, dentro de este tipo de forma se pueden distinguir entre documentos que intentan producir efectos de mera prueba en juicio o fuera de él, de los que buscan la mera ejecutividad de un título determinado, y los que pretenden la toma de razón de un acto o de un contrato en un registro determinado con publicidad material o publicidad-efecto. El "ovillo de Ariadna" nos lleva en este momento, a la exposición de cada uno de los efectos mencionados en este intrincado "laberinto" de la forma, de tal manera que detallaremos los requisitos que exige la ley española para que el documento notarial extranjero tenga la eficacia prevista en nuestro ordenamiento. También se verán los problemas que se plantean en cada supuesto y las soluciones correspondientes.

Los requisitos que se exigen a un documento notarial extranjero para que tenga fuerza probatoria en España o, lo que es lo mismo, para que tenga el mismo valor que el documento notarial español se recogen en los arts. 600 y 601 L.E.C. Estos preceptos han sido criticados por no ser

excesivamente afortunados en algunas de las expresiones que utilizan, así como por no haber atinado en exceso con los requisitos exigidos.

Entre los *errores de expresión* del artículo 600 podemos destacar los que siguen:

— No distingue entre los distintos tipos de documento, fundamentalmente entre instrumentos *ad solemnitatem o ad probationem.*

— Mejor que el término "otorgados" sería el de *"autorizados"*, refiriéndose con ello al acto que realiza el notario (la autorización) y no al consentimiento de las partes al negocio documentado (el otorgamiento).

— Se ha criticado la expresión "... en otras naciones" (40), ya que posibilita la inclusión de documentos autorizados ante funcionario diplomático en el exterior, documentos que están excluidos de este régimen. Sería más correcto referirse a "documentos autorizados *por una autoridad extranjera".*

— La referencia al valor ("... tendrán el mismo valor en juicio que los autorizados en España") debería haber sido hecha tanto para el valor probatorio como para el ejecutivo, aunque en este último aspecto fuera sólo a los efectos de cubrir la laguna existente en nuestra legislación.

Tampoco hubiese estado de más diferenciar entre el "valor probatorio en juicio *y fuera de él",* ya que los documentos públicos no sólo se presentan para su prueba en juicio, sino que también extrajudicialmente, ya sea al registro, al notario ... etc. La presentación ante notario debería haber sido mencionada, sobre todo teniendo en cuenta que éste se encarga de ciertas funciones de jurisdicción voluntaria y de otras, que podríamos denominar "cuasi-jurisdiccionales" (41).

---

(40) *Vid.* J. C. Fernádez Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *op. cit.*, pp. 615 y ss.

(41) Entre las funciones de la jurisdicción voluntaria últimamente atribuidas, están las nuevas declaraciones de herederos abintestato, modificadas por R.D. 1368/92 de 13 de noviembre, que introduce el art. 209 bis R.N. Entre las otras funciones están las derivadas de los procedimientos extrajudiciales de ejecución hipotecaria del art. 129 L.H. y concordantes del R.H.

Entre las críticas vertidas a los *requisitos exigidos* pueden mencionarse las siguientes:

— "Que el asunto o materia ... sea lícito y permitido en España (...)". Aparte de reiterativo (asunto / materia, lícito / permitido), este requisito introduce una condición de validez del acto de carácter objetivo. Se trata de una condición de validez y no de autenticidad, pues se está refiriendo a un requisito que, de no ser cumplido, hará nulo el negocio y no meramente carente de efectos. Afecta, por tanto, a la validez y no a la eficacia. Es, así mismo, una condición objetiva, ya que recae sobre el objeto del negocio que, en cualquier caso, debe ser lícito en España.

— "(...) Que los otorgantes tengan aptitud legal y capacidad legal para obligarse conforme a las leyes de su país (...)". Vuelve aquí a ser reiterativo (aptitud / capacidad), sin embargo, es interpretada positivamente la conexión personal amplia permitida por la expresión "la ley de su país". Incluye de nuevo una condición de validez de carácter subjetivo, que puede considerarse excesiva para que el acto tenga fuerza probatoria. No se trata de que el acto sea válido o no, sino de que tenga valor probatorio o no el documento que lo contiene, aunque ello no impide que el acto que el documento contiene sea debidamente analizado desde el punto de vista del Derecho aplicable a la relación jurídica.

— "(...) Que en el otorgamiento se hayan observado las formas y solemnidades, establecidas en el país donde se hayan verificado los actos o contratos (...)". Aparte de la ya mencionada reiteración, este párrafo contiene una condición de autenticidad de carácter extrínseco. Condición de autenticidad, porque se refiere a la eficacia y no a la validez; y extrínseca, porque se refiere a la fuerza probatoria del documento en sí mismo considerado y en el lugar de origen. El documento notarial extranjero debe cumplir todas las formalidades que le impone la *lex loci* para tener valor probatorio en el lugar de otorgamiento. Por lo tanto, aunque el artículo no lo diga, este requisito se desdobla en dos: que

cumpla las formalidades del lugar de otorgamiento y que el cumplimiento de tales formas le confiera fuerza probatoria conforme a aquella misma ley.

—"(...) 4.° Que el documento contenga la legalización y los demás requisitos necesarios para su autenticidad en España (...)". Incluye este apartado otra condición de autenticidad extrínseca, pero esta vez vista desde el país de recepción del documento. La legalización, como dice A. CRIVELLARON (42), "es una mera cuestión de hecho, que no afecta a la validez esencial del documento extranjero, sino sólo a la producción de efectos en el país de recepción". Supone una garantía que fija la autoridad del país del que emana el documento, estableciendo la regularidad de aquél y la legítima procedencia del mismo (43). Hoy en día la tendencia es la liberalización de este trámite, a través de su sustitución por la apostilla, que tiene una tramitación mucho más sencilla y cómoda a la hora de probar la autenticidad del documento. Esta legalización simplificada que supone la apostilla ha sido introducida por el Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961, desarrollado en España por el R.D. de 2 de octubre de 1978, que ofrece el modelo a seguir en la tramitación de aquélla. Más allá de este Convenio, se pretende la supresión de cualquier tipo de legalización, incluida la apostilla, a través de la cooperación internacional bilateral o de la multilateral (44). Paradigma de esta idea es el Convenio de 5 mayo de 1987 sobre supresión de legalización y apostilla para determinados documentos entre los Estados miembros de la Comunidad Europea, que todavía hoy no ha entrado en vigor (45). El art. 601

(42) *Vid.* A. CRIVELLARON, "Non riconoscimento de efficacia di atti stranieri non legalizatti", *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1976, pp. 315-338 y esp. p. 335 y ss.

(43) *Ibid.*, pp. 315 y ss.

(44) Para el estudio de los Convenios vigentes en esta materia *vid.* J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, pp. 615 y ss.

(45) *Vid.* M. L. REVILLARD, *Droit international privé et pratique notariale*, 2.ª ed., París, 1989, pp. 213-259, el cual estudia tanto los efectos de los documentos franceses en el extranjero, como a la inversa, siendo particularmente interesante la

L.E.C., que no hemos transcrito por no plantear mayor problema, exige también la traducción como requisito necesario de autenticidad, ya que, como es obvio, el documento notarial extranjero debe ser entendido en España, lo cual supone acompañar al instrumento original con su exacta traducción (46).

— Finalmente, la expresión "los demás requisitos necesarios para su autenticidad en España" plantea diversas interpretaciones posibles. La primera, sería entenderla como una mera reiteración de las condiciones de autenticidad extrínseca del documento (legalización y traducción); la segunda, más próxima a las posiciones notariales radicales, sostiene que esta expresión engloba no sólo la legalización y traducción, sino también la obligación de cumplir las formalidades exigidas por la ley española. Así entendida, el art. 600 se convertiría en una verdadera cláusula de excepción, exigible no ya para los actos con forma solemne (art. 11.2), sino para todo tipo de actos, incluso con forma no solemne; por último, una tercera interpretación advierte en este párrafo la posibilidad de aplicar la teoría de la equivalencia de formas a los documentos con forma no solemne *(ad probationem)*. Así, sólo serán eficaces en España aquellos instrumentos que, aparte de la legalización y traducción, cumplan las formas del lugar de celebración y, además, éstas resulten equivalentes a las que impone la legislación española.

La respuesta a estas posibles interpretaciones de estos requisitos de autenticidad en España depende del efecto que el

---

idea que mantiene sobre la necesidad de que Francia firme la Convención de 1987, con el fin de ir allanando el camino a la libre circulación de documentos en el ámbito comunitario.

(46) Los problemas que plantea la traducción son excesivamente puntuales, por lo cual no profundizaremos sobre ellos. Simplemente señalaremos la existencia de controversias en torno a quién puede realizarla, si se puede prescindir del intérprete oficial, si el notario puede realizarla por sí mismo, la interpretación de los casos que el R.N. señala como preceptiva le existencia de traducción, la forma en que debe llevarse a cabo y otros problemas que se pusieron de relieve en el Seminario: *"La recepción del documento notarial extranjero en España"*, celebrado en Oviedo, junio de 1993.

instrumento pretenda tener en nuestro país. En este apartado estudiaremos la solución para el supuesto de la eficacia probatoria, viendo los demás efectos en siguientes exposiciones.

Cuando los documentos cumplen todos los requisitos mínimos que la legislación española pide, el supuesto en cuestión no plantea problema alguno, pues da igual la interpretación que hagamos del artículo 600. No ocurre así cuando, por el contrario, el instrumento no llena las formalidades impuestas por nuestra ley, ya que en estos casos la exégesis que se realice del precepto delimitará las condiciones que se exigirán a los documentos extranjeros en España. Para determinar estas condiciones debemos distinguir entre los documentos que no cumplen los requisitos necesarios, sean subjetivos o de forma, y los que carecen de efectos probatorios en el lugar de origen.

— Documento notarial incompleto por no cumplir los requisitos subjetivos o formales. Las condiciones mínimas esenciales que exige nuestro ordenamiento son las que siguen: En cuanto al fedatario, debe éste reunir la función autenticadora y la de asesoramiento imparcial, para lo que necesita una especialización jurídica. Respecto de las garantías materiales, es esencial que el notario de fe sobre la presencia de los otorgantes, sus capacidades y la identidad de los mismos, sobre la válida prestación de consentimiento y sobre la legalidad del acto del otorgamiento. Entre las garantías formales, es necesario que el notario estampe su firma en el documento. Normalmente, los instrumentos procedentes de la U.I.N.L. llenan todos estos requisitos que podemos considerar como mínimos y son, por contra, los documentos sajones los que incumplen todas estas condiciones, siendo este tipo de documentos el "enemigo a batir" de los notarios latinos. La cuestión estriba en observar que ocurre con esos documentos notariales extranjeros que no llenan los requisitos mínimos descritos. ¿Son admisibles *per se*? ¿Necesitan cumplir las formas exigidas por nuestro ordenamiento? ¿Es necesario un refuerzo para que

tales instrumentos puedan tener valor probatorio en España?

La primera respuesta a estos interrogantes sería establecer que un documento notarial extranjero sólo produce efectos probatorios en España cuando cumple todos los requisitos exigidos por nuestra legislación, de tal forma que si no los llena no sería admisible como documento público a los efectos probatorios, sin perjuicio de su posible admisión como documento privado. Se basa esta teoría, en la interpretación literal de la expresión del art. 600 L.E.C. "... y los demás requisitos necesarios para su autenticidad en España", entendiendo que con ella se impone la necesidad de cumplir todas las condiciones de forma que la ley española exige, tanto en el C.c., como en la L.N. y el R.N. No obstante, el razonamiento es excesivamente rígido en sus conclusiones, aparte de potenciar una visión ultraproteccionista que impide el tráfico internacional de documentos y paraliza cualquier tipo de gestión internacional, añadiendo múltiples formalidades. En conclusión desechamos la teoría no sólo por las razones expuestas, sino además porque si esta visión resulta excesiva para los actos con forma solemne, *a fortiori* debe serlo para las formas probatorias.

La segunda posición entiende que la expresión "los demás requisitos necesarios de autenticidad en España" se refiere no a la exigibilidad de idénticos requisitos, sino de las formas equivalentes a las españolas, según la ley del otorgamiento. El documento notarial extranjero sólo producirá efectos probatorios en España cuando llene, conforme a la *lex loci celebrationis,* unas formalidades mínimas equivalentes a las españolas. Si no las llenara sería necesario su refuerzo en origen o en el país de recepción, mediante la agregación de los requisitos que le falten. Esta doctrina, que en principio es válida para los documentos *ad solemnitatem* y que la doctrina notarial más templada ha intentado extender a los actos no solemnes, puede parecer no excesivamente afín con los principios tendentes a la supresión de trabas para la libre circulación de negocios y docu-

mentos (47). Pese al indudable atractivo formal que tiene esta tesis, creemos que, en aras de los principios comunitarios de libre circulación de personas, bienes, servicios y documentos, sólo debe aplicarse a casos muy específicos en los que el respeto a la forma sea casi una cuestión de orden público o de innegable importancia económica para el país. Ello significa que únicamente debe exigirse el especial refuerzo del documento (que supone imponer la forma equivalente) en aquellos supuestos en que sea innegable la gravedad del caso.

Un último punto de vista aplica directamente la ley del lugar de celebración, entendiendo que la expresión analizada realiza una equiparación entre legalización y traducción y "los demás requisitos necesarios para su autenticidad en España". En este caso, el documento notarial extranjero incompleto produciría efectos probatorios en España cuando fuese otorgado conforme a las formalidades exigidas por la *lex loci,* sin necesidad de cumplimentar las condiciones de forma que nuestro ordenamiento exige a los documentos públicos ni tampoco las formas equivalentes. En esta interpretación el documento incompleto sería admitido para producir efectos probatorios en España sin necesidad de verificar refuerzo alguno. Esta tesis protegería la libre circulación de documentos, pero conllevaría el riesgo de admitir documentos con una dación de fe parcial, que generaría inseguridad en torno a la validez del acto celebrado. Sin embargo, ocurre que, si bien nuestros notarios realizan una dación de fe total, al final el fedatario no da fe de la veracidad del negocio celebrado, sino de que las partes han hecho una serie de declaraciones (que pueden ser falsas o no serlo) (48).

(47) Sobre esta tendencia a la supresión de barreras y a la libre circulación dentro del ámbito comunitario, *vid.* J. BAUGNIET, "L'execution des actes authentiques dans les pays de la Communauté Economique Européenne", *Miscellanea W. J. Ganshof van der Meersh,* T. II, Bruselas, Bruylant, 1972, pp. 712 y ss.; J. PICARD, *op. cit.,* pp. 93 y ss. y esp. p. 105.

(48) *Cf.* P. AVILA ALVAREZ, *op. cit.,* p. 155.

No siendo perfecta la intervención notarial latina en lo que respecta al contenido del negocio, no creemos que deba rechazarse el documento incompleto procedente del extranjero, cuando sólo pretende tener efectos probatorios en España. Además, si bien el instrumento público tiene una eficacia privilegiada, ésta puede ser destruida mediante la prueba en contrario, a través de la querella de falsedad. Así, siempre queda la posibilidad de acreditar mediante otra prueba el hecho de que el documento notarial extranjero es erróneo o falso en alguno de sus extremos, quedando a salvo la seguridad jurídica.

En conclusión, podemos afirmar que el documento notarial incompleto, que trata de producir efectos probatorios en España, no necesita más que cumplir las formas del lugar de otorgamiento y tener la legalización y traducción. Salvamos aquellos casos en los que, aunque la forma no se exige con carácter solemne, sí hay un principio de protección al fondo del asunto que debe ser preservado (sea por su gravedad, por afectar al orden o interés público... etc.) y que hace que la forma gane una naturaleza indispensable para el acto. Es cierto que el documento incompleto presenta mayores problemas para el tráfico y, por ello, aunque deban ponerse trabas a la libre circulación de instrumentos, sería necesaria una acción conjunta en orden a proceder a un acercamiento de los sistemas notariales en juego. Este acercamiento puede producirse a través de la cooperación internacional y mediante un esfuerzo legislativo de los países anglosajones para procurar un acercamiento a nuestro sistema (49).

— Documento notarial incompleto por carecer de efecto probatorio. El problema de este tipo de documentos quedó estudiado al hablar de la eficacia del documento público notarial, de ahí que nos remitamos a lo ya expuesto. Recor-

(49) Así ocurre con los notarios de Londres, los cuales procuran respetar las legislaciones extranjeras a las que van dirigidos los documentos que de ellos emanan.

daremos, no obstante, que en ningún caso son admisibles los documentos a los que su propio ordenamiento priva de tales efectos. En suma, el documento carente de eficacia probatoria en el lugar de otorgamiento no puede producir tales efectos en España. De ahí, que la posible solución pasaría por la adecuación de su legislación en origen.

B) *Valor ejecutivo.*

El primer problema que se pone de manifiesto al analizar la fuerza ejecutiva de un documento notarial extranjero es la laguna existente en esta materia dentro de nuestra normativa, ya que no existe un artículo similar al 600 L.E.C. (reconocimiento de la fuerza probatoria) ni tampoco similar al 954 L.E.C. (reconocimiento de las decisiones judiciales).

Dentro del régimen convencional se suelen exigir como requisitos (50) la prueba de la autenticidad y ejecutividad del documento conforme a la ley de origen y la no contrariedad con el orden público del foro de las disposiciones cuya ejecución se solicita. En las condiciones de validez tanto subjetivas como objetivas se suprime la mención a los requisitos de carácter subjetivo, lo cual es positivo, ya que el control de estas condiciones resulta excesivo tanto para los efectos probatorios como para los ejecutivos. Sólo se conserva como elemento común a todos los Tratados de los que España es parte, la mención a la cláusula de orden

(50) *Vid.* J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, pp. 624-626, donde se explican en particular los regímenes convencionales de los tratados Hispano-francés de 28 de mayo de 1969, Hispano-italiano de 22 de mayo de 1973; Hispano-austríaco de 17 de febrero de 1984 e Hispano-alemán de 14 de noviembre de 1983, así como el régimen del Convenio de Bruselas de 1968, en sus arts. 50 y 51 respectivamente. Específicamente sobre el Convenio de 1969 entre España y Francia *vid.* entre otros J. A. CREMADES, *loc. cit.*, pp. 43 y ss.; E. RUILOBA SANTANA, "El Convenio hispano-francés de 28 de mayo de 1969 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras y actas auténticas en materia civil y mercantil", *R.E.D.I.*, Vol. XXIII, 1970, pp. 56 y ss.

público. También dentro de las condiciones de autenticidad del documento se limitan los requisitos exigidos, al suprimirse la legalización y al dispensarse la traducción. Al mencionar el art. 600 L.E.C. la prueba de la autenticidad y ejecutividad del documento conforme a la ley de origen, está englobando dos condiciones de autenticidad: que el documento cumpla las formas y solemnidades necesarias para ser considerado como auténtico y ejecutivo en el lugar de origen, y la legalización o garantía de autenticidad del acto. Ambos requisitos se sustituyen en el ámbito convencional por la prueba de la ejecutividad del documento según la *lex loci*. A su vez, la traducción es dispensable a través del cauce señalado en los Convenios.

El régimen existente caso de no haber tratado oscila entre aplicar las condiciones del art. 954 L.E.C., equiparando documento público y sentencias judiciales, o bien no seguir

este criterio, tal y como proponen J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO obviando así el complicado trámite procesal del *exequatur* (51). La solución sería exigir el cumplimiento de los requisitos previstos en la normativa convencional internacional, ya que recurrir al art. 600 L.E.C. resultaría a todas luces excesivo porque, por un lado las condiciones de fondo subjetivas y objetivas actúan *per se* y no en el plano del reconocimiento y, por otro lado, porque las condiciones de autenticidad son aplicables de forma limitada, tal como hemos señalado. Los autores citados se apoyan en otro argumento para fundamentar esta tesis, cual es la provisionalidad y carencia de efectos de cosa juzgada que tiene el juicio ejecutivo en nuestro Derecho, lo cual permite la corrección de cualquier fallo ejecutado erróneamente a través de la vía declarativa ordinaria.

Para analizar qué ocurre, respecto de la fuerza ejecutiva, cuando un documento notarial extranjero incompleto (por carecer de los requisitos necesarios o de los efectos demanda-

(51) *Cf.* J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, pp. 626-628.

dos), intenta ejecutarse en España, debemos distinguir dos supuestos, al igual que hicimos anteriormente:

— Documento notarial incompleto por no reunir los requisitos mínimos de nuestra legislación. Cuando el documento notarial se caracteriza bien porque el fedatario carece de alguna de las funciones esenciales bien porque no se cumplen las condiciones de autenticidad material o formal que se consideran como imprescindibles, estamos ante el prototipo de documento notarial incompleto. La pregunta que nos planteamos en este caso es: ¿Pueden estos instrumentos producir sus efectos por sí mismos o necesitan cumplir algún tipo de refuerzo o formalidad especial según la ley española? Tanto dentro del régimen convencional como fuera de él bastará con que se pruebe la autenticidad y fuerza ejecutiva en el país de origen para que sea directamente ejecutable en España, siempre y cuando el contenido de la ejecución no sea contrario al orden publico español. Parece, por tanto, que a nuestro ordenamiento le basta que se compruebe que estamos ante un documento público o auténtico en el país de otorgamiento y que, conforme a esta legislación, sea un título válido para la ejecución. Acreditados ambos extremos, el documento gozará de fuerza ejecutiva en España sin necesidad de una forma equivalente y, mucho menos, de las condiciones formales de la ley española. Esto, unido a la provisionalidad de efectos del juicio ejecutivo, constituye la base sustantiva para que nos decantemos por la aplicación de la *lex loci celebrationis* a la hora de ejecutar un documento notarial en España, sin necesidad de exigir mayores requisitos ni condiciones, que irían en detrimento de la libre circulación de actas (52).

— Documento notarial incompleto por carecer de efectos ejecutivos. El documento carente de efectos ejecutivos con-

(52) El terreno de la ejecución ha sido el primero en el que los Estados han acordado armonizar sus legislaciones, firmar convenios de cooperación y aplicar reglas conjuntas en tal materia, *vid.* J. PICARD, *op. cit.*, pp. 105 y 106; M. L. REVILLARD, *op. cit.*, pp. 213 y ss.

forme a su ley de origen no puede nunca producir efectos en el país de recepción. Esto es lo que ocurre con los documentos sajones, ya que tales instrumentos, pese a haber sido elaborados por un *notary public* con las condiciones y formas exigidas por la ley inglesa, carecen de eficacia ejecutiva según sus propias normas. La consecuencia es que al no tener este efecto en origen tampoco podrán tenerlo conforme a la ley española. Ni siquiera en estos casos la intervención de los notarios de Londres, dotados de una mayor autoridad, confiere al documento fuerza ejecutiva, ya que la propia legislación inglesa desconoce este efecto para tal tipo de documentos (53). La solución a este problema pasa o bien por recibir el documento notarial extranjero como documento privado, otorgándole los efectos correspondientes en España, o bien por realizar una reforma legislativa en origen, que dote a tales documentos de la fuerza ejecutiva

correspondiente. La primera solución supone que para la ejecución de tales documentos sea necesario seguir el trámite judicial correspondiente o proceder a la elevación del documento privado a escritura pública.

C) *Valor registral.*

Cuando nos referimos a la fuerza registral de un documento notarial extranjero nos centraremos en el Registro de la propiedad, por ser el más importante desde el punto de vista notarial. La mayoría de los actos emanados del fedatario relativos a bienes inmuebles tienen por fin último la toma de razón en tal Registro, de ahí que prescindamos de las referencias al Registro civil, por su carácter menos acorde a la esfera notarial. La línea argumental que seguiremos será la misma que estudiamos para la fuerza ejecutiva, es

---

(53) *Vid* J. PICARD, *op. cit.*, pp. 102 y ss., donde el autor matiza el hecho de que en Gran Bretaña sólo son ejecutables las decisiones judiciales, nunca las extrajudiciales, que necesitan la previa interposición de una demanda de ejecución en la vía judicial ante los tribunales ingleses.

decir, analizar primero el régimen de regulación en nuestro Derecho, posteriormente los problemas de los documentos incompletos y, por último, intentar aportar algún tipo de solución a las cuestiones planteadas.

La regulación de la recepción del documento notarial extranjero, a los efectos de la inscripción en el R.P., se halla en el art. 36 R.H., el cual dispone que: "Los documentos otorgados en territorio extranjero podrán ser inscritos si reúnen los requisitos exigidos por las normas de Derecho internacional privado, siempre que contengan la legalización y demás requisitos necesarios para su autenticidad en España".

La referencia a "Los documentos otorgados en territorio extranjero..." puede recibir las mismas críticas que hacíamos respecto del art. 600 L.E.C. Entendemos que los "documentos" deberían haber sido clasificados en solemnes y no solemnes, que en vez de "otorgados" podría haberse dicho *"autorizados"*, y que la mención al "territorio" podía haberse sustituido por la referencia a la autoridad extranjera. A su vez, la alusión a la posibilidad de inscripción en España debe entenderse en sentido amplio, cuidando de evitar que, con una interpretación estricta de la palabra inscripción, queden excluidas las anotaciones preventivas, las cancelaciones, las notas marginales, y los demás asientos del registro. Por su parte, la doctrina mayoritaria interpreta la dicción "... si reúnen los requisitos exigidos por las normas de Derecho internacional privado..." (54) en el sentido de que se exigen los requisitos del art. 600 L.E.C., y fundamentalmente las condiciones de validez subjetivas y objetivas, ya que el resto de condiciones se detallan posteriormente. Las condiciones de validez subjetivas, que se refieren a la capacidad y aptitud del otorgante conforme a las leyes de su país, fueron consideradas exorbitantes cuando nos referíamos al

(54) *Vid.* J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, pp. 620-624 y ss.

valor probatorio o ejecutivo del documento. Sin embargo, no parece que lo sean cuando la cuestión se centra en la fuerza registral, ya que la capacidad del sujeto es uno de los elementos sobre los que va a recaer la calificación del registrador, conforme al art. 18 L.H. Por ello, cuando el título accede al registro, el registrador debe cerciorarse sobre la aptitud de las partes para verificar el acto de que se trate, sean aquéllos nacionales o extranjeros, como lo demuestra la exigencia del art. 36.2 R.H. Las condiciones de validez objetivas atienden a que el contenido del acto sea lícito y permitido por la legislación española. Obedece también al mismo criterio expuesto para las condiciones subjetivas, es decir, que la calificación del registrador se extienda al objeto del negocio jurídico, enjuiciando si un acto es válido o no para ingresar en el R.P. y así producir los efectos prevalentes que éste otorga. Este requisito, que resultaba excesivo en el ámbito probatorio y ejecutivo, resulta aquí de plena aplicación, ya que sin este tamiz previo de la calificación del objeto podrían ingresar títulos nulos o ineficaces, que diera al traste con la seguridad jurídica que el registro proporciona. Cuando de la fuerza registral se trata, no sólo no resultan exorbitantes, sino que es absolutamente necesaria su exigibilidad. La diferencia radica en que el valor probatorio no crea una situación jurídica, sino que intenta acreditar la existencia de la misma. Sin embargo, la ejecución del documento va más allá, intentando llevar a efecto una relación jurídica determinada. Cuando se trata de registrar un documento extranjero, no se está buscando un mero efecto de prueba, sino unos efectos reforzados de publicidad frente a terceros, acerca de la existencia de una relación jurídica. Si el registro produjera meros efectos probatorios (aspecto formal), no habría necesidad de imponer las condiciones de validez en este aspecto, al igual que ocurre con la eficacia probatoria; pero al tener además una publicidad material, con efectos prevalentes para las personas que adquieren basadas en una titularidad registral, se torna nece-

sario exigir el cumplimiento de las condiciones de validez analizadas (55).

La frase "... siempre que contenga la legalización y los demás requisitos necesarios para su autenticidad en España..." no hace referencia a la apostilla, introducida por el Convenio de la Haya de 5 de octubre de 1961, hecho que, sin embargo, es normal, ya que puede incluirse perfectamente en una interpretación amplia de la palabra legalización. Cuando el art. 36 R.H. menciona "los demás requisitos necesarios para su autenticidad en España", no sólo se refiere a la traducción, sino también a la posibilidad de imponer bien los requisitos de forma pedidos por la ley española, bien los requisitos de forma equivalentes, o bien que baste con la legalización y traducción, sin necesidad de ninguna condición más. Este es un problema común a cada uno de los efectos del documento y que desarrollaremos posteriormente.

Siguiendo con el hilo argumental, cuando el documento notarial es completo no se plantea problema alguno de recepción, siendo perfectamente inscribible en el registro. Ahora bien, si el documento extranjero no llena las formas mínimas que la ley española describe ¿Será inscribible sin más en el registro? ¿Deberá aplicarse la ley española? ¿Debe buscarse el refuerzo del documento? Para resolver estas cuestiones debemos diferenciar de nuevo entre documentos que no cumplen las condiciones mínimas esenciales y los que

---

(55) Los principios de legitimación y fe pública registral (arts. 32, 34, 37, 38 y 40 L.H.) son el prototipo básico de esta protección especial que el registro otorga a quienes figuran como titulares en sus libros, sin perjuicio de que, además, cree acciones especiales y sumarias en otros casos para la protección de tales situaciones. Sobre estas y otras cuestiones en torno al registro *vid.* J. M. CHICO Y ORTIZ, *op. cit.*, pp. 537 y ss.; *id.*, "Inscripción registral y documento notarial como fuente de construcción jurídica", *D.J.*, núm. 16, 1977, pp. 918-940; F. VILLAGRA KRAMER, "Registro del documento otorgado en el extranjero", *Libro homenaje a J. Sánchez-Covisa*, Caracas, Fac. de Derecho, Universidad Central de Venezuela, 1975, pp. 377-394; J. BOLÁS ALFONSO, I. LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ y M. SAGARDIA NAVARRO, *loc. cit.*, pp. 568 y ss.; J. M. DÍAZ. FRAILE, *loc. cit.*, pp. 56 y ss.; J. PICARD, *op. cit.*, pp. 77 y ss.

carecen de efectos de registración, dando una respuesta para cada uno de los casos.

— Documentos que no cumplen los requisitos mínimos de la legislación española. Se trata de los instrumentos que no tiene alguna de las condiciones que la ley española exige como indispensables para la registración de un acto determinado, sean las referentes al notario o a las garantías de autenticidad material o formal. El problema estriba en este momento en dar una respuesta a los interrogantes que antes hemos formulado, desde la perspectiva de los documentos incompletos. Para ello, se pueden adoptar tres posiciones. La primera parte de la aplicación de la legislación española, de tal manera que sólo será inscribible en el R.P. el título público otorgado por notario español o por notario extranjero que en el otorgamiento haya respetado la ley española. El fundamento de esta tesis se encuentra en la interpreta-

ción rígida del art. 36 R.H. cuando se refiere a "los demás requisitos necesarios para su autenticidad en España", entendiendo esta posición que tal expresión quiere significar el cumplimiento de la ley española en todos sus aspectos de forma. En consecuencia, el documento que no llena tales condiciones no puede ser admitido en el registro. Para llegar a estas conclusiones el argumento se remonta al art. 10.1. C.c., cuando dispone que "Los derechos reales sobre bienes inmuebles, así como su publicidad se regirán por la ley del lugar donde se hallen". Al estar situado el inmueble en España, la ley aplicable será la española, con lo que para que el título sea inscribible deberá ser público conforme al art. 3 L.H., el cual exige escritura pública. Para saber cuando estamos ante una verdadera escritura pública debe acudirse, según esta teoría, al art. 12.1 C.c., que remite la calificación a la ley española. Así, cuando dicha escritura no cumpla los requisitos pedidos por la ley española, no será admitida en el registro llegando incluso a hacer de ello una cuestión de orden público que, en función del art. 12.3 C.c., excluiría cualquier tipo de documento que no llene tales formas.

La segunda teoría, por el contrario sostiene que debe aplicarse directamente la *lex loci celebrationis,* de tal manera que cualquier documento notarial válido para ser inscrito en origen, lo será también en España, sin más requisitos que los estudiados (legalización, traducción, condiciones de validez subjetivas y objetivas). Se apoya esta tesis en la crítica a la anterior, estableciendo que, cuando se habla de "los demás requisitos necesarios para su autenticidad en España", el precepto se está refiriendo a la legalización y traducción, pero no al cumplimiento de la ley española. Entenderlo de otro modo atentaría a los principios básicos de libre circulación comunitaria, además de hacer prácticamente inviable la registración de los documentos extranjeros.

La tercera teoría parte de una crítica a las dos anteriores. Así, la primera teoría, que entiende íntegramente aplicable la ley española, no es de recibo por ser excesivamente ultranacionalista y, aunque el registro debe ser objeto de una especial protección, que lo preserve frente a posibles documentos mal construidos jurídicamente, ello no es razón para que deba ser aplicada la ley española en su totalidad. De hecho, el razonamiento utilizado por esta teoría es parcial. Si bien es cierto que el art. 10.1. C.c. se remite a la ley de situación del inmueble, que nos llevaría a aplicar la ley española en materia de publicidad, lo que no se puede admitir es que la calificación del título se haga conforme al art. 3 L.H., ya que, para la contingencia del título extranjero, la propia L.H. en su art. 4 regula el supuesto específicamente, con lo que al ser norma específica sustituye a la general del art. 3. Por otro lado, la proximidad "geográfica", es decir sistemática, de ambos artículos tampoco es casual, ya que, el art. 2 regula el título material, encargándose los arts. 3 y 4 del título formal. El art. 4 establece que "También se inscribirán en el registro los títulos del art. 2 otorgados en país extranjero, que tengan fuerza en España con arreglo a las leyes". Por último esta

remisión a las "leyes" debe ser entendida, no al art. 12.1 C.c., que se refiere a la norma de conflicto, sino al 36 R.H., que junto con el 4 L.H. forman un todo orgánico destinado a regular la inscripción de los títulos expedidos por autoridad extranjera.

Si bien no es necesaria la aplicación de la ley española a los documentos notariales extranjeros, tampoco parece que pueda aplicarse sin más la teoría que parte de la *lex loci* como único criterio a tener en cuenta en este tipo de documentos, debido a la especial protección que debe rodear al registro. La aplicación de este criterio único puede dañar gravemente el principio de seguridad jurídica, a través de una imperfecta construcción del título y su ingreso en el registro. Podría ocurrir que en determinados casos de documentos incompletos, por dación de fe parcial o por cualquier otra falta, ingresara en el R.P. un título erróneo o

falso que diera preferencia a situaciones inexistentes o fraudulentas, llegando incluso al extremo de protegerse frente al verdadero adquirente (casos del art. 34 de la L.H.). Con el fin de evitar tales situaciones injustas, es por lo que adoptamos la teoría de la equivalencia de formas. Esta teoría establece que cuando el documento notarial pretende ser inscrito en España, no sólo es necesario que se cumplan las formalidades que impone la ley del lugar de celebración, sino que éstas deben ser reforzadas, exigiéndoles las formas equivalentes a las que se piden como mínimas por el ordenamiento español. Lo importante no es que se cumpla una determinada forma exigida por el Derecho español, sino que se respete el interés de fondo que dicha forma tiene por objeto garantizar (56). Por ello, cuando el art. 36 R.H. se refiere a "los demás requisitos necesarios para su autenticidad en España", no exige la aplicación de la ley espa-

(56) *Vid.* PH. MALAURIE, "L'equivalence en droit international privé", *Rec. Dalloz*, 1962, chr. XXXVI, pp. 216 y ss.; R. BLANQUER UBEROS, "La equivalencia de formas", *Noticias C.E.E.*, núm. 15, abril 1986, pp. 21 y ss. y esp. p. 25.

ñola, sino la aplicación de las formas equivalentes, a fin de evitar agresiones al registro que partan del uso de unas formas incorrectas, añadiendo nuevos riesgos a los vacíos de titularidad existentes en la práctica. El documento no podría ser inscrito en el registro si es incompleto y no llena las formas mínimas que impone la ley española. El problema que se plantea a continuación es ver si tales documentos son susceptibles de refuerzo para poder ser registrados y, en caso de una respuesta afirmativa, la forma de llevarlo a cabo.

— Documentos notariales incompletos por carecer de efectos registrales. Podemos repetir lo ya expuesto tanto para el valor probatorio como para el ejecutivo: si un documento no es válido como título de registración en el país de origen tampoco puede serlo en el de recepción. Así se desprende de la interpretación literal del art. 36 L.H. cuando habla de "la observancia de las formas y solemnidades extranjeras", a lo que habría de añadir para ser más claros: *"necesarias para su toma de razón en el registro de su país"*, según vimos al estudiar el art. 600 L.E.C. Cuando el documento carezca de estos efectos, la única solución pasa por su recepción como documento privado a los efectos que corresponda.

Como conclusión a este apartado podemos decir que en la eficacia registral del documento notarial extranjero interpretamos que debía aplicarse la teoría de la equivalencia de formas porque existe un interés de fondo, más público que privado, en la veracidad y legalidad del contenido de lo que el registro publica. Sirve además como medio de protección fiable a los terceros, que adquieren confiados en lo que el registro establece. Esto nos lleva a estimar conveniente, respecto de la fuerza registral, el respeto a la equivalencia de formas, ya que la validez del título que se inscribe es una de las garantías máximas para que el registro coincida plenamente con la realidad extrarregistral y no haya lugar a dislates en cuestiones de titularidad. Por contra, en el valor

probatorio o ejecutivo no es necesario mantener el requisito de la forma equivalente a cualquier precio, puesto que el interés de fondo (la prueba plena frente a terceros o la ejecución válida del acto) pueden ser protegidas a través de otras vías no formales, como la prueba en contrario, la querella de falsedad o el juicio declarativo ordinario respectivamente. La parcialidad de los efectos, en el caso de la fuerza probatoria o su provisionalidad, en el caso de la fuerza ejecutiva, hacen que resulte excesiva, en principio, la exigibilidad de un refuerzo formal en los documentos que pretenden tales efectos. Por el contrario, el hecho de que los efectos registrales en nuestro Derecho puedan ser totales y definitivos, nos obliga a adoptar la exigencia de una garantía mínima formal en los documentos que pretenden su inscripción en el registro, cual es el cumplimiento de las formalidades equivalentes a las usadas en el lugar de registración.

2. Forma exigida como requisito constitutivo *(ad solemnitatem).*

Las formas solemnes, o formas "de ser", son aquéllas que forman parte de la estructura esencial del negocio, de su núcleo mismo, concurriendo en la fase de formación del acto y no en la de su posterior eficacia frente a terceros. Igual que en anteriores ocasiones, el desarrollo del tema nos va a llevar a analizar el régimen existente en nuestro Derecho, los problemas que se plantean cuando no se llenan las condiciones o no se tienen los efectos, así como las correspondientes soluciones.

A título introductorio, la primera cuestión a destacar es observar qué ocurre cuando la ley española exige una formalidad con carácter constitutivo (capitulaciones, censos, testamentos, hipotecas, donaciones de inmuebles, ...), y el acto ha sido realizado ante un notario extranjero. Este problema no es más que una especificación de la discusión general en torno al art. 11.2 C.c., entendido como cláusula de excep-

ción o como cláusula de complemento (57). En este sentido, el art. 11 C.c. comienza refiriéndose a: "las formas y solemnidades de los contratos, actos y demás actos jurídicos...". Como se puede observar, la norma sigue siendo reiterativa (formas / solemnidades y contratos / testamentos / actos), recalcando términos que podrían haberse economizado usando una expresión más genérica, como por ejemplo: *"la forma de los actos se regirá..."*, evitando enumeraciones exhaustivas o de repetitivas de términos que van incluidos en otros, como ocurre con los contratos y los testamentos que son englobables en la categoría "actos", o las solemnidades, que pueden incluirse en la categoría "formas". Así mismo, con el uso del verbo "... se regirán..." se está dando un salto cualitativo, abandonando el campo del reconocimiento y entrando de lleno en el del Derecho aplicable, es decir, abandonando el ámbito de la eficacia para pasar al de la creación o constitución del acto. Finalmente, con la expresión "... por la ley del país en que se otorguen..." se está dando carta de naturaleza a la regla *locus regit actum* o, más propiamente, *auctor regit actum* (58).

El problema se crea en relación con la norma que contiene el párrafo segundo del propio art. 11. Con la expresión "Si la ley reguladora del contenido de los actos y con-

---

(57) Sobre las posibles interpretaciones del art. 11 C.c.; en cuanto a la primera de las interpretaciones *vid.* J. L. IGLESIAS BUHIGUES, "La forma de los actos jurídicos en el Derecho internacional privado", *D.J.*, núm. 24, 1979, pp. 873-893; R. BLANQUER UBEROS, "El estatuto formal (Artículo 11 C.c.)", *El Título Preliminar del C.c.*, vol. II, 1974, pp. 162-306; A. RODRÍGUEZ ADRADOS, *loc. cit.*, pp. 278-308. En contra de estas posiciones, realizando la interpretación como cláusula de complemento *vid.* J. M. ESPINAR VICENTE, "El artículo 11 del Código civil español: Una posible lectura", *A.E.S.J.*, vol. X-XI, 1981-1982, pp. 423-441; *id.*, "La forma de los actos y negocios jurídicos", en J. D. González Campos y otros, *Derecho Internacional privado. Parte especial*, vol. II, 3.ª ed. revisada, Oviedo, Apel, 1990, pp. 285-304.; J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, pp. 605 y ss.

(58) Tanto lo que se refiere al estudio de las conexiones que faltan por enumerar, como de la que hemos citado, nos remitimos a los estudios de Derecho internacional privado que hemos citado en la nota anterior. Un detenimiento en ellos haría demasiado extenso el contenido de este trabajo y nos separaría del tema central de estudio, que es el reconocimiento de los documentos notariales.

tratos ..." parece establecerse una cláusula de salvaguardia en favor de la ley española, cuando ésta sea la ley reguladora del contenido de la relación jurídica y el documento se hubiera otorgado en país extranjero. Dicha cláusula permite a la ley española imponer su propia forma para el acto. A su vez, la frase "... exigiere para su validez una determinada forma o solemnidad..." hace pensar que la forma se debe exigir en este caso para la validez o perfección del negocio y no sólo para su mera eficacia, que es precisamente lo que ocurre con los actos con forma *ad solemnitatem.*

Por su parte la exégesis de los términos "... será siempre aplicada..." es fundamental, ya que si consideramos que se está refiriendo a la ley española (que será siempre aplicada), la estamos convirtiendo en cláusula de excepción a la regla *locus* o *auctor,* significando que en los casos en que la ley española fija una forma con carácter constitutivo, la *lex loci* no entraría en funcionamiento, aplicándose directamente la ley española como si de una norma material imperativa se tratase (Sentencia del T.S. de 4 de octubre de 1982). Si, por el contrario, creemos que lo que debe respetarse no es tanto la formalidad impuesta por la ley del contenido cuanto el interés de fondo que se protege llegaremos a la conclusión de que no es necesario cumplir exactamente la ley española, sino las formalidades equivalentes. Así, convertiríamos la cláusula de excepción en una norma de complemento de la regla *auctor.* No obstante, puede ocurrir que la ley extranjera llene o no estas formas equivalentes a las españolas. El primer caso no plantea problema alguno. El segundo plantea la cuestión de si será o no admisible el documento en España.

Por último, la expresión "... incluso en el caso de otorgarse aquéllos en el extranjero..." parece querer referirse a *"otorgados ante autoridad extranjera",* ya que en otro caso se incluirían los documentos consulares, que se rigen por la ley del país de la propia autoridad y no por la *lex loci.*

En anteriores supuestos estudiábamos si era necesario

seguir la teoría de la equivalencia de formas, la aplicación directa de la *lex loci* o, sencillamente, la de la ley española sin más preámbulos; sin embargo, el caso ha quedado resuelto por el propio C.c., pues no se trata ya de que busquemos salida a las normas del reconocimiento a través de la interpretación de las expresiones contenidas en la L.E.C. o en el R.H., sino que el propio C.c. prevé una norma de directa aplicación al caso, con lo cual descarta la aplicación de la ley del lugar a secas. Hemos optado por la equivalencia de formas, finalmente, porque otorga un mínimo de seguridad sin obstaculizar la libre circulación del acto y de los documentos.

Como en supuestos anteriores, si el documento es completo no se plantea problema alguno, mientras que si es incompleto por falta de requisitos o de efectos constitutivos, el planteamiento es si puede este documento notarial incompleto crear una relación jurídica en España. La respuesta obliga de nuevo a distinguir entre:

— Documento que carece de los requisitos subjetivos o formales mínimos. Al no cumplir el instrumento las formas notariales mínimas equivalentes y esenciales impuestas por la ley española, a pesar de que podría ser perfectamente válido en el lugar de origen, no podrá dar lugar a la constitución de una relación jurídica en España, necesitando con mayor fuerza que en anteriores supuestos el refuerzo del documento.

— Documento carente de efectos constitutivos conforme a su ley de origen. Este supuesto se basa en el hecho de que la legislación del lugar de otorgamiento no exige forma solemne para el acto de que se trate. En estos casos, y como consecuencia *ad mayorem* de todo lo que llevamos visto, si un documento no puede ser título válido para constituir una determinada relación conforme a su ley, es imposible que lo sea conforme a la ley española. Problema diferente es si es necesario que conforme a la ley del otorgamiento el acto de que se trate deba también respetar una determinada forma

ad solemnitatem para el mismo acto en que se exige en España. Lo que importa en estos supuestos es el aspecto formal y no el material, es decir, importa que el instrumento notarial conforme a su ley de otorgamiento sea un título válido para constituir relaciones solemnes, siendo indiferente que el supuesto para el cual se pida la forma coincida con el supuesto material que fija la norma española (59).

En conclusión, cuando una legislación no prevea la posibilidad de que se constituyan relaciones solemnes con documentos notariales, no podrán ser admitidos en nuestro país con carácter constitutivo, al carecer de este efecto en origen. Habrá de producirse su refuerzo a través de alguna de las vías que estudiaremos a continuación.

IV. El documento notarial reforzado

1. El Refuerzo en origen.

Hemos ido comprobando como la práctica notarial y registral es reacia a admitir los documentos elaborados por notarios extranjeros cuando no reúnen los requisitos suficientes para ser considerados como auténticos, ejecutivos o registrables en España, máxime cuando nos encontramos con una situación de forma exigida *ad solemnitatem.* Frente a

(59) En el supuecto de una donación de bienes inmuebles situados en España, hecha en escritura otorgada ante notario extranjero, podrían plantearse los siguientes aspectos: a) El documento notarial es título válido para constituir relaciones patrimoniales en forma solemne, la legislación extranjera pide forma solemne para las donaciones de inmuebles. El instrumento podría ser admitido en España, si reúne las formas equivalentes; b) El documento notarial no es título válido para constituir relaciones patrimoniales con forma solemne. El instrumento no podría ser admitido en España sin previo refuerzo; c) El documento notarial ni es título válido de forma *ad solemnitatem* ni se prevé su aplicación para el supuesto de la donación. Tampoco será admisible en estos casos el tal documento; d) El documento notarial es título válido para constituir relaciones solemnes, sin embargo, no es pedida forma solemne para las donaciones de bienes inmuebles. El documento será admisible en España, pues aunque no se exija forma solemne para las donaciones de inmuebles, sí se utiliza la forma notarial con este carácter, aunque sea en otros supuestos.

ésta, la posición internacionalista declara admisibles los documentos elaborados por autoridad extranjera, siempre que se cumplan las solemnidades impuestas por la *lex loci,* produzcan efectos conforme a la misma ley, y estén debidamente legalizados y traducidos. Y ello aunque no se les pueda considerar en muchos casos como verdaderos documentos notariales y estén en uno u otro aspecto incompletos. Como posición intermedia surge una teoría que, partiendo del cumplimiento de la *lex loci,* impone que las formalidades del Estado de origen sean equivalentes a las exigidas por la ley española para que el acto sea válido (formas solemnes) e incluso para que produzca efectos en España (formas probatorias). Los supuestos en que hemos hecho uso de esta teoría, por así imponerlo una *ratio* superior, son el de las formas de ser o solemnes y el de los documentos inscribibles en el registro. En el primer caso, el interés de fondo existente hace que el ordenamiento imponga el respeto de una formalidad determinada, con el fin de otorgar al acto una especial protección documental, haciendo de la forma casi una cuestión de orden público y, por lo tanto, irrenunciable para las partes. En el segundo supuesto, el interés que se protege es la publicidad especial y prevalente que se alcanza con la toma de razón en el registro, lo que origina que nuestro ordenamiento exija que se respeten unos mínimos formales determinados. De lo contrario, aumentarían los riesgos de inseguridad, en cuanto a la titularidad que el registro publica, ya que el registro es el medio de protección frente a los terceros que adquieren confiados en él. Excluimos, sin embargo, de esta teoría de la equivalencia de formas, con sus excepciones, tanto la publicidad documental como la ejecutividad, ya que en una y otra el interés de fondo no queda perturbado por la dispensa de formas. En el primer caso queda protegido aquélla mediante la posibilidad de destrucción del documento a través de la prueba en contrario o mediante la querella de falsedad. En el segundo supuesto el interés de fondo puede

protegerse debidamente a través de la impugnación del acto ejecutado, ejerciendo la acción correspondiente, mediante la vía declarativa ordinaria.

El segundo eje sobre el cual ha girado hasta ahora la exposición ha sido el observar el comportamiento de los documentos notariales extranjeros, estudiando si cumplen todos los requisitos, supuesto que no plantea problema, o si no llenan tales requisitos, hallándonos entonces ante un documento incompleto. El supuesto del instrumento incompleto que se intenta hacer valer en España es el que más problemas plantea, en función de los efectos que se persigan. Cuando la eficacia buscada es sólo a efectos de prueba o ejecución basta con que el documento sea auténtico o sirva como título de ejecución en el país de origen y que dicha ley le conceda tales efectos. Para hacerse valer en nuestro país sólo necesita cumplir las condiciones del art. 600 L.E.C. (fuerza probatoria) o, de los convenios internacionales (fuerza ejecutiva) sin necesidad alguna de ser reforzados. Si la finalidad es el efecto constitutivo, es decir, no tanto la eficacia del acto válido sino la perfección de un acto o contrato en España, no basta con lo anteriormente dicho, sino que será condición necesaria, además, que el documento reúna las formas y efectos equivalentes a los que la ley española pide. Pero al partir del hecho de que estamos ante un documento incompleto, que carece de algunas de las solemnidades, es necesario, para que el acto sea válido en España, que sea reforzado. Lo mismo ocurre cuando lo que se pretende es tomar razón en el registro español de un acto realizado ante notario extranjero. Para registrar tal acto es preciso que el documento incompleto haya sido reforzado convenientemente, de tal manera que, una vez hecho el refuerzo, el documento sea válido como título formal para la inscripición.

El refuerzo en ambos casos puede ser de dos tipos: en el país de origen o en el de recepción. Cualquiera de los dos puede ser válido a los efectos que pretendemos, aunque

la doctrina notarial se muestre reacia a admitir el *enforcement* en origen, por una especial aversión a la importación de documentos (60).

El refuerzo en origen de los documentos incompletos puede verificarse de forma diferente, según le falten al instrumento los requisitos o los efectos, ya que cada uno necesitará una forma de cubrirse distinta. Así:

— Documento que carece de alguno de los requisitos que afectan al fedatario. Ya hemos visto cuales eran estas funciones que consideramos mínimas y que no vamos a reiterar de nuevo. Sí diremos que, cuando el notario no tiene todas las facultades que caracterizan al notariado latino (esenciales), el propio país de origen, sabedor de la situación, puede proceder al refuerzo en dos maneras: creando un órgano específico, que tenga unas funciones equivalentes a las pedidas, o atribuyendo nuevas funciones a un órgano ya existente. La primera solución ha sido seguida en algunos países del área anglosajona, como Inglaterra, que atribuyen a una autoridad específica, los notarios de Londres, la facultad de crear documentos completos que vayan dirigidos al extranjero, atribuyéndoles funciones muy similares a las del notariado latino. La segunda solución ha sido practicada en los E.E.U.U., en dónde, con la finalidad de crear documentos técnicamente perfectos, se ha potenciado la asociación de notarios y abogados, atribuyendo a éstos funciones que están en el ámbito exclusivo de actuación del fedatario. Ambas soluciones han sido criticadas por la doctrina notarial (61), que como ya hemos dicho, estima poco idónea la importación de documentos técnicamente imperfectos. Nada podemos oponer, sin embargo, a la primera solución, según la cual el propio país de origen decide la creación de

(60) *Vid.* J. Bolás Alfonso, I. Lora-Tamayo Rodríguez y M. Sagardia Navarro, *loc. cit.*, p. 394, poniendo de manifiesto esta especial posición de la doctrina notarial en cuanto a la recepción de los documentos notariales.

(61) *Ibid*, pp. 394-395.

un órgano nuevo, dotándolo de las facultades especiales que caracterizan al notariado latino, pues con ello no se está violando ninguno de los principios que invisten al ministerio notarial. El hecho de que estas potestades se creen en Inglaterra e Irlanda sólo para los documentos dirigidos al extranjero y que, como consecuencia, genere de un doble régimen (uno interno y otro externo), no puede hacernos olvidar la soberanía de cada Estado para regular lo que proceda, incluso someterse a las normas de un ordenamiento extranjero. Tampoco puede hacernos olvidar que esta solución potencia el acercamiento entre ambos sistemas notariales y, por lo tanto, coadyuva a un mejor funcionamiento del tráfico internacional de documentos. Por su parte, la solución americana, pese a que en la práctica consigue resultados eficientes, es contraria al principio básico de asesoramiento imparcial, y por ello no puede ser admitida.

— Documento que incumple alguno de los requisitos de forma esenciales. Se trata de los supuestos en los que el notario no llena alguna de las condiciones de autenticidad material o formal que impone nuestro Derecho. En tales casos, el sistema notarial de origen, que no reúne tales requisitos, puede solventar el problema de dos maneras: exigiendo el requisito de que se trate o sometiendo la forma del documento a la ley del país de recepción. La primera solución es la que se trata de seguir en el marco de la Comunidad Europea (a pesar de los Estados anglosajones). También entre los países que integran la U.I.N.L. a través del sistema de la armonización, ya que al tratarse de sistemas próximos todos ellos pertenecientes al notariado latino, es más fácil adecuar y acercar las respectivas legislaciones, sea marcando unas pautas comunes, sea creando unos modelos de actuación que, en cualquier caso, respeten la libre actividad de creación notarial. La segunda, es la vía recomendable entre los países comunitarios pertenecientes al sistema sajón y, en general, para todos los que pertenecen a este último sistema. Estos países, al ser diferentes en cuanto a la

organización del notariado y a su funcionamiento y actividades, si quieren que sus documentos tengan validez y eficacia en los países de su entorno deberán adaptar sus normas sometiendo las condiciones de forma del documento a las normas de la nación de recepción. Este punto de vista, que ha sido adoptado en Inglaterra, ha sido criticado por la U.I.N.L., esgrimiendo que admitir la sumisión de un Estado a las normas de otro implica renunciar a la aplicación de la regla *auctor,* sin embargo, no podemos estar de acuerdo con estas conclusiones, ya que si el propio ordenamiento inglés prevé esta sumisión al Derecho extranjero, en materia de forma, cuando el documento va dirigido a producir efectos fuera su ámbito territorial, nada obsta para que así sea cumplido, pues esa será la *lex auctor* vigente.

— Documento carente de alguno de los efectos previstos. En estos casos, al carecer de alguno de los efectos (registral o constitutivo), sólo puede reforzarse el instrumento en origen, mediante una hipotética reforma legislativa que establezca el efecto buscado como inherente al documento notarial. En otro caso, no podría tener más valor en España que como documento privado.

2. El refuerzo en el país de recepción.

La segunda modalidad que apuntamos como posible solución a la recepción del documento notarial extranjero es la de verificar el refuerzo, que no se ha producido en el país de origen, en el propio Estado donde se intenta hacer valer el instrumento. Es éste un refuerzo de carácter subsidiario, que cubre tanto el caso de que no se haya producido el refuerzo en origen como el caso de que, habiéndose verificado éste, resulte insuficiente o contrario a las normas, de nuestro Derecho. Este *enforcement* del documento puede cubrir, como hemos visto con anterioridad, los defectos que afectan a los requisitos subjetivos o formales, o la carencia de efectos. Y así distinguimos entre:

—Documentos que carecen de requisitos que afectan al sujeto o a las formalidades. Se trata exactamente de los mismos supuestos que hemos descrito para el refuerzo en origen y que, por tanto, puede deberse a una dación de fe o autenticación parcial, o a un asesoramiento no imparcial o, por último, a una falta de cualquiera de las formas mínimas exigibles. Si lo que falta es una autenticación total por parte del fedatario extranjero, el notario español deberá cubrir todos aquellos aspectos a los que la fe pública no se haya extendido. Así ocurre en la práctica con muchos de los poderes que se reciben de Inglaterra ya que, al producirse una mera legitimación de firmas por parte del notario inglés, en modo alguno queda acreditada la representación conforme al Derecho español. Si lo que falta es el asesoramiento imparcial, el notario español o latino deberá verifica esta función, conforme lo exige el art. 147 R.N., evitando que un posible asesoramiento parcial ponga en peligro la información debida, con la actuación consecuente de una de las partes. Así ocurre con los documentos que proceden de los E.E.U.U., en los que el asesoramiento del abogado puede tener el riesgo de ser tendencioso en alguna ocasión y, por tanto, comprometer la información que se suministra a una de las partes. La falta del cumplimiento de las formalidades exige que éstas sean llenadas por el notario español, cubriendo las lagunas que el fedatario extranjero haya dejado en cuanto al ejercicio de la fe pública notarial. El problema, hoy en día, estriba en que nuestra legislación carece de soluciones normativas directas, que resuelvan esta cuestión puntual del tráfico internacional.

Ante esta laguna, el problema no se resuelve "añadiendo circunstancias" a las que le falten al documento incompleto, sino que debe procederse a "realzar la actuación notarial sajona", y en general todas las actuaciones notariales que den lugar a instrumentos incompletos (62). Las soluciones al

(62) *Cf.* P. Avila Alvarez, *op. cit.*, p. 160.

problema pueden seguir varios cauces: El otorgamiento de escritura pública; la elevación a escritura de un documento privado o la escritura de adhesión a la escritura originaria (art. 178 R.N.). El otorgamiento de escritura pública directamente supone obviar el hecho de la existencia de un documento notarial extranjero, aunque sea defectuoso según nuestro Derecho, de ahí que sea válida pero sin llegar a solucionar el problema, sino más bien a prescindir de él, utilizando el documento público existente como si de una mera minuta se tratase, y a veces ni siquiera eso. La escritura de adhesión al documento notarial originario, aunque en principio está pensada para los supuestos de ratificación, ofertas y aceptaciones, contratos de adhesión ... etc., podría servirnos como solución, en el sentido de que el negocio contenido en el instrumento originario sería reconocido, si bien a expensas de que las partes se adhirieran al nuevo documento y, sobre todo, a los nuevos extremos sobre los que recaiga la dación de fe pública del notario español. El propio art. 178 R.N., interpretado en un sentido amplio, permite este supuesto, al referirse a que será válida su utilización para "la adhesión a todo negocio jurídico", entre los que pueden incluirse los celebrados en el extranjero (63). La ventaja de este sistema es que evita la repetición en España del negocio celebrado en el extranjero, bastando una mera adhesión o ratificación con los nuevos elementos que se introduzcan, y sirviendo como título constitutivo o de registración ambos documentos por incorporación del originario e, incluso, sólo el de adhesión si se inserta literalmente el instrumento originario en él. Por último, la elevación a escritura pública del documento privado supone que no se va a admitir eficacia alguna del documento notarial extranjero como tal, aunque sí será admitido como docu-

(63) Este sistema supone que el notario español ponga una nota al final de la escritura otorgada en el extranjero, haciendo constar la autorización de la nueva escritura de adhesión al negocio que constaba en la escritura originaria. Sobre el funcionamiento ordinario de tales escrituras *vid.* P. AVILA ALVAREZ, *op. cit.*, p. 119.

mento privado. Este tipo de documentos no es suficiente para la producción de efectos constitutivos ni para proceder a la inscripción en el registro (salvo casos excepcionales en que sí se admiten para tal eficacia los documentos privados), de ahí que deba elevarse a escritura a través del cauce que fija nuestra legislación. Este hecho se producirá mediante el otorgamiento, por los mismos intervinientes o sus representantes, de un documento notarial, en el que se recoja la ratificación a la prestación de consentimiento hecha ante el notario extranjero y, además, se incorpore o inserte el original dentro del nuevo documento, procediendo el fedatario al asesoramiento imparcial (art. 147 R.N.).

— Documento que carece de eficacia en el lugar de origen. Este tipo de documentos en ningún caso producirá efectos en España, a no ser que en el propio país de elaboración se proceda a la corrección de este defecto, mediante una reforma legislativa en toda regla. No serán admitidos en España, ni siquiera a efectos probatorios o ejecutivos (cuando en origen carecen de tales efectos). Sí podrían admitirse como documentos privados, en cuyo caso se les aplicaría lo que hemos visto anteriormente para la elevación a públicos de tal clase de instrumentos.

Respecto de la forma de realizar el refuerzo del documento una legislación futura debería tener en cuenta tanto los requisitos como los efectos del mismo, evitando dar una solución unívoca. *De lege ferenda,* sería deseable que la normativa del reconocimiento diferenciase entre formas solemnes y las que no lo son y, dentro de éstas, distinguiese los diferentes efectos que puedan pretenderse en España. También debería remarcarse legislativamente la necesidad de cubrir la forma equivalente en los casos en que se prevea la existencia de un interés de fondo que deba ser protegido especialmente. También, caso de que el documento extranjero incumpla estas formas, debería regularse el refuerzo interno del documento, a través de una vía que evitase las duplicidades procedimentales y económicas, que pudiesen

perjudicar a las partes. Igualmente, sería deseable remarcar el carácter subsidiario de este refuerzo en recepción, entrando en juego sólo en defecto del que se haya obtenido a través de la vía de la cooperación internacional y de la armonización de los ordenamientos comunitarios. Con ello, al proceder a reforzar los instrumentos defectuosos "en la fuente", mediante unas pautas comunes negociadas por todos los Estados, se evitarían los problemas de recepción de instrumentos incompletos.

EL DERECHO DE SUCESIONES INGLES. CONFLICTO ENTRE LA LEY ESPAÑOLA Y LA INGLESA

MANUEL SÁINZ-LÓPEZ NEGRETE
Notario

Antecedentes históricos

Al igual que sucedió en Roma, el concepto del testamento moderno, revocable, sujeto a alteración y secreto, tuvo un lento desarrollo en la *common-law.*

Para los anglo-sajones primitivos, el principal problema versaba sobre si una persona podía transmitir sus bienes a sus herederos, ya fuera con efectos durante su vida o para después de su fallecimiento. En cuanto a los bienes muebles, y seguramente por influencia de la Iglesia, se admitió pronto esa transmisión. En cuanto a los inmuebles, al principio, en el mejor de los casos podríamos decir que estaba muy restringida.

Después de la invasión de los normandos, dos importantes factores influyeron en la Ley inglesa de sucesión: uno de ellos fue la aplicación de la rama normanda del feudalismo, el otro, la separación entre los Tribunales de la Iglesia y los del Estado o reales. Esta separación ya fue delineada por Guillermo el Conquistador y a partir de sus disposiciones, los Tribunales de la Iglesia comenzaron a ser competentes, en exclusiva, de cuanto se relacionara con la sucesión de los bienes muebles. La sucesión de los inmuebles era de la competencia exclusiva de los Tribunales reales.

A diferentes Tribunales, diferentes leyes y diferentes influencias —nos dice ATKINSON en su obra *On Wills,* pág. 13—. Los efectos sustantivos de esta distinción han durado, según el citado autor, ocho siglos y aún persiste en muchos Estados de Norteamérica.

Después de algunas dudas que tuvieron los normandos sobre si se permitiría la herencia en los bienes inmuebles, se reconoció el derecho de primogenitura en dichos inmuebles, pero su libre disposición estaba vedada al propietario y se regía por la Ley, es decir, estaba predeterminada por la misma. Incluso, algo más tarde se llegó a reconocer que los inmuebles no respondían de las deudas del difunto, salvo en determinados casos, y todavía en el año 1160 Glanville escribía que "sólo Dios puede hacer herederos, no el hombre".

Sin embargo, los nobles ingleses no estaban conformes con las limitaciones existentes para la transmisión de sus inmuebles y el que éstos no pudieran pasar a otros hijos que no fuera el mayor, y para burlar las leyes de la *common-law* acudieron al mecanismo de los usos. A transmitía un inmueble a B, para uso de C. El propietario formal era B, pero el verdadero beneficiario era C. El beneficiario era reconocido por los Tribunales de Equidad que, en todo caso, concedían a C el derecho de reclamar a B. En la práctica, nos dice ATKINSON, se producía el efecto de un testamento.

Esta forma de transmisión de los inmuebles continuó hasta el "Statute de Usos" de 1535, el cual abolía dicho "uso" y declaraba que el verdadero titular era la persona en beneficio de la cual se había creado, en el ejemplo anterior, C.

Pero hasta el "Statute of Wills", de 1540, no se arbitró un medio por el cual los inmuebles pudieran ser cedidos con efectos para después de la muerte del testador.

Realmente fue en la transmisión de bienes muebles en donde comenzó a desarrollarse el testamento en Inglaterra. Como ya hemos dicho, con posterioridad a la conquista normanda, la transmisión de los muebles correspondió a los Tribunales eclesiásticos y dicha jurisdicción pasó a ser exclusiva desde el siglo XIII. Con preceptos tomados de las leyes romanas, los Tribunales de la Iglesia contribuyeron a la difusión del testamento sobre muebles, haciéndolos muy populares. Pero en esta época no se reconocía la absoluta libertad de testar, sino que, por el contrario, algo similar a la legítima era reconocido en el período normando. El testador solamente podía disponer libremente de una tercera parte de sus bienes muebles, cuando dejaba mujer y solamente de la mitad cuando le sobrevivían esposa o hijo. Dicha limitación era común a la transmisión de los muebles y a la de los inmuebles, es decir, la aplicaban, tanto los Tribunales de la Iglesia como los del Estado, pero ya en el siglo XIV, la "Legítima" tendía a desaparecer en la sucesión de los inmuebles, pero en los muebles fue reconocida durante mucho tiempo, aunque en algunas comarcas fue imponiéndose la absoluta libertad de testar.

En la Edad Media la forma de la distribución de la herencia es vaga y fluctuante, pero los sacerdotes siempre aconsejaban el otorgamiento de un testamento que comprendía solamente los bienes muebles, y era de la competencia de los Tribunales de la Iglesia la concesión de cartas de administración, entrega de los legados y distribución del remanente de los bienes muebles.

A partir del reinado de Isabel I, el prestigio de los Tribunales de la Iglesia acusó un pronunciado declive, debido principalmente a la carencia de fuerza ejecutiva en dichos Tribunales, que no podían amenazar más que con la excomunión. Y además los Tribunales civiles comenzaron a cercenar la competencia de los Tribunales de la Iglesia, asumiendo algunas de las competencias que hasta entonces habían sido exclusivas de los primeros.

El "Statute of Distribution", de 1670, consolidó esta tendencia, prohibiendo a los Tribunales de la Iglesia la distribución de los bienes, regulando ésta y prohibiéndola antes de transcurrir el plazo de un año. Como consecuencia de esta asunción de competencias, aunque se tratara de muebles, la competencia de los Tribunales de la Iglesia quedó reducida a la prueba de los testamentos en que se dispusiera de bienes muebles y a la concesión de cartas de administración de los intestados. Y tales competencias restringidas les duraron a los Tribunales eclesiásticos hasta 1857.

Varias secciones del "Statute of Fraude" tratan de las formalidades de los "wills and testaments" (la palabra "wills" se reservaba para aquellos instrumentos en los que se disponía sobre inmuebles, y la segunda a aquellos en que se transmitían muebles).

A partir de dicha Ley quedó reducido el testamento oral para los otorgados por personas en inminente peligro de muerte y para militares en servicio activo. En cambio en la sección quinta del citado "Statute" ya se disponía que para la transmisión de inmuebles, el testamento tenía que ser escrito y firmado por el testador y tres o cuatro testigos. Se permitía la disposición de bienes muebles e inmuebles en el mismo testamento, siempre que se cumplieran las formalidades que la citada sección quinta detallaba. Al igual que en la legislación anterior, el heredero no respondía de las deudas del causante, salvo cuando éstas habían sido formalizadas en un instrumento con sello.

En la práctica, muchos deudores burlaban a sus acreedo-

res dejando sus inmuebles en testamento, por lo que, para remediar esta situación, el Parlamento inglés promulgó un "Statute of Fraudulent Devises", en 1691, extendiendo el derecho de los ACREEDORES a los inmuebles legados por el difunto.

En la misma Ley también se establecía que si un heredero disponía de un inmueble que había heredado o le había sido legado, estaba sujeto a la reclamación de los acreedores en cuanto al valor recibido por la enajenación, pero nunca estaba obligado a entregar el mencionado inmueble.

Este extraño cuadro presentaba la legislación en 1776 cuando se separaron las colonias norteamericanas: los inmuebles y los muebles, con posterioridad al fallecimiento, seguían caminos separados: los primeros se entregaban directamente al heredero o legatario, mientras los muebles pasaban al "executor" o "administrador". Seguía habiendo importantes diferencias entre muebles e inmuebles.

Las leyes que se promulgaron a partir de esta fecha ya no afectaron por igual a Inglaterra y a sus antiguas colonias, si bien la legislación inglesa siguió influyendo en aquéllas.

En el año 1833 se promulgó en Inglaterra una ley según la cual los inmuebles del fallecido serían afectados por las deudas de éste.

The "Wills Act" de 1837 dictó normas uniformes para la ejecución, revocación y otorgamiento de los testamentos, tanto si comprendían muebles como inmuebles. Esta ley exigía que el testamento fuera firmado por el testador o por alguna persona por él designada en su presencia, y además firmado y testificado por dos testigos o más, siempre en presencia del testador. Se decía en la Ley que todos los testamentos afectaban tanto a la propiedad existente en el momento del otorgamiento de éste como a la que hubiera adquirido con posterioridad al otorgamiento, derogando con ello la vieja regla de que afectara solamente a la propiedad adquirida con anterioridad al otorgamiento. Con pequeñas modificacio-

nes esta nueva regulación aún sigue vigente en el Derecho inglés.

Aunque los Tribunales de la Iglesia libraron una gran batalla para defender su competencia testamentaria para los bienes muebles, pronto se demostró que era una batalla perdida, pues en 1857 el Parlamento dictó "The Court of Probate Act", disponiendo que inmediatamente después del fallecimiento de una persona, la propiedad, tanto de los inmuebles como la de los muebles, pasaba al representante personal del fallecido, con el resultado de que una herencia o legado de un inmueble no pasaba al heredero o legatario hasta que se produjera la liquidación de la herencia (pago de deudas y de impuestos, entrega de legados, etc.) momento en que el "executor" —en la herencia testada— o el administrador —en la intestada— les hacía entrega del remanente. La misma Ley concedía la jurisdicción sobre la prueba, tanto de los muebles como la de inmuebles, a los Tribunales de la Cancillería.

Hasta 1925 no se abolió la primogenitura, que tenía especial relieve en la sucesión intestada y la "The state Act" de la mencionada fecha se estableció una tabla uniforme para la sucesión tanto de los muebles como la de los inmuebles.

Un importante paso en la ley de sucesión dio el Parlamento inglés con la de "Inheritance Act. Family Provision Act", de 1938, que limita la absoluta libertad de testar existente en los últimos siglos, estableciendo sustanciales alimentos judiciales a favor de la esposa e hijos del testador que fueran menores o dependieran de dicho testador.

Hoy, nos dice ATKINSON —obra citada, pág. 23— la ley inglesa sobre la sucesión puede ser encontrada en pocos "Statutes". La histórica distinción entre bienes muebles e inmuebles ha desaparecido en cuanto al fondo de la herencia, a los derechos de los herederos o legatarios, a los testamentos que regulan la sucesión. En los mismos la expresión "WILLS" que se refería únicamente a los inmuebles y la

de "Testament" que se refería únicamente a aquellos testamentos en que se dispusiera de los muebles, ha desaparecido para dejar paso a la integradora "Wills and Testaments".

La jurisdicción, sin embargo, está muy dividida: "The probate, divorce and Almiralte Division", concede pruebas y cartas de administración. "The Chancery Division" conoce de la administración judicial de los inmuebles. "The King Bench Division" tiene jurisdicción sobre diferentes tipos de demandas, por y frente a los representantes personales. Otras tres Divisiones más son parte de la "High Court of Justice".

Pero quizá como vestigio histórico, según nos dicen D. M. LEW y ROBET LOWE, en su trabajo sobre Regímenes matrimoniales, Sucesiones y liberalidades (comprendido en el tomo II del libro editado sobre estos temas por la Unión Internacional del Notariado Latino), sigue la distinción entre muebles e inmuebles para regular las leyes de conflicto. Estos autores en dicho libro se expresan así: "Principio de base. En numerosos sistemas continentales, una sola ley gobierna la sucesión por causa de muerte, sin distinguir entre bienes muebles e inmuebles... el derecho internacional privado inglés distingue, sin embargo, entre bienes muebles e inmuebles, la «lex rei sitae» regula la sucesión inmobiliaria, mientras que la ley del último domicilio del difunto gobierna la sucesión mobiliaria". Y más adelante agrega: "Hay que remarcar que la regla relativa a los inmuebles ha sido aplicada, sin vacilación, en numerosos casos". Pero en otro párrafo de la misma obra, dicen: "Sin embargo, existe una corriente de pensamiento que considera que la ley del domicilio del difunto, a su fallecimiento, debía regir todas las cuestiones relativas a la sucesión".

Y no queremos terminar estos antecedentes históricos sin hacer mención a la "Ley Inheritance" (Provision for Family and Dependants) Act de 1975, en cierto sentido complementaria de la de 1938, que permite que cualquier dependiente del difunto en el momento de su fallecimiento (hijo, esposa,

incapacitado, cuando dependen del fallecido) sea protegido. Esta ley concede amplísimas facultades a los Tribunales para que asignen alimentos periódicos o entreguen cantidades e incluso impugnen las transmisiones efectuadas en vida por el causante en los seis años anteriores, entendemos que si dichas resoluciones son necesarias para pagar los alimentos debidos.

No obstante, conviene puntualizar que la mencionada Ley y la de 1938, solamente limitan la absoluta libertad de testar existente en el Derecho inglés respecto a ciertas personas que, generalmente, ya en vida del causante, recibían alimentos del mismo (como podría ocurrir con un hijo menor o incapacitado, la esposa separada, etc.).

Testamentos

126 *Capacidad.* Por regla general toda persona mayor de dieciocho años es capaz de otorgar testamento, pero en Derecho inglés, hasta fecha tan cercana como la de 1935, la mujer casada tenía serias restricciones para este otorgamiento. Vino a liberarla "The Law reform Act", 1935 que la capacitó para disponer de sus bienes de la misma forma que si no estuviera casada.

Respecto a la capacidad mental, "The Mental Healt Act", de 1959, complementada y corregida en parte por otra Ley de 1969, regula la forma en que debe otorgar testamento la persona que no tenga la plenitud de sus facultades mentales. Los Tribunales en el trámite de la prueba insisten en que el otorgante debe tener capacidad suficiente para conocer el lenguaje de la Ley y tiene que tener plenitud de facultades, tales como memoria y pensamiento.

Pero un testamento legalmente otorgado, con la firma del testador y dos testigos, se presume válido mientras no se demuestre lo contrario. Puede ser otorgado por una persona en un momento de lucidez. La citada Ley regula la forma de testar en estos casos e igualmente regula la forma

de testar de una persona afectada por demencia senil, ceguera o analfabetismo.

La delegación de facultades para testar está prohibida.

El testador puede disponer de cuantos bienes tuviera el día del fallecimiento.

The "Wills Act" de 1837 prevé que el testamento sea escrito, pero no limita los materiales utilizados para escribirlo. La sección nueve establece que debe ser firmado por el testador o por otra persona en su presencia y bajo su dirección. Admite la estampilla usada normalmente por el testador o un sello con las iniciales del mismo, o incluso una marcada también usada habitualmente por el testador. Los Tribunales a la hora de la prueba suelen ser generosos en esta materia, pues en cierto caso admitieron como válido un testamento en el que la testadora había comenzado a firmar sin poder terminar a causa de un desvanecimiento.

Por el contrario, los mismos Tribunales han dado una rígida interpretación a las palabras empleadas por la sección nueve de la repetida Ley de 1837, según la cual la firma debe ser puesta "al pie y al fin del testamento". Solamente admite la prueba en aquellos casos en que no hay intervalo o espacio entre la disposición y la firma del testamento, de tal forma que no pueda ser escrito nada entre la firma y las últimas palabras. Tuvo que publicarse "The will act Amendement", de 1852 para dar paso a una interpretación más benigna de dichas palabras, pero sigue siendo vital para la validez del testamento el que la firma del testador figure al final del testamento.

Otro requisito para la validez de los testamentos es que sean firmados y testificados por dos testigos en presencia del testador. Esto significa que cuando el testador ha firmado con anterioridad el testamento, debe ratificar la firma ante los testigos y declararles que contiene su última disposición. En otras palabras, nos dice PARRY —"The Law of sucession", pág. 19— el testador no debe informar a los testigos de la naturaleza del instrumento y mucho menos de su

contenido. Es solamente la firma del testador, no su testamento, lo que deben testificar los testigos.

El "Statute of Fraude" impone que los testigos sean creíbles y no los considera tales si reciben algún legado en el testamento o si lo recibe su esposa o hijos, pero la "Wills Act" de 1968 admite la validez de dichos legados cuando concurren algunas circunstancias que especifica, o cuando la disposición del testamento es ratificada por un codicilo.

No obstante, el requisito más importante según los autores británicos es el "animus testandi", la voluntad de otorgar un testamento, que faltará cuando en la prueba se demuestre que faltaba el ánimo del testador de dejar sus bienes a otra persona a su fallecimiento.

Si una vez firmado un testamento se quisiera hacer en el mismo cualquier reforma se tendrá que otorgar otro testamento, o un codicilo, en el que se expresaren las modificaciones que se quieran hacer en el testamento primitivo y que deberá ser otorgado con todas las formalidades previstas para aquél.

Además del testamento que acabamos de reseñar, que es el más frecuente, existe en Inglaterra el testamento ológrafo —con similares características al español— el mancomunado y el previsto para los soldados y marineros en el Act de 1837 y que actualmente se ha extendido a todos los miembros de las fuerzas aéreas mientras continúan en el servicio, e incluso al personal auxiliar de las mismas. Son testamentos con un mínimo de formalidades los otorgados en inminente peligro de muerte, que está sujeto a una caducidad muy breve, si pasa el peligro y no se convierte en testamento ordinario.

Revocación de testamentos

Los testamentos siempre son revocables. Además de la revocación expresa efectuada por el testador, pueden ser revocados por el mero hecho de contraer el testador nuevas nupcias, excepto cuando el testamento ha sido otorgado, y así se ha manifestado expresamente en contemplación a este matrimonio ulterior.

El principio general es que durante la vida del testador el testamento siempre es revocable. Unicamente en el testamento mancomunado existen reglas especiales para la revocación. No hay ningún obstáculo para que el testamento mancomunado sea revocado durante la vida de los otorgantes, aunque en el caso de hacer la revocación separadamente uno de los firmantes debe informar al otro de la revocación. Pero cuando uno de los otorgantes ha fallecido, o alguno de ellos ha revocado el testamento en secreto sin la información prevista al otro otorgante, los Tribunales consideran que se ha roto un contrato previamente existente entre los otorgantes, y dejan abierta una indemnización por daños y perjuicios.

La cláusula tan frecuente en los testamentos otorgados en España, "revocando expresamente cualquier testamento otorgado con anterioridad", también es frecuente en Inglaterra, pero los Tribunales ingleses en la prueba del testamento, pueden dar validez al testamento anterior, total o parcialmente, si llegan al convencimiento de que el testador no se proponía revocarlo, y pueden dar validez a alguna cláusula en la que, por ejemplo, se dispusiera de un legado, en el testamento supuestamente revocado, siempre que fuera compatible con lo dispuesto en el testamento posterior. Así lo decidieron en el caso "the state of Wayland", en 1951, en cuyo caso declararon que estaba correctamente probado un testamento en el cual un testador disponía de sus bienes inmuebles en Bélgica, a pesar de haber posteriormente otorgado otro testamento en Inglaterra, disponiendo solamente

de sus bienes en este último país. Citamos particularmente este caso por considerar que tiene gran importancia con los fines que nos proponemos en este trabajo.

Para que un escrito tenga eficacia como revocación de un testamento es preciso que sea susceptible de prueba. Solamente debe dejar claro el testador que se propone revocar un testamento y firmarlo en presencia de dos testigos. No es preciso que dicho escrito revista la forma de otro testamento, ni que contenga alguna disposición testamentaria nueva; puede ser firmado con el exclusivo fin de revocar el testamento anterior. Los Tribunales ingleses han considerado que una carta suscrita por el testador y dos testigos en que aquél manifiesta su deseo de que el testamento sea destruido es suficiente para considerarlo revocado. Por el contrario no han considerado suficiente para la revocación, el que el testamento se considerara "the last will and testament" (el último testamento).

Mayor dificultad presenta la validez de una revocación implícita, pues en el Derecho inglés no existe ningún precepto similar al del art. 739 de nuestro Código civil, según el cual "el testamento anterior queda revocado por el posterior perfecto si el testador no expresa en éste su voluntad de que aquél subsista, en todo o en parte".

Por ello, según PARRY (*ob.* citada, pág. 28) para considerar que parte del primer testamento debe considerarse revocada es preciso leer los dos testamentos al mismo tiempo y si el segundo testamento contiene cláusulas incompatibles con el primero éstas deben considerarse revocadas. En esta como en otras cuestiones los Tribunales ingleses competentes para la prueba del testamento tienen amplias facultades de interpretación, aunque, por supuesto, sometiéndose a la voluntad del testador si está claramente expresada. El mismo PARRY en su obra citada nos relata un caso curioso que revela la amplitud de estas facultades de interpretación de los Tribunales. Un testador otorgó un testamento en 1933, y en el año 1940 otorgó otros dos, dejando en uno de ellos

heredera a su esposa y en otro a un hijo. En el mismo año murieron en un ataque aéreo sobre Londres, tanto el testador como su mujer y su hijo. No existía fecha en los testamentos otorgados en 1940, ni nada que revelara cuál de los dos había sido otorgado antes y el Tribunal de prueba consideró que los dos testamentos de 1940 eran incompatibles entre sí y no susceptibles de prueba, pero por el contrario era válida la cláusula de revocación contenida en los mismos y por ello se consideraba revocado el de 1933.

Revocación de un testamento por destrucción, quema o rotura

A los juristas continentales les parecerá un poco extraño este apartado, lo cual es lógico si pensamos únicamente en nuestro testamento abierto. Tenemos que considerar que en Inglaterra todos son documentos privados —comparando la legislación inglesa y la continental— y por consiguiente el testamento típico inglés y el que se emplea con más frecuencia está, en cuanto se relaciona con su conservación y posibilidades de destrucción, en el mismo caso que nuestro testamento ológrafo, especialmente cuando éste no ha sido entregado a custodia de ningún Notario.

"The Wills Act", de 1837, dispone con bastante minuciosidad cuándo debe entenderse revocado un testamento por destrucción o quema. Remito a la mencionada Ley a quien se considere interesado en los mencionados detalles, pero considero improcedente extenderme en ello, ya que no afectan a este trabajo.

Revocación por matrimonio

La misma Ley de 1837 regula los casos en que debe ser revocado un testamento por matrimonio ulterior o nacimiento de hijos o descendientes con posterioridad al otorgamiento del testamento. El primer caso es causa de revocación, excepto cuando el testador manifiesta en el documento que es otorgado con vista a su próximo matrimonio.

BROMLEY (en su "Family Law", pág. 476) estudia especialmente la revocación por matrimonio y aclara que esta forma de revocación solamente se aplica a las personas que tienen su domicilio en Inglaterra en el momento de su matrimonio y no es aplicable a aquellas que adquieren el domicilio después del mismo matrimonio, aunque si la esposa tiene su residencia en otro país y contrae matrimonio con un inglés, cualquier matrimonio otorgado por la misma con anterioridad a su matrimonio quedará revocado, porque ella, automáticamente, adquiere el domicilio de su esposo en Inglaterra. Existen algunas excepciones a esta regla general que el citado autor detalla en su libro, al que nos remitimos.

Executor

Nos dice RUBISTEIN *(Introducción al Derecho inglés,* pág. 286) que el testador debe nombrar una persona o más, sin que excedan de cuatro, para liquidar sus asuntos cuando ocurra su fallecimiento.

Hay quien traduce la palabra "executor" por albacea, pero hay mucha diferencia entre las atribuciones del albacea en el Derecho español y las mucho más amplias que tiene un "executor" inglés. Incluso añadiendo a las facultades del albacea en el Derecho español las que corresponden en éste al contador-partidor, nos quedaríamos cortos, pues como consecuencia de que en Gran Bretaña hay una verdadera liquidación de la herencia al fallecimiento de una persona, al

"executor" le corresponden facultades dispositivas que no tienen ni nuestro albacea, ni nuestro contador-partidor. Se considera al "executor" como el representante personal del difunto, y tanto cuando es nombrado por el testador en el testamento, como cuando lo nombra el Juez, debe liquidar las deudas de la herencia y una vez liquidadas éstas y pagados los impuestos hereditarios entregará el remanente a los herederos, que no responden de las deudas del causante, como ocurre en el Derecho continental.

El cargo suele ser gratuito, salvo que el testador haya dispuesto otra cosa. Agrega, RUBISTEIN, que si el testador no tiene ningún amigo a quien confiar el cargo, debe nombrar para el mismo a su "solicitor", a su Banco, o al Public Trust, creado por la Public Trustee Act, de 1906, que determina sus atribuciones. Esta Entidad administra gran número de herencias en toda Inglaterra.

El "executor" puede actuar desde el momento del fallecimiento del testador que le ha nombrado, pero debe probar su condición a la mayor brevedad posible. Antiguamente, continúa RUBISTEIN, el Abogado de la familia acostumbraba a leer el testamento después del entierro. En realidad, agrega el mismo autor, no hay ninguna obligación de proceder así y hoy se trata de una costumbre casi perdida.

El "executor" debe solicitar, para poder actuar, un "grant of probate", que se puede traducir como una carta de prueba y la solicitud debe entregarla en el "Probate Registry", acompañando a la petición una declaración jurada por la que se obliga como "executor" a administrar la herencia, según la ley, acompañando, también otra declaración jurada que contenga el inventario de los bienes. Cuando el testador no ha nombrado un "executor" nadie puede hacerse cargo de la herencia hasta que el "Probate Registry" haya expedido una "grant of Letters of Administration". Si el testador ha nombrado un "executor" que no pueda o no quiera actuar, las personas que tienen derecho a la herencia suelen acompañar al testamento una solicitud de "letters of

administration". En estos casos, los próximos parientes tienen que hacer las mismas declaraciones juradas que los "executor", debiendo, además, presentar dos fiadores que garanticen el cumplimiento de sus obligaciones.

Prueba del testamento

Una de las primeras actividades del "executor" será obtener la prueba del testamento.

Al solicitar un "probate", es decir, la prueba del testamento, el solicitante puede encontrarse que se ha interpuesto lo que en inglés se denomina un "caveat", es decir, una advertencia o aviso formulado por una persona que se opone a la misma por los motivos siguientes: a) No tener el testador la mente y el entendimiento claros para comprender la índole y el alcance del documento otorgado; b) No ser el último testamento presentado; c) El no haber otorgado el testamento con todos los requisitos legales; d) El haberse otorgado el testamento "by undued influence" —bajo indebida influencia—, es decir, presionado de alguna forma. Cualquiera de estas fórmulas bastan para rechazar la prueba o, al menos, aplazarla. Si se ha formulado un "caveat" que posteriormente no se retira debe iniciarse un procedimiento judicial para la validez del testamento, sobre cuyo extremo se pronunciará el Tribunal una vez practicadas todas las pruebas pertinentes. La carga de la prueba corresponde al impugnante, y éste tendrá que convencer al Tribunal mediante pruebas fehacientes y no por simples referencias o sospechas. De no demostrar esto, a juicio del Tribunal, el testamento será admitido a prueba.

Normalmente es preciso presentar el original del testamento dado el carácter de documento privado que tiene éste, en el "Probate Registry", pero los Tribunales podrán autorizar la exhibición de una copia que ha de ser fidedigna y tendrá que demostrar que el testamento original se

otorgó y no fue revocado posteriormente. Creemos que en cuanto a un testamento abierto otorgado ante un Notario español, el Tribunal de prueba inglés admitiría sin ninguna objeción la copia autorizada con referencia al protocolo. Entra dentro de las amplísimas facultades que suelen tener los Jueces ingleses.

Tanto el "grant of probate", como las "Letters of Administration" —estas últimas se conceden en la sucesión intestada— constituyen lo que se denomina "a grant of representation", por el que, se dice, que el "executor," o el administrador son los personales representantes de la herencia del causante.

Y una vez obtenidos estos documentos está obligado a tomar medidas para administrar la herencia. Una de las primeras consisten en pagar las deudas del difunto y los gastos del sepelio. Cuando una herencia es insolvente, es decir, cuando su caudal es insuficiente para pagar las deudas sin contar los legados, estos últimos no percibirán nada. El "executor" tiene facultades para pagar unas deudas con preferencia a otras, de conformidad con disposiciones bastante complicadas y que, creemos, no es el momento de exponer. Cuando en la herencia existen bienes suficientes para pagar las deudas, pero no bastan para pagar íntegramente todos los legados, el "executor" tendrá que abonar antes los legados de cosa específica y después los demás legados en metálico, que de no alcanzar la herencia para todos deberán disminuirse proporcionalmente. Casi siempre se fija el plazo de un año para pagar los legados.

Una vez satisfechas las deudas y los legados, el representante personal o "executor" tiene que disponer de la cantidad restante, conocida en inglés como "residuary state". Antes de distribuir éste, debe efectuar determinadas declaraciones juradas y presentar ante el Tribunal la contabilidad, así como los derechos sucesorios que se devengan. Una vez cumplidos estos trámites podrá proceder a la distribución de la herencia: entregará formalmente los títulos de las fincas

a los beneficiarios. Si se ha introducido un "trust" mediante testamento, nacerán las obligaciones correspondientes al "trustee", cesando los de administrador de la herencia cuando los bienes a administrar sean adscritos al "trust". Dicho "trust", que además de crearse por testamento, puede serlo de otras formas, se rigen fundamentalmente por la "Trust Act" de 1925.

Estamos ante una figura clásica del Derecho anglosajón, desconocida en las legislaciones continentales, pero que en la actualidad está produciendo frecuentes conflictos de Leyes entre ambos Derechos.

En los últimos años, nos dice RUBISTEIN —obra citada, pág. 304— han disminuido considerablemente los "trust" individuales y han aumentado los "Public Trustee", que se rigen por la "Public Trustee Act" de 1906 y los "Trust Corporations", entre los que figuran los principales Bancos ingleses.

Sucesión intestada

Si la sucesión intestada tuvo lugar en Inglaterra después del 25 de marzo de 1973, los bienes del caudal hereditario pueden ser distribuidos de cinco formas diferentes:

a) Si el causante deja mujer e hijos o descendientes, la primera tendrá derecho a los bienes personales —muebles extendido a un amplísimo concepto pues comprende incluso los automóviles que pudiera tener el causante— y un legado de veinticinco mil libras, los intereses de este legado al cuatro por ciento desde el fallecimiento del causante hasta el pago del legado y una renta vitalicia sobre la mitad del sobrante. El resto de la sucesión pasa a los descendientes comprendidos en un "trust" legal y afectando como beneficiarios a aquellos que no hubieran cumplido dieciocho años o hubieran contraído matrimonio antes de la mencionada edad.

b) Si el causante no deja descendientes, pero deja esposa y padres. La primera tendrá derecho a sus bienes personales —muebles en el más amplio sentido— y a la mitad del resto de los bienes hereditarios, pasando la otra mitad a los padres, si los tuviera y de no tenerlos a los hermanos de doble vínculo.

c) Cuando no deja el difunto padres, ni hermanos de doble vínculo, pero deja esposa, ésta heredará la totalidad.

d) Si no deja esposa: el orden de la sucesión será el siguiente:

1. Los descendientes sobre la base de un "trust" legal.
2. Los padres.
3. Los hermanos y hermanas de la misma sangre, bajo un "trust" legal.
4. Los medio hermanos y medio hermanas sometidos igualmente a un "trust" legal.
5. Los abuelos.
6. Los tíos y tías de la misma sangre bajo "trust".
7. Los tíos y tías de media sangre bajo "trust" legales.

Si el fallecido no tuviera parientes dentro de estos grados su sucesión es declarada vacante y pasa a la Corona.

Regulación del Derecho internacional privado en cuanto a los testamentos. Inglaterra ratificó en 1963 el Convenio de La Haya de 1962 sobre la forma de los testamentos y por él se rige en la actualidad. Dicho convenio de La Haya de 5 de octubre de 1962 también fue ratificado por España el 17 de agosto de 1988.

Ley aplicable a la sucesión

En cuanto a la ley aplicable a la sucesión, ya hemos escrito antes que en Inglaterra no hay unidad de sucesión, sino que los inmuebles se rigen por la ley de situación y a los muebles les es aplicable la del último domicilio del difunto.

Por otra parte, los Tribunales ingleses han admitido el reenvío en múltiples casos, especialmente tratándose de sucesiones.

Y en cuanto a España, la aplicación de la Ley española como consecuencia del reenvío, ha sido admitida por la sentencia de la Audiencia de Granada de 22 de diciembre de 1988, tratándose de norteamericano del Estado de Mayland, en cuyo estado, al igual que sucede en casi todos los de U.S.A. rige como elemento de conexión en los inmuebles la ley de su situación.

Conflicto de leyes

Vamos a estudiar algunos supuestos en que la Ley inglesa y la española entran en conflicto, y cómo se puede resolver este conflicto.

Me perdonaréis que cite en primer lugar mi trabajo sobre: "Problemas de reenvío en la sucesión de inmuebles de extranjeros en España" (Publicado en el *Boletín de Información del Colegio de Granada* de abril de 1993, pág. 879.)

En dicho trabajo, que puede considerarse en cierta forma como antecedente del presente, enfocado desde un punto de vista práctico, hago referencia a los problemas que el reenvío puede presentar en la sucesión de bienes inmuebles de extranjeros situados en España. En las presentes líneas pienso plantear y tratar de resolver algunas de las cuestiones que quedaron en interrogante. De admitirse, como creo, el reenvío y en consecuencia aplicar la ley española a la sucesión de inmuebles situados en España, ¿qué efectos produce el testamento otorgado sin tener en cuenta el mencionado reenvío? ¿Habrá preterición en todos los supuestos? ¿De haber preterición, qué clase de preterición será, la intencional o la no intencional? ¿Qué acciones corresponderán a los herederos? ¿Habrá que acudir en todos los casos de preterición a la sucesión intestada? ¿Qué ocurrirá cuando se ha

otorgado una partición sin tener en cuenta a algún heredero forzoso? ¿Será nula o anulable?

Preterición

Han sido muchos los juristas que han estudiado la preterición. Entre ellos varios de nuestros más ilustres compañeros. Con anterioridad a la Ley de 13 de mayo de 1981 estudiaron el tema de la preterición incluyendo los antecedentes históricos MANUEL DE LA CÁMARA y JUAN VALLET, que lo han vuelto a estudiar en profundidad después de la citada Ley.

A ellos se ha agregado con un estudio casi exhaustivo JUAN BOLÁS, en la conferencia que pronunció en la Academia Matritense del Notariado, recogida en el tomo XXV de los Anales, págs. 223 y siguientes. En el mencionado trabajo separa la preterición intencional de la no intencional o errónea, separación que según él y otros autores ha quedado clara después de la reforma de 1981.

Según BOLÁS la preterición intencional está recogida en el artículo 814, párrafo primero, del Código civil, a cuyo tenor: "la preterición de un heredero forzoso no perjudica la legítima. Se reducirá la institución de heredero antes que la legítima, mejora y demás disposiciones testamentarias".

Entiende BOLÁS que el efecto básico de esta preterición es dejar a salvo la legítima y considera que por legítima debe entenderse la estricta, puesto que la Ley tiende a equiparar los efectos de la preterición intencional a los de la desheredación injusta, respecto de la cual, el Tribunal Supremo en sentencia de 23 de enero de 1929 tiene declarado que el desheredado injustamente tiene derecho a la legítima estricta, que el desheredado debe recibir por vía intestada, tras la ineficacia total o parcial de las disposiciones testamentarias. Agrega que la reforma ha alterado los derechos

del legitimario en cuanto a su cuantía, sin que se haya modificado la forma o modo en que dichos derechos le son transferidos. En conclusión, opina que el heredero forzoso preterido, en los casos de preterición intencional, que serán los más frecuentes, tiene derecho a que se le satisfaga su legítima estricta y tendrá que acudir a la vía de la sucesión intestada para que le sea hecho efectivo este derecho, pero pudiendo prescindir de la declaración de herederos abintestato y recibir sus derechos directamente de los demás interesados en la herencia, que unánimemente así lo convengan, de conformidad con la tesis sancionada por la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de agosto de 1959.

CÁMARA —en su *Compendio de Derecho Sucesorio,* pág. 184— dice que la preterición intencional es la que el testador hace de propósito. Es decir, el testador sabe que existe un legitimario y deliberadamente omite mencionarlo en su testamento porque no quiere dejarle nada. No deja de ser preterición intencional, agrega, por el hecho de que el testador haya creído, equivocadamente, que el omitido no era legitimario.

En cuanto a los efectos de esta preterición intencional, nos dice CÁMARA —obra citada, pág. 188— que con anterioridad a la reforma del año 1981, el Código no distinguía entre la preterición intencional y la errónea y solamente establecía diferencias en función de quiénes eran los legitimarios preteridos. La nulidad de la institución de heredero era el efecto propio de la desheredación de herederos forzosos en línea recta. En cambio, la preterición del cónyuge no anulaba la institución, pero se seguía reconociendo a éste su cuota legal usufructaria.

En la actualidad y después de la reforma, a los efectos de la preterición intencional se refiere el párrafo primero del artículo 814.

Comentando CÁMARA el párrafo primero del art. 814 del C.c. cuando dice "que la preterición de un heredero forzo-

so no perjudica la legítima", que la disposición le parecería correcta si se hubiera querido cambiar el sistema legitimario del C.c., es decir, se hubiera partido de la base de que la legítima se defiere en virtud de un llamamiento legal, lo que sólo es cierto en lo relativo al cónyuge, al que debe aplicarse esta frase inicial, sobre todo si se tiene en cuenta que ahora el C.c. no se preocupa de la preterición del viudo. Más abstracción hecha de la cuota legitimaria vidual, respecto de los demás herederos forzosos, si se hubiera querido cambiar el sistema legitimario hubiera sido innecesario acudir a la técnica de la nulidad de la institución de heredero. Cierto que respecto de la preterición intencional... el artículo 814 dice ahora que la institución de heredero se reducirá antes que los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias, pero, sigue exponiendo, no piensa que el verbo reducir obedezca a ningún designio especial, y resalta el mismo CÁMARA que la instrucción de un nuevo sistema legitimario a través del art. 814 hubiera sido excesivo, sin reformar, como no se ha reformado, el artículo 851 del Código civil.

La reducción de la institución procede antes que la de los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias, lo que quiere decir, a juicio del mismo CÁMARA, que quien primero ha de soportar las consecuencias de la reducción es el heredero o herederos, y solamente si la reducción total de la institución no bastare, se anularán los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias.

A la preterición no intencional de los hijos o descendientes se refieren los párrafos siguientes del artículo 814, que según el mismo producirá los siguientes efectos: 1.º Si resultaren preteridos todos, se anularán las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial. 2.º En otro caso se anulará la institución de heredero pero valdrán las mandas y mejoras ordenadas por cualquier título, en cuanto unas y otras no sean inoficiosas. No obstante, la institución de heredero a favor del cónyuge sólo se anulará en cuanto per-

judique a la legítima. Los descendientes de otro descendiente que no hubiera sido preterido, representan a éste en la herencia del ascendiente y no se consideran preteridos.

Si los herederos forzosos mueren antes que el testador, el testamento surtirá todos sus efectos.

A salvo las legítimas tendrá preferencia en todo caso lo ordenado por el testador.

A BOLÁS —obra citada, pág. 195—, este último párrafo del art. 814 actual, le merece aplauso y manifiesta que no es más que el reconocimiento formal y contundente de la importancia que en sede de herencia testada tiene la voluntad del testador. El único límite a esta voluntad lo constituyen la legítima, y citando a VALLET, dice que aunque el testador no puede remediar que haya preterición al amparo de este párrafo, puede regular los efectos de toda preterición, dejando a salvo la legítima estricta de los preteridos.

Así lo afirma el citado VALLET en las notas circuladas a la Junta de Decanos.

La primacía de la voluntad testatoris, salvada la legítima, conlleva la necesidad de admitir un criterio muy amplio en los medios de prueba utilizables con el fin de acreditar la verdadera voluntad del testador. A juicio de BOLÁS se debe investigar en primer lugar el testamento, pero si no fuera suficiente, se investigará también la conducta del testador anterior y posterior al testamento.

La preterición no intencional o errónea, tiene lugar involuntariamente, sigue afirmando BOLÁS, por diversas causas, error, olvido, falta de memoria o simplemente falta de previsión. Pero, en concreto, agrega, dos son los supuestos de preterición errónea: a) Un desconocimiento de las circunstancias reales en el momento de testar; b) Una falta de previsión del futuro.

Efectos. La preterición intencional, nos dice BOLÁS, no afecta a la validez del testamento, ni de las disposiciones patrimoniales, conservando el preterido sus derechos legitimarios. En cambio, la preterición no intencional o errónea

acarrea la nulidad de la institución de herederos, y si es total, de las disposiciones patrimoniales del testamento.

Para mejor estudiar los efectos de la preterición BOLÁS —obra citada, pág. 222— divide el nuevo régimen de la preterición en tres hipótesis esenciales: a) La preterición intencional de cualquier heredero forzoso. b) La preterición no intencional de hijos o descendientes, que a su vez puede ser total o parcial. c) Y la preterición mixta de hijos y descendientes y que puede ser simultánea o sucesiva.

En la exposición que sigue vamos a limitarnos a la preterición intencional, remitiendo al interesado en un estudio más exhaustivo a los trabajos de BOLÁS y CÁMARA, que son excelentes.

Y digo que creo que la preterición que puede producirse como consecuencia del conflicto de leyes aplicable a la sucesión, es claramente preterición intencional, si hay preterición, lo demuestra el que el testador ha querido eludir dejar nada a dichos herederos forzosos. El que lo haya hecho por desconocimiento de la ley aplicable a su herencia, es intrascendente a estos fines. Incluso si la ley aplicable fuese la inglesa, es indudable que el testador puede nombrar herederos a sus hijos o descendientes, aunque estuvieran emancipados, es decir, independizados y no dependieran para nada del testador. De hecho y en la práctica, la mayor parte de los testamentos ingleses dejan en herencia o en legado bienes a sus hijos y descendientes.

Cuando el testador ha dejado algo a su legitimario, nos dice CÁMARA, bien sea a título de institución, de legado o de donación (aunque nos advierte que la doctrina del T.S. era contraria a admitir la donación como eximente de la preterición), pero lo que el heredero forzoso recibe es inferior a lo que por legítima le corresponde, la atribución debe considerarse insuficiente.

La defensa de la intangibilidad de la legítima en esta su dimensión cuantitativa aparece sancionada por dos artículos del Código civil, el 815, según el cual el legitimario puede

pedir un complemento de legítima y el 817 que consagra la denominada acción de reducción, aunque nada más alude a los legados, sin tener en cuenta que también las donaciones son susceptibles de reducción. Se trata de dos acciones distintas, según CÁMARA, aunque pueden ser compatibles.

Es importante determinar el plazo de prescripción de estas acciones y su naturaleza de real o personal.

BOLÁS —obra citada, pág. 232— nos dice que es una acción rescisoria, de reducción y que como tal le corresponde un plazo de prescripción de cuatro años, sin que hoy pueda sostenerse que es una acción de nulidad, como sucedería con la preterición no intencional, que a juicio del mismo autor se trata de una acción de nulidad. La legitimación para instarla corresponderá a cualquier heredero legitimario y a sus causahabientes.

CÁMARA —obra citada, pág. 210— nos dice que el parecer de la doctrina no es unánime en cuanto al plazo de prescripción de la acción. Se han sostenido, según el mismo autor, dos tesis: la que estima aplicable el plazo de prescripción, mejor dice, de caducidad establecido para las acciones de rescisión o de anulabilidad de los contratos, es decir, el de cuatro años. Y la de quienes sostienen que debe aplicarse el artículo 1.964 que señala el plazo de quince años para las acciones que no tienen establecido un plazo especial de prescripción.

Y el mismo autor agrega: "tal vez tenga mejor fundamento la primera de estas dos posturas, puesto que la acción es, sin duda, impugnatoria y más concretamente se dirige a rescindir o anular, total o parcialmente, la institución de heredero. Sin embargo, a la vista de la doctrina del T.S. sobre la naturaleza de las acciones dirigidas a impugnar las disposiciones testamentarias en general probablemente sea más seguro entender que la acción prescribe a los quince años.

En cuanto a la naturaleza de estas dos acciones, agrega CÁMARA, en principio hay que considerarlas personales, porque se dirigen al heredero instituido. Ahora bien, en la

medida en que la declaración de nulidad de la institución comporta la nulidad total o parcial del título constitutivo, y como además la preterición lleva consigo la apertura de la sucesión intestada en mayor o menor medida, la enajenación realizada por el resto de los herederos, sean forzosos o voluntarios, adolece de un defecto esencial, no haber sido otorgada por los titulares del bien enajenado, por lo que parece clara su posible impugnación por el legitimario preterido. Por ello, cree, que debe surtir efectos reales y perjudicar a terceros, salvo que puedan acogerse a la protección dispensada por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria —no aplicable durante el plazo de dos años de la muerte del causante, si se trata de sucesores voluntarios—.

La partición

¿Qué sucederá si la partición ha sido otorgada prescindiendo del legitimario? MANUEL DE LA CÁMARA —obra citada, pág. 212— se plantea esta pregunta, y nos dice, que "en principio, dado que el legitimario, en su condición de tal debe intervenir en la partición, ésta debería reputarse nula". Mas no es demasiado fácil llegar a esta conclusión, porque se interfiere el artículo 1.080 del Código civil. Dice este artículo "que la partición hecha con preterición de alguno de los herederos no se rescindirá a menos que se pruebe que hubo mala fe o dolo por parte de los otros interesados; pero éstos tendrán la obligación de pagar al preterido la parte que le corresponde". Es decir, que prevalece la partición de buena fe. Y más adelante agrega: "La cuestión que ha preocupado a la doctrina en el artículo 1.080 debe también aplicarse en el caso de que el preterido en la partición sea además un legitimario preterido con arreglo al artículo 814, supuesto en el que se superponen dos pretericiones distintas". La jurisprudencia se ha ocupado del tema pero no lo ha zanjado definitivamente. La Sentencia del 15 de oc-

tubre de 1957 estima que en este supuesto las operaciones particionales son nulas, pero se refiere al caso especial de que en virtud de la preterición del art. 814 del C.c. se declare totalmente nula la institución de heredero, pues entonces, dice, la partición ha sido realizada por quienes no son en realidad herederos, y es de aplicar el art. 1.081 del Código civil, que declara nula la partición hecha con uno a quien se creyó heredero sin serlo. Pero de la misma sentencia se desprende que si la nulidad de la institución es sólo parcial —alude al caso de desheredamiento injusto y hoy habría que extender también esta doctrina a la preterición intencional— el argumento falla y debe aplicarse el artículo 1.080.

Y, continúa CÁMARA sus argumentos sobre esta materia —obra citada pág. 214— tal vez la solución deba ser la siguiente: "debe aplicarse el artículo 1.080 cuando no haya habido mala fe por parte de los intervinientes en la partición, o en el caso de que la nulidad de la institución del art. 814 no sea total, y en el caso de desheredación injusta, reservando la nulidad, en función del art. 1.081 cuando se anule por completo la institución de heredero. Naturalmente la nulidad de la partición comporta también la nulidad de las enajenaciones de bienes otorgadas por adjudicatarios de los mismos según la partición nula, nulidad que afectará a terceros, salvo cuando sean aplicables los artículos 34 de la Ley Hipotecaria y 464 del Código civil".

Respecto a la partición efectuada por el testador, nos continúa exponiendo CÁMARA, es directamente operativa, es decir, que en la partición efectuada por el testador comporta la adquisición directa "iure hereditario" de los bienes adjudicados a cada heredero forzoso. En este caso la ley solamente pone a disposición del legitimario una acción de rescisión de naturaleza personal y que no implica necesariamente que haya de procederse a una nueva partición, puesto que el heredero demandado puede optar por indemnizar el daño, según el art. 1.077-1.

Cuando la partición es efectuada por un contador-partidor hay una gran tendencia a asimilarla a la partición testamentaria extrajudicial, sigue exponiendo CÁMARA, en cuanto a su operatividad y eficacia. Parece que en esta clase de partición el legitimario al que no se hayan adjudicado bienes suficientes para cubrir su legítima, puede ejercitar la acción rescisoria en los mismos términos que si se tratara de la partición estudiada antes. Cree equivocada la Sentencia del T.S. de 30 de marzo de 1968 que atribuye al legitimario la acción rescisoria del art. 1.074, que requiere lesión de más de una cuarta parte.

Creemos con CÁMARA, aunque la cuestión como él mismo manifiesta no esté clara, que las mismas reglas de la partición efectuada por el contador-partidor con perjuicio de un legitimario son aplicables al nuevo contador dativo del art. 1.057-2 del Código civil.

Disposiciones transitorias

BOLÁS —obra citada, pág. 233— se plantea los efectos que pueden producir los testamentos otorgados antes de la Ley de 13 de mayo de 1981, por personas fallecidas con posterioridad a la vigencia de dicha Ley. La disposición transitoria octava de la mencionada Ley —única en materia de derecho de sucesiones— se dice: "Las sucesiones abiertas antes de entrar en vigor esta Ley se regirán por la legislación anterior, y las abiertas después, por la nueva legislación".

El mismo BOLÁS considera a esta norma incompleta y entiende que también son aplicables a la materia la disposición transitoria segunda del Código civil en cuanto determina que "los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior, y que sean válidos con arreglo a ella, surtirán todos sus efectos según la misma, con las limitaciones establecidas en estas reglas". Y la disposición transitoria 12 del mismo Cuerpo legal, según la cual, "los derechos de

la herencia del que hubiera fallecido, con testamento o sin él, antes de hallarse en vigor el Código se regirán por la legislación anterior. La herencia de los fallecidos después, sea o no con testamento, se adjudicará y repartirá con arreglo al Código, pero cumpliendo en cuanto éste lo permita, las disposiciones testamentarias. Se respetará por tanto las legítimas, las mejoras y los legados; pero reduciendo su cuantía si de otro modo no se pudiera dar a cada partícipe en la herencia lo que le corresponde según el Código".

Y agrega BOLÁS —obra citada, pág. 235— "igual criterio de respetar las disposiciones testamentarias efectuadas con arreglo a la Ley aplicable al testamento, según el momento en que se otorgó, con la salvaguardia de las legítimas que se ajustarán a la nueva Ley, está establecido en el artículo 9, número 8, en sede del Derecho internacional para los conflictos inter-espaciales", y en la nota (43) al pie de la misma página, escribe: "la cuestión de la aplicación analógica de las soluciones de Derecho interespacial —internacional o interregional— a problemas de Derecho transitorio y viceversa, ha sido debatida por la doctrina inclinándose la mayoritaria por la solución positiva (BATTIFOL, AGUILAR NAVARRO), porque si bien existen entre ambos tipos de conflictos algunas diferencias, que el conflicto transitorio reduce a la oposición entre una ley nueva, viva, y otra muerta que se considera conveniente sustituir, lo que en modo alguno sucede en el conflicto interespacial, tales diferencias no tienen entidad suficiente para impedir la aplicación analógica, pues existe la identidad de razón, ya que, en definitiva, se trata de elegir entre dos leyes, que sucesivamente contemplan un mismo supuesto de ley, cual debe debe ser aplicada".

Ya aludió al problema MANUEL DE LA CÁMARA en su obra *Reflexiones sobre la filiación ilegítima en Derecho español* (1975, pág. 213 y notas 257 y 258) y VALLET en las notas remitidas a la Junta de Decanos después de la reforma de 1981.

Sobre este número 8 del artículo 9 del Título Preliminar insistiremos por considerarlo de gran importancia en las soluciones que voy a proponer en este trabajo.

Conclusiones

— Para enfocar mejor el tema debemos distinguir dos supuestos:

a) *Testamentos y herencias vigentes con anterioridad a la entrada en vigor del Decreto del 31 de mayo de 1974, modificando el título preliminar del Código civil.*

Creemos que en estos casos no procede el reenvío y por consiguiente la ley aplicable a las sucesiones producidas con anterioridad a dicha fecha será la ley inglesa.

Ya en mi artículo sobre "EFECTOS DEL MATRIMONIO SOBRE LOS INMUEBLES ADQUIRIDOS EN ESPAÑA POR INGLESES" (Publicado en la *Revista de Derecho Notarial* de 1966 correspondiente al primer trimestre de dicho año, páginas 143 y siguientes), criticaba el reenvío, especialmente cuando, como consecuencia de la ley inglesa sobre el régimen matrimonial en el que existían inmuebles, habría que aplicar, de admitirlo, la ley de la situación de los inmuebles. Consideraba hasta cierto punto lógico, que al igual que lo hacía la Resolución de la Dirección de los Registros de 1956, se aplicará el reenvío a los casos en que el extranjero, en este caso un inglés, hubiera adquirido su domicilio o residencia habitual en España, pues cada vez se admite con más frecuencia como elemento de conexión en las normas de conflicto, el domicilio, en lugar de la nacionalidad. Pero admitirlo en todos los casos de inmuebles adquiridos por ingleses, me parecía y me sigue pareciendo, excesivo, y decía "creo que se deben conceder a los Jueces poderes discrecionales, superiores a los que hoy tienen, para aplicar o no el reenvío en los casos de remisión a la *lex rei sitae*".

A pesar de lo expuesto, con anterioridad a la vigencia

de la disposición legal que modifica el Título Preliminar del Código civil, la aplicación del reenvío en España no era nada clara. La poca jurisprudencia existente y la no existencia de ningún precepto legal que lo aplicase hacía muy dudosa su vigencia en España. En efecto, además de la resolución de la Dirección General de los Registros anteriormente citada, que admitía el reenvío en un caso de domicilio en España y un Juzgado de Hospitalet de Barcelona, que lo aceptó en 1900, apoyándose en un dictamen de TRÍAS Y GIRÓ, lo rechazaba una sentencia de la Audiencia de Granada de 7 de febrero de 1925, recaída en el famoso caso Larios. Jurisprudencia contradictoria y no existencia de ninguna Ley.

Por otra parte un Juez inglés que decidió una norma de conflicto suscitada con motivo del destino de una herencia en España, de los descendientes del Duque de Wellington, llegaba a la conclusión, equivocada o no, de que en España no se admitía el reenvío y por ello aplicó a la sucesión la Ley inglesa. Esto sucedió a consecuencia de la forma muy peculiar que tienen los ingleses de aplicar el reenvío. El Juez inglés, cuando una norma de conflicto señala una ley extranjera, investiga lo que haría un Juez de este país en una situación similar. Si por ejemplo, consideramos el estatuto de un inglés domiciliado en Francia, dice BATTIFOL, el Juez inglés que se supone competente, debe juzgar aplicando su norma de conflicto según la Ley francesa. Dicha norma de conexión en Francia, respecto de los bienes muebles, es la ley nacional y por consiguiente remite de nuevo a Inglaterra, por lo que el Juez inglés debe aplicar la ley francesa. No sucedería lo mismo en Italia que rechaza el reenvío. Los ingleses denominan a esta peculiar forma de resolver los problemas de reenvío, "foreign court theory".

En el caso de los descendientes del Duque de Wellington, el Juez inglés decidió que en España no se admitía el reenvío, y por consiguiente aplicó la ley inglesa.

¿Sucedería hoy lo mismo después de la vigencia de la reforma del Tratado Preliminar del Código civil y de la existencia del artículo 12, párrafo segundo, que antes no existía? "Al parecer, y por lo que nos relata el Profesor de Derecho Internacional Privado en las Universidades de Deusto y Cantabria, Don José-Luis Iriarte y Angel, en el artículo publicado en la *Revista General de Derecho,* de junio de 1989, pág. 3.561, y titulado: "Doble reenvío y tratamiento unitario de la sucesión", no ha sido así.

En el mencionado artículo, el indicado profesor critica la Sentencia de un Juez inglés que declaró aplicable la Ley inglesa a la sucesión de unos bienes inmuebles situados en Jijona (Alicante), que constituían la totalidad de la herencia de un inglés que en su último testamento había dejado a su tercera esposa, sin dejar nada al único hijo que tenía de un matrimonio anterior. Dicho hijo reclamó ante el repetido Juez los dos tercios del valor de los mencionados bienes, cantidad, que al ser aplicable el derecho español y no el inglés, le correspondía por legítima. En apoyo de su tesis citaba los artículos 9, párrafo primero, 9, párrafo 8.° y 12,2 del Código civil.

El mencionado Juez inglés, siguiendo la práctica normal, trató de conocer la legislación española, estudiando, como precedente, el caso de la sucesión del Duque de Wellington, en el que como ya hemos visto con anterioridad, otro Juez inglés había aplicado la ley inglesa, basándose en que, a su juicio, en España no se admitía el reenvío, pero lo que era claro en 1947, no lo es tanto en 1982, pues en el primer año, como también hemos escrito, no existía legislación sobre la materia del reenvío, y la poca jurisprudencia era contradictoria, pero en 1982 —fecha de la Sentencia que comentamos, no sucede lo mismo ya que existe— para bien o para mal —el artículo 12, párrafo 2.° del Código civil que admite el reenvío a la ley española. No obstante, este Juez inglés, con razonamientos expuestos en la Ley de Bases, y no en el texto articulado, y alegando que en Derecho espa-

ñol prevalecía el principio de unidad de la sucesión sobre cualquier otro, aplicó a la sucesión la ley inglesa, dejando al hijo sin legítima.

Ratifico la crítica que el Profesor Iriarte hace de esta Sentencia, y dudo que ante un Juez español prevaleciera la mencionada tesis. Demuestra lo contrario la Sentencia de la Audiencia de Granada de 22 de diciembre de 1988 que ya hemos citado.

Pero con respecto a las herencias anteriores y los testamentos otorgados con anterioridad, creemos que no se puede admitir el reenvío, que es la excepción, con la única base de una jurisprudencia contradictoria, una doctrina en su mayor parte adversa y sin un precepto legal que lo ampare.

Opinamos que en estos casos debe prevalecer la regla general frente a la excepción y dicha regla general está claramente establecida en los párrafos primero y octavo del artículo nueve del Código civil.

Por consiguiente, creemos que a las herencias abiertas con anterioridad a la vigencia de la reforma del Título Preliminar se debe aplicar la ley inglesa, y si en el testamento no se cita a un hijo o descendiente, dado que éstos no son herederos forzosos según hemos visto en la reseña del derecho inglés, tendrá absoluta validez el testamento y la institución de heredero que en él pueda hacerse. Unicamente quedará al hijo o descendientes que de alguna forma dependan del testador, el derecho de alimentos —en sentido amplio— que podrán solicitar del Juez competente para la prueba del testamento.

Herencias abiertas con posterioridad a la reforma del Título preliminar.

El panorama cambia por completo por la existencia del artículo 12, párrafo 2 del vigente Código civil, del tenor literal siguiente: "Artículo 12. ... La remisión al derecho extranjero, se entenderá hecha a su ley material, sin tener en

cuenta el reenvío que sus normas de conflicto puedan hacer a otra *ley que no sea la española*".

Es decir, que la remisión a las normas materiales del derecho extranjero consagrada de forma categórica al principio, es casi anulada por las líneas finales del mencionado párrafo, pues si se excluye la remisión a la ley española y como consecuencia se aplica el reenvío a todos los inmuebles pertenecientes a ingleses situados en España, mucho nos tememos que la contundencia del comienzo quede reducida a los bienes muebles de dichos ingleses, que como ya hemos visto al reseñar su derecho, se rigen por la ley del domicilio o de su residencia habitual, si nos atenemos al artículo 40 del Código civil.

Y si el testamento otorgado por un inglés en Inglaterra o en España, no cita a algún heredero forzoso o a ninguno de ellos, ¿habrá preterición? y, qué clase de preterición será: "¿intencional o errónea?".

Creemos que de haber preterición, ésta sería intencional sin ningún género de duda y correspondería al heredero preferido una acción para que le fueran satisfechos sus derechos, de conformidad con lo previsto en el artículo 814, par. 1.º del C.c.

Ya hemos estudiado, guiados por BOLÁS y CÁMARA, los efectos de esta clase de preterición, no tan "demoledores" —empleando la palabra consignada por BOLÁS en su trabajo— pero sí indeseable en alguno de sus aspectos, especialmente en cuanto afecta a la declaración de heredero y la necesidad —si los demás interesados en la herencia no consienten en admitir al preterido como heredero— de abrir la sucesión intestada.

Pero creemos que incluso estos efectos más desagradables pueden evitarse de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 8 del artículo 9 del C.c. Dicho párrafo es del tenor literal siguiente: "Artículo 9, 8. La sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la natu-

raleza de los bienes y del país donde se encuentren. Sin embargo, las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez, aunque sea otra la ley que rija la sucesión, si bien las legítimas, se ajustarán en su caso, a esta última...".

Analicemos el contenido de este precepto con respecto a los ingleses. Se supone que un inglés tiene otorgado un testamento conforme a su ley nacional en el que dispone de un inmueble situado en España, en un territorio de Derecho común. La ley nacional o mejor la de su domicilio —según el párrafo 10 del mismo artículo y suponiendo que éste siga situado en Inglaterra— permite al citado inglés casi absoluta libertad de testar y creyendo firmemente que puede hacerlo, dispone del mencionado inmueble español a favor de un amigo, teniendo a su fallecimiento herederos forzosos según la ley española.

¿Qué ley sería aplicable en este caso? ¿La inglesa o la española? Creemos que sería aplicable la ley española como consecuencia del reenvío establecido en el artículo 12, párrafo segundo. ¿Habría preterición intencional? El inglés del caso no ha citado a sus herederos forzosos, ni les ha dejado nada deliberadamente, por lo que de haber preterición, ésta sería claramente intencional y la disposición se regiría, en cuanto a sus efectos, por los que hemos visto anteriormente para esta clase de preterición. Pero entonces, ¿para qué está el párrafo transcrito? A los mismos fines hubiera llegado el Código con el art. 814 y demás que regulan la preterición.

¿No sería más razonable suponer que el propósito del legislador ha sido favorecer al máximo el testamento y considerar que aunque se aplicara la ley extranjera quedaría siempre a salvo las disposiciones testamentarias en su totalidad, sin necesidad de abrir para nada la sucesión intestada, y dejando al legitimaria el resto de las acciones reductoras

y rescisorias que ya hemos estudiado, para que en cualquier caso quede a salvo su derecho legitimario?

Creemos que esto será lo más lógico y que aun sin prescindir del reenvío, el legislador ha querido en el supuesto de remisión a la ley española, aplicar ésta pero con el mínimo de efectos perjudiciales a las disposiciones testamentarias.

Estaría de acuerdo esta solución con el espíritu de la reforma de 1981, claramente expresada en el último párrafo del artículo 814 cuando dice: "A salvo las legítimas tendrá preferencia en todo caso lo ordenado por el testador". A juicio de BOLÁS este último párrafo debía ser el primero, seguramente por revelar tan claramente el espíritu del legislador.

Por otra parte, el incluir el párrafo octavo del art. 9 entre las disposiciones de derecho internacional privado, en lugar de incluirlo como una disposición transitoria, parece revelar este propósito.

En resumen, que aunque consideremos aplicable la ley española en casos de sucesiones abiertas con posterioridad a la entrada en vigor de la reforma del Título Preliminar de 1974, creemos también no se perdería nada por considerar no aplicable la preterición, sin privar al heredero legitimario de las demás acciones que le corresponden para defender sus derechos (especialmente la del artículo 815 y 817 del mismo Cuerpo legal).

En cuanto a la partición, ya sea efectuada por los herederos, por el testador o por el contador-partidor, nos adherímos a la tesis de MANUEL DE LA CÁMARA, y creemos aplicable el art. 1.080 del Código civil, siempre que no haya mala fe o dolo, y la partición no se rescindirá. El art. 1.081 contempla un supuesto diferente de ninguna forma aplicable.

Consideramos que la solución final al problema planteado estaría en la ratificación por España e Inglaterra de la "Convención de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado sobre la Ley aplicable a las sucesiones

por causa de muerte", que regula esta sucesión de una forma flexible con claro favor al testamento otorgado por el causante, y admitiendo incluso la autonomía de la voluntad, permitiendo que el testador disponga la ley aplicable a su sucesión, siempre que, a su fallecimiento, exista algún lazo de conexión con dicha Ley.

FINANCIACION CON GARANTIA HIPOTECARIA A CONSTRUCTORES Y PROMOTORES DE VIVIENDAS Y LOCALES, A LA LUZ DE LA ACTUAL LEGISLACION URBANISTICA

ROBERTO SÁNCHEZ GARCÍA
Abogado

Planteamiento de la cuestión

I. La Disposición Final Segunda de la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, autorizó al Gobierno para que en el plazo de un año desde su publicación aprobara un Texto Refundido de las disposiciones estatales vigentes sobre suelo y ordenación urbana, comprendiendo también la regularización, aclaración y armonización de dichas disposiciones.

Habiéndose demostrado insuficiente el aludido plazo de un año, para hacer la refundición, la Disposición Final Quinta de la Ley 31/1991, de 30 de diciembre, aprobatoria de los

Presupuestos Generales del Estado para 1992, rehabilitó aquella autorización para aprobar el Texto Refundido durante los primeros seis meses de 1992.

Y así, cumpliendo el mandato refundidor, se aprobó el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, en virtud del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio (Boletín Oficial del Estado de 30 de junio de 1992, en lo sucesivo T.R.).

II. A los efectos que nos ocupan, financiación con garantía hipotecaria a constructores y promotores de edificios y viviendas o locales, los aspectos del Texto Refundido de la Ley que tienen mayor relevancia son los que provienen de la Ley 8/1990, y pueden sintetizarse así:

a) La configuración del contenido urbanístico en la propiedad inmobiliaria como una serie de "facultades urbanísticas" atribuidas por la Ley y no inherentes al derecho de propiedad (art. 23 T.R.).

b) La atribución y adquisición gradual y sucesiva de cada una de esas facultades, en función del cumplimiento por el propietario o interesado, en los plazos señalados, de los deberes y cargas impuestos por el planeamiento y por la Ley (art. 20.1 T.R.).

c) *La potenciación de la figura de la licencia* en relación con el "derecho a edificar", pues sólo el otorgamiento de aquélla determina la adquisición de esa facultad, siempre que el proyecto presentado fuera conforme en la ordenación urbanística aplicable (art. 33 T.R.).

d) *La estricta sujeción del derecho a edificar al tiempo señalado en la licencia,* hasta el punto de que, previa tramitación del oportuno expediente con audiencia del interesado, el derecho a edificar se extingue por incumplimiento de los plazos fijados por la iniciación, interrupción máxima y finalización de las obras (art. 35 T.R.).

e) Las *rigurosas consecuencias que de esa extinción del derecho a edificar se derivan,* pues, extinguido tal derecho, la

Administración expropiará los correspondientes terrenos con las obras ya ejecutadas o acordará su venta forzosa, valorándose aquéllos conforme al 50 por 100 del aprovechamiento urbanístico para el que se obtuvo la licencia y éstas por su coste de ejecución (art. 36 T.R.).

f) Y, por último, la consagración del principio de que el *derecho a la edificación sólo se adquiere por la conclusión* de las obras al amparo de licencia no caducada y conforme con la ordenación urbanística (art. 37 T.R.), accediendo la obra nueva al Registro de la Propiedad en la forma y con los requisitos que establece el artículo 37.2 del T.R.

III. La cuestión que a nosotros nos interesa es el riesgo que la Entidad que concede el préstamo hipotecario tiene de no poder recuperar el dinero entregado en el caso de la expropiación o venta forzosa del objeto hipotecado, pues si el proceso urbanizador concluye normalmente y el promotor o constructor adquiere el derecho a la edificación, quedando ésta incorporada a su patrimonio, no hay problema alguno. Por ello **analizaremos:**

a) **En primer lugar**, el incumplimiento de los plazos o deberes urbanísticos que, en su caso, originará la sanción de la expropiación o venta forzosa con importantes novedades respecto a otros supuestos expropiatorios y, en consecuencia, la problemática que nos ocupa.

b) **En segundo lugar**, el giro existente en cuanto a la concepción de la naturaleza jurídica de la licencia de edificación.

c) **En tercer lugar**, el régimen de valoración y fijación de justiprecio del objeto —terreno y/o edificación—, en caso de expropiación o venta forzosa, ya que ésta es esencial a *la hora de conceder el Banco el préstamo hipotecario.*

d) **En cuarto lugar**, la consecuencia de la rigidez de los plazos a la hora de obtener financiación.

e) **En quinto lugar**, las consecuencias jurídicas de la expropiación o venta forzosa respecto de la hipoteca constituida.

f) **En sexto y último lugar**, las posibles garantías a adoptar por el Banco para salvaguardar su derecho.

Incumplimiento de los plazos o deberes urbanísticos: expropiación o venta forzosa

El motivo de que el único supuesto expropiatorio que estudiemos sea el que tiene su origen en el incumplimiento de los deberes urbanísticos, se justifica por el hecho de que es el único que produce unas consecuencias excepcionales a tener en cuenta a la hora de conceder un préstamo hipotecario, como tendremos la ocasión de comprobar.

Como ya hemos advertido, la propiedad urbana se constituye como consecuencia de la adquisición gradual y sucesiva de una serie de facultades urbanísticas. Hemos de hablar de facultades, y no de derechos, puesto que se trata de poderes funcionales que exigen como elemento ineludible el previo cumplimiento de una serie de deberes, que son los verdaderos títulos atributivos de las facultades urbanísticas.

Así pues, la propiedad urbana aparece rodeada de una serie de "delimitaciones" que conforman su contenido, y que la sujetan a una rígida estructura, ya que el propietario de un terreno no puede, por sí, utilizarlo urbanísticamente, ni edificar, si no es conforme al Plan, previa la obtención de licencias y autorizaciones y dentro de los plazos marcados para ello; asistiendo por lo tanto, a una verdadera "sacralización del Planeamiento". En otro caso, nunca llega a ser propietario de lo construido, de ahí la rotunda aseveración del art. 38.1 T.R.: "La edificación realizada sin licencia o sin ajustarse a sus condiciones e incompatible con el planeamiento vigente, será demolida sin indemnización, previa la instrucción del preceptivo expediente conforme a lo establecido en la legislación urbanística aplicable". Si no existe indemnización, es porque no hay propiedad que indemnizar,

ya que en otro caso tal norma sería inconstitucional (art. 33 de la Constitución Española).

El **proceso urbanístico** se desarrollaría, pues, como sigue:

* Aprobado el planeamiento preciso en cada clase de suelo, el propietario no adquiere ni consolida el "ius aedificandi", sino que solamente adquiere el **derecho a urbanizar** (art. 24 T.R.).

* Este derecho a urbanizar, sin embargo, se configura como un derecho-deber. A su cumplimiento, así como a la realización de las cesiones gratuitas de terrenos y de porcentajes de aprovechamiento urbanístico, se condiciona la adquisición de la segunda facultad: el **derecho al aprovechamiento urbanístico** (art. 26 T.R.).

En caso de incumplimiento de los deberes de urbanización y de cesión en los plazos establecidos al efecto, el derecho a urbanizar se extinguirá (art. 25.1 T.R.).

* La tercera fase del proceso consistiría en la adquisición del **derecho a edificar**, adquisición que se sujeta igualmente al cumplimiento de un deber: el de solicitar la licencia; y será el otorgamiento de ésta el que determine la adquisición del "ius aedificandi", siempre que el proyecto presentado fuera conforme con la ordenación urbanística aplicable (art. 33 T.R.).

En caso de incumplir el deber de solicitar la licencia en el plazo fijado en el planeamiento o legislación urbanística aplicable, el derecho al aprovechamiento urbanístico se reducirá en un 50 por 100 (art. 30.1 T.R.).

* La adquisición de la cuarta y última facultad, el **derecho a la edificación**, también se subordina a un último deber a fin de que la obra se incorpore al patrimonio de su titular: la realización de las obras al amparo de una licencia no caducada y conforme con la ordenación urbanística (art. 37.1 T.R.).

En caso de incumplimiento del deber de realizar (iniciar, interrumpir o finalizar) las obras en los plazos fijados, se extinguirá el derecho a edificar (art. 35.2 T.R.), sin que el

propietario pueda iniciar o reanudar actividad alguna al amparo de la licencia caducada, salvo, previa autorización u orden de la Administración, las obras estrictamente necesarias para garantizar la seguridad de las personas y bienes, y el valor de la edificación ya realizada (art. 36.1 T.R.).

El T.R. en sus artículos 37 al 41 contempla los siguientes supuestos:

1. *Edificación con licencia y conforme a la legislación urbanística:* se incorporará al patrimonio del propietario del terreno.

2. *Edificación sin licencia e incompatible con el planeamiento:* se demolerá sin indemnización si han transcurrido los plazos para solicitar la licencia. Si no han transcurrido esos plazos, se podrá solicitar licencia para el proyecto que sea conforme con el planeamiento.

3. *Edificación sin licencia pero compatible con el planeamiento:* la obra puede ser legalizada solicitando la licencia en los plazos determinados por la legislación urbanística o en el de dos meses a contar desde el requerimiento, si ya se ha adquirido el derecho al aprovechamiento urbanístico, y si no, debe realizarse la urbanización para adquirir tal derecho.

4. *Edificación con licencia que luego es declarada ilegal:* no se incorpora al patrimonio del propietario del terreno, procediéndose a la expropiación o venta forzosa de dicho terreno si no se hubiera adquirido el derecho al aprovechamiento urbanístico cuando se solicitó la licencia anulada, pero si se hubiera adquirido, deberá solicitarse nueva licencia, en el plazo de un año a contar del oportuno requerimiento.

5. *Edificación conforme al planeamiento con exceso de aprovechamiento:* si desde su terminación no ha transcurrido el plazo que legalmente se determine y, en su defecto, cuatro años, el titular o sus causahabientes han de abonar a la Administración el valor urbanístico de dicho exceso, quedando excluidos de dicha obligación los terceros adquirentes

de buena fe amparados por el Registro de la Propiedad; pero, en este caso, la Administración podrá reclamar el pago al propietario inicial de la edificación u otra persona que le haya sucedido.

En este mismo sentido, los artículos 248 a 250 del T.R. contienen una verdadera defensa de la legalidad de la licencia y de la necesidad de su obtención, pues sólo se incorporan al patrimonio del propietario del terreno, las edificaciones que sean conformes con la licencia no caducada y con la legislación urbanística, pero no aquellas que se han realizado sin licencia, sin ajustarse a ella o incompatibles con el planeamiento, y siempre que no se trate de edificaciones u obras legalizables, o sea, que no puedan subsanarse mediante la posterior obtención de la licencia, en los casos y dentro de los plazos que contempla la Ley.

Ahora bien, la justificación de que nos detengamos en el estudio del incumplimiento de los deberes urbanísticos viene dada, no sólo porque determina, como hemos visto, la extinción o reducción de las facultades urbanísticas en vías de adquisición e impide la adquisición de nuevas facultades, sino porque el T.R. establece, además, una consecuencia jurídica adicional: la expropiación o venta forzosa del terreno y de las obras realizadas, y será una expropiación o venta forzosa peculiar, pues, como veremos, se produce una alteración en los criterios valorativos respecto de los demás supuestos expropiatorios, variación ésta de la que se derivarán importantes consecuencias, que son el motivo del presente estudio.

Así, con carácter general, el art. 207, a) del T.R. señala: "La expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad se aplicará: a) Por inobservancia de los plazos establecidos para la urbanización de los terrenos y su edificación, o en general, de los deberes básicos establecidos en esta ley, cuando no se opte por el régimen de venta forzosa".

Lo corroboran también los arts. 149,4.2.ª; 30.3; 31.2; 34; 36.2 y 38.3 del T.R.

Ahora bien, para que proceda la sanción de expropiación o venta forzosa por incumplimiento de los deberes urbanísticos, será necesario un **procedimiento en que la Administración declare formalmente el incumplimiento de dichos deberes.**

El procedimiento para obtener tal declaración de incumplimiento se iniciará de oficio o a petición del interesado, y tiene por objeto la determinación, conocimiento y comprobación por parte de la Administración actuante, del incumplimiento de los deberes urbanísticos por causa imputable al titular del terreno, o sea, que sea debido a dolo o culpa de dicho titular, recayendo la carga de la prueba en la Administración. Si el interesado demuestra que el incumplimiento no es imputable a su voluntad, sino que es debido a causas ajenas a ella (caso fortuito, fuerza mayor, ser imputable a la Administración...), no habría lugar a la expropiación o venta forzosa. En consecuencia, está ínsita en la figura prevista por el legislador, la posibilidad de que se otorgue algún tipo de prórroga para el caso de demostrarse por el interesado que dicho incumplimiento no puede serle imputado.

El procedimiento concluye por resolución del órgano administrativo competente declarando el incumplimiento y, en su caso, si opta por la expropiación o venta forzosa, aunque esta elección se pueda hacer posteriormente en acto administrativo autónomo (art. 227.1 T.R.). Esta resolución es recurrible en vía administrativa y contencioso-administrativa.

El órgano administrativo que dictó la resolución remitirá al Registro de la Propiedad certificación de aquélla, para su constancia por nota al margen de la última inscripción de dominio de la finca. Por su parte, la situación de venta forzosa se consignará en las certificaciones que se expidan (art. 232 T.R.).

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 15.5.1990 (art. 4074), dispone que se aplicará a este expediente lo dispuesto en los artículos 15 a 17 del Reglamento de Edificación Forzosa y Registro Municipal de Solares (Decreto 635/1964, de 5 de marzo), no derogado por el T.R.

Conviene hacer las siguientes **precisiones:**

1. Los *actos de los propietarios* de los terrenos tendentes a la adquisición de facultades urbanísticas, *efectuados fuera de plazo,* producirán efecto siempre que sean realizados con anterioridad a la notificación del acto de iniciación del procedimiento declarativo del incumplimiento de los deberes urbanísticos, con la sanción de reducción del aprovechamiento urbanístico en un 50 por 100, a tenor del art. 42.3 T.R.

2. *¿Cómo juega el silencio administrativo?*

a) *Si el procedimiento se inicia a instancia de parte,* jugará el silencio positivo y, por lo tanto, se entenderá estimada la petición a falta de resolución expresa (art. 43.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común).

b) *Si se inicia de oficio,* no juega el silencio positivo, siendo aplicable el art. 43.4 de la Ley mencionada en el párrafo precedente y, en consecuencia, el procedimiento se entenderá caducado y se procederá a archivar las actuaciones en el plazo de treinta días a contar desde el vencimiento del término en que debió ser dictada la resolución, excepto en los casos en los que el procedimiento se hubiera paralizado por causa imputable al interesado, en los que se interrumpirá el cómputo del plazo para resolver el procedimiento.

3. Para que proceda la expropiación o venta forzosa, *no bastará* con que se haya producido *la declaración formal de incumplimiento, sino además, que hubieran transcurrido,* en su caso, *los plazos de los artículos 30 y 31 para solicitar la licencia;* pues, si no hubieran transcurrido estos plazos, no existe inconveniente para continuar la construcción, como establece el art. 38.2 T.R. para los supuestos de edificaciones realizadas sin licencia.

4. *El adjudicatario* de la expropiación o venta forzosa (Administración o tercero) *ha de continuar el proceso urbanizador y edificador* en los plazos legales, ya que si no es así, el propietario tendrá derecho a la reversión (art. 226 T.R.);

también en caso de venta forzosa, como garantía del propietario.

5. Si el *incumplimiento es imputable a la Administración actuante,* los propietarios afectados conservarán su derecho a iniciar o proseguir el proceso urbanizador y edificador (art. 150 T.R.), sin perjuicio del derecho a ser indemnizados que pueda corresponderles (art. 237 y ss. T.R.). En el T.R., pues, asistimos a un férreo control de la actividad de los particulares, pero, por contra, no existe un control de los controladores. La legislación es muy celosa en sancionar el incumplimiento de los propietarios en unos plazos brevísimos, pero deja plena libertad para que, una vez declarado el incumplimiento, la Administración actúe como quiera y cuando quiera para continuar el proceso urbanizador y edificador.

6. Si se trata de *edificaciones ruinosas e inadecuadas,* por reunir los requisitos del art. 247 T.R. las primeras, o estar destinadas en más de un 50 por 100 de la superficie construida a un uso urbanístico contrario al establecido en el planeamiento, las segundas, quedarán sujetas a venta forzosa si no se sustituyen o rehabilitan, valorándose esas edificaciones y procediéndose en la forma que determinan los artículos 228 y 229 T.R., en cuyo examen no nos detenemos.

Cambio en la naturaleza jurídica de la licencia de edificación

Hemos comentado anteriormente que asistimos a un proceso de "potenciación de la figura de la licencia".

En la concepción de la nueva ley, el propietario no tiene "ab origine" el derecho a edificar, sino que dicho derecho nace con la licencia, que **es constitutiva,** y no meramente declarativa de un derecho anterior. Las facultades urbanísticas no son inherentes al derecho de la propiedad, no nacen directa y simultáneamente de la propiedad, sino indirecta y sucesivamente de ella.

No es la concepción de la licencia lo que ha cambiado, sino la concepción de la propiedad urbana, y dicha novedad es consecuencia de la incorporación de los "tiempos o plazos" en el proceso urbanístico. Es el control del cumplimiento de esos plazos lo que modula el alcance de la licencia.

Anteriormente, la licencia de obras era un acto administrativo de autorización: no creaba derechos, no ampliaba la esfera jurídica del particular, no suponía la traslación de un contenido positivo al administrado, removía simplemente un obstáculo, eliminaba una previa prohibición existente, lo cual permitía al derecho del particular (que era preexistente a la licencia) recobrar toda la eficacia que potencialmente ya tenía. El "ius aedificandi" era, pues, una de las facultades del dominio, y la licencia suprimía un obstáculo legal a su ejercicio, con lo que aquél recobraba su virtualidad plena; pero, la facultad de edificar y la consiguiente propiedad de lo edificado, tenían su origen en la propiedad del suelo, no en la licencia.

La licencia de edificación que recoge la nueva legislación no responde ya a ese esquema. Así, el art. 33 T.R. dispone: "El otorgamiento de la licencia determinará la adquisición del derecho a edificar". Estamos, pues, muy lejos de la visión tradicional de la licencia. La nueva licencia de edificación es un acto constitutivo, con naturaleza concesional o cuasiconcesional, pero, en todo caso y al margen de su calificación, creador de un derecho. No tiene un significado negativo de eliminar un obstáculo, sino positivo al habilitar al particular para edificar, conferiendo al mismo una aptitud jurídica, una competencia.

La propiedad del suelo parece ser ahora más bien un simple presupuesto subjetivo de la licencia, y será en ella donde tendrá su origen el derecho a edificar, de ahí su carácter constitutivo y de ahí también que el art. 37.2 T.R. exija acreditar ante Notario la existencia de la licencia para autorizar, y posteriormente inscribir, las escrituras de declaración de obra nueva.

Ahora bien, la modificación en la naturaleza jurídica de la licencia, nos obliga a extraer otras importantes conclusiones. Así, *la doctrina civil de la accesión* en virtud de la cual el propietario de un terreno es dueño de lo que construya en él (arts. 353, 358, 359 del Código civil), debe entenderse corregida o ampliada en materia urbanística, pues en ella, el derecho a la edificación construida no se adquiere por la propiedad del suelo, sino que sólo se entenderá adquirido una vez que las obras han concluido al amparo de licencia no caducada y conforme a la ordenación urbanística.

Régimen de valoración y determinación del importe a percibir a efectos de la expropiación o venta forzosa por incumplimiento de los deberes urbanísticos

170 Esta cuestión tiene gran importancia debido a que dicha valoración es esencial a efectos de conocer la suma a la que se ha de atender a la hora de otorgar el posible préstamo hipotecario, a fin de garantizar el reintegro del capital prestado, pues dicha suma será la que percibirá el deudor en el supuesto de que se lleve a cabo la expropiación o venta forzosa. Todo ello, claro está, partiendo del supuesto que a nosotros nos interesa de que el único o uno de los objetos hipotecados sea el terreno y/o la edificación afectados por el proceso urbanístico, en las condiciones que veremos y como medio de obtener la financiación necesaria para culminar el proceso urbanizador y edificador; pues si el promotor o constructor hipoteca solamente otros bienes patrimoniales distintos a dicho terreno y/o edificación, el posible préstamo a conceder por el Banco podría alcanzar la cuantía correspondiente en relación con la suma del valor de todos los bienes hipotecados, aplicando en ese caso las reglas generales del préstamo hipotecario y no las del T.R.

Partiendo de estas consideraciones previas, hemos de decir que el régimen de valoraciones y determinación del jus-

tiprecio o importe a percibir previsto para los supuestos de incumplimiento de los deberes urbanísticos que estamos examinando, no es exactamente el mismo que el del resto de los supuestos expropiatorios.

El art. 57 T.R., bajo la rúbrica "Reglas específicas de valoración", establece: "Las reglas de valoración contenidas en este capítulo, se entenderán sin perjuicio de la aplicación de las contenidas en los artículos 30.1 y 3; 31.2; 34; 36.2; 38.3 y 40.2 de esta Ley".

De los citados preceptos, es de destacar el art. 30, por ser el que resulta estrictamente aplicable a los supuestos que nos ocupan, y porque los demás, si no se remiten a él, se constituyen sobre idéntico patrón.

Así, el art. 30.1 dispone: "El derecho al aprovechamiento urbanístico se reducirá en un 50 por 100 si no se solicita la licencia de edificación en el plazo fijado en el planeamiento o legislación urbanística aplicable".

Por su parte el art. 30.3 establece: "La resolución administrativa, municipal o autonómica, declarando el incumplimiento a que se refiere el número 1, deberá dictarse previa audiencia del interesado y decidirá sobre la expropiación o sujeción al régimen de venta forzosa de los correspondientes terrenos, cuyo valor se determinará, en todo caso, con arreglo a la señalada reducción del aprovechamiento urbanístico".

Así pues, frente a los restantes supuestos expropiatorios, en caso de incumplimiento de los deberes urbanísticos, el justiprecio no vendrá dado por el aprovechamiento urbanístico del terreno, sino por la mitad de dicho valor. No obstante, conviene **precisar esta cuestión.** Así:

I. El valor urbanístico del terreno será el determinado en función de las facultades adquiridas al tiempo de practicarse la valoración (art. 50 T.R.). Ahora bien, hemos de puntualizar dicha esta afirmación. Así:

a) *En caso de expropiación forzosa,* y a tenor del art. 47, habrá de estarse a las facultades adquiridas al momento de

iniciarse, no el expediente de expropiación, sino el expediente de justiprecio, o sea, al momento en que se practique la citación al expropiado para lograr la adquisición por mutuo acuerdo, o si no se logra, al momento en que se practique el oficio por el que la Administración requiere al expropiado para que formule su hoja de aprecio.

b) *En caso de venta forzosa,* deberá atenderse a las facultades adquiridas al tiempo de incluirse la finca en el Registro de Solares y Terrenos sin Urbanizar (art. 233.2 T.R.).

II. Dicho valor urbanístico dependerá, pues, de las facultades que el propietario haya adquirido en los momentos indicados, según se trate de expropiación o venta forzosa. Ahora bien, **en caso de expropiación o venta forzosa por incumplimiento de los deberes urbanísticos, el valor urbanístico del terreno**, y al margen de posibles adiciones o de-

ducciones que veremos, **será el mismo en todos los casos, con independencia de las facultades adquiridas, esto es, el valor correspondiente al 50 por 100 del aprovechamiento urbanístico** patrimonializable o susceptible de apropiación por el propietario, calculado en la forma que veremos posteriormente.

Así lo confirman:

1. Si el propietario ha adquirido el derecho a urbanizar: el art. 51.2 T.R.

Ahora bien, en este supuesto, para el cálculo del justiprecio, a dicho valor urbanístico han de añadirse los gastos ya efectuados tendentes a la ejecución del planeamiento, siempre que queden debidamente justificados (art. 51.3 T.R.).

En el supuesto de que se extinga el derecho a urbanizar por incumplimiento de deberes urbanísticos, el valor urbanístico será también el 50 por 100 del aprovechamiento urbanístico susceptible de apropiación, o el resultante del planeamiento anterior si éste fuera inferior a aquél (art. 52.b T.R.).

2. Si el propietario ha adquirido el derecho al aprovechamiento urbanístico: los artículos 30.1 y 3 citados.

El valor del terreno se obtendría aplicando al aprovechamiento urbanístico el valor básico de repercusión en el polígono, corregido en función de su situación concreta en el mismo (art. 53.1 T.R.). No obstante, habría que aplicar la reducción que establecen los artículos 30.1 y 3 en el caso de no solicitar la licencia de edificación en los plazos legales.

3. Si el propietario ha adquirido el derecho a edificar: el art. 36.2 T.R.

Una vez adquirido el derecho a edificar hay que diferenciar entre:

a) *Valor del suelo:* al valor urbanístico del terreno mencionado, para el cálculo del importe a percibir, se añadirá el 25 por 100 del coste de ejecución y la totalidad de los gastos que, justificadamente, estén motivados por la edificación proyectada o iniciada (art. 55 T.R.).

b) *Valor de la edificación ya ejecutada:* se valorará por el coste de ejecución, con la arbitrariedad que la fijación de dicho importe conlleva, dada la dificultad de su prueba, y obligándonos, por tanto, a movernos en el campo de la aproximación.

4. Si el propietario ha adquirido el derecho a la edificación.

Una vez adquirido el derecho a la edificación, como hemos dicho, ya no cabe la expropiación o venta forzosa por incumplimiento de los deberes urbanísticos, pues el proceso urbanizador y edificador ha concluido normalmente, y la edificación se ha incorporado al patrimonio de su propietario.

Por ello, **cuando hablemos de expropiación o venta forzosa por incumplimiento de los deberes urbanísticos, nos referimos al supuesto de hecho en que el propietario no ha adquirido aún el derecho a la edificación.**

No obstante, llegados a esta fase, caben otros supuestos expropiatorios, y aunque exceda de nuestro estudio, por su interés, hemos de diferenciar nuevamente entre:

a) *Valor del suelo:* se aplicarán las normas generales de valoración y su valor será el correspondiente al aprovecha-

miento urbanístico efectivamente materializado sobre el mismo, sin adición ni deducción alguna (art. 56.2 T.R.).

b) *Valor de la edificación:* se valorará en función de su coste de reposición, atendiendo a su antigüedad, estado de conservación y conformidad o no con la ordenación vigente (art. 56.3 T.R.).

En mi opinión, el valor de reposición al que alude el legislador sería lo que costaría "reponer" en la actualidad la obra, pero corrigiendo ese valor con los criterios mencionados de antigüedad, conservación y conformidad al planeamiento vigente, en el caso de que la edificación se hubiere concluido conforme a un planeamiento anterior. En todo caso, ese valor o coste de reposición debe ser un valor objetivado, lo que parece que nos llevará al valor catastral y, por lo tanto, sería un valor inferior al de mercado (que sería el que en realidad habría que satisfacer), pero probablemente superior al de ejecución, que es el que se satisface si no se ha adquirido el derecho a la edificación.

No obstante, advertir que en la valoración de aprovechamientos urbanísticos se deducirá el coste de la urbanización pendiente y no ejecutada conforme a las normas del plan o, en su defecto, se deducirán los costes necesarios para que el terreno alcance la condición de solar (art. 54 T.R.).

Así pues, en todos los supuestos de expropiación por incumplimiento de los deberes urbanísticos (fase previa a la adquisición del derecho a la edificación) se respeta ese valor urbanístico uniforme del 50 por 100 del aprovechamiento urbanístico, si bien con las pequeñas peculiaridades que hemos mencionado (adiciones o deducciones que procedan: arts. 51.3, 54 y 55 T.R.), y teniendo siempre en cuenta que *una vez adquirido el derecho a edificar, no sólo ha de atenderse al valor del suelo, sino también al valor de la edificación realizada.*

III. ¿Cómo se calcula ese valor?

Decimos que el valor urbanístico del terreno será el valor correspondiente al 50 por 100 del aprovechamiento urbanístico susceptible de apropiación por el propietario. Así, hemos de *puntualizar* lo siguiente:

1. El *"aprovechamiento urbanístico susceptible de apropiación"* por el titular de un terreno será el resultado de referir a su superficie el 85 por 100 del "aprovechamiento tipo del área de reparto" en que se encuentre (art. 27 T.R.). En expropiaciones de terrenos destinados a sistemas generales, el porcentaje es del 75 ó 50 por 100, según sea suelo urbano o urbanizable programado, respectivamente (arts. 59 y 60 T.R.).

2. El *"aprovechamiento tipo de cada área de reparto"* se calculará dividiendo el aprovechamiento lucrativo total de las zonas incluidas en ella, expresado en metros cuadrados construibles, por la superficie total, excluidos los terrenos destinados a dotaciones públicas (arts. 96 y 97 T.R.). No obstante, hemos de decir que éste es un mandato dirigido más bien a los órganos encargados de la elaboración de los Planes, pues a tenor del art. 95 T.R., el aprovechamiento tipo deberá fijarse en el Plan General o Programa de Actuación Urbanística, y que, caso de realizar una consulta urbanística al Ayuntamiento, deberá ponerse de manifiesto (art. 43.2 T.R.).

Además, si no hay Plan o éste no prevé el aprovechamiento lucrativo para un terreno no incluido en la unidad de ejecución, éste será de metro cuadrado construible por cada metro cuadrado de suelo (art. 62.1 T.R.).

3. Una vez concretado el aprovechamiento urbanístico, el cálculo del *"valor urbanístico"* (al margen de adiciones o deducciones que en su caso procedan: arts. 51.3, 54 y 55) requiere una operación ulterior, que consiste en la determinación del "valor fiscal". La aplicación de dicho "valor fiscal" al aprovechamiento urbanístico permite obtener el "valor urbanístico".

Tal *"valor fiscal"* es el resultado de aplicar al aprovechamiento urbanístico obtenido, el valor básico de repercusión en el polígono que fijará la Administración Tributaria en atención a la situación del terreno dentro de dicho polígono, así como al uso y tipología edificatorios característicos, y que se recogerán en las ponencias de valores catastrales y, en su defecto, se aplicarán los valores de repercusión obtenidos conforme a las normas técnicas de valoración catastral (art. 53 T.R.).

Señalar que las normas técnicas de valoración del cuadro de valores del suelo y de las construcciones para determinar el valor catastral de los bienes inmuebles de naturaleza urbana, se fijan en el R.D. 1020/1993 de 25 de junio (BOE de 22.7.1993).

De todo lo expuesto en este apartado cabe deducir, pues, que la valoración caso de expropiación o venta forzosa por incumplimiento de los deberes urbanísticos, será la misma para ambos supuestos, pues siguen un régimen paralelo, al poder optarse en la resolución que declara el incumplimiento por una o por otra, y será, el 50 por 100 del aprovechamiento urbanístico para el suelo y el coste de ejecución para el vuelo. Supone ello que, frente al régimen general de valoración aplicable al resto de los supuestos expropiatorios que el T.R. contempla en su art. 207, dicho aprovechamiento queda reducido a la mitad, y la suma percibida por el propietario no sólo será distinta, sino que además bastante menor de la que correspondería aplicando las reglas ordinarias. Tener también presente que en un *supuesto ordinario de expropiación* distinto al que nos ocupa habría que diferenciar según se hubiera adquirido o no el derecho a la edificación, pues si se hubiera adquirido dicho derecho y se hubiera incorporado la edificación al patrimonio del propietario del terreno, no se valoraría por su coste de ejecución, sino por su coste de reposición corregido en la forma estudiada (no en nuestro caso, pues, como sabemos, si se ha adquirido el derecho a la edificación no cabe la expropiación por incumplimiento de los deberes urbanísticos).

Es paradójico que a la vista de esta regulación reciba peor trato el constructor o promotor que pidió la licencia y, por cualquier causa, no la ejercitó en tiempo, que aquel otro que comienza la construcción sin pedir la licencia, clandestinamente. Decimos esto, pues a este último, si aún está dentro de plazo para pedir la licencia, se le permite legalizar la obra. Por contra, al que solicitó la licencia que acaba caducando, se le expropia o se le impone la venta forzosa, reduciendo a la mitad el aprovechamiento y perdiendo, además, lo edificado a precio de coste.

Por otra parte, la constitucionalidad de dichos criterios valorativos ofrece claras dudas que pueden plantear problemas en un futuro: ¿el precio que recibe el propietario se ajusta al derecho a obtener una indemnización que reconoce el art. 33 de la Constitución Española, a pesar de alejarse del valor real? ¿Se atenta contra el principio de igualdad ante la ley y ante las cargas reales (arts. 14 y 31 de la Constitución Española), cuando el propietario de un terreno no sujeto a expropiación puede venderlo por su valor real y el expropiado por incumplimiento de deberes no puede hacerlo?

No obstante lo dicho, cabe hacer, para concluir, las siguientes **puntualizaciones:**

1. *Los criterios de valoración examinados sólo son aplicables al suelo urbano o urbanizable respecto del que se hubiera completado su ordenación urbanística. En los demás casos,* o sea, si estamos ante suelo no urbanizable, o suelo urbanizable no programado que no cuenta con Programa de Actuación Urbanística, o suelo urbanizable programado que no cuenta con el planeamiento de desarrollo preciso (Plan Parcial), en estos tres supuestos, no *se estará* al valor urbanístico del terreno, sino *al "valor inicial"* del mismo, que no será otro que su valor catastral, sin consideración alguna a su posible utilización urbanística, aunque si se trata de suelo urbanizable programado que no cuenta con Plan Parcial de Desarrollo, se agregará a ese valor catastral el 25 por 100

del coste estimado de su futura urbanización con arreglo al Plan, o en su defecto, el 25 por 100 del coste de la conversión del terreno en solar (arts. 49 y 50 T.R.). Con esta última posibilidad se está dejando abierta una clara vía para "inflar" el valor de los terrenos, dada la dificultad de obtener una estimación precisa de los costes a que se alude.

En todo caso, el valor inicial prevalecerá sobre el valor urbanístico siempre que dicho valor inicial sea superior (art. 50.2 T.R.).

A efectos de valores catastrales, recordar el R.D. 1020/1993, de 25 de junio, ya citado.

2. La expropiación o venta forzosa por incumplimiento de los plazos para urbanizar o edificar *no serán aplicables a municipios de población inferior a 25.000 habitantes,* salvo que el Ayuntamiento acuerde su aplicación, con carácter general, para la totalidad o parte del término municipal (DA 1.ª, punto 3.2).

Además, según la DA 1.ª, que contempla supuestos de aplicación parcial de la Ley, en esos municipios, si la Comunidad Autónoma no dispone lo contrario, no se aplicarán tampoco las normas estudiadas sobre áreas de reparto, cálculo de aprovechamiento tipo o de aprovechamiento susceptible de apropiación, así como tampoco se aplicarán estas normas en los municipios comprendidos entre 25.000 y 50.000 habitantes que no sean capitales de provincia y estén excluidas por las Comunidades Autónomas.

En los municipios en que no se aplican dichas reglas, para calcular el aprovechamiento urbanístico apropiable, no se atenderá ya al "aprovechamiento tipo", sino al "aprovechamiento medio", concepto éste propio de la legislación anterior (arts. 62.1 y 27.4, que se calculará en la forma prevenida en la D.A. 2.ª).

3. En el caso de *supuestos expropiatorios iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley 8/1990, de 25 de julio,* se ha de estar a la regulación contenida en las Disposiciones Transitorias del T.R.

4. La valoración estudiada hace referencia solamente al terreno, pero *si en dicho terreno existen obras u otros bienes o derechos personales o reales,* hemos de estar a los artículos 63 y 64 del T.R. Al estudiar las consecuencias de la expropiación o venta forzosa sobre la hipoteca, analizaremos este último artículo.

5. En los supuestos de expropiación por incumplimiento de los deberes urbanísticos *el T.R.,* en su art. 217, *rechaza* la posibilidad de *que el justiprecio se satisfaga mediante la adjudicación de terrenos* equivalentes situados en la misma área de reparto que los expropiados.

Consecuencias de la rigidez de los plazos

Nos referimos a aquellas consecuencias que se reflejan de un modo directo sobre el promotor o constructor al condicionar en gran medida su actuación en el proceso urbanístico, e indirectamente sobre el Banco prestamista, pues las circunstancias que puedan afectar directamente al promotor o constructor prestatario, repercuten en el Banco como acreedor suyo, ya que desde el momento en que el Banco concede el préstamo hipotecario, se va a ver también comprometido en la actividad urbanizadora y edificadora de su deudor. Por lo tanto, el Banco ha de tomar las cautelas necesarias antes de conceder el préstamo y, por ende, incorporarse a ese proceso.

Es evidente que no puede concebirse un proceso de urbanización y edificación sin unos programas de actuación y plazos que lo ordenen. No obstante, la nueva Ley está dominada por la idea del plazo, hasta el punto de que fija unos tiempos tan rigurosamente establecidos, tan breves y perentorios, que hacen inoperativo el proceso urbanístico, pues son plazos de difícil, casi imposible, cumplimiento, originando su incumplimiento la expropiación o venta forzosa de los terrenos con la consiguiente reducción de valor exa-

minada, tanto en el terreno, como, en caso de existir, en la edificación. Cosa distinta es que en la práctica no se sigan los trámites legales, pues para expropiar, la Administración necesita dinero, y dinero no es precisamente lo que sobra en los Ayuntamientos y, además, el procedimiento alternativo de la venta forzosa dista mucho de estar consolidado.

Esta mecánica de rigidez de los plazos y de la gradual adquisición o pérdida de las facultades urbanísticas, tiene graves consecuencias para el promotor o constructor, pues éstos encuentran una gran dificultad a la hora de obtener financiación, tanto una financiación externa (vía crediticia), como interna (vía venta de edificaciones u obras proyectadas y no iniciadas u obras en construcción). Partimos, claro está, como ya hemos comentado, del supuesto de hecho de que el único o uno de los objetos hipotecados para garantizar el préstamo que se solicita, sea el terreno y/o la edificación, y no exclusivamente otros bienes patrimoniales del constructor o promotor. Así:

a) **Financiación externa o crediticia:** el acreedor (en nuestro caso el Banco) no tiene seguridad sobre cuál es o será el verdadero valor económico del objeto —terreno y/o edificación— sobre el que recae la hipoteca, a efectos de concesión del préstamo, ya que el incumplimiento de un plazo por el promotor o constructor originará la expropiación o venta forzosa del terreno con la consiguiente reducción de valor ya analizada. Por otra parte, tampoco tiene el Banco seguridad sobre si el promotor o constructor a quien se concede el préstamo será el definitivo titular de la edificación, pues la edificación sólo se incorporará a su patrimonio una vez concluida al amparo de licencia no caducada y conforme con la ordenación urbanística (art. 37.1 T.R.), y hasta ese momento sólo se valorará por su coste de ejecución; sin embargo, a partir de la incorporación al patrimonio del titular, se valoraría por su coste de reposición en la forma que vimos. Todo ello hace que el Banco tenga que adoptar una serie de garantías para asegurar el reintegro del capital

prestado, garantías que serán objeto de análisis en otro apartado de este estudio.

b) **Financiación interna:** la rigidez de los plazos no sólo dificulta a los promotores o constructores la obtención de financiación externa o crediticia, sino también la obtención de financiación interna, vía venta de edificaciones proyectadas y no iniciadas o en construcción, pues el comprador tiene la misma inseguridad que el Banco en cuanto a que la edificación se incorpore o no definitivamente al patrimonio de su vendedor (promotor o constructor), pues ello depende del cumplimiento de todos los plazos y deberes urbanísticos.

Así pues, el empresario que carezca de recursos propios suficientes para acometer el proceso urbanizador y edificador puede encontrar serios problemas de financiación, pues, en todo caso, la financiación que pueda obtener será insuficiente, ya que será o deberá ser inferior al 50 por 100 del aprovechamiento urbanístico del terreno y al coste de ejecución de la edificación, valor referencial en caso de expropiación o venta forzosa.

Ahora bien, esta rigidez de plazos, esta financiación dificultada, se vuelve contra el propio legislador y nos conduce a fines totalmente opuestos a los queridos en todo proceso urbanístico, pues, en una secuencia de efectos previsibles, podemos decir que si falta o se dificulta la financiación, el promotor o constructor no podrá llevar a cabo el proceso edificador y, en consecuencia, se hace imposible el cumplimiento de la Ley.

Así pues, una aplicación estricta de la Ley conducirá, sin duda, a constreñir y limitar la iniciativa privada, a través del incumplimiento no querido de los plazos y, por consiguiente, a una adquisición masiva de terrenos por la Administración que puede derivar en una progresiva municipalización o socialización del suelo. Conclusión ésta, que de producirse, chocaría frontalmente con los principios de libertad de mercado e iniciativa privada y de protección de la propiedad privada.

Consecuencias jurídicas de la expropiación o venta forzosa respecto a la hipoteca ya constituida

Como hemos visto reiteradamente, el incumplimiento de un plazo o deber urbanístico por el promotor o constructor a quien el Banco ha otorgado un préstamo hipotecario, conlleva la expropiación o venta forzosa del terreno. Ahora bien: ¿Qué ocurre con la hipoteca que ya se había constituido a favor del Banco en garantía del préstamo?

Como ya hemos puesto de manifiesto, en este estudio partimos del supuesto de hecho de que el único o uno de los objetos hipotecados sea el terreno y/o la edificación afectados por el proceso urbanístico, pues lo habitual es que el promotor o constructor solicite un préstamo al iniciar el proceso urbanizador y edificador para obtener la financiación necesaria que le permita concluir aquel proceso, garantizándose dicho préstamo con la hipoteca del terreno de su propiedad (aunque adicionalmente pueda hipotecar otros bienes inmuebles que le pertenezcan). Por lo tanto, nos remitimos a la regulación general de los préstamos hipotecarios, en el supuesto de que el promotor o constructor hipoteque solamente otros bienes de su patrimonio distintos a dicho terreno y/o edificación en garantía del préstamo solicitado, pues en tales casos no se aplicaría la reducción valorativa examinada en caso de expropiación o venta forzosa, ya que la hipoteca recae sobre otros bienes distintos y ajenos al proceso urbanístico, escapando esta cuestión a nuestro estudio.

Así las cosas, partimos igualmente del supuesto de que la expropiación o venta forzosa del terreno por incumplimiento por el promotor o constructor de algún plazo o deber urbanístico (único supuesto expropiatorio que nos interesa), haya culminado, prescindiendo, por lo tanto, del posible recurso a los Tribunales y la posible suspensión o impugnación del procedimiento expropiatorio, pues si el proceso urbanizador concluye normalmente, el propietario con-

solida su derecho y no hay problema alguno, quedando firme la hipoteca constituida.

El problema se plantea, pues, una vez practicada la expropiación o realizada la venta forzosa del terreno hipotecado, pues la hipoteca no puede recaer ya sobre el terreno expropiado, sino que habrá de recaer sobre el justiprecio o importe que reciba el promotor o constructor.

Por lo tanto, a la vista del juego de la responsabilidad en la hipoteca, el Banco, acreedor hipotecario, puede ver satisfecho su derecho:

a) Ejercitando su **acción real,** no ya sobre el terreno, que ha sido expropiado, sino sobre la indemnización o importe percibido por su deudor.

b) En caso de que el ejercicio de esa acción real sea insuficiente para la satisfacción del acreedor, por haber concedido éste un préstamo superior al importe de la indemnización o precio recibido, por la causa que sea (ej.: no adoptar las garantías necesarias), podrá el Banco ejercitar su **acción personal** contra todo el patrimonio del promotor o constructor, a tenor del art. 1.911 del Código civil.

Así pues, estamos ante un caso de subrogación, pues la indemnización o el importe entregado al propietario por razón del bien expropiado o vendido es lo que sustituye al terreno en el patrimonio del propietario (promotor o constructor indemnizado), y es justo, por tanto, que también le sustituya como objeto del derecho de hipoteca. La Ley Hipotecaria (en lo sucesivo L.H.) impone, pues, en este supuesto la *subrogación real,* que supone la permanencia del derecho, en este caso la hipoteca, sobre el nuevo objeto que ha sustituido al antiguo. No obstante, en precisión terminológica, y a simple título de erudición, decir que la antigua hipoteca pasaría a ser una prenda, pues la indemnización no es un bien inmueble, si bien, como decimos, es ésta una cuestión puramente doctrinal.

Así:

1. **Art. 109 L.H.:** "La hipoteca se extiende a las accesiones naturales, a las mejoras y *al importe de las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario por razón de los bienes hipotecados".*

2. **Art. 110.2 L.H.:** "Conforme a lo dispuesto en el artículo anterior, se entenderán hipotecados juntamente con la finca, aunque no se mencionen en el contrato, siempre que correspondan al propietario: 2.° Las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario de los inmuebles hipotecados por razón de éstos, siempre que el siniestro o hecho que las motivare haya tenido lugar después de la constitución de la hipoteca y, asimismo, las procedentes de la expropiación de los inmuebles por causa de utilidad pública. Si cualquiera de estas indemnizaciones debiera hacerse efectiva antes del vencimiento de la obligación asegurada y quien haya de satisfacerlas hubiere sido notificado previamente de la existencia de la hipoteca, se depositará su importe en la forma que convengan los interesados o, en defecto de convenio, en la establecida en los artículos 1.176 y ss. del Código civil".

Así pues, **el derecho real de hipoteca recaerá:**

a) *En caso de expropiación:* sobre el justiprecio recibido por el promotor o constructor expropiado, y que será el valor correspondiente al 50 por 100 del aprovechamiento urbanístico (al margen siempre de las adiciones o deducciones que procedan), más, en su caso, el coste de ejecución de la edificación.

b) *En caso de venta forzosa:* sobre el importe que perciba el promotor o constructor. Ahora bien, hemos de precisar, pues así como en la expropiación la totalidad del justiprecio queda afecto a la hipoteca, en la venta forzosa no queda afecta la totalidad del precio de la adjudicación, sino sólo la parte de éste que se entregue al propietario, y que será coincidente con el valor que corresponda al grado de adquisición de las facultades urbanísticas al tiempo de la inclusión de la finca en el Registro de Solares y Terrenos sin

Urbanizar, pues lo que exceda de ese valor, o sea, la diferencia entre dicho valor y la totalidad del precio de adjudicación, se entregará a la Administración actuante para que lo invierta en materia de urbanismo y vivienda (arts. 227.1 y 233.2 T.R.).

En todo caso, el valor aludido a entregar al promotor o constructor, o sea, el valor que corresponda al grado de adquisición de facultades urbanísticas, será el mismo que en la expropiación, pues, como vimos en el apartado de valoración, siguen un régimen paralelo, al poder optarse por una o por otra, y será también, por lo tanto, el valor correspondiente al 50 por 100 del aprovechamiento urbanístico (al margen de posibles adiciones o deducciones), más el coste de ejecución de la edificación.

El derecho del Banco acreedor a la indemnización que proceda en cada caso, se rige fundamentalmente por el art. 32 del Reglamento Hipotecario (en lo sucesivo R.H.), que, aunque es referente a la expropiación, se puede aplicar analógicamente a la venta forzosa, y dicho artículo diferencia entre derechos reales anteriores y posteriores a la nota extendida en el Registro de la Propiedad al margen de la inscripción de dominio de la finca y en la que consta, o bien que el Registrador ha expedido la certificación de dominio y cargas a efectos de expropiación (art. 32.1 R.H), o bien consta la certificación de la resolución declarando el incumplimiento de deberes urbanísticos con aplicación del régimen de venta forzosa (art. 232.1 T.R.).

Partimos, por lo tanto, del supuesto lógico de que la hipoteca se inscribe con anterioridad a la nota marginal, pues la expropiación o venta forzosa devienen con posterioridad a la constitución de dicha hipoteca.

En este caso, y a tenor del art. 32.5 del R.H., para que pueda cancelarse la hipoteca deberá constar que el Banco, acreedor hipotecario, ha sido citado en forma legal y que concurrió por sí o debidamente representado al pago, o que se consignó el precio o la parte necesaria del mismo, según

los casos. Añade el art. 35.2 R.H. que "en el título (acta de pago y ocupación o sólo acta de ocupación acompañada del documento que acredite la consignación del justiprecio) se determinarán los asientos que deban cancelarse y subsistir con referencia a los datos registrales".

También el art. 222.2 del T.R. exige la *comparecencia de los titulares de las cargas,* en su párrafo segundo, *in fine.*

En este sentido ha de entenderse el *art. 224 T.R.,* que contempla la adquisición del bien libre de cargas por la Administración, una vez que ha finalizado el expediente expropiatorio y ha inscrito su derecho, sin que puedan ejercitarse acciones reales ni interdictales contra ella, sino simplemente acciones personales, otorgándole una posición inatacable similar a la del tercero hipotecario del art. 34 de la L.H. Ahora bien, tal efecto se produce *solamente una vez finalizado el expediente,* pues antes de finalizar los acreedores anteriores a la nota marginal, a tenor de lo expuesto, tienen derecho a ser oídos. Así, si se ha llegado al final del expediente sin que el Banco, acreedor hipotecario, no hubiese tenido el menor conocimiento por no haber sido citado, tendrá abiertas todas las posibilidades procesales para defender su derecho, al igual que ocurriría si el expediente, a pesar de seguirse con todos sus trámites, se siguiese con quien no es el verdadero propietario, debiendo formularse en estos casos por la Administración un expediente complementario (art. 224.4 T.R.).

Así pues, *una vez determinado el justiprecio de la expropiación o el importe a entregar al propietario en la venta forzosa, quedará afecto a la hipoteca, y una vez vencida la obligación garantizada, el promotor o constructor entregará dicho importe, en su totalidad o en la parte correspondiente, al Banco, a fin de cancelar la hipoteca; pero si no llegaren a un acuerdo en cuanto a la cantidad a liquidar, dicho importe se consignará judicialmente y el Banco hará valer su derecho en los Tribunales (art. 110.2 L.H.).*

Otro supuesto que hemos de analizar es que no exista

sólo la hipoteca sobre el terreno, sino que exista sobre él una **pluralidad de cargas.**

El art. 64.2 T.R., único relativo a las cargas, dispone: "Al expropiar una finca gravada con cargas, la Corporación u organismo que la efectuare podrá elegir entre justipreciar cada uno de los derechos que concurren con el dominio, para distribuirlo entre los titulares de cada uno de ellos, o bien valorar el inmueble en su conjunto y consignar su importe en el Juzgado, para que éste fije y distribuya, por el trámite de los incidentes, la proporción que corresponda a los respectivos interesados".

Una norma similar se contempla en el art. 135 del Reglamento de Gestión Urbanística.

Cabe, por lo tanto, a tenor de dichos artículos:

1. Justipreciar cada uno de los derechos que concurran con el dominio según las reglas del art. 64.1 T.R., en un procedimiento separado en el que se entenderán las diligencias con el titular que cobrará el justiprecio de su derecho.

2. Justipreciar el inmueble en su conjunto, consignando el justiprecio en el Juzgado, para que por vía incidental se proceda a distribuir el justiprecio, en la proporción que corresponda, entre los interesados.

En el mismo sentido se pronuncia el art. 36 del Reglamento de Edificación Forzosa y Registro Municipal de Solares (aún vigente), en el que se concede a los titulares de los derechos o cargas un plazo para llegar a un acuerdo con el propietario del terreno, en orden a la oportuna liquidación, y si en ese plazo no llegan a un acuerdo, se depositará el precio de la adjudicación, previa deducción de los gastos, en el Juzgado, para que por el trámite de los incidentes se distribuya, en la proporción que corresponda, entre los respectivos titulares interesados.

A tenor de los artículos citados, así como de los arts. 6.2 y 8 del Reglamento de Expropiación Forzosa, podemos extraer las siguientes **conclusiones** en caso de pluralidad de cargas:

1. Todas las cargas y derechos sobre el bien expropiado o vendido, se convierten, por ministerio de la ley, en derechos sobre el justo precio.

2. Una vez determinado el justo precio o el importe a percibir en la venta forzosa, el promotor o constructor puede llegar a un acuerdo con cada uno de los titulares y satisfacerles a cada uno su derecho. Es el supuesto que el T.R. contempla como "justipreciación individual".

3. En caso de no conseguir ese acuerdo, el justiprecio o el importe percibido en la venta forzosa se consignará judicialmente, y en vía judicial, por el trámite de los incidentes, se dirimirá la preferencia y el derecho a cobro de cada uno de los titulares. Es lo que el T.R. y el Reglamento de Gestión Urbanística denominan "justipreciación del conjunto".

4. No obstante, advertir finalmente que el justiprecio aceptado por alguno de los afectados no obliga a todos (S.T.S de 16.1.1965).

Esta interpretación es la única que logra armonizar los preceptos citados y la subrogación real derivada de la extensión objetiva de la hipoteca, anteriormente analizada.

Posibles garantías a adoptar por el banco

Como ya hemos recordado en varias ocasiones, dejamos de lado el supuesto en que el promotor o constructor hipoteca otros bienes que no sean el terreno y/o la edificación, pues en este caso el posible préstamo se concedería en atención al valor de dichos bienes hipotecados, con las garantías normales exigibles en todo préstamo hipotecario; y partimos del supuesto de que el único o uno de los objetos hipotecados sea el mencionado terreno y/o edificación afectados por el proceso urbanístico.

El promotor o constructor opera, por lo general, con préstamos hipotecarios que las Entidades de Crédito le conceden tomando como base el valor del terreno hipotecado. Pues

bien, ahora, con la nueva normativa, ese terreno puede alcanzar el 100 por 100 de su valor si el promotor o constructor cumple en plazo sus deberes urbanísticos, pero si no cumple, como hemos visto, el valor de su terreno quedará reducido al 50 por 100, y la edificación al coste de su ejecución, mientras que si cumple podría alcanzar el coste de reposición, corregido en la forma estudiada. Con esto ha de contar la Entidad de Crédito, que para cubrir el riesgo tendrá que exigir, o bien mayores intereses, o bien garantías adicionales, o bien, que sería lo más seguro para el Banco, conceder un préstamo por una cantidad inferior al 50 por 100 del valor del terreno y al coste de ejecución de la edificación, si son éstos los únicos objetos hipotecados, y si no lo son, se ha de estar a tales valoraciones a efectos de la posible concesión del préstamo.

Como ya hemos apuntado, con la mecánica de la rigidez de los plazos de la nueva regulación y de la gradual adquisición o pérdida de las facultades urbanísticas según el cumplimiento o no de dichos plazos, el Banco no tiene seguridad, ni de cuál es o será el verdadero valor económico del objeto hipotecado —suelo y/o edificación— sobre el que debe concederse el préstamo, ya que, como sabemos, la posible expropiación o venta forzosa determinará una reducción al 50 por 100 de ese valor del terreno, y el valor de la posible edificación se limitará al coste de su ejecución; ni tampoco tiene el Banco la seguridad de que el promotor o constructor resulte ser el propietario definitivo de la edificación, caso de hipotecarse también ésta, ya que no se incorporará al patrimonio de dicho promotor o constructor sino una vez concluida conforme a licencia no caducada y a la ordenación urbanística, con la importante matización de que una vez incorporada se valorará por su coste de reposición "corregido", en tanto que mientras no se incorpore se valorará solamente por su coste de ejecución.

Por lo tanto, la nueva regulación tiene unos efectos claramente negativos para el crédito territorial, tanto para el Ban-

co acreedor, como para el promotor o constructor deudor.

Para analizar las garantías a adoptar por el Banco a la hora de conceder el préstamo hipotecario, hemos de hacer una diferenciación atendiendo a cuál sea el objeto hipotecado. Así:

1. Si la hipoteca se constituye sobre el edificio:

Hemos de distinguir:

a) *Hipoteca del edificio terminado.*

No plantea problemas, pues el promotor o constructor únicamente pueden hipotecar el edificio terminado una vez que se ha incorporado a su patrimonio, y sólo se incorpora a su patrimonio si está concluido conforme a licencia no caducada y a la ordenación urbanística (art. 37.1 T.R.). Sólo en este momento ostenta el promotor o constructor la propiedad del edificio, y sólo entonces puede inscribirlo (como requisito previo y necesario, por exigencias del tracto sucesivo, para la constitución de la hipoteca) en virtud de escritura pública de declaración de obra nueva terminada, que se autorizará por el Notario y se inscribirá, en su caso, una vez acreditado el otorgamiento de la preceptiva licencia de edificación y la expedición por técnico competente de la certificación de la finalización de la obra conforme al proyecto aprobado (art. 37.2 T.R.).

Una vez incorporada la edificación al patrimonio del promotor o constructor, se valorará a efectos de una posible expropiación (aunque ésta siempre ha de ser por un motivo distinto al incumplimiento de los deberes urbanísticos, como vimos), por su coste de reposición "corregido", valor al que ha de atender el Banco para la concesión del préstamo hipotecario.

Por lo tanto, el Banco ha de cerciorarse, primero, de la conclusión de la edificación en las condiciones comentadas, y, segundo, de su inscripción con los requisitos también men-

cionados, y, en base a ello, concederá el préstamo hipotecario en atención al coste de reposición de la edificación, corregido con los criterios que determina el art. 56.3 T.R.

b) *Hipoteca del edificio en construcción.*

Su posible hipotecabilidad viene reconocida en el art. 8.4 de la L.H.: "Se inscribirán como una sola finca los edificios en régimen de propiedad por pisos cuya construcción esté concluida o, por lo menos, comenzada". Al hablar de "edificios cuya construcción esté comenzada", no podemos incluir en dicha expresión a los edificios meramente proyectados, pues éstos no tienen efecto hipotecario alguno, sino que nos estamos refiriendo a edificios que estén al menos "cubiertos de aguas", como se reconoce doctrinalmente.

Para que tales edificios tengan acceso al Registro de la Propiedad, y como requisito previo y necesario para la posterior constitución de la posible hipoteca, se requiere escritura pública de declaración de obra nueva en construcción, y será autorizada notarialmente e inscrita, en su caso, una vez acreditado el otorgamiento de la preceptiva licencia de edificación y la expedición por técnico competente de la certificación acreditativa de que la descripción de la obra nueva se ajusta al proyecto para el que se obtuvo la licencia. El promotor o constructor deberá luego hacer constar la terminación de la obra mediante acta notarial, en la que se incorpore la certificación de finalización de dicha obra (art. 37.2 T.R.). Se ha suprimido, pues, en el T.R., la exigencia anterior de un plazo de tres meses para hacer constar esa terminación, plazo que no tenía mucho sentido puesto que no iba acompañado de sanción en caso de incumplimiento. Al suprimirse ese plazo, es razonable pensar que habrá de otorgarse el acta notarial de terminación dentro del plazo para finalizar la obra, pues ella será el justificante documental de que se ha construido dentro del plazo indicado en la licencia.

En caso de expropiación o venta forzosa por incumplimiento de deberes urbanísticos, se valorará simplemente, como vimos, por su coste de ejecución, valor éste que ha de tener en cuenta el Banco a la hora de conceder el préstamo hipotecario, así como también ha de cerciorarse de la inscripción de la obra nueva en construcción con los requisitos que hemos señalado.

Advertir, no obstante, que aun recayendo la hipoteca sobre el terreno, es conveniente que el Banco (y a pesar del tenor del art. 110.1 L.H. de que la hipoteca no se extiende naturalmente a la "nueva construcción de edificios donde antes no los hubiera") extienda la hipoteca, mediante pacto, como está admitido doctrinalmente, a dicho edificio en construcción en las condiciones estudiadas, pues en estos casos el importe a percibir en caso de expropiación o venta forzosa (50 por 100 del aprovechamiento del terreno), se vería incrementado con el coste de ejecución del edificio.

2. Si la hipoteca se constituye sobre el terreno.

Hipotecar simplemente el terreno tiene el inconveniente, ya comentado, de que con la nueva regulación, y debido a la infravaloración de dicho terreno en caso de expropiación o venta forzosa por incumplimiento de alguno de los deberes legales, se va a dificultar al promotor o constructor el obtener la financiación necesaria para finalizar el proceso urbanizador y edificador.

En este supuesto, el Banco ha de tener siempre presente que ante una posible expropiación o venta forzosa por incumplimiento de algún plazo o deber urbanístico por parte del promotor o constructor, el valor del terreno, a diferencia de otros supuestos expropiatorios, queda reducido, como hemos recalcado, al 50 por 100 de su aprovechamiento urbanístico, siendo pues, la mitad del valor que correspondería al promotor o constructor en una expropiación ordinaria.

Por lo tanto, el Banco, a la hora de estudiar la conce-

sión de un préstamo hipotecario a un promotor o constructor, no ha de atender ahora al valor del terreno, como ocurriría en una expropiación normal o en el caso de que el propietario hubiese adquirido el derecho a la edificación, sino que ha de atender al 50 por 100 de dicho valor, pues sólo así quedará a salvo de las posibles incidencias que puedan ocurrir en el proceso urbanizador y edificador, en concreto, de la amenaza, durante la totalidad de ese proceso, de la expropiación o venta forzosa por el incumplimiento por parte del prestatario de alguno de los deberes que le incumben. En consecuencia, el préstamo debería reducirse también a la mitad respecto de la legislación anterior, pues a la mitad se reduce el posible valor del objeto hipotecado (siempre y cuando el terreno sea el único objeto hipotecado).

3. Si la hipoteca se constituye sobre el terreno y sobre el edificio.

Vimos que la hipoteca sobre el terreno se podía extender, mediante pacto, al edificio. Si quedan ambos hipotecados en garantía del préstamo que el Banco concede, el valor al que el Banco prestamista ha de atender será, a tenor de lo visto, la suma de la mitad del aprovechamiento del terreno y el coste de ejecución de la edificación.

No obstante, hemos de decir que tras la nueva regulación, la Entidad Bancaria que conceda un préstamo a un constructor o promotor, se va a ver necesariamente integrada en el proceso urbanizador y edificador, pues del normal o anormal desenvolvimiento del mismo dependerá que el valor del terreno sobre el que ha de hacer efectiva la hipoteca ascienda al 100 por 100 o quede reducido al 50 por 100; y que el valor de la edificación se eleve hasta el coste corregido de su reposición, o quede limitado, por contra, al coste de su ejecución.

Así pues, y como consecuencia de lo expuesto, **el Banco,**

a la hora de conceder un préstamo hipotecario a constructores o promotores, tendrá presente:

1. Una **mayor ponderación del riesgo** que anteriormente, vinculando el préstamo no al valor total de lo hipotecado, sino al 50 por 100 del aprovechamiento del terreno y al coste de ejecución de la edificación, pues así quedará siempre a cubierto su derecho, aun en el peor de los casos, o sea, en caso de expropiación o venta forzosa por incumplimiento de los deberes urbanísticos, sin tener que depender su garantía del normal o anormal desenvolvimiento del proceso urbanizador y edificador: el otorgamiento o no de la licencia o la posible caducidad de la misma, el cumplimiento o no de los plazos, conformidad o no con el proyecto aprobado...; sin perjuicio de atender a tales requisitos ya que su cumplimiento, aun adoptando las garantías precisas, siempre es positivo para el Banco, pues se duplicaría, caso de cumplirse, el valor sobre el que hacer efectiva la hipoteca.

Caso de no atender el Banco, a la hora de conceder el préstamo, al 50 por 100 del aprovechamiento del terreno y al coste de ejecución de la edificación, sino al 100 por 100 del valor del primero y al coste de resposición de la segunda, el riesgo de no ver satisfecho su derecho se incrementaría enormemente, convirtiéndose en parte activa del proceso, teniendo que velar en cada momento por el cumplimiento de los deberes urbanísticos, y sin ninguna garantía de que no se produzca un posible incumplimiento que dé lugar a la expropiación o venta forzosa y, por consiguiente, a la reducción del valor de su garantía patrimonial, con grave perjuicio para él.

2. Como garantía adicional, y a pesar de reducir incluso a la mitad el importe del préstamo concedido por el Banco, respecto a una situación normal, como medida preventiva y en atención a los nuevos criterios valorativos estudiados y los riesgos derivados del posible incumplimiento de los deberes urbanísticos, además, puede estipularse que, sin perjuicio de que se concierte el préstamo por una cantidad máxima, las

entregas de fondos sean **parciales y sucesivas en función de la obra ejecutada**.

3. También podría el Banco **hipotecar** en garantía del posible préstamo a conceder, no sólo el terreno y/o la edificación, sino **adicionalmente otros bienes del promotor o constructor** (o de un tercero hipotecante), quedando todos hipotecados en garantía del valor del terreno y/o de la edificación, pues esto le evitaría al Banco tener que estar al 50 por 100 del valor del terreno y/o al coste de ejecución de la edificación, así como tener que velar por el normal cumplimiento del proceso urbanizador y edificador, **pues la garantía hipotecaria sería muy superior** en este caso **al importe del préstamo concedido**.

4. También como garantías adicionales podrían adoptarse las que derivan de la **aplicación analógica de la Ley 57/1968, de 27 de julio**, que regula la percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, y a la que se remite, en materia de garantías, el art. 7 del R.D. 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento.

Aplicando analógicamente dicha Ley, y como garantías, no ya de los adquirentes de futuras viviendas que anticipan el dinero, sino del Banco, que es el que en nuestro supuesto de estudio realiza tal anticipación, podría exigirse a los promotores o constructores, a tenor del art. 1 de dicha Ley, las siguientes garantías adicionales a la hipoteca:

a) Garantizar la devolución de las cantidades entregadas, más un porcentaje de interés anual (que la Ley fija en el 6%), mediante **contrato de seguro** otorgado con Entidad Aseguradora autorizada e inscrita en el Registro pertinente, o por **aval solidario** prestado por Entidad Bancaria o Caja de Ahorros, igualmente inscrita en el Registro correspondiente, para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin, por cualquier causa, en el plazo convenido.

b) Percibir las cantidades anticipadas por el Banco a través de una Entidad Bancaria o Caja de Ahorros, en las que habrán de depositarse en **cuenta especial**, con separación de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor o constructor, y de las que únicamente podrá disponer para las atenciones derivadas del proceso de urbanización y edificación. Para la apertura de estas cuentas o depósitos, la Entidad Bancaria o Caja de Ahorros, bajo su responsabilidad, exigirá la garantía a que se refiere la letra a).

Además, la Ley de 27 de julio de 1968 desarrolla esta materia disponiendo en su art. 3: "Expirado el plazo de iniciación de las obras o de entrega de la vivienda (iniciación o terminación de la edificación en nuestro caso) sin que una u otra hubiesen tenido lugar, el cesionario (el Banco) podrá optar entre la rescisión del contrato con devolución de las cantidades entregadas a cuenta, incrementadas con el 6 por 100 (o interés pactado) de interés anual, o conceder al cedente (promotor o constructor) prórroga, que se hará constar en una cláusula adicional del contrato otorgado, especificando el nuevo período con la fecha de terminación de la construcción (y entrega de la vivienda).

El contrato de seguro o el aval unido al documento fehaciente en que se acredite la no iniciación de las obras o entrega de la vivienda (iniciación o terminación de la obra en nuestro caso), tendrá carácter ejecutivo a los efectos prevenidos en el Título XV del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para exigir al acreedor o avalista la entrega de las cantidades a que el cesionario (Banco) tuviera derecho, de acuerdo con lo establecido en esta Ley.

Lo dispuesto en los dos párrafos anteriores se entiende sin perjuicio de los demás derechos que puedan corresponder al cesionario (Banco) con arreglo a la legislación vigente".

Por su parte, el art. 6 de la citada Ley sanciona la no devolución por el promotor (o constructor) al adquirente (Banco) de la totalidad de las cantidades anticipadas como

delito o de apropiación indebida o falta contra la propiedad (*según la cuantía*), *imponiéndose las penas de la estafa* en su grado máximo.

Terminamos el estudio de dicha Ley señalando que en su art. 7 dispone que los derechos reconocidos al cesionario tienen carácter irrenunciable.

Advertir finalmente, para concluir el análisis de este apartado y de este estudio, que **las garantías aludidas no se han de adoptar, *en ningún caso, si se trata de municipios* de menos de 25.000 habitantes,** pues en ellos, como vimos, no será aplicable la expropiación o venta forzosa por incumplimiento de los plazos para urbanizar o edificar, salvo que el Ayuntamiento, para la totalidad o parte del término municipal, acuerde su aplicación con carácter general. Así pues, en estos municipios, salvo acuerdo en contrario del Ayuntamiento, se aplicaría el régimen general de valoración y se podría tomar como valor de referencia, para la concesión del préstamo hipotecario, el valor total del terreno y el coste de reposición de la edificación.

TELEFAX Y TITULO, MODERNIZACION E ILEGALIDAD EN EL R.D. 2537, DE 29 DE DICIEMBRE DE 1994

ALFREDO GARCÍA-BERNARDO LANDETA
Notario

SUMARIO: I. La ilegalidad: Telefax y asiento de presentación. **A.** Aparición y expansión del telefax en el Libro Diario. **B.** El R.D. 1558 de 18 de diciembre de 1992 y la O. de 2 de agosto de 1993. **C.** El R.D. 2537, de 29 de diciembre de 1994. **D.** La seguridad jurídica fundamentada en la inseguridad. **E.** El artículo 1.225 del C.c. y el 1.º de la L. del N. Reconocimiento y fe pública extrajudicial. **a)** *En las Leyes.* **b)** *En los Reglamentos.* **F.** La recepción jurídica del telefax. **a)** *La legalidad del testimonio en relación de una escritura remitida por telefax.* **b)** *Juridicidad del asiento de presentación extendido en virtud del telefax del testimonio en relación de la escritura matriz.* **c)** *Fundamento de la recepción jurídica.* **d)** *Natu-*

raleza jurídica del asiento causado por telefax. **1.** *Conversión formal.* **2.** *Conditio iuris.* **II.** LA LEGALIDAD: SOLICITUD Y REMISIÓN POR TELEFAX DE LA INFORMACIÓN REGISTRAL. **A.** El deber de información del Notario. **a)** *Su dispensa.* **b)** *Otros supuestos.* **B.** La carga del Registrador. **C.** La diligencia del art. 249.4 del R.N.

I. La ilegalidad: Telefax y asiento de presentación

La insensibilidad jurídica de nuestro ya quinceañero Estado de Derecho es y ha sido siempre óptima. No voy a

entrar a examinar exhaustivamente la anarquía legislativa y reglamentaria de nuestro Estado de Bienestar, heredero por la llamada Transición del Estado Providencia, ambos sin Enciclopedia, sin Norte, sin Arquitectos.

El R.D. 2537/1974 de 29 de diciembre, publicado en el B.O.E. de 24 de enero de este año y complementado con su extraordinaria corrección de errores en el B.O.E. del siguiente 22 de febrero es una muestra repetida.

La mayor seguridad jurídica en el comercio inmobiliario puede alcanzarse y es deseable hacerlo, sin cuartear las Leyes del Notariado e Hipotecaria y vulnerar nuestro Primer Cuerpo Legal, el Código civil, como hace el Real Decreto citado y como hizo el que deroga, el 1558/1992 de 18 de diciembre, del que me he ocupado en un trabajo reciente (1).

El principio espiritualista de la libertad de contratación imperante en nuestro Derecho y que en 1348 consagró el

(1) "La degradación de la escritura pública en el R.D. 1558 de 18 de diciembre de 1992 y la O. de 2 de agosto de 1993". *Revista Jurídica del Notariado,* n.º 7, julio-septiembre de 1993, págs. 135 a 175.

Ordenamiento de Alcalá, es un principio que conlleva siempre un riesgo, en aras a la libertad civil, en su manifestación de la libertad de contratación, cuyo riesgo se ha tratado de corregir, con formalidades, con solemnidades, principalmente con el documento notarial y desde mediados del siglo pasado también con el Registro de la Propiedad. El riesgo es inherente al tráfico jurídico inmobiliario, no se puede conjurar, se puede aminorar; los procedimientos telemáticos pueden constituir una importante contribución a la disminución del riesgo, no suplantando a la autorización notarial, sino coadyuvando con ella, no causando un asiento, aunque sea provisionalmente, como si fuese un título, una copia de escritura, sino proyectando registral y provisionalmente la autorización de la escritura matriz por medio de telefax, no de la copia, que es la que ha de causar el asiento definitivo de presentación. Esto va ser el objeto de este trabajo, que exige, como previo a su exposición, el examen del deslegalizado R.D. y de su complemento corrector de errores.

A. *Aparición y expansión del telefax en el Libro Diario.*

La aparición del telefax en el Registro de la Propiedad es muy reciente, lo introduce el R.D. 430 de 30 de marzo de 1990, en cuyo preámbulo se lee: "... se aprovecha la ocasión para establecer un procedimiento de presentación de documentos en Registro distinto del competente. Se trata de una medida que asimismo responde a la modernización funcional y tecnológica de las oficinas registrales" lo que cristaliza reglamentariamente en los artículos 418-a, 418-b, 418-c y 418-d.

La medida estaba destinada a proteger el funcionamiento de las grandes notarías, que autorizan con frecuencia documentos referentes a inmuebles sitos lejos de la residencia del Notario. El mecanismo era el propio del traslado de comparecencias, que a su vez había imitado el exhorto judicial.

Mayor servicio prestó a esas notarías el R.D. 1558 de 18-XII-1992, al disponer en el párrafo último del art. 249 del R.N. complementado por 418-c del R.H. que el Notario autorizante de una escritura de transmisión o gravamen de bienes inmuebles sitos fuera de los límites de competencia territorial, pueda, a solicitud del interesado, enviar él mismo al Registro competente, sin la intervención del Registro de la Propiedad de su distrito, un telefax, el mismo día hábil o al siguiente, por si están muy agobiados, reproduciendo la copia autorizada o un escrito, con el contenido propio de un testimonio en relación, pero siempre escrito, no testimonio.

La razón de estas autorizaciones (tan extrañas a la competencia territorial propia de los Registradores, sin recargo mutualístico que las frene, porque sería una desviación, que había que después borrar sin exigir responsabilidades (2) porque atacaría la decorosa retribución del empresario y también el establecimiento libre, todo lo cual vería con malos ojos el Tribunal Constitucional), era tan evidentemente privilegiada y tan inicua para los Notarios que se preocupaban de lo que ocurría en su residencia, que el R.D. objeto de este trabajo, en sus arts. 249-2, del R.N. y 418 del R.H. la fulminó, poniendo el telefax a disposición de todas la escrituras susceptibles de ser inscritas y de todos los Notarios, lo mismo si tienen el Registro a 50 metros de su notaría que a 500 ó 1.000 kilómetros. Este profundo sentido de la equidad del R.D. vigente merece un encendido elogio jurídico.

(2) Cumpliendo así la "moraleja" tan avara en liberalidad y tan huera de liberalismo, que suena en el Foro, del "borrón y cuenta nueva", que quebranta el Derecho sin reintegrarlo.

B. El R.D. 1558 de 18 de diciembre de 1992 y la O., de 2 de agosto de 1993, derogados.

Este R.D. en su art. 175-4 pretendía imponer la inscripción *cuasi* constitutiva en rigor constitutiva, contraviniendo el art. 609 y concordantes del C.c. 34, 33 y 32 de la L.H. en los términos que denunciamos en el trabajo citado (3) al disponer: "En todo caso, el Notario hará advertencia expresa en la parte expositiva de la escritura de que prevalece sobre la información a que se refiere el apartado 1, o sobre la manifestación a que se refiere el apartado anterior, la situación registral existente con anterioridad a la presentación en el Registro de la copia de la escritura autorizada", cuyos argumentos no vamos a reproducir, ya que el R.D. vigente 2537 de 29-XII-1994 no alude a esa ilegal advertencia escrituraria, que, por vía reglamentaria intentaba modificar nuestro ordenamiento jurídico privado en orden al comercio inmobiliario, convirtiendo la escritura en una minuta de la inscripción, disolviendo la escritura en la inscripción y proclamando a ésta, a la inscripción, la expresión formal del único título válido y eficaz del tráfico jurídico inmobiliario.

Contra este despropósito de servirse del Reglamento Notarial para degradar la escritura pública y potenciar la inscripción, arremetimos en el trabajo citado y hoy no queda huella alguna en la reforma.

C. El R.D. 2537, de 29 de diciembre de 1994.

La anarquía jurídica impera como en el anterior, el que deroga y, además, con alguna nueva ilegalidad como la violación del art. 2 de la Ley del Notariado por la extraña vía de la corrección de errores.

Este R.D en principio aparentaba imponer el asiento de presentaciones obligatorio para todas las escrituras suscepti-

(3) Págs. 140 y ss. y especialmente 170 y ss.

bles de ser inscritas, lo que supondría un importante avance por la conquista de la inscripción obligatoria (4) o, al menos, la imposición por vía oblicua y de Real Decreto de la misma. El asiento de presentación obligatorio, sería una obligación que sólo la Ley puede imponer, nunca un Reglamento, como certeramente exige el art. 1.090 del C.c. y el causado por un telefax, un telefax como título, ni la propia Ley puede hacerlo, ello sería tanto como hacer milagrosa la Ley.

El apoyo de la tesis del asiento de presentación obligatorio reside en la letra del art. 249-2 del R.D. que dice así: "el notario *remitirá*".

No es claro que el asiento de presentación obligatorio pretendiese imponerlo ilegalmente el R.D. en su art. 249-2:

1.° Porque el tiempo futuro es el único que puede emplearse, no el presente ni el pasado, así lo hacen por esta misma razón, respecto de la inscripción, los arts 2.°, 4.°, 7.°, etc., de la L.H. y 7, 8, 10, etc., del R.H. y nadie defiende la inscripción obligatoria como imperativo legal.

2.° Porque la interpretación gramatical no agota la interpretación jurídica, sólo la inicia y la acaba cuando la claridad de sus palabras es evidente (art. 1.281 del C.c.) fuera de estos casos, además de la literal hay que acudir a la lógica, la historia y la sistemática para fijar el sentido jurídico del texto y la doctrina hipotecarista siempre ha considerado voluntaria la inscripción (5).

3.° Porque en Derecho, un Reglamento no puede imponer una obligación legal (art. 1.090 del C.c.), una inscripción obligatoria.

---

(4) Para la doctrina española la inscripción es voluntaria. ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario,* 6.ª edición, Barcelona, Bosch, Tomo I, 1968, págs. 276 y ss. LACRUZ BERDEJO: *Lecciones de derecho inmobiliario registral,* 2.ª edición, Zaragoza 1957, págs. 155 y ss. JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA: *Derecho inmobiliario registral o hipotecario,* Madrid, Civitas, Tomo I, 1988, pág. 566, entre otros; si bien recientemente MEZQUITA GARCÍA-GRANERO en el número de diciembre de 1994, págs. 79 y ss., en la Notaría, insinúa, apoyándose en argumentos literales o gramaticales la inscripción obligatoria, pero estos argumentos no agotan la interpretación jurídica, la inician.

(5) Ver la nota anterior.

El incumplimiento de este precepto sería fuente de dos tipos de responsabilidades para el Notario, responsabilidades derivadas de no haber cubierto ese riesgo o de haberlo cubierto contra la voluntad del adquirente, que no quiera inscribir o que no quiera hacerlo por telefax, sino posteriormente con la copia autorizada.

Si el precepto hubiese dicho: El Notario podrá remitir a rogación, a petición, a solicitud, a instancia del adquirente o del transmitente o de los otorgantes o de cualquiera de ellos no se plantearía ninguna cuestión; mas como la redacción primitiva omitía el carácter rogado de la actuación notarial e imponía ésta con carácter imperativo, según algunos (no para el futuro, según creo yo), se acudió a una abusiva corrección de errores publicada en el B.O.E., n.º 45, pág. 5075, en estos términos, donde dice: "2 El Notario remitirá ..." debe decir "2 El Notario, por su propia voluntad o necesariamente cuando así lo solicite el interesado, remitirá..."

Con esta corrección añadía la infracción de un artículo más a la ilegalidad del R.D.

¿Desde cuándo juega la voluntad del Notario en la autorización de los negocios jurídicos, o de los actos jurídicos no negociales? La actuación del Notario es siempre rogada, conforme al art. 2.º de la L. del N.: "El Notario que, requerido para dar fe de cualquier acto público o particular extrajudicial, negase sin justa causa la intervención de su oficio, incurrirá en la responsabilidad a que hubiese lugar con arreglo a las leyes". Y así lo entendió y ejecutó el art. 3.º, párrafo 1.º, del R.N.: "El Notariado, como órgano de jurisdicción voluntaria, no podrá actuar nunca sin previa rogación de sujeto interesado, excepto en los casos especiales legalmente fijados." (6). El inciso primero añadido en la

(6) La excepción contemplada en este artículo "... casos especiales legalmente fijados". Prácticamente no existe, pues no pueden considerarse tales, la remisión de los índices impuesta en los arts. 33 y 34 de la Ley del Notariado, porque es un deber corporativo y efecto de las previas rogaciones de los instrumentos que autorizó en el

corrección de errores choca frontalmente con la Ley del Notariado, con la esencia misma de la función notarial, que nunca es contenciosa sino propia de la jurisdicción voluntaria, que se desarrolla al margen de los Juzgados y Tribunales, extrajudicialmente y contradice el art. 3.° del R.N., no sólo porque se establece ilegalmente, por Real Decreto, sino también porque sería absurdo que el Notario solicitase un asiento de presentación contra la voluntad del interesado.

La solicitud del asiento de presentación es un acto jurídico no negocial para el que está legitimado "el interesado" que normalmente será el adquirente del derecho; también puede estarlo y lo está el transferente o el constituyente del derecho, el garante, etc. El adquirente siempre está legitimado, el transmitente, el constituyente o el garante del derecho sólo están legitimados, si el adquirente no se opone.

En las escrituras y como requerimiento, después de las estipulaciones o disposiciones hago constar: El adquirente me requiere a mí, el Notario, para que remita por telefax al Registro de la Propiedad competente, testimonio en relación de esta escritura en los términos previstos en el art. 249-2 del R.D. 2537/1994 de 29 de diciembre (7), advirtiendo de la legalidad de este R.D., y también de la obligación de presentar la copia autorizada en los días hábiles siguientes.

Si se me pidiese que no remita dicho telefax, así lo haré constar en la escritura.

De Oficio, "por su propia voluntad", el Notario no puede actuar, no puede realizar este acto jurídico no negocial, solicitando el asiento de presentación por telefax, pues esta carga no puede asumirla el Notario, no digo legalmente, lo

---

mes precedente, ni las actas de subsanación autorizadas a instancia del Notario autorizante, reguladas en el art. 3.° de la Ley de 1.° de abril de 1939, porque son consecuencia de una previa rogación y tampoco las referidas en el art. 61 del R.N. que son un exceso reglamentario sin apoyo legal.

(7) De la legalidad de este R.D. me ocupo más adelante, pues es la razón primordial de este artículo.

que es evidente, pues no viene impuesta por Ley y tampoco reglamentariamente por lo que hemos dicho.

D. La seguridad jurídica fundamentada en la inseguridad.

Fundar en el R.D. 2537 de 29 de diciembre de 1994, una mayor seguridad del tráfico jurídico inmobiliario, fundado en la ilegalidad la eliminación de riesgos en el comercio inmobiliario, es como cimentar en el aire o en alta mar o construir la casa principiando por el tejado.

El telefax como medio instantáneo de poner el Registro en la notaría exige un tratamiento más alto del que puede darle el poder Ejecutivo, quien puede desarrollarlo, reglamentarlo, pero no establecerlo. Estamos en un Estado de Derecho y los ademanes dictatoriales son gestos inadmisibles, incompatibles con el Estado de Derecho.

El R.D. derogado infringía un artículo menos que el vigente de la vieja L. del N., vieja, pero no anacrónica, los mismos del C.c. y cuartea la L.H.

Aquel R.D. trató de implantar por vía oblicua reglamentaria, del R.N., la conciencia de la inscripción cuasiconstitutiva o constitutiva y éste pretendió un avance hacia la inscripción obligatoria por el camino del asiento de presentación, en ambos casos por medio de una disposición a cuyo rango no corresponde la tentativa.

Pretender por vía reglamentaria que el telefax cause, aunque sea con una provisionalidad mucho más corta, un asiento de presentación, es un ataque muy peligroso al principio de legalidad, al infringir los artículos 3, 17, 24, 25, 248, 249, 253 y 255 de la L.H. Si se recibe en el Registro un telefax conteniendo un testimonio en relación de la venta de un inmueble y simultánea o posteriormente, pero antes de la caducidad del asiento causado por el telefax y de la presentación de la copia autorizada de la escritura a cuya matriz se refiere el telefax, se presenta una copia autorizada de otra venta del mismo inmueble incompatible, reglamenta-

riamente prevalecerá el asiento de presentación, si se confirma con la copia autorizada el asiento de presentación causado por el telefax; mas legalmente el telefax no es un título que pueda causar un asiento de presentación y la sentencia debería consagrar como eficaz el asiento de presentación causado por la copia autorizada, porque el telefax no es el título definido en el art. 3.º de la L.H. "escritura pública, ejecutoria o documento auténtico expedido por autoridad judicial o por el Gobierno o sus Agentes, en la forma que prescriban los reglamentos", a los que se refiere el articulado de la L.H. con carácter general para todos los asientos y concretamente, en cuanto a los títulos que causan el asiento de presentación, en los artículos 17 párrafo último, 25, 248, 249 párrafo 1.º y números 3.º, 4.º y 5.º, 253, y los tres primeros párrafos del art. 255. Pretender, sin una previa reforma de la L.H., por una simple modificación del R.H., que el telefax, aunque sea provisionalmente, sea título de un asiento de presentación, no es jurídico, es ilegal.

El telefax como documento que sirva de título para causar un asiento de presentación, prescindiendo de los requisitos de la autorización notarial, contraria abiertamente, no sólo a los arts. 17 y 19 de la L. del N., que centran la esencia gráfica de la autorización en el signo, firma y rúbrica del Notario como expresión de su autenticidad, sino también el art. 1.216 del C.c. que dice: "son documentos públicos, los autorizados por un Notario con las solemnidades requeridas por la Ley" y el 1.217: "Los documentos en que intervenga Notario público, se regirán por la legislación notarial", o sea, la autorización será la regulada en los arts. 17 y 19 antes citados y muy particularmente el sabio y cada día más conculcado art. 1.225, ya que el telefax es un papel que no encaja en ninguno de los supuestos de hecho de los arts. 1.225 a 1.230, ni en el 1.228 que así los nombra y no tiene ningún valor jurídico a menos que se admita *a posteriori* una convalidación, confirmación o conversión formal del asiento de presentación, como luego expondré.

E. El art. 1.225 del C.c. y el 1.º de la L. del N.: Reconocimiento y fe pública extrajudicial.

Vamos a examinar concisamente las violaciones legales y reglamentarias del art. 1.225, un precepto de profundo sentido jurídico y que encierra una perfecta traducción normativa de los requisitos que definen la autenticidad de la documentación de los actos jurídicos, fundamentalmente de su vinculación entre las partes y de su afección a los terceros y simultáneamente las usurpaciones de la fe pública extrajudicial en que se asiente el reconocimiento.

La vulneración del art. 1.225 en la Ley se hace atribuyendo a las leyes y reglamentos formas de reconocimiento que chocan abiertamente con el art. 1.225, confiriendo competencias de fe pública extrajudicial, contra el art. 1.º de la L. del N. a funcionarios que no la tienen, cuya misión en la sociedad no es documentar; competencias que se atribuyen bien directamente o bien indirectamente, incluyendo un incompetente reconocimiento entre los requisitos para que el documento pueda acceder a un Registro de la Propiedad o Mercantil y también las Leyes preparando el atropello reglamentario con frases anfibológicas, "escrito en forma legal", "acuerdo", etc., y simultáneamente vamos a aludir a los recortes de la fe pública, que privan a los Notarios arbitrariamente de la legalización de los Libros de los Comerciantes (8), de los de las Juntas de Propietarios en la Propiedad Horizontal (9) y de las cooperativas (10).

(8) El art. 36 del C. de C. modificado por la Ley 26 de 30-6-1982, priva a los Notarios de la legalización de los libros de contabilidad de los Comerciantes contra el art. 1.º de la L. del N. pues el acto es de fe pública extrajudicial.

(9) Art. 17 de la Ley 49 de P.H. de 21-7-60 modificado: "Los acuerdos de la Junta de Propietarios se reflejarán en un libro de actas diligenciado por el Registrador de la Propiedad en la forma que reglamentariamente se disponga". (Disposición Adicional 2.ª de la Ley 10 de 30-4-1992).

(10) La Disposición Adicional 3.ª de la citada Ley 10/92 modifica el apartado 3 del art. 90 de la Ley de Cooperativas 3 de 2-IV-1987 disponiendo: "que todos los libros sociales serán legalizados por el Registrador Mercantil del domicilio de la cooperativa en los términos prevenidos por el Reglamento del Registro Mercantil".

Ley de Arrendamientos Urbanos:

La Disposición Adicional 2.ª de dicha Ley vigente, o sea, la Ley 29 de 24-XI-1994 dispone: "En el plazo de nueve meses desde la entrada en vigor de esta Ley *se establecerán reglamentariamente los requisitos* de acceso de los contratos de arrendamientos urbanos al Registro de la Propiedad".

Ley Hipotecaria:

El art. 59, anotación preventiva de créditos refaccionarios: "presentando el contrato por *escrito que en cualquier forma legal* haya celebrado con el deudor."

El art. 103, que prevé la cancelación de "una anotación preventiva en virtud de documento privado, cuyas firmas no se hallen legitimadas, la cancelación expresará *la fe de conocimiento por el Registrador* de los que suscriban...". Esta anotación preventiva únicamente puede ser la del art. 59, pero la práctica es más generosa.

Art. 217. Rectificación de los errores de concepto por "acuerdo de todos los interesados y el Registrador".

En el Código de Comercio:

El art. 18-1 redactado por la Ley de 19 de julio de 1989 dice: "La inscripción en el Registro Mercantil se practicará en virtud de documento público. Sólo podrá practicarse en virtud de *documento privado* en los casos expresamente prevenidos en las Leyes y en el Reglamento del Registro Mercantil".

¿Puede una Ley carecer de sentido jurídico? Las disposiciones antes reseñadas constituyen una evidencia.

¿Cómo puede conculcarse un precepto tan esencialmente jurídico como el art. 1.225 del C.c.? El art. 1.225 es la expresión normativa de la defensa, de la seguridad, de la libertad contractual de la persona. La existencia de un documento privado para la sociedad, para quienes no son sus partes, la fija el art. 1.227 del C.c.; pero este artículo nada dice de la identificación de los que lo suscriben, de su ca-

pacidad, de su legitimación, de sus consentimientos, de sus pactos, de sus disposiciones, etc., y estas autenticidades se alcanzan con el reconocimiento legal, que una vez realizado, queda equiparado el documento privado a la escritura pública, "tendrá el mismo valor que la escritura pública entre los que lo hubiesen suscrito y sus causahabientes" (art. 1.225). Respecto de terceros hay que estar a lo dispuesto en el art. 1.227, en virtud del cual el documento privado ya podía tener fecha fehaciente y, si no la tuviese, la adquirirá con el reconocimiento legal, ya que se entregará "a un funcionario público por razón de su oficio" como son el Juez y el Notario. El reconocimiento legal ante el Notario es una escritura de reconocimiento de las del art. 1.224 del C.c., un acto jurídico no negocial, no hay autorregulación de intereses, éstos se regularon en el documento privado y si se cambian, si se alteran, en cuanto a ello habrá novación, negocio jurídico. La forma de este reconocimiento es la de elevación a escritura pública del documento privado, contemplada en el art. 1.279 del C.c.

El reconocimiento ante el Juez se regula en la Ley de Enjuiciamiento Civil y es más imperfecto que el hecho ante Notario, no sólo por la función de éste, órgano documentador, lo que toma como modelo el art. 1.225 al equiparar el reconocimiento legal a la escritura pública, sino porque el Juez funda el reconocimiento en la firma (art. 606 y concordantes de la L.E.C. y 1.226 del C.c.) por la que identifica a la parte en el acto y suscriptor en el documento; ahora bien, si está ausente, no podrá comprobar su capacidad, si el consentimiento fue libre, etc. Así se desprende de los arts. 1.226 del C.c. y 606 y concordantes de la L.E.C. que regulan un reconocimiento de calidades inferiores al regulado en el art. 1.279 y concordantes del C.c. y de la Ley y Reglamento Notariales.

Los demás funcionarios no son competentes para autorizar el reconocimiento legal de los documentos privados, aunque, explícita o implícitamente y contra naturaleza, puedan

atribuirle esa competencia a los Registradores, los artículos antes citados de la L.A.U., de la L.H. y del C. de C.

Este mismo Código, estas mismas Leyes y otras, tampoco pueden atribuir a los Registradores ni a otros funcionarios, la legitimación de firmas, legalización de Libros, testimonios de documentos, salvo los que están en los archivos que custodian, sin chocar con el art. 1.º de la L. del N.

La función de los Registradores, muy noble, muy importante y en alza evidente, pero estatal y socialmente la legitimación de firmas, ni es propia de ellos, ni la necesitan para el desempeño de su oficio.

Si esa no es la función de los Registradores y la Ley sin desnaturalizarla no puede conferírsela, mucho menos puede delegar en los Reglamentos y éstos atribuírsela con o sin delegación.

Pero el Reglamento Hipotecario y el del Registro Mercantil están plagados de estas intromisiones, de estas ilegalidades, de estas desnaturalizaciones, atribuyendo fe pública extrajudicial a los Registradores, tanto en el reconocimiento de documentos privados como en la identificación de firmas, legalizaciones de libros, etc. Veamos un muestreo, pues tenemos abierta la vía reglamentaria para nuevas ilegalidades en materia de arrendamientos urbanos.

Reglamento Hipotecario: Inscripciones.

El art. 15 a propósito de la inscripción del derecho de retorno exige la solicitud, el "contrato de inquilinato o arriendo y el título contractual, judicial o administrativo del que resulte el derecho de retorno".

Art. 74. "La inscripción de las redenciones de foros ... se verificará en virtud de convenios otorgados entre los perceptores y los pagadores...".

El art. 82. La inscripción de bienes a favor de "heredero único", no habiendo "persona autorizada", "para adjudicar la herencia", en virtud de instancia o solicitud privada. Está corroborado por la Disposición transitoria 1.ª

El art. 83. prevé que la escritura pública no sea necesaria. Este art. contrariando el 885 del C.c. admite la inscripción a favor del "legatario de inmuebles determinados" a solicitud de éste.

Art. 216. La distribución de la responsabilidad hipotecaria. "En solicitud dirigida al Registrador, firmada o ratificada ante él".

Anotaciones preventivas.

Art. 146. Anotaciones del derecho hereditario en virtud de solicitud.

Art. 147. Anotación de los legados por solicitud ratificada ante Registrador.

Art. 155. De créditos refaccionarios "en virtud de contrato privado" reconocido por todos los interesados ante el Registrador.

166-6.ª En la que se hará constar, en la de legado, entre otras circunstancias, en su caso, la de practicarse el asiento "por acuerdo entre el legatario y el heredero".

166-7. En la anotación de crédito refaccionario sobre finca sin carga alguna, se expresará, entre otras circunstancias "el contrato celebrado con este fin y sus condiciones".

166-11. En las anotaciones preventivas constará, en su caso, "si el documento fuese privado" la legitimación de las firmas por el Registrador.

Cancelaciones.

190. Las cancelaciones por confusión a solicitud del interesado (sin exigir legitimación notarial de firmas).

193. En las circunstancias de las cancelaciones, si se hacen "por solicitud, la circunstancia de haberse ratificado los interesados ante el Registrador y fe de conocimiento de éstos o de estar legitimadas las firmas".

207. La cancelación practicada a solicitud de los interesados en los casos de caducidad y "ratificada ante el Registrador".

208. Cancelación de "anotación preventiva constituida mediante solicitud dirigida al Registrador por los interesados, bastará que éstos le presenten otra consignando en ella la renuncia y pidiendo la cancelación". Si las firmas no están legitimadas, "dispondrá el Registrador que el renunciante se ratifique en su presencia y se asegurará de la identidad de la persona y de su capacidad y poder dispositivo para ejercitar el derecho de que se trate".

209-2. Cancelación de la anotación preventiva del derecho hereditario con prohibición de indivisión, que puede hacerse antes de transcurrir el plazo "cuando se halla solicitado expresamente por los interesados".

238 y 239. "La cancelación de las hipotecas en garantía de obligaciones condicionales o futuras, se puede hacer también por solicitud firmada por ambas partes, ratificada ante el Registrador o cuyas firmas estén legitimadas...".

Inmatriculaciones:

Art. 298. Este artículo merece un comentario, su número 2.º contiene una doctrina sana a pesar de llamar ratificación al reconocimiento (11) y conviene contraponerlo a otros números del mismo artículo, pues ejecuta rectamente el art. 205 de la L.H., que es acorde con nuestro ordenamiento jurídico, pues exige que se acredite "de modo fehaciente haber adquirido el derecho con anterioridad a la fecha de dichos títulos..." y respecto de las escrituras de reconocimiento o elevación a público de documentos privados (12), siempre *que éstos tengan fecha fehaciente* respecto de terceros, también anterior en más de un año en la que se solicite la inscripción. La fecha fehaciente de los documentos privados la regula el art. 1.227 del C.c., como dijimos, pero la fecha fehaciente en este caso complementa un

(11) Error en que incurren múltiples artículos del R.H. como puede leerse en los que hemos transcrito y también el 20, párrafo penúltimo -1.º- de la L.H.

(12) El art. 298-2.º habla impropiamente como dije, de "escrituras públicas de ratificación de documentos privados, ...".

documento fehaciente, el documento privado elevado a escritura pública.

Los números 3.º, 4.º y 5.ºC, infringen el art. 3.º y el 205 de la L.H., y el 1.225 del C.c. al equiparar expresamente fecha fehaciente y documento fehaciente, recogiendo lo dispuesto en el párrafo 7.º en estos términos inaceptables jurídicamente: "... la frase documentos fehacientes, comprende no sólo los incluidos en el art. 3.º de la Ley, sino los que, según el art. 1.227 del C.c. hagan prueba contra tercero en cuanto a su fecha". Se equipara documento privado de fecha fehaciente a documento fehaciente, lo que nos ha dejado siempre perplejos.

El art. 301 referente a la inmatriculación de concesiones se remite al 298.

Rectificación de errores.

El art. 326 regula la rectificación de error de concepto referida en el art. 217 dc la L.H. por "acta que extenderá" el Registrador firmándola con los interesados "si unánimemente conviniesen en la rectificación".

El art. 329, que se remite al acta regulada en el art. 326.

Asientos de presentación.

El art. 418-4. Se refiere a los telefax referidos en el art. 249-2 del R.N.

El art. 420. Que admite la extensión del asiento de presentación en virtud de documentos privados en los supuestos que las disposiciones legales le atribuyan eficacia registral.

Reglamento del Registro Mercantil.

El art. 5-2 insiste en la idea del art. 18 del C. de c. de que el documento privado pueda inscribirse "en los casos expresamente prevenidos en las Leyes y en este Reglamento". Mientras el documento privado no sea reconocido legalmente, por elevación en escritura pública autorizada por Notario o ante Juez en la forma regulada en los arts. 606

y concordantes de la L.E.C., no tiene valor jurídico, aunque tenga la fecha fehaciente por encontrarse en alguno de los supuestos del art. 1.227 del C.c. Ambos preceptos 18 del C. de c. y 5-2 del R.R.M. carecen de sentido jurídico, ...

El art. 18 dice: en el cambio de domicilio del empresario individual la inscripción "se practicará en virtud de solicitud escrita".

Art. 27. El libro fichero de legalizaciones es consecuencia de una atribución a los Registradores mercantiles de la fe pública, de la que se privó a los notarios ilegalmente.

Art. 64-2. La subsanación de las faltas "a instancia del interesado con la firma puesta en presencia del Registrador ... siempre que no fuese necesario documento público...".

Art. 93. La inscripción primera del empresario individual y la apertura y cierre de las sucursales mediante "declaración dirigida al registrador, cuya firma se extienda o ratifique ante él".

Art. 95-2, 3 y 4 se refieren a supuestos que no exigen en principio la escritura pública remitiéndose el 2 a otros arts. del R.

Art. 106. Legalización de los libros de actas de cada órgano de las sociedades por el Registrador Mercantil.

Art. 206-4. "Caso de muerte de un socio colectivo, la inscripción se practicará en virtud de instancia...".

Art. 239. Anotación preventiva de propuesta de suscripción de acuerdos por certificación de la comisión de control.

Art. 297. Encomienda a los Registradores de la Propiedad, mediante diligencia y sello, la legalización de los libros de los empresarios.

Art. 302. Nombramiento de expertos independientes por el Registrador en virtud de instancia firmada.

Art. 308. Notificación al experto por "cualquier medio que permita dejar constancia de la fecha en que recibe la notificación". La aceptación por comparecencia ante el Registrador.

Art. 315. Nombramiento de Auditores, se hará mediante instancia por triplicado.

Art. 318. La fecha de la recepción por la sociedad del nombramiento a efectos de oponerse se computa con el mismo criterio que el del art. 308. La solicitud para el nombramiento de Auditores con otras funciones previsto en los arts. 323 y 327 sigue el criterio del 315, y en cuanto a su respectiva aceptación contemplada en los arts. 322 y 327 también siguen el criterio, por silencio, del 308.

En todos estos supuestos la legitimación de firmas, la elevación a escritura pública del documento privado o la escritura de reconocimiento del acuerdo o pacto verbal, son competencia del Notario, es una cuestión de fuero, no de huevo, que los Registradores conscientes de su importante función no deben ejercitar ni reivindicar absurdamente. En la sociedad no están arraigados por estas intromisiones.

F. La recepción jurídica del telefax.

El telefax de un testimonio en relación de la escritura matriz remitido el mismo día de la autorización y en virtud del cual se extienda en el Libro Diario el asiento de presentación, implica una importante eliminación de riesgos en el comercio jurídico inmobiliario, una mayor seguridad en el tráfico jurídico, un progreso de la técnica que es necesario e importante incorporar a nuestro ordenamiento jurídico. La simultaneidad o más exactamente la sucesión inmediata de la modificación jurídico real inmobiliaria subjetiva contenida en la escritura matriz y su publicidad registral por medio del telefax es un avance, representativo en el campo del Derecho, de la época en que vive nuestra actual sociedad informatizada.

La recepción seria de este medio de eliminación de riesgos en el comercio jurídico inmobiliario autorizando el Notario la escritura en el Registro de la Propiedad, aunque se otorgue en la notaría, exige, en mi opinión, despejar, resol-

ver y fundamentar dos problemas: la legalidad y la juridicidad del asiento de presentación causado provisionalmente por el telefax del testimonio en relación de la escritura matriz.

a) *La legalidad del testimonio en relación de una escritura remitida por telefax.*

La jerarquía de las normas jurídicas es cosustancial al Estado de Derecho e impropia de las dictaduras con o sin partido único, sean unipersonales, oligárquicas o demagógicas, donde la circular, la orden y el Decreto se anteponen a la Ley.

No voy a volver a exponer las evidentes infracciones de la L.H., de la L. del N. y del C.c. en que incurre el R.D. 2537/94 de 29-XII, sino que partiendo de su ilegalidad, voy a exponer una fórmula, sin duda torpe, fácilmente superable, de cómo debe hacerse esta reforma y acoger este adelanto informático en la ciencia jurídica.

La reforma debió y debe hacerse por Ley o Decreto-Ley, modificando la L.H. en estos u otros parecidos términos:

Al art. 17 se le agregará un párrafo último: "El Registrador deberá extender el asiento de presentación solicitado por telefax del testimonio en relación de la escritura matriz, que se le remita el mismo día de su autorización, cuyo asiento caducará a los diez días hábiles; si dentro de ese plazo no se presenta copia autorizada de dicha escritura. Presentada dicha copia confirmando el telefax, se hará constar en el asiento por nota al margen, que surtirá efectos retroactivamente".

El párrafo 1.º del art. 249 se redactará así: "Los asientos del Diario se extenderán por el orden con que se presenten los títulos y se reciban los telefax, sin dejar claros ni huecos entre ellos, se numerarán correlativamente en el acto de extenderlos, y expresarán necesariamente: ...".

El art. 252 se redactará así: "Los asientos de presentación solicitados por telefax y recibidos fuera de las horas en

que deba estar abierto el Registro se asentarán en el Diario al día siguiente hábil inmediatamente después de su apertura y, si simultáneamente se presentase alguna copia autorizada u otro título, se antepondrá a los telefax remitidos fuera de hora".

Otorgada en la L.H. carta de naturaleza a la remisión por telefax del testimonio notarial de la escritura matriz conteniendo una modificación jurídico real inmobiliaria subjetiva, los preceptos reglamentarios que contradecían aquélla, pueden prevalecer con estas adaptaciones a la nueva legalidad.

El art. 175-4. "La información podrá ser solicitada sin expresión de plazo o para un día determinado, entre los cinco y los doce hábiles siguientes al de la petición".

Art. 249-2, párrafo 1.º, del R.N.: "El Notario remitirá el mismo día del otorgamiento, por telefax o por cualquier otro medio, al Registro de la Propiedad competente, a requerimiento del interesado o interesados, testimonio en relación, de haber autorizado escritura conteniendo una modificación jurídico real inmobiliaria subjetiva, que dará lugar al correspondiente asiento de presentación y en el que constarán, al menos, los siguientes datos: ...". Y el párrafo último de este art. 249-2 del R.N. así: "El Notario hará constar en la escritura matriz, la confirmación de la recepción y su decisión de practicar o no el asiento de presentación, que el Registrador deberá enviar el mismo día o en el siguiente hábil".

Y los n.os 3 y 4, párrafo 1.º, del art. 418 del R.H. así: "3. Si el título se recibe por correo se considerará presentante al remitente del documento y se practicará el asiento de presentación en el momento en que se proceda a la apertura del correo recibido en el día, que siempre tendrá lugar dentro de la hora de su recepción. 4. Las comunicaciones de haber autorizado escrituras públicas, enviadas por los Notarios por medio de telefax, según lo dispuesto en el artículo 249 del Reglamento Notarial, se asentarán en el Diario de acuerdo con la regla general, a excepción de las

que se reciban fuera de las horas de despacho, que se asentarán el día hábil siguiente, inmediatamente después de la apertura del Diario, con los que se presenten físicamente a esa misma hora, anteponiéndose éstos a aquéllos. El asiento de presentación que se extienda caducará, si en el plazo de los diez días hábiles siguientes no se presenta en el Registro copia auténtica de la escritura que lo motivó. Esta presentación dentro del citado plazo se hará constar por nota al margen del primer asiento y a partir de la fecha de esta nota correrán los plazos de calificación y despacho".

Las modificaciones son coherentes: La apertura del correo no puede dejarse al arbitrio del Registrador y no puede equipararse el asiento provisional del telefax, que se confirma con la copia autorizada antes de su caducidad, a la copia autorizada presentada simultáneamente al telefax, por razones de forma y para evitar litigios, que no son un exponente de la seguridad del tráfico, sino un signo contrario.

b) *La juridicidad del asiento de presentación extendido en virtud del telefax del testimonio en relación de la escritura matriz.*

No es una construcción extraña al Derecho, sin fundamento alguno, la extensión de un asiento en el Libro Diario sin la presentación del título en el Registro de la Propiedad, con base en un telefax del testimonio de un documento que contiene un negocio jurídico real inmobiliario, sino una construcción jurídica que tiene afinidades grandes con los actos en que la regulación de intereses no se celebra de la forma adecuada.

En nuestro Derecho hay una serie de actos anormales o viciados que pueden sanarse y que pueden presentar alguna afinidad con nuestro caso, como la falta de poder o el poder no acreditado teniéndolo, los vicios del consentimiento, los defectos de forma, o la falta de algún requisito que el principio jurídico de conservación del negocio o de la eco-

nomía jurídica tienden a normalizar, sanar o regularizar, si *a posteriori* se ratifica el acto, se acredita el poder, se confirma el negocio, se adopta la forma o se cumple el requisito.

En nuestro caso el negocio jurídico escriturado, cuyo testimonio se remite por telefax, si no hay error o falsedad, existe y su forma es correcta, algo que se asemeja al celebrado con poder no acreditado, si no existe, a pesar de haberse afirmado lo contrario, el negocio celebrado es nulo. En el testimonio en relación de una escritura matriz o en el documento judicial o administrativo conteniendo una modificación jurídica real inmobiliaria subjetiva remitidos por telefax al Registro de la Propiedad, legalmente (13) causan un asiento de presentación en el Libro Diario del Registro de la Propiedad, asiento provisional, susceptible de convertirse en definitivo, si antes de que caduque, se confirma o convalida con la presentación dentro de plazo de la copia de la escritura o documento reseñado en el telefax remitido.

La retroactividad al asiento viciado, extendido en base a un telefax, se la da la Ley y el saneamiento, la convalidación, la copia autorizada de la escritura matriz referida en el testimonio objeto del telefax, el documento judicial o el administrativo.

La presentación del documento notarial, judicial o administrativo dentro de plazo, durante la vigencia del asiento de presentación provisional, convierte a este en definitivo retroactivamente, desde su fecha; ahora bien, la mutación jurídico real tuvo lugar en el momento del otorgamiento de la escritura y su publicación registral merced al telefax es casi simultánea.

La confirmación auténtica del telefax por el título antes de que caduque el asiento de presentación, es una figura jurídica que justifica la validez de la incorporación al Derecho positivo de esta manifestación de la informática constituyendo una notable contribución a la seguridad del tráfico

(13) Mientras no se modifique en la L.H. ilegalmente por Real Decreto.

jurídico inmobiliario. Esta eliminación de algunos graves riesgos del comercio inmobiliario, se tendrá cuando la reforma cristalice en la Ley Hipotecaria; mientras esto no ocurra, la inseguridad puede ser mucho mayor, porque el provisional asiento de presentación causado por telefax no debe ni puede prevalecer legalmente sobre el asiento causado por la copia autorizada o documento judicial o administrativo presentados físicamente en el Registro antes de la confirmación de aquél.

El hecho jurídico que se pretende explicar es claro: La extensión de un asiento de presentación en el Libro Diario de un telefax, que no tiene firma ni sello ni ninguna garantía de autenticidad de los que tienen los títulos y la posibilidad jurídica de su consolidación como asiento de presentación, por la presentación física de la copia de la escritura, del documento judicial o administrativo; la argumentación, la fundamentación de la eficacia jurídica de este fenómeno es más difícil.

c) *Fundamento de la recepción jurídica.*

Tenemos un telefax de un testimonio en relación de una escritura pública (los documentos judiciales y administrativos pueden ser también, como hemos dicho repetidas veces, materia de un telefax) que se remite al Registro de la Propiedad.

Aquí falla el medio de comunicación, el telefax, que no ofrece ninguna garantía de autenticidad, que puede ser falso, tanto el testimonio en relación como la escritura matriz testimoniada.

Si el telefax comunica verazmente esa realidad jurídica o lo hace falsamente no lo sabemos, no hay la garantía propia de la autorización notarial, habrá indicios de su veracidad, por la identificación de éste por su número; pero el telefax es siempre inseguridad jurídica; ahora bien, en el Derecho actual actos con tan poco valor formal como el tele-

fax, existen y se les da un cauce jurídico para su efectividad; v.g. la contratación entre ausentes, en que por teléfono se acepta la oferta y después por el aceptante se ratifica la oferta escriturada del oferente; el contrato escriturado en que una de las partes interviene como mandatario verbal de la otra, o con poder otorgado, pero que no puede exhibir en el acto de la autorización, o haciendo una reserva subjetiva del puesto al ausente con quien por teléfono se llegó al acuerdo, para que se adhiera, etc.; en estos supuestos, de la aceptación telefónica, de intervención por inserción nominal, la palabra tiene una base formal, a efectos de seguridad jurídica, tan débil como el telefax; no obstante el Derecho positivo por una vía inadecuada, la reglamentaria, le concede ciertos efectos jurídicos limitados, que pueden convertirse en plenos, lo mismo que en los supuestos arriba expresados, que tienen un cauce legal.

El asiento de presentación es un acto jurídico no negocial.

La solicitud, petición, instancia o requerimiento de un asiento de presentación es, para mí, un acto jurídico no negocial en que los efectos se producen *ex lege,* no hay autorregulación de intereses, como en el negocio jurídico, sino regulación legal, la fecha del asiento de presentación se convierte en la fecha del asiento de inscripción, el Registro se cierra para los títulos incompatibles desde la fecha del asiento de presentación y para los títulos que pueden coexistir, compatibles, dicha fecha confiere prelación; el solicitante no puede alterar dicha fecha ni anticipándola ni retrasándola, podrá renunciar a su derecho o cambiarle el rango, pero en virtud de un acto jurídico no negocial de renuncia o de un negocio jurídico de permuta o posposición de rango.

El telefax anticipa provisionalmente esos efectos al asiento de presentación y los anticipa lo mismo que en las escrituras con mandatario verbal, con reserva de puesto, con apoderado que no puede acreditar su poder o de actos jurí-

dicos que les falta algún requisito para su perfección, si la Ley no lo prohíbe (14).

No vamos a fijarnos en los supuestos en que el *iter* del acto jurídico se ha iniciado y aún no se ha recorrido hasta el final, en que el hecho jurídico se ha realizado parcialmente, porque no hay analogía con nuestro caso, en el cual el hecho jurídico se ha realizado plenamente, pero su título se presenta en el Registro sin garantía alguna, el telefax carece de forma eficaz, no tiene valor formal, en ninguna de las manifestaciones de la forma, ni solemne, ni probatoria, ni registral, ni ejecutiva ni de tradición y esto a pesar de su contenido sustancialmente jurídico; no obstante el ordenamiento puede admitir y una Ley regular unos efectos provisionales, limitados en el tiempo, provisionalidad o límites que desaparecerán, si el documento que constituye el contenido jurídico del telefax, se confirma con la copia auténtica o con el documento administrativo o judicial.

Esto presenta una analogía con la escrituración de un contrato en que una de las partes tenga el poder otorgado a su favor, pero no disponga de la copia autorizada en el momento de otorgarse la escritura y se envíe un telefax de la copia, una copia simple o simplemente manifiesta que tiene poder, agregue o no que el poder lo otorgó su representado tal día y ante tal Notario. Si es cierto que tiene el poder en ese momento, con facultades suficientes, la escritura es perfecta, no necesita ratificación, basta acompañar la copia autorizada del poder para la plena conformación o configuración de la escritura, para la plenitud de sus efectos, como si hubiese exhibido el poder al Notario en la audiencia que proyecta la escritura. Este supuesto de hecho está recogido en el párrafo 2.º del art. 164 de nuestro R.N. así: "La (representación) voluntaria habrá de justificarse siempre en el mismo acto del otorgamiento, o con la conformidad

(14) *No es necesario insistir en que hoy la L.H. impone el título como medio* de causar el asiento y no admite el telefax.

de los otorgantes *en un momento posterior,* lo que se podrá hacer constar en la forma prevista en el párrafo segundo del art. 176 de este Reglamento...". La acreditación en un momento posterior puede tener dos vertientes, que el representante lo sea en virtud de un mandato verbal o escrito, de una carta, o que no tenga en su poder la copia en el momento del otorgamiento, cuyo poder se haya otorgado en la forma prescrita en el art. 1.280-5 del C.c. Estos supuestos aunque distintos de aquel en que no haya mandato, sino reserva de puesto, en que hay ausente y no compareciente, son casos de comparecencia por inserción nominal (15); no hay documento en el acto de otorgamiento que lo acredite, no sólo en el caso de ausencia en que nada se dice del poder ni del mandato, sino en los dos primeros que se dice que hay mandato o que hay poder, pero no se tiene en la forma legal o teniéndose no se acredita.

Este último caso es el que interesa, pues el negocio escriturado es perfecto, es plenamente eficaz una vez que se acompañe a la escritura que lo contiene la copia autorizada del poder o se haga constar ésta por nota en la escritura, no por diligencia, supuesto éste que el párrafo 2.º del art. 176 del R.N. no contempla, a pesar de la remisión expresa que le hace el artículo 164-2, ya que aquel art. habla de "diligencia de adhesión" y aquí no hay adhesión, sino la exhibición de un poder aludido o reseñado en la intervención de la escritura que se complementa; exhibición que debe hacerse constar en ésta por nota y no por diligencia, pues su contenido no es el propio de las diligencias, una actuación que no está en la escritura, sino de algo que ya está en ella.

El telefax referido en el art. 249-2 del R.N. y 418 del R.H., si la Ley Hipotecaria les hubiese dado carta de natu-

(15) RAFAEL NÚÑEZ LAGOS relacionando comparecencia e intervención, decía que ésta es una aclaración o explicación de la comparecencia, la cual tenía lugar en la escritura por presencia física, por presencia jurídica o por inserción nominal.

raleza, desempeñarían idéntica función que el telefax del poder, cuya copia autorizada no la tiene el representante en el acto de otorgamiento de la escritura; acreditado el poder el negocio escriturado es formalmente eficaz y el asiento de presentación extendido en virtud de un telefax, una vez presentada en el Registro de la Propiedad en los 10 días hábiles siguientes la copia autorizada de la escritura que comunica el testimonio en relación de su matriz, es también plenamente eficaz.

d) *Naturaleza jurídica del asiento de presentación causado por telefax.*

El asiento de presentación solicitado y extendido en virtud de un telefax es un asiento provisional, porque está viciado, pero susceptible de convertirse en definitivo, si el vicio se sana complementando el telefax con la copia o documento auténtico, es decir, si se confirma el telefax mediante un título. Esta confirmación no está prevista en los arts. 1.310 y ss. del C.c., que se refieren a vicios del acto jurídico documentado, sea negocio jurídico o no; mientras que el defecto que se pretende sanar en el asiento de presentación no es sustantivo, sino formal, del documento que lo causó, no del acto documentado. Por esto técnicamente no estamos ante una confirmación, sino más bien ante una conformación en su acepción de forma, de configuración, de creación del documento extendido en el Libro Diario y por esto al acto de presentar el documento lo llamaremos de conformación, por dar forma definitiva al asiento de presentación.

La presentación del título auténtico en el Registro de la Propiedad dentro de plazo, es el cumplimiento de un requisito jurídico para la consolidación del asiento provisional.

1) *La conversión formal.*

Ello excluye que la conversión formal pueda explicar la naturaleza jurídica del acto de consolidación del asiento de presentación, porque la opinión doctrinal que acogemos es la que rechaza la conversión formal no sólo por el argumento que aduce, "que el negocio que se hace valer y el querido por las partes es el mismo" (16); sino también porque la conversión es una figura propia de los negocios jurídicos, de las autorregulaciones de intereses, de las declaraciones preceptivas por las que se alcanzan los efectos apetecidos para conservarlos, aunque sea reducidos y no de los actos jurídicos no negociales, que los efectos se producen *ex lege,* no a causa de la voluntad, de la declaración o decisión de las partes y, además, porque el acto jurídico que produce el asiento de presentación provisional para convertirse en definitivo requiere el complemento básico del documento cuyo contenido es el que comunica el telefax y en la conversión formal no hay documento complementario, como se ve en los arts. 715 y 1.223 del C.c.

2) *La* conditio iuris.

Explicar la presentación física del título en el Registro de la Propiedad como una *conditio iuris* para la conversión del asiento provisional de presentación extendido por telefax en asiento definitivo, tiene dificultades por tratarse de una noción gravemente controvertida (17) controversia

(16) Véase De los Mozos de los Mozos: *La conversión del negocio jurídico.* Bosch, Barcelona, 1959, págs. 19 y ss., especialmente la 23 y la bibliografía y opinión que cita en nota. En el mismo sentido Scognamiglio: *Contrati in generale.* Francesco Vallardi. Millan, 1961, pág. 233; en contra De Castro: *El negocio jurídico.* Instituto de Estudios Jurídicos. Madrid, 1967, pág. 487, que no considera decisivo el reparo, "ya que se ha de considerar distinto, por ejemplo, el negocio formal cambiario de los negocios civiles no formales o menos formales, con la consecuencia de una distinta o limitada eficacia".

(17) Scognamiglio, *ob. cit.,* pág. 138.

que se origina por los intentos de extender la *conditio iuris* para explicar figuras jurídicas extrañas a su concepto primitivo como la compraventa de cosa futura (18) o a las autorizaciones administrativas (19).

La *conditio iuris* surgió para explicar la situación jurídica de las capitulaciones matrimoniales otorgadas antes de celebrarse el matrimonio y el testamento como negocio jurídico, antes de la muerte del testador.

La *conditio iuris* es un requisito o presupuesto legal del acto jurídico celebrado, sin el cual éste no produce efectos jurídicos, no produce los efectos finales del negocio jurídico, pero sí algunos, como la revocación del testamento anterior, si el posterior es perfecto y no lo es, si es nulo por razón de parentesco entre el Notario y los herederos u otro defecto de forma y también los capítulos matrimoniales pueden producir algún efecto como modificar o dejar sin efecto los anteriormente otorgados, también antes del matrimonio.

Como hecho futuro e incierto se equiparan *conditio iuris* y *conditio facti* pero la equiparación no es absoluta, porque la muerte es un hecho futuro y cierto, aunque sea incierto el momento; la retroactividad no tiene lugar en la *conditio iuris* y aunque como dice BETTI (20) tampoco "es requisito conceptual ni característica constante de la condición la retroactividad". Lo que implica que no puede el intérprete "extender la deducción práctica de una aplicación por analogía del régimen de la condición" y, por último, la condición es elemento accidental y marginal al tipo negocial, extraño a la causa y la *conditio iuris,* como presupuesto legal, es elemento inseparable de su función típica (causa).

---

(18) SCOGNAMIGLIO: *Contributo alla teoria del negozio giuridico.* Jovene. Napoli, 1969, pág. 320, y especialmente su extensa nota 74 donde critica las posturas de Salis, Falzea, Cariota Ferrara, Rubino, Filderman y Cohn.

(19) Véase FRANCESCO GALGANO: *El negocio jurídico.* Traducción de Blasco Gasco y Prats y Albentosa. Tirant lo Bianch. Valencia, 1992, págs. 162 y ss.

(20) "Teoría general del negocio jurídico", *Revista de Derecho Privado.* Madrid. Traducción de Martín Pérez, pág. 390.

Ahora bien, siendo el asiento de presentación causado por telefax un acto jurídico no negocial, donde los efectos se producen por ministerio de la Ley, *ex lege*, no es necesario plantearse, si admite, como el negocio jurídico, los elementos accidentales, la condición, el término, o es incompatible con ellos, pues si la voluntad del sujeto activo del acto jurídico no negocial interviene sólo y exclusivamente en la creación de éste y no en la producción de los efectos jurídicos, no hay duda de que es incompatible con la condición *(conditio facti)* ya que admitir la condición como elemento accidental del mismo, sería reconocer a la voluntad como modificadora de los efectos *ex lege*.

Siendo la *conditio iuris* una figura jurídica diversa de la *conditio facti* (21) no presentaría las incompatibilidades de ésta para explicar el hecho futuro e incierto de la presentación física de la copia de la escritura en el Registro de la Propiedad dentro del plazo legal, si la norma que la impusiese fuese legal y no reglamentaria, y no presentará obstáculo cuando se reforme la L.H. en el sentido que preconizamos.

La presentación del documento auténtico no implica, como dijimos, confirmación, sino el cumplimiento de un requisito legal, que conforma, en el sentido de constituir el asiento de presentación formalmente. Hay conformación, no confirmación, algo que afecta a la forma del acto jurídico, no a su contenido.

---

(21) Así aparece en los textos romanos véase D. 23-3-21 y 68, citados por VOCI: *Manual de Diritto Romano: Parte generale.* Milan Giuffre, 1984, pág. 350. Aquel texto dice: "Hay mucha diferencia entre la condición sea de hecho o de derecho" y éste que "las condiciones extrínsecas, no provinientes del testamento, esto es, las que se consideran que tácitamente son inherentes, no hacen condicionales los legados". En las fuentes romanas a la *conditio iuris* se la llama normalmente tácitas (véase VOCI, *ob. ult. cit.*, nota 12).

II. La legalidad: Solicitud y remisión por telefax de la información registral

A. El deber de información del Notario.

Como hemos escrito en nuestro trabajo (22) el art. 175 en su anterior redacción resaltaba el deber del Notario de informar a los otorgantes de una escritura documentando una modificación jurídico real inmobiliaria y subjetiva de la situación jurídica de la finca; información que se contiene primordialmente, pero no exclusivamente, en los Libros del Registro de la Propiedad y este deber de información se destaca con perfiles propios entre los de consejo y asesoramiento, que constituyen el estatuto jurídico del Notario en su compartido y fundamental aspecto de profesional del Derecho, recogido en el art. 1.º de la L. del N. y desarrollado en el art. 1.º de su R.

El cumplimiento de este deber, de esta carga de la información de la situación jurídica de las fincas, se facilitó con la incorporación de la informática a la relación entre Registradores y Notarios, no sólo admitiendo que el Notario pudiese pedirla por telefax, sino también obligando al Registrador a remitirla por ese mismo procedimiento, lo cual no eliminaba los riesgos del comercio inmobiliario, pero los aminoraba en una medida importante. Esta forma de publicidad registral era importante y fue establecida en el inciso final del art. 175-1 modificado por el R.D. 1558/92 derogado; pero la carga, la obligación de los Registradores debería configurarse en su estatuto, no por el R.N. ni por una O., la de 2-VIII-1993, como dijimos (23).

El R.D. 2537/94 derogó la O. en su disposición derogatoria 3.ª, y sus disposiciones en materia de remisión de tele-

---

(22) "La degradación...", págs. 137 y 166 y ss.
(23) *Ob. últ. cit.*, pág. 136.

fax fueron asumidas reglamentariamente por el art. 354 a) (24) que es la norma adecuada para la regulación del Estatuto de los Registradores.

El art. 175-1 del R.N. se expresa incorrectamente al decir: "El Notario antes de autorizar el otorgamiento de una escritura de ... deberá solicitar del Registro...". La solicitud de la información por el Notario ha de hacerse antes de la autorización de la escritura (la escritura se autoriza siempre porque se otorga, si no se otorga no se puede autorizar y si no se autoriza no se puede otorgar, se trata de la misma cuestión contemplada desde dos puntos de vista, el autorizante, el Notario o el compareciente, el otorgante) sin más formalidad que la de las copias simples, que tienen valor informativo, el sello de la notaría, y "puede remitirse por cualquiera de los procedimientos, incluso por telefax" (art. 175-1, párrafo 1.º).

La escritura deberá otorgarse "dentro de los diez días naturales siguientes a la recepción por el Notario de la información registral" (art. 175-1, párrafo 2.º). Si este precepto no se hubiese dictado, que habría sido lo mejor, el Notario consignará en la escritura la fecha de recepción y deberá explicar que los cambios en el Registro no los recibe inmediatamente, sino el mismo día, esto a partir del 1.º de marzo de 1996 (Regla 5.ª del art. 354-a del R.H.) o dentro de las 24 horas siguientes de haberse producido variación en la información registral, desde el 1.º de marzo de 1995 hasta el 29 de febrero de 1996 (Disposición Transitoria única), tanto de la presentación en el Diario como de solicitudes posteriores y que si han transcurrido "los nueve días naturales siguientes al de remisión de la información" no recibirá del Registro ninguna noticia del cambio (arts. 354-355

(24) La regla 1.ª, el art. 3.º de la O.; la 4.ª el 4.º, la 3.ª el 5.º, la 2.ª y la 5.ª el 8.º, la 6.ª el 7.º y la 8.ª el 11; el art. 10.º de la O. lo recogió uno de los párrafos del 418, los arts. 1, 2 y 7 de la O. desaparecen, la regla 6.ª y parte de la 5.ª del 354-a son nuevas y el art. 9.º de la O. era propio del R.N.

del R.H.). Esta advertencia o aclaración debe hacerla verbalmente el Notario y deben los comparecientes decidir; una vez que éstos decidan, el riesgo es de ellos y el Notario no tendrá responsabilidad alguna. El Notario tiene el deber de autorizar la escritura, si los comparecientes lo piden y los riesgos inherentes al tráfico inmobiliario deben soportarlos ellos una vez dadas por el Notario estas explicaciones: que la variación registral pudo haber acontecido y el Notario tendrá noticia de ella una o unas horas o un día después de otorgada la escritura. Este riesgo del comercio inmobiliario es insuperable.

Por último, no hay sintonía entre el párrafo 2.º del art. 175-1 del R.N. y el 354-a-5.ª del R.H., al menos, claramente, cuando entre en vigor esta última regla, porque en el día décimo siguiente al de la recepción de la información, el Notario, según aquel precepto, debe autorizar y según

esta regla no debe recibir noticias de las variaciones del Registro.

Respecto de las dispensas de la solicitud de cargas contenida en el n.º 2 del art. 175, me remito a lo que expresé en mi trabajo (25) resaltando que esas dispensas no deben reglamentarse, deben dejarse al arbitrio del Notario y además dos cosas: 1.ª que ahora el apartado a) excluye sólo una parte de los actos a título gratuito, los actos de liberalidad, o sea, aquellos en que hay enriquecimiento de una parte y correlativo empobrecimiento de la otra, o sea, las donaciones, incluidos los actos fundacionales, pero no lo hace con los actos mortis-causa, porque el causante no se empobrece ni se enriquece, ni puede llevarse nada consigo. El Notario debe hacer la advertencia, en materia de donaciones, a pesar de la dispensa reglamentaria, porque éstas pueden ser remuneratorias, modales, onerosas e incluso siendo puras y simples pueden resultar una burla para el donatario.

---

(25) *Ob. últ. cit.*, págs. 167 y ss.

En materia sucesoria, ampliando lo que ya expuse (26), si es heredero único la cuestión es poco conflictiva, pero si hay varios herederos, su relación con el causante es gratuita, lo mismo que la del heredero único, pero entre los coherederos es conmutativa como lo evidencian los artículos 1.069 y ss. del C.c., que regulan la evicción y el saneamiento en la partición.

Por último, el apartado c) es el resultado de refundir la letra b) del R.D. derogado y el art. 9.º de la O. de 2-8-94 y de enfrentarse con el art 2.º de la L. del N., al autorizar al Notario para denegar su actuación, si no considera suficiente la urgencia alegada, o alberga duda sobre la exactitud de la información.

Respecto de las cuestiones distintas de la dispensa de la carga me remito a mi trabajo (27).

La solicitud de la información registral hecha por el Notario o la renuncia a ella de los interesados deberá constar en el cuerpo de la escritura en el epígrafe destinado a las cargas.

B) La carga del Registrador.

Se regula en el art. 354-a del R.H. y para el Notario presenta dos variantes, la ordinaria o sin expresión de plazo a la que nos hemos referido en el epígrafe anterior y la especial o para un día determinado a que se refiere el art. 175-4 del R.N. y 354-a-6.ª del R.H. y ese día determinado tendrá que ser uno "dentro de los quince días naturales siguientes al de la petición" según aquél precepto y éste impone al Registrador la carga de enviarla "el día señalado".

---

(26) *Ob. últ. cit.*, pág. 168.

(27) *Ob. últ.*, págs. 168 y ss., y a lo que expongo en éste, respecto al requerimiento de los interesados del envío del telefax para extender el asiento de presentación.

Creo que le falta algo a este precepto, pues si para la información ordinaria el Registrador tiene tres días hábiles, para ésta, debiera tener otros tres días hábiles, sin perjuicio de los cinco para el supuesto de informaciones complejas, conforme a la regla 4.ª del art. 354-a del R.H. Como vemos falla la articulación, a pesar de reformar artículos y se resiente la interpretación sistemática, pues en el plazo para la remisión por el Registrador no consta la antelación de la petición y el día que fije el Notario no puede ser uno de los quince contados desde la petición, o sea, el siguiente; por ejemplo: Este inciso del art. 175-4 debiera redactarse así "... o para un día determinado, entre los cinco y los doce hábiles siguientes al de la petición".

La información remitida por el Registrador deberá constar también en el epígrafe cargas y, en su caso, la renuncia de los interesados a dicha información.

C. La diligencia del art. 249 párrafo último del R.N.

"El Notario hará constar en la escritura matriz o en la copia, si ya estuviese expedida ésta, la confirmación de la recepción y su decisión de practicar o no el asiento de presentación, que el Registrador deberá enviar el mismo día o en el siguiente hábil" (art. 249 párrafo último).

El requerimiento hecho al Notario en la escritura matriz solicitando la extensión por telefax del asiento de presentación y la contestación del Registrador deberán constar en la matriz por diligencia autorizada por el Notario, que es el documento adecuado para ello, ya que su contenido es el propio de las actas (28), aunque en este caso se integre en una escritura, siendo frecuentes en la práctica estos documentos mixtos.

---

(28) La semejanza o analogía con la diligencia de las actas de notificación por correo es evidente.

La diligencia deberá ponerse en la matriz, antes de la nota de la copia, si ésta no se hubiese librado o después de ella, si ya se expidió. Si la copia no se hubiese librado, la diligencia constará en ella al reproducir la matriz. Si la copia se expidió, una lectura del precepto nos induce a pensar que la diligencia no se ponga en la matriz y sí en la copia; pero la letra no da muchas veces el sentido jurídico a la norma, como en este caso. La diligencia hay que ponerla siempre en la matriz; háyase o no expedido la copia y ello por una razón elemental: es en la matriz donde debe constar su ejecución, lo que no puede constar en la copia, si no consta previamente en la matriz. Si la confirmación de la recepción del telefax se recibe después de librada la copia, sólo debe constar en ésta, si lo pide el titular de la copia, aplicando por analogía el principio ínsito en el art. 178, párrafo último del R.N. respecto de las diligencias previstas en dicho artículo, como he defendido en mi trabajo: "Comentarios a la reforma del Reglamento notarial (Decreto de 22 de julio de 1967)" *R.D.N.,* abril-junio de 1968, págs. 55 y ss.

Por las razones que acabo de exponer he redactado este precepto reglamentario suprimiendo el inciso: "o en la copia si ya estuviese expedida ésta".

BREVE REPASO A LAS OBRAS RECIENTES SOBRE EL DERECHO CIVIL CATALAN Y SU JURISPRUDENCIA

JOSÉ CERDÁ GIMENO
Notario

SUMARIO: **I.** UNA REFERENCIA. **II.** RELACIÓN DE OBRAS SOBRE LA JURISPRUDENCIA CIVIL ÚLTIMA ACERCA DEL DERECHO CIVIL CATALÁN. **III.** SELECCIÓN DE COMENTARIOS DOCTRINALES SOBRE LAS ÚLTIMAS REFORMAS LEGISLATIVAS DEL DERECHO CIVIL CATALÁN. **IV.** IMPORTANCIA DE ESTAS REFERENCIAS EN EL ÁMBITO COMPARATISTA INTERNO. **V.** TEMAS PARA UNA RECAPITULACIÓN.

I. Una referencia

Varios meses atrás había presentado el firmante de este repaso un resumen de los tres primeros años de actividad *en el ámbito civil* del T.S.J. de CATALUÑA (1).

En la introducción inicial al trabajo referido había una alusión a la posible publicación por algún organismo catalán del texto *oficial* completo de todas las sentencias allí indicadas. Y, ya en prensa el trabajo, hubo que añadir la cita de un volumen recién aparecido entonces.

Recojo aquí el contenido de dicho volumen, con las mínimas referencias a mi anterior trabajo, y otros textos *sobre jurisprudencia civil catalana,* como seguidamente se verá.

En orden a *las aportaciones doctrinales,* usualmente numerosas y procedentes de notarios las más de las veces, limito aquí esta referencia informativa —por obvias razo-

nes— a las contenidas en los volúmenes recientemente aparecidos.

II. Relación de obras sobre la jurisprudencia civil última acerca del Derecho civil catalán

Se procede a la inclusión *dentro* de este apartado de toda la jurisprudencia civil **andorrana,** por la obvia consideración de tratarse sustantivamente de "derecho civil catalán", consideración reforzada por el hecho notorio de ser eximios juristas catalanes los componentes del "Tribunal Superior de la Mitra" del Principado de Andorra.

Habrá dentro de este epígrafe, por consiguiente, una *doble noticia* sobre la jurisprudencia civil catalana reciente: *una,* en orden a ANDORRA, y *otra,* en orden a CATALUÑA.

---

(1) *V.* en esta revista, n.º 9, enero-marzo, págs. 173-416, con el título "Las primeras sentencias civiles del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña".

Informo aquí de la aparición —hasta esta fecha— de *tres volúmenes* sobre la jurisprudencia civil andorrana, con la consiguiente cita bibliográfica (2).

Teniendo en cuenta la densidad y cantidad de decisiones jurisprudenciales recogidas en cada uno de los referidos volúmenes, me limito aquí voluntariamente a dar una visión panorámica del contenido de cada uno de ellos en la forma que sigue.

Basta añadir aquí que *la estructura (forma)* de cada volumen es idéntica: una *primera* parte, dedicada a la estructura y composición —en cada período referido— del "Tribunal Superior de la Mitra" del Principado de Andorra; una *segunda* parte, sobre los recursos de revisión que resuelve el citado Tribunal, con las sentencias numeradas correlativamente con números romanos; una *tercera* parte, sobre los recursos de queja —cuando existen— numerados con cifras arábigas; y una *cuarta* —o *tercera,* en su caso— parte, con un completísimo índice de conceptos.

Al aspecto "formal" cabe referir el cuidadoso, esmerado, *lenguaje* empleado, un catalán moderno, inteligible y asequible a cualquier lector culto. El aspecto de "fondo" alude al *contenido* de cada uno de los volúmenes citados.

Resumiré, por tanto, cada volumen, como sigue:

---

(2) ***Volum 1:*** *Jurisprudència del Tribunal Superior de la Mitra* (1975-1984), por LLUIS PUIG I FERRIOL, Edit. Institut d'Estudis Andorrans, Andorra, 1991, un volumen de 389 páginas.

Volum 2: *Jurisprudència del Tribunal Superior de la Mitra del Principat d'Andorra* (1985-1987), por LLUIS PUIG I FERRIOL, Edit. Institut d'Estudis Andorrans, Andorra, 1.ª ed. diciembre 1992, un volumen de 462 páginas.

Volum 3: *Jurisprudència del Tribunal Superior de la Mitra del Principat d'Andorra* (1988-1991), por LLUIS PUIG I FERRIOL, Edit. Institut d'Estudis Andorrans, Andorra, 1.ª ed. febrero 1994, un volumen de 381 páginas.

— VOLUMEN 1.

Aparece distribuido en cuatro partes.

En la primera parte (Estructura) se incluye un apartado de ***Legislación*** y otro apartado de ***Constitución*** del Tribunal.

1. En el apartado de ***Legislación*** figuran ***el Decreto de 24 enero 1905*** del Copríncipe Mons. Juan Laguarda Fenollera, al que siguen los Decretos posteriores del Obispo Copríncipe Mons. Juan Martí Alanis de 8 septiembre 1974, 19 julio 1982 y 15 marzo 1984.

Lo que proveía en 1905 el entonces Copríncipe era una **Instrucción** en orden al *procedimiento* para los recursos de revisión y de queja ante el Tribunal Superior de la Mitra de los Valles de Andorra, *justificándola* en que

> "... *con el objeto de que* nuestro Tribunal Superior para los asuntos de Andorra y todos cuantos a él tengan que acudir para la defensa o determinación de sus derechos, *tengan una norma fija referente a la tramitación* del citado recurso de revisión y *se desvanezcan las dudas* frecuentemente suscitadas en tan importante materia, *solamente regulada hasta ahora por la práctica,* venimos en dictar y dictamos ..." (3).

Obsérvese que el ***Art. 1.º*** de la Instrucción citada disponía que "El recurso de revisión podrá interponerse contra todas las sentencias dictadas por el Magnífico señor Juez de Apelaciones", y que el ***art. 3*** —previsoramente— estableció que "El recurso ha de dirigirse al Ilustre señor Obispo de Urgel como Príncipe Soberano de Andorra, **que en cada caso designará el Tribunal unipersonal o colegiado** (4) que por su delegación tenga que tramitar y fallar el recurso".

Había que aludir a este importante precedente para enlazar así con el ***Decreto de 8.9.1974,*** que en su *Preámbulo* se refiere al "crecimiento demográfico del Principado y la mayor complejidad de vida individual y colectiva", lo que

(3) La traducción y los ***subrayados*** son míos (J.C.G.).
(4) ***Subrayados*** míos (J.C.G.).

ha originado un mayor número de problemas y asuntos de carácter civil y mercantil: "Todo lo cual —continúa— hace aconsejable y quizá necesario establecer como norma ordinaria el carácter **colegial** de Nuestro Tribunal Superior ...". Al propio tiempo, sigue diciendo, "Esta renovada composición del Tribunal Superior exige la correspondiente adecuación de algunos aspectos relevantes de su actual organización ...".

2. Interesa aquí precisar ***que la composición del Tribunal*** —según el D. de 8.9.1974— está formada por un Presidente, un Vicepresidente y cuatro ***vocales*** (luego, denominados "magistrados"), los cuales estarán asistidos de un Secretario y de los Oficiales que fueren necesarios.

Mención especial merecen los *discursos* consiguientes a las tomas de posesión de los sucesivos Tribunales a partir de 1974, en especial los de los Presidentes OBIOLS TABERNER y FAUS ESTEVE. Don Carlos OBIOLS i TABERNER, que ya había ejercido el cargo de "Juez Delegado de Apelaciones" (5), procedía en su DISCURSO *de toma de posesión* a señalar las diferencias entre los jueces unipersonales y los colegiados y a precisar su *visión personal del derecho vigente en el Principado,* que no es otra cosa sino

> "... *el inagotable derecho común,* patrón de casi todos los derechos occidentales modernos y vigente y vivo en el Principado (que) no es la aplicación integral y exacta del 'Corpus iuris civilis', sino *que está constituido fundamentalmente por el Derecho Romano, corregido* por la mayor espiritualidad y equidad, sobre todo en derecho familiar y sucesorio, derecho penal y procesal, que le infundió el Derecho canónico, *contenido* en unas Colecciones (6) que dedicaban más texto a razonar que a preceptuar, y *modificado* también por las variantes accidentales introducidas por el Derecho Autóctono o por instituciones legales vernáculas y por la doctrina de la jurisprudencia, *constituyendo* en el régimen de vida civil y

(5) Por la especial benevolencia y confianza conferidas *(sic)* por el entonces ***Juez Titular,*** el notario José María de Porcioles Colomer: *v.* ***Discurso,*** *op. cit.,* págs. 19 y sigs. (subrayados míos: J.C.G.).

(6) Son las denominadas como sigue: MANUAL DIGEST y POLITAR.

en la práctica del foro un Derecho coherente, *al cual solamente le falta una síntesis extensa e inequívoca en forma de compilación o Código,* fácilmente manejable, articulado en fórmulas precisas y claras, que eliminen dudas y ahorren el trabajo previo de investigación y búsqueda del viejo precepto aplicable ..." (7).

A la impecable exposición historicista de C. OBIOLS en torno al Derecho Romano, seguían unas palabras dedicadas a **la interpretación a efectuar por la jurisprudencia** (con recuerdo y cita de las sentencias del T.S. de ESPAÑA de 26 noviembre 1929 y 26 enero 1970, y de la del Tribunal de Casación de Cataluña de 8 octubre 1936 con Ponencia magistral de ROCA SASTRE) (8).

Tras la ***inicial composición del Tribunal en 1974*** (Presidente, CARLOS OBIOLS TABERNER; Vicepresidente, RAMÓN FAUS ESTEVE; Magistrados, OCTAVIO SALTOR SOLER, LUIS FIGA FAURA, JUAN JOSÉ PINTO RUIZ y LUIS PUIG FERRIOL), y por fallecimientos de los Srs. OBIOLS y SALTOR, ***en 6 diciembre 1982*** el Tribunal quedó formado como sigue: Presidente, RAMÓN FAUS ESTEVE; Magistrados, LUIS FIGA FAURA, JUAN JOSÉ PINTO RUIZ, LUIS PUIG FERRIOL y RAFAEL GÓMEZ DE MEMBRILLERA Y LÓPEZ DE GUIJARRO. En su *DISCURSO de toma de posesión,* D. RAMÓN FAUS ESTEVE hizo una semblanza de los fallecidos C. OBIOLS y O. SALTOR y un recorrido del trabajo desarrollado por el Tribunal en sus primeros ocho años de existencia, pasando a formularse seguidamente **la cuestión clave**

¿"Y qué normas, os preguntaréis, han servido de norte y guía a las resoluciones del Tribunal Superior? = En primer término, el Derecho Romano, calificado por un ilustre Abogado andorrano, el Sr. Antoni Forné, de 'monumento de ciencia jurídica que nunca ha sido superado, y con cuyos textos los abogados andorranos nos

(7) ***Subrayados*** a cargo mío (J.C.G.).

(8) La obra científica que nos ha legado el Magistrado C. OBIOLS TABERNER es importante: un volumen sobre *La Jurisprudencia Civil Andorrana,* y un monumental trabajo (que recoge más de 5.000 citas) titulado *Selecció de textos del Corpus iuris civilis.*

manejamos a placer'.— ... = No obstante, es preciso a veces abandonar la norma de la infalibilidad legislativa, que no puede invocarse a placer ... = Por ello no hemos querido ser esclavos de la ley, y hemos tenido en cuenta la importancia que en Andorra tiene la costumbre, la tradición, y el 'seny' o 'bona raó'.— = De la *costumbre* nos dice el MANUAL DIGEST 'debe observar el Juez el modo, forma y disposición del Derecho Común de los Valles, menos en aquellas cosas en las que es derogado por costumbre contraria'. Como yo ya he dicho otras veces 'la vida no es campo de aplicación de los conceptos jurídicos, la vida con sus exigencias y problemas es su fuente; quien crea el Derecho es el pueblo, la vida práctica, las necesidades de cada momento, la conciencia social, **en una palabra, la costumbre'**.— = Y ello nos lleva, como de la mano, a referirnos a **la tradición.** Hemos de evitar en Andorra el riesgo de una invasión jurídica forastera, que rebase los márgenes adecuados de respeto a las Instituciones del país.— = Además, la tradición no significa estancamiento, inercia, rutina, ni conservación, sino todo lo contrario. El progreso individual sin la tradición no será nunca un progreso social. *El hecho nacional andorrano no admite la aplicación de normas extranjeras.*— = Pero tanto la costumbre como la tradición han de ser atemperadas por lo que el MANUAL DIGEST calificó de **'bona raó'** o de *juzgar 'según ley y razón'*.— Esta 'bona raó' o 'seny' ya fue preceptuada en la Constitución de Jaime I en 1251, cuando después de los Usatges y de la costumbre ordena que se aplique el 'sensum naturale', el 'seny natural'.— La 'bona raó' ha de actuar para juzgar la dureza de ciertas leyes, para interpretarlas con rectitud y para suplir sus lagunas. *Ello nos obliga a un constante cotejo del derecho escrito con la 'bona raó',* porque cuando la ley repugna a la razón natural, 'repellenda est', puede actuar de corrector el procedimiento judicial.— Como ya decía el jurisconsulto gerundense SOCARRATS 'una sentència no es pot fonamentar exclusivament en una altra, sinó en la justícia i la bona raó'.— = *En definitiva, la 'bona raó' no es más que una manifestación de la equidad,* en tanto en cuanto es el arte de saber cohonestar el conocimiento de la cosa, en sí misma, a través de la inducción y de los juicios prudenciales. *El Usatge 'Nullus unquam' se reafirma en el sentido humano que ha de tener el derecho positivo,* que en su caso supla las lagunas del derecho técnicamente elaborado, toda vez que, como dice el Digesto, el legislador solamente se fija en lo que sucede con frecuencia, o como afirma una Constitución de Constantino y Licinio, parece bien que en todas las cosas sea más atendible la razón de justicia y de equidad que el derecho estricto ..." (9).

(9) *V.* ***Discurso,*** *op. cit.,* págs. 28 y sigs.: ***subrayados*** míos (J.C.G.).

Habiendo dedicado el Presidente R. FAUS ESTEVE las anteriores palabras *a las fuentes de aplicabilidad del Derecho en Andorra,* pasó a continuación a referirse a los jueces o Magistrados encargados de aplicarlo, recordando algunos textos del Derecho Romano (Constitución de Valentiniano y Valente, Constitución 128 del Emperador León, Constitución de Justiniano Codex 3.1.11 ...) y precisando *la absoluta independencia* con la que el Tribunal había actuado los ocho años transcurridos, sin interferencias ni presiones de ninguna clase.

A **la segunda parte** de este volumen va referida el conjunto de **los recursos de revisión** fallados por el Tribunal Superior de la Mitra de Andorra durante los años 1975 a 1984. Resultan un total de 96 sentencias, que ocupan de la página 37 a la 348, ambas inclusive. La distribución *sistemática* y *temática* de las sentencias es como sigue:

Derecho Procesal:	26
Parte General del Derecho:	8
Derechos Reales:	4
Derecho de Obligaciones:	54
Derecho de Familia:	4

A **la tercera parte** del volumen va referido el conjunto de **los recursos de queja** —en número de 5— que resolvió el Tribunal entre 1977 y junio de 1982.

• Resta decir que finaliza el volumen con **una cuarta parte,** dedicada al **Indice de Conceptos,** según anticipé antes.

— VOLUMEN 2.

Está distribuido ***en tres partes,*** ya que en el presente no aparece ningún recurso de queja.

Tiene **una parte primera (Estructura),** con los apartados citados sobre la ***Legislación*** (D. de 15.6.1987) y la ***reestructuración*** del Tribunal con la incorporación del nuevo Magistrado Don JUAN JOSÉ LÓPEZ BURNIOL. Con motivo del juramento del nuevo Magistrado el 15.6.1987, el entonces

Presidente en funciones del Tribunal D. LUIS FIGA FAURA pronunció un *DISCURSO,* a modo de exteriorización del pensamiento y de las reflexiones de los magistrados del Tribunal ante el acto del juramento, con unas interesantes *consideraciones,* que aquí quedan extractadas como sigue:

"... Y el miembro del Tribunal Superior de la Mitra que asiste al juramento de un nuevo Magistrado se pregunta: ¿qué propósitos, qué deberes, qué responsabilidades venían incluidas en mi juramento?— = 'Mandamos —ordenó JUSTINIANO en el Libro 7.° de su Código— que todos nuestros Jueces sigan la verdad y las pisadas de la ley y de la justicia'.— = Este imperativo nos recuerda, en primer lugar, que, como dice el Emperador en el Libro 4.° de sus Instituciones, 'El Juez ha de tener cuidado, antes que nada, en no juzgar de manera diferente de como está establecido en las leyes, en las Constituciones y en las costumbres'. Cosa que reafirma el MANUAL DIGEST al ordenar que el juez debe observar 'el modo, forma y disposición del Derecho Común de los Valles, menos en aquellas cosas en las que es derogado por costumbre contraria'.— = Y, al juzgar, según ordenó CONSTANTINO en el Libro 3.° del Código, 'los magistrados y los jueces tienen que decidir los litigios en término breve'.— ... = De otra parte, conviene no olvidar nunca la recomendación de MARCIANO, transcrita en el Libro 48.° del Digesto, de que 'el Juez no decida ninguna cosa con más dureza o con más lenidad que la exigida por la misma causa, dado que no se tiene que aspirar a la gloria de la severidad o de la clemencia sino que se tiene que decidir con juicio maduro según cada caso exigiere'.— = Finalmente, en la actuación del juez es indispensable la humildad; nos lo recordó ULPIANO: 'No siempre —dice— decide más bien el último que ha de dar sentencia'.— = Este sentido de humildad es tanto más necesario cuando hay ciertas cosas que han cambiado —pues hay ciertas tendencias profundas que no pueden ser pasadas por alto—. *En estas tendencias* —dice un jurista actual (sic)— *el tema central es la reevaluación de la posición del hombre. El hombre se siente él mismo en el centro de una crisis tanto en relación con los otros seres humanos como con relación con la naturaleza. Y, dado que las relaciones entre los hombres vienen reguladas en una gran parte por normas legales, ni la ciencia que estudia el derecho ni los encargados de aplicarlo pueden ser tan sólo espectadores de ello.* Esto es así porque la fe en la autoridad ha disminuido enormemente durante las últimas décadas, lo que ocurre tanto respecto de las autoridades seculares como de las religiosas. Hay muchas razones que pueden explicar este hecho, este cambio de actitudes; se puede hablar del explosi-

vo aumento de los conocimientos científicos, de la generalización de la aspiración a la igualdad, de la elevación del nivel de educación y de la secularización general. *Pero lo que es esencial es comprobar que el respeto y fe en la autoridad han sido sustituidos por la exigencia de que las opiniones y las decisiones han de ser justificadas.*— = Hubo un tiempo en que al juez le estaba prohibido fundamentar públicamente sus sentencias: éstas tenían autoridad porque, por el lugar que ocupaba, la tenía su autor y, para éste, dar explicación atentaba a su dignidad; más tarde, la justificación de las sentencias se hizo obligatoria con el fin de proporcionar a las partes litigantes elementos de juicio suficientes para fundamentar una posible apelación. *Hoy en día las cosas ya son diferentes: ni un determinado asiento da autoridad a quien lo ocupa, ni ésta da autoridad a sus decisiones. Son éstas y la justificación y fundamentación explícitas de éstas las que pueden dar —o pueden no dar— autoridad a quien sea el autor de ellas.*— = *Los Magistrados de este Tribunal lo saben; y saben también, por tanto, que en su juramento se incluye, no solamente* el deber de ser justo, *sino* el de demostrar en todas y cada una de las sentencias las razones en que la decisión se apoya —razones que puedan convencer incluso al litigante perdedor—. = Finalmente, el Magistrado que jura por vez primera su cargo —y el Magistrado que presencia el juramento del mismo— piensa que Aquel que en su paso por la tierra no quiso juzgar nunca a nadie dijo 'No juzguéis si no queréis ser juzgados'.— ... = ... no podemos olvidar lo que JUSTINIANO nos dice en el Libro 3.° de su Código 'los jueces han de saber que no juzgan a los otros de manera diferente a la que ellos mismos son juzgados; juicio más terrible para ellos que para las partes, ya que si los litigantes son juzgados por hombres, aquellos pronuncian sentencias que serán pesadas por Dios, que las examina'.— **En tres cosas pensamos, por lo tanto, los miembros del Tribunal Superior al asistir al juramento del nuevo Magistrado:** hemos de *juzgar de acuerdo con la ley y la costumbre de los Valles* sin dureza y sin lenidad; hemos de *dar autoridad a nuestras sentencias* por su acierto y una cuidadosa y convincente fundamentación; hemos de *saber* los miembros del Tribunal Superior *que la sentencia en grado de revisión no es la última instancia: hay otra mucha más alta.*— = ..." (10).

• Sobre los **recursos de revisión,** resueltos durante los años 1985 a 1987 por el Tribunal, versa el contenido de **la segunda parte.** Son un conjunto de 131 sentencias (pági-

(10) *V. Discurso, op. cit.,* págs. 6 y sigs.: ***subrayados*** míos (J.C.G.).

nas 13 a 441, ambas inclusive), cuya distribución *sistemática* y *temática* es como sigue:

Derecho Procesal:	26
Parte General del Derecho:	9
Derechos Reales:	3
Derecho de Obligaciones:	86

• Hay **una tercera parte,** comprensiva del correspondiente **Indice de conceptos.**

— VOLUMEN 3.

Aparece distribuido en tres partes, puesto que tampoco en éste aparecen recursos de queja.

• Corresponde a **la parte primera** el apartado de ***Legislación*** (DD. de 20.1.1988 y 7.10.1989), con la ***re-estructuración*** del Tribunal al incorporar como Magistrado a Don PABLO SALVADOR CODERCH y ser nombrado Presidente D. LUIS FIGA FAURA (por defunción del Sr. FAUS ESTEVE).

• Hay **una segunda parte,** con los **recursos de revisión** resueltos por el Tribunal durante los años 1988 a 1991, con un conjunto de 141 sentencias (páginas 9 a 360, ambas inclusive), cuya distribución *sistemática* y *temática* es como sigue:

Derecho Procesal:	36
Parte General del Derecho:	11
Derechos Reales:	4
Derecho de Obligaciones:	89
Derecho de Familia:	1

A **la tercera parte** corresponde el **Indice de conceptos.**

Me parece, por consiguiente, que con esta perspectiva de conjunto el lector atento puede sacar su personal impresión del **qué** y del **cómo** de la jurisprudencia civil andorrana. Los **temas** son variadísimos y van desde los negocios fiduciarios o en fraude de ley en relación con la representación tácita, contratos mercantiles, culpa aquiliana, contratos

de arrendamiento, préstamos, ... pasando por la "derelictio" y las obligaciones "ob rem", derecho de visita de los abuelos, urbanizaciones privadas, preterición errónea, determinación de la filiación extramatrimonial y un amplio *etcétera.*

Al buen hacer del Magistrado del Tribunal, Profesor Dr. LUIS PUIG I FERRIOL es imputable este espléndido panorama jurisprudencial de un PAÍS tan próximo al nuestro, y cuyo Derecho *parece* tan lejano cuando lo que quizá en el fondo ocurre es que hemos olvidado en el nuestro las raíces comunes, ese **"ius commune"** siempre latente e ignorado (11).

CATALUÑA

Importante es la jurisprudencia civil catalana, emanada del "Tribunal Superior de Justicia de Cataluña" y de ello di noticia en su día (12).

Me parecía natural y casi seguro que la publicación **oficial** del conjunto de sentencias emanadas del citado Tribunal no podía demorarse mucho, y en su momento y lugar lo apunté (13).

Buena labor es la que en el citado volumen ha efectuado el Magistrado de dicho Tribunal, Profesor Dr. L. PUIG I FERRIOL, que en sus variados quehaceres y ocupaciones ha encontrado el tiempo y la manera de ultimar esa tarea.

Es muy de agradecer por los juristas no inmersos en el mundo mediterráneo que la cuidada labor del Prof. PUIG I

---

(11) *V.*, por todos, F. CALASSO: *Introduzione al diritto comune,* ed. Giuffrè, Milano, 1951; *Medio evo del diritto. I. Le Fonti,* Milano, ed. Giuffrè, 1954, págs. 235 ss.; y los trabajos "Il problema storico del diritto comune e i suoi riflessi metodologici nella storiografia giuridica europea" y "Citramontani, ultramontani e il problema storico del diritto comune", ambos en el volumen titulado *Storicità del diritto,* ed. Giruffrè, Milano, 1966, págs. 203 y sigs. y 227 y sigs.

(12) *V.* en esta revista: *v.* ***nota 1*** precedente.

(13) *V. op. cit.* en ***nota 1,*** págs. 174-175. La cita era: *Jurisprudencia Civil del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya. Volum I (anys 1989-1992),* ed. del Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya, 1.ª edición, maig 1994, a cargo de D. LUIS PUIG FERRIOL. (En prensa este trabajo, ya ha aparecido del mismo autor L. PUIG FERRIOL, bajo el mismo título apuntado y de la editorial, el nuevo volumen *Volum II (any 1993).* Primera edició, Barcelona, desembre 1994).

FERRIOL abarque *la versión original* de cada sentencia y su correlativa *traducción,* bien al catalán o al castellano, respectivamente.

Resulta un conjunto de sentencias y un período de tiempo casi coincidentes con el examen personal por mí efectuado, de manera que aquí tan sólo voy a precisar las *disparidades* en aras de la correcta inteligencia por el lector atento.

Es muy de agradecer, asimismo, que el Profesor PUIG FERRIOL *—conocedor en su día de la parte más importante de mi trabajo sobre esta temática—* haya cuidado con esmero las *erratas* mecanográficas por mí apuntadas, sobre todo las de las versiones en catalán (14).

Se encuentra distribuido el volumen en las *partes* siguientes, **cada una de ellas** *en la doble versión en catalán y en la traducción a la lengua española:*

Una *primera parte* (págs. 1 a 48), titulada "El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña".

Una *segunda parte* (págs. 49 a 809), titulada "Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña".

Una *tercera parte* (págs. 811 a 828), titulada "Indice de conceptos".

— Primera parte (El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña). Está dividida en *cuatro epígrafes,* en los que estudia los *puntos* siguientes: Los Tribunales Superiores de Justicia, El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, los recursos de casación ante el T.S.J. de Cataluña, los recursos de revisión ante el T.S.J. de Cataluña.

Un rápido repaso de conjunto de esta primera parte nos va a permitir una amplia perspectiva de esta compleja e importante temática, una ubicación de la misma dentro del sistema que integra nuestro ordenamiento jurídico y una lectura del pensamiento del autor, Profesor Dr. PUIG I FERRIOL.

---

(14) A esas erratas he aludido en su momento ***en las notas*** de mi trabajo, precitado.

El epígrafe dedicado a **los Tribunales Superiores de Justicia** comienza con el engarce de la organización judicial española dentro del constitucionalismo español del siglo XIX —tras el recuerdo de las consecuencias que para Cataluña supusieron los Decretos de Nueva Planta—, sigue con la referencia a la Constitución Republicana de 1931 y al Estatuto Catalán de 1932 (y la consiguiente creación del "Tribunal de Casación de Cataluña" por Ley de 19.3.1934), y finaliza con el examen del poder judicial en la actual Constitución Española (C.E.) de 1978 (art. 149.1.4.º y 151, p. 2.º). De la normativa constitucional vigente deriva la Ley Orgánica del Poder Judicial (L.O.P.J.) 6/1985 de 1 de julio que en sus arts. 70 a 79 estructura los Tribunales Superiores de Justicia como organismos jurisdiccionales **del Estado**. En tal sentido, nos recuerda el Autor las **sentencias del Tribunal Constitucional,** n.º 38/1992 de 22 de junio (en el recurso sobre conflicto positivo de competencia n.º 394/1981), y de 14 julio 1981 (en el recurso de inconstitucionalidad n.º 25/1981).

El epígrafe dedicado al **Tribunal Superior de Justicia de Cataluña** (T.S.J. Cat.) parte del referido hecho diferencial constitucional: el actual T.S.J. Cat. *no es un órgano de la Generalidad de Cataluña, sino del Estado Español,* relacionado *territorialmente* con la Comunidad Autónoma Catalana por razón de su ubicación. Si la C.E. actual no ha seguido el precedente de la Constitución de 1931, explica PUIG FERRIOL que

> "... *ello se debe al hecho de configurar el poder judicial como indivisible, y* esta configuración no permite la existencia de un poder judicial propio de las Comunidades Autónomas; configuradas en el texto Constitucional como unas Corporaciones públicas de base territorial y de naturaleza política, *a las cuales se atribuye una esfera limitada de poder, que no es soberanía, pero sí un grado de autonomía cualitativamente superior a la administrativa* que se confiere a otros entes territoriales.— ..." (15).

(15) *V. op. cit.,* págs. 27 y sigs.: *subrayados* míos (J.C.G.).

El mismo PUIG FERRIOL ha analizado esta temática en otros lugares con anterioridad. Así, en el Seminario titulado *Autonomía y Justicia en Cataluña,* en vol. edit. por Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1991, págs. 55 y sigs.; y también en

Desde esta **perspectiva constitucional** entiende PUIG FERRIOL que los TT.SS.JJ.

> "... representan un complemento, no sé si necesario, pero en todo caso muy conveniente, de la atribución a determinadas Comunidades Autónomas de una competencia *exclusiva* en las materias referentes a la conservación, modificación y desarrollo del derecho civil propio. *En el sentido de que la existencia de un derecho civil propio es conveniente que vaya acompañada de la existencia de unos organismos jurisdiccionales investidos de la función de interpretar y aplicar el derecho propio de acuerdo con sus principios informadores,* que por definición serán diferentes —por lo menos en parte— a los que informan el derecho civil español general, pues en buena parte el derecho civil propio de una Comunidad Autónoma será el que resulta de la jurisprudencia recaída en la aplicación del mismo. Con lo cual se pretenderá conseguir un mejor funcionamiento de la administración de justicia, como consecuencia de la natural proximidad de la jurisdicción al ciudadano sujeto al derecho civil propio de la Comunidad Autónoma (F. DE VILLAVICENCIO I ARÉVALO).— ..." (16).

Efectuadas estas precisiones, pasa a ocuparse el Autor de la *estructura* del T.S.J. Cat. examinando los puntos referentes a denominación, sede del Tribunal, idioma y jurisdicción.

El epígrafe dedicado a **los recursos de casación ante el T.S.J. Cat.** comprende el examen de la competencia, el órgano jurisdiccional competente en primera instancia, la infracción de normas (de derecho civil catalán solamente, de derecho civil catalán y de otras normas, de preceptos constitucionales y de normas procesales), y la jurisprudencia del T.S.J. Cat.

En orden a *la competencia,* tras la alusión al art. 73.1.a) de la L.O.P.J. y a los arts. 19 y 20 del Estatuto Catalán (E.A.C.), dice el Autor que "la competencia del T.S.J. Cat. en materia de recursos de casación se establece cuando el recurso se fundamente en infracción del derecho civil propio

---

su artículo titulado "La casación civil ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (1989-1990)", publicado en *A.D.C.,* Tomo XLVI, 1993, Fasc. II, págs. 489 y sigs.

(16) *V. op, cit.,* págs. 27-28: *subrayados* míos (J.C.G.).

de Cataluña". Pasa revista a las sentencias dictadas por el T.S.J. Cat. desde su creación hasta el 31 de diciembre de 1992, a efectos *estadísticos y* con amplias referencias *temáticas* (17).

En orden al *órgano jurisdiccional competente en primera instancia,* de las normas precitadas (art. 77.1.a) L.O.P.J. y arts. 19 y 20.1.a) E.A.C.) resulta: una atribución de competencia **parcial** a los TT.SS.JJ., pues únicamente se extiende a los recursos de casación que se fundamenten en el derecho civil propio de la Comunidad Autónoma; el T.S.J. Cat. es el órgano jurisdiccional ante el cual se agotan las sucesivas instancias procesales; el T.S.J. Cat. se establece con base a unos criterios estrictamente territoriales, por lo que ante dicho Tribunal sólo se agotarán aquellos recursos de casación planteados como consecuencia de controversias judiciales iniciadas en las instancias inferiores ante órganos jurisdiccionales con sede en el territorio de la Comunidad Autónoma.

De todas estas *premisas* extrae el Prof. Puig Ferriol una serie de *consecuencias,* planteando los **problemas** siguientes:

1.º) ¿Quid respecto a un litigio sobre cuestiones propias del derecho civil catalán, seguido en primera instancia y en apelación ante órganos jurisdiccionales radicados **fuera de** Cataluña?

2.º) ¿Quid si una controversia judicial sobre cuestiones referentes al derecho civil catalán, por acuerdo de los particulares afectados (art. 56 LEC.), es sometida a la decisión de un órgano jurisdiccional **que no tenga su sede en** la Comunidad Autónoma catalana?

3.º) ¿Quid en orden a una contienda judicial en la que se invocaran normas de derecho civil catalán, presentada ante un organismo jurisdiccional radicado **fuera de** la Comunidad Autónoma catalana **por estar directamente conectada**

---

(17) *V.* como complemento, *mi trabajo citado en nota 1 precedente* en esta revista, n.º 9, enero-marzo 1994, págs. 173 y sigs., **en especial** págs. 380 y sigs.

con otra contienda judicial planteada **ante dicho** órgano jurisdiccional?

En orden al punto relativo *a la infracción de normas de derecho civil catalán* —**en conexión con la delimitación de la competencia del T.S.J. Cat. respecto a la casación civil**—, plantea el profesor PUIG FERRIOL **el problema —muy controvertido— de la determinación de qué cosa haya de entenderse por "derecho civil catalán"** (o "derecho civil propio de la Comunidad Autónoma catalana") a los efectos de fundamentar la competencia del T.S.J. Cat. en sede de casación civil, dado que las opiniones al respecto distan mucho de ser coincidentes. Así, *v. gr., entre otras,* sería "derecho civil catalán":

1) El derecho contenido en la respectiva Compilación (CDC. CAT.), y sus sucesivas reformas por leyes del Parlamento de Cataluña en el ejercicio de su respectiva competencia legislativa exclusiva (art. 149.1-8.º CE. y art. 9.2. E.A.C.).

2) El derecho contenido fuera de la Compilación (o de las leyes que la reforman) por remisión a preceptos del C.c. o de la legislación general española.

3) El derecho contenido en preceptos del C.c. que complementan la normativa catalana relativa a determinadas instituciones *(v. gr.,* "traditio", prescripción ...).

4) El derecho contenido en preceptos de derecho interregional, con referencia al derecho civil catalán (aplicación **en sentido negativo** del derecho civil foral propio).

5) El derecho derivado de preceptos del derecho histórico catalán *(v. gr.* fideicomisos, heredamientos).

En todo caso, recuerda el autor que **la MEMORIA para el año judicial de 1990 del Fiscal General del Estado** pone de relieve que *"Son competentes los TT.SS.JJ. tanto si* el objeto litigioso fue calificado en la instancia de derecho común y el recurrente invoca la infracción por no aplicación de una norma de derecho civil propio de la Comunidad Autónoma; como si el litigio se resolvió conforme a las normas de este

derecho y se invoca en casación la violación o errónea interpretación de la norma aplicada" (18).

En orden al punto relativo a *la infracción de normas de derecho civil catalán y otras normas* **—en conexión con la delimitación de la competencia del T.S.J. Cat. respecto a la casación civil—** distingue el autor las siguientes **cuestiones:**

1) **En el tema básico apuntado,** recuerda PUIG FERRIOL cómo con anterioridad a la creación de los TT.SS.JJ. la doctrina se había ocupado del problema de la delimitación de la competencia del T.S.J. cuando *se fundamentare* el recurso de casación *en* infracción de normas de derecho civil propio de la Comunidad Autónoma y *además en* infracción de normas de derecho civil común o general. Al problema citado pareció darle solución el art. 51.1 de la Ley de Demarcación y Planta Judicial, criterio recogido por el actual (reformado) art. 1.730 LEC.

2) Otro caso, no previsto por el legislador, pero que puede darse con facilidad *en Cataluña* (19), en los casos de adquisición de vecindad civil *catalana* de un matrimonio de distinta región por residencia continuada. ¿Quid en orden a la normativa para la sucesión por causa de muerte de uno o ambos cónyuges?

3) En el caso de que todos o alguno de los motivos del recurso de casación se fundamenten en preceptos de derecho civil catalán, *con el recurso planteado y resuelto por el T.S.J. Cat.,* **y posteriormente en trámite de ejecución de sentencia se formula recurso de casación** *contra* el auto dictado en apelación *en ejecución* de la sentencia recaída en el anterior recurso de casación **y en este nuevo recurso de casación no se invoca norma alguna de derecho civil catalán.**

En orden al punto relativo a *la infracción de preceptos constitucionales* **—también en conexión con la delimitación**

---

(18) *Subrayados* míos (J.C.G.).

(19) Y —añado yo— en otras regiones con tasa **inmigratoria** elevada (BALEARES, PAÍS VASCO).

de la competencia del T.S.J. Cat.— plantea PUIG FERRIOL diversas **cuestiones** y apunta argumentos clarificadores, como sigue:

1) Si el recurso de casación se funda *solamente* en la infracción de preceptos constitucionales: cita el autor el art. 5.4 L.O.P.J., el art. 54.1. a) L.O.P.J. y los arts. 1.730 y 1.732 LEC., cuya normativa —dice— "convierte al Tribunal Supremo en el único órgano jurisdiccional competente para controlar la constitucionalidad o no del derecho civil propio de la Comunidad Autónoma". Lo cual —dice PUIG FERRIOL— no deja de ofrecer reparos.

2) Si el recurso de casación se fundamenta en infracción de preceptos constitucionales *y en otros motivos se alega infracción de preceptos del C.c. y del derecho civil catalán:* se plantea la cuestión de determinar qué órgano jurisdiccional ha de resolver el recurso, *caso de que* el Tribunal Supremo *entienda que no concurre* infracción de precepto constitucional.

En orden al punto relativo a *la infracción de normas procesales* **—en conexión con la delimitación de la competencia del T.S.J. Cat. respecto a la casación civil—** apunta el autor los **problemas** siguientes:

1) Si un recurso de casación *se fundamenta solamente en normas procesales (v.* gr. art. 1.692, 1.º, 2.º y 3.º LEC.). Cita PUIG FERRIOL los **Autos del T.S.J. Cat. de 14 febrero 1991 y 9 enero 1992** (20), que establecen la *incompetencia* del mismo. Apunta los interesantes pronunciamientos de la doctrina procesalista catalana más reciente y entiende que "este punto de vista, sin duda sugestivo, no parece el más acorde con la legislación actual, claramente orientada a una uniformidad —con limitadas excepciones— de la normativa procesal española".

---

(20) *V. op. cit.,* bajo los ***números 15*** (págs. 324 y sigs.) ***y 33*** (págs. 569 y sigs.). *Autos que no figuran* en la relación por mí presentada en el trabajo citado en *nota 1 precedente, y* por las razones allí dichas.

2) Si del derecho propio de la Comunidad Autónoma *se derivan especialidades procesales (v. gr.,* arts. 120, 121, 225, 316.1, 363 del Código de Sucesiones de Cataluña). Cita el art. 149.1.6.° C.E. y el art. 9.3 del E.A.C.

En orden al punto relativo a **la jurisprudencia del T.S.J. Cat.,** cita PUIG FERRIOL el art. 1.6 C.c. —en conexión con el art. 1.692.4.° LEC.—, a los efectos de fundamentar el recurso de casación *en la infracción de la jurisprudencia que fuese aplicable* para resolver las cuestiones objeto de debate. Considera el autor los **problemas** siguientes:

1) *Si,* después de la creación de los TT.SS.JJ., *éstos podían establecer jurisprudencia* en la aplicación de las normas de su derecho civil propio. Tras la exposición de las distintas argumentaciones, hace algunas puntualizaciones, y cita la **Sentencia del T.S.J. Cat. de 20 octubre 1992** (21).

2) Si, *presentado* un recurso de casación *ante* el Tribunal
258 Supremo en el cual *se invoque* como fundamento del recurso *la infracción de la jurisprudencia del T.S.J. Cat. relativa a normas del derecho civil catalán,* esta jurisprudencia invocada *¿vinculará o no al T.S.?*

3) Si, inversamente, *presentado* un recurso de casación ante el T.S.J. Cat. en el cual *se invoque* como fundamento del recurso *la infracción de la jurisprudencia del T.S. relativa a normas de derecho civil catalán,* esta jurisprudencia *¿vinculará o no al T.S.J. Cat.?* Tras pasar revista a los posibles criterios *(v.* art. 2.° de la LEY 3/1992 de 1 julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco), cita la **sentencia del T.S.J. Cat. de 1 octubre 1991** y finaliza con unas referencias **específicas** a los distintos litigios resueltos por el T.S.J. Cat. y la siguiente consideración **genérica:** "... creo puede sentarse la afirmación de que no se han producido en la práctica los inconvenientes a los que se acaba de hacer referencia.— ...".

---

(21) Figura ***como n.° 44*** (págs. 670 y sigs.) de este volumen: se corresponde con la ***n.° 38*** de mi RELACIÓN (en esta revista, *cit.,* págs. 358-365).

• Finalmente, el epígrafe relativo a **los recursos de revisión ante el T.S.J. Cat.** comienza recordando la normativa del primitivo art. 1.801 LEC. y del art. 123 C.E., en virtud de la cual el Tribunal Supremo era el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes para entender de estos recursos. Principio que quiebra con la promulgación de los Estatutos de Autonomía *(v., v. gr.,* art. 20.1.a) E.A.C.), de manera que la L.O.P.J. en su art. 73 atribuye a los TT.SS.JJ. unas determinadas competencias *en sede de recursos de revisión.*

Los *requisitos* establecidos (art. 73 L.O.P.J., citado) al respecto son: que la competencia al T.S.J. venga atribuida en el respectivo Estatuto de Autonomía, que el recurso se interponga contra sentencias dictadas por órganos jurisdiccionales con sede en la Comunidad Autónoma, y que la sentencia contra la cual se interpone el recurso de revisión haya recaído "en materia de Derecho Civil, Foral o Especial, propio de la Comunidad Autónoma".

Este último requisito es objeto de detenido examen por PUIG FERRIOL, partiendo del dato previo de que según la doctrina procesalista "el denominado recurso de revisión no es propiamente un recurso, sino una demanda rescisoria autónoma dirigida a la impugnación de una sentencia obtenida de forma no ajustada a derecho". Lo cual justifica que —conforme al art. 1.796 LEC.— dicho recurso **se fundamente únicamente en consideraciones fácticas,** con absoluta abstracción de las normas que resuelven el fondo del litigio.

A los efectos de superar los inconvenientes derivados de la premisa antedicha, recuerda el Autor cómo la Ley de Demarcación y Planta Judicial 38/1988, en su art. 54.2, establece una solución provisional y transitoria y hace una interpretación favorable a las competencias de los TT.SS.JJ. en sede de recursos de revisión. Criterio recogido posteriormente por el vigente art. 1.801 LEC., **con lo cual se suprime el ilógico requisito precitado,** que *equivalía en la práctica*

a convertir en inoperante la competencia de los TT.SS.JJ. en cuanto a la revisión civil.

Recuerda PUIG FERRIOL que en el período de tiempo contemplado (en este volumen) el T.S.J. Cat. sólo ha tenido oportunidad de conocer de **un** recurso de revisión, *resuelto* por **Sentencia de 31 julio 1991** (22).

• Finaliza el trabajo y esta primera parte con una cuidada **Guía Bibliográfica.**

— **Segunda Parte (Jurisprudencia Civil).**

Comprende *las* 53 *decisiones* emanadas del T.S.J. Cat. durante el período de tiempo entre diciembre de 1989 y diciembre de 1992: 49 sentencias y 4 autos. Todas ellas, **en doble versión,** como antes expuse.

Observará el lector atento *alguna discrepancia* entre lo publicado en este volumen y el contenido de mi trabajo citado sobre el tema aparecido **en esta REVISTA,** y algo de ello podía intuirse en alguna de mis observaciones preliminares al mismo (23).

Sin embargo, de lo expuesto, dado **que el cierre de mi RELACIÓN se producía en 31 de enero de 1993** y alcanzaba —como **última** sentencia presentada— **la Sentencia de 30 de noviembre de 1992** (24), y descontado el factor referente a los AUTOS que no llegaron a mi poder en su día, en número de CUATRO —de 14 febrero 1991 (25), de 19 septiembre 1991 (26), de 9 enero 1992 (27), y de 14 mayo 1992 (28)—, el resultado es que tan sólo aparecen *cuatro sentencias* que no figuraban en mi RELACIÓN.

---

(22) Figura como ***n.º 23*** (págs. 432 y sigs.) en este volumen: se corresponde con la n.º 20 de mi RELACIÓN (*v.* en esta revista, *cit.*, págs. 258-260).

(23) *V. op. cit., especialmente* pág. 175, y notas 1 y 2.

(24) Figura en mi RELACIÓN como ***n.º 40*** (*v.* en esta revista, *op. cit.*, págs. 372-379): se corresponde con la ***n.º 48*** de las publicadas en este volumen aquí comentado (págs. 726 y sigs.).

(25) Figura como ***n.º 15*** en este volumen (págs. 324 y sigs).

(26) Señalado con el ***n.º 24*** en este volumen (págs. 440 y sigs.).

(27) Señalado con el ***n.º 33*** en este volumen (págs. 569 y sigs.).

(28) Figura como ***n.º 39*** en este volumen (págs. 617 y sigs.).

Dichas cuatro sentencias quedan aquí aludidas como sigue:

— **S. de 14 junio 1990** (Margaret Mogendorf i Scharlach v. Textil Santanderina, S.A., y Veremundo Bertrán i Vilaseca): sobre compras con pacto de sobrevivencia (Pte.: J. CORBAL FERNÁNDEZ). Señalada con el ***n.º 7*** en el volumen (pág. 187 y sigs.).

— **S. de 4 julio 1990** (Ignacio Junyent Alsina v. Excmo. Ayuntamiento de Barcelona): sobre rescisión por lesión (Pte.: L. DÍAZ VALCÁRCEL). Señalada con el ***n.º 10*** en el volumen (pág. 251 y sigs.).

— **S. de 2 noviembre 1992** (Juan José Bosch Gómez y otros v. Emilio Pí Vidal y otros): sobre acción de deslinde (Pte.: L. PUIG FERRIOL). Señalada con el ***n.º 45*** en el volumen (pág. 684 y sigs.).

— S. **de 9 noviembre 1992** (Juan Ferrer Aymerich v. Ramón Porcar Fabra): sobre acción negatoria de servidumbre (Pte.: J. BADÍA TOBELLA). Señalada con el ***n.º 46*** en el volumen (pág. 698 y sigs.).

Habida cuenta de **las particularidades aquí apuntadas,** parece debe concluirse esta panorámica de la jurisprudencia civil catalana última, por mí iniciada en mi trabajo precedente ya citado. Ulteriores reflexiones en este punto llevarían a desbordar los límites puramente *informativos* de estas notas.

— Tercera Parte (Indice de conceptos).

Finaliza el profesor PUIG FERRIOL este volumen con un cuidadoso "Indice de Conceptos", *en doble versión,* como se dijo más arriba.

III. Selección de comentarios doctrinales sobre las últimas reformas legislativas del Derecho civil catalán

Buena parte de la *dinámica implícita* en la evolución de un ordenamiento jurídico está en íntima conexión con la pulsión real de sus instituciones vividas por los pobladores del territorio respectivo, depende de la actitud vigilante y atenta de los políticos de esa tierra y necesita de un "ars docendi" por parte de los enseñantes del derecho propio y de una adecuación flexible de la normativa a las circunstancias de la realidad por parte de los prácticos del derecho.

Es de toda justicia, por evidencia que todos podemos atestiguar, el proclamar cómo todas esas **peculiaridades** aquí apuntadas se producen en torno al modernísimo derecho civil catalán y posibilitan esa tremenda dinámica "sui generis" que hace aparecer a los demás ordenamientos civiles del Estado como lentos y faltos de reflejos ante los cambios sociales.

Resulta curioso, por otro lado, el constatar cómo a cada reforma legislativa ha precedido un previo debate y desarrollo de los temas polémicos necesarios de reformas, con amplia participación de juristas de todo tipo y el concurso de los políticos encargados de llevar a efecto las reformas por el grupo de juristas especializados propuestos. Ello es observable, sin ánimo exhaustivo por mi parte, si se acude a los *cotejos* siguientes:

- Jornadas de Tossa de 1982:
  Reforma de la CDC. CAT. de 1984.
- Jornadas de Tossa de 1984:
  Reformas de la CDC. CAT. de 1987 y 1991.
- Jornadas de Tossa de 1988:
  Reformas de la CDC. CAT. de 1991.
- Jornadas de Tossa de 1992:
  Reforma de la CDC. CAT. de 1993.

Existe, además, la necesaria **infraestructura** (el anglosajón "background") para acometer previamente el debate proyectado y las propuestas a sugerir y para, posteriormente, proceder a un desenvolvimiento técnico-jurídico de la nueva normativa introducida mediante los comentarios doctrinales a cargo de expertos juristas. Con lo cual se posibilita el acceso de los prácticos u "operadores jurídicos" al contenido sustancial de la norma nueva y se difunde el cambio normativo entre la gran masa social del territorio.

Si nos atenemos a este esquema, en apariencia fácil y sencillo, es dable observar este otro *cotejo:*

- Reforma de 1984: Comentarios de varios autores (todos ellos Profesores de Derecho Civil) (29).
- Reforma de 1991: Comentarios de diversa procedencia: ***unos,*** aportados a las Jornadas de Tossa de 1992 (30), y ***otros,*** a cargo de un conjunto de notarios y publicados en 1994 (31).
- Reforma de 1993: Comentarios en Jornadas de Tossa de 1994 (de próxima celebración) (*).

Importante es, finalmente, dar constancia de que tanto los "Kleiner-Kommentar" como los "grosser-kommentar" (en la jerga germánica usual) son de un elevado vigor conceptual, acusado tecnicismo y un cierto y desmesurado "autonomismo".

Temas tratados por los autores catalanes como el de las fuentes del derecho civil catalán, las remisiones normativas

---

(29) *V. Comentaris a les reformes del Dret Civil de Catalunya,* volum I, a cargo de F. BADOSA COLL y otros, edit. Bosch, Barcelona, 1.ª ed., septiembre de 1987.

(30) *V.* el volumen *El nou dret succesori de Catalunya* (Setenes Jornades de Dret Català a Tossa, Tossa de Mar 24-26 de setembre de 1992), edición a cargo del Area de Dret Civil (Coord.), Universitat de Girona, 1.ª edició, 1994. ***Salvo las Comunicaciones*** de las págs. 289 y ss., 301 y ss., 379 y ss., y 439 y ss., tanto las PONENCIAS como las COMUNICACIONES proceden a analizar los aspectos ***genéricos*** o ***específicos*** del nuevo 'Código de Sucesiones' de Cataluña de 30.12.1991.

(31) *V.* la obra *Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña (Ley 40/1991, de 30 de diciembre),* dos tomos, coord. de LLUIS JOU I MIRABENT, con prólogo de LLUIS FIGA FAURA, edit. Bosch, Barcelona, 1.ª edición, abril de 1994.

(*) Celebradas en *septiembre de 1994.*

al C.c., derecho supletorio e integración normativa —entre otros de tipo **genérico**— han devenido clásicos y han sido objeto de "exportación" (e "importación", en su caso) por juristas de otras regiones del Estado. Temas más **específicos,** como los relacionados con **la reforma global de la CDC. CAT.** por Ley 13/1984 de 20 de marzo, o bien con **el fenómeno sucesorio,** fueron, bien en su día, bien últimamente objeto de detenidos comentarios. Aquí se explicitan *a título informativo,* precisando *sus características* como tales comentarios (grande —GROSSER—, pequeño —KLEINER—, o mediano —MITTLERER—) y *sus propósitos* o finalidad respectiva, en la forma que sigue:

— REFORMAS POR LEY 13/1984 DE 20 DE MARZO (32).

Explícitamente dice la NOTA PREVIA introductoria al texto que la obra de comentarios "responde a una iniciativa de los profesores de Derecho Civil de las Universidades ***Catalanas*** *—sic—*" (33), anuncia que se trata de ***un primer volumen*** relativo a la ley precitada (34) y dice incluir "la integridad del ***contenido*** de la citada ley".

El conjunto de comentarios, obra de doce profesores, adolece de cierta heterogeneidad de tratamiento que, claro es, se corresponde con la dispar autoría del comentario al artículo respectivo.

Al propio tiempo, no cabe dar carácter homogéneo al comentario global (grande, pequeño, mediano), ya que, junto a algunos del tipo "grosser-kommentar" como los de P. SALVADOR CODERCH (al art. 1, a la sucesión intestada), la mayoría de los comentarios son del tipo "medio" (mediano), y algunos pocos del tipo "pequeño".

---

(32) Remito a la ***nota 29*** precedente: Los ***subrayados*** que siguen son míos (J.C.G.).

(33) Figura como tal M. COCA PAYERAS, a la sazón titular en la Universidad de *Palma de Mallorca* ***(con posterioridad a 1985*** *denominada* "Universitat de Les Illes Balcars").

(34) No ha aparecido otro volumen posteriormente.

El conjunto de comentarios, con **las materias tratadas,** es como sigue:

• Al art. 1.º, de P. SALVADOR CODERCH.

• Al art. 3.º, de M. COCA PAYERAS.

• A las reformas del Derecho de Familia: a los arts. 4, 5 y 6, de M. C. GETE-ALONSO CALERA; al art. 10, de J. EGEA FERNÁNDEZ; a los arts. 12, 13, 19, 20, 21, 22 y 23, de M. YSÀS SOLANES; a los arts. 24, 25, 44, 46 y 47, de C. MALUQUER DE MOTES BERNET; a los arts. 26, 27, 29, 30, 31, 35, 36, 41, 42 y 48, de F. BADOSA COLL; a los arts. 49, 50 y 51, de A. MIRAMBELL ABANCO; y a los arts. 55, 58 y 59, de S. ESPIAU ESPIAU.

• A las compras con pacto de sobrevivencia (arts. 61-62), de E. ROCA TRÍAS.

• A los Heredamientos (arts. 69, 71, 79, 81 y 95), de J. EGEA FERNÁNDEZ.

• A los llamamientos en derecho sucesorio (arts. 114, 115 y 116), de L. PUIG FERRIOL.

• A la legítima (arts. 124 al 130, y 141), de E. ROCA TRÍAS.

• A la cuarta vidual (arts. 147 al 154), de A. CASANOVAS MUSSONS.

• A las sustituciones y fideicomisos (arts. 156, 160, 170, 174, 176, 177 y 179), de L. PUIG FERRIOL.

• A la sucesión intestada (arts. 248 a 251), de P. SALVADOR CODERCH.

• A la capacidad para suceder (arts. 252 a 255), de M. C. GETE-ALONSO CALERA.

• A las reservas (arts. 269 a 272), de A. CASANOVAS MUSSONS.

• A las Disposiciones Finales 1.ª, 2.ª, 3.ª y 4.ª de la Ley de 1984: de P. SALVADOR CODERCH.

• A la Disposición Transitoria 6.ª de la Ley de 1984: de L. PUIG FERRIOL.

Esta obra de comentarios doctrinales a las reformas introducidas en la CDC. CAT. por la Ley de 1984 puede ser

enmarcada en un doble haz de criterios de análisis: en lo ***formal*** y ***en lo material o de fondo.*** **En lo formal** aparece toda ella escrita *en lengua catalana y estructuralmente* cada comentario reviste las características de cada autor: unos —la mayoría— de tipo dogmático-profesoral; otros, de tipo sistemático-discursivo y con perfiles comparatistas; otros de tipo sistemático-historicista; y en su mayoría, con perspectivas centradas en la normativa catalana y con citas referidas a otros profesores civilistas. **En lo material,** el conjunto se inserta en una visión autonomista del tipo máximo, consistente en que el "desarrollo" del derecho civil propio (art. 149.1.8 C.E.) obtenga el mayor techo posible; de otra parte, engarzan la mayoría de los Comentarios con el tradicional uso que por la doctrina catalana se hace del canon *historicista* (35), *y* muy en especial en relación con **los materiales pre-legislativos** sobre cada norma objeto de reforma.

No es éste el momento ni el lugar para hacer una aproximación de tipo *valorativo,* quedando voluntariamente limitada mi perspectiva de análisis al aspecto *informativo.*

— REFORMAS DEL DERECHO DE SUCESIONES POR LEY 8/1990 DE 9 DE ABRIL Y POR LEY 40/1991 DE 30 DE DICIEMBRE (36).

Además de la obra *colectiva* precitada, que responde en su concepción, estructura y contenido a la tipología de los "grosser-kommentar" y de la que luego me ocupo, han aparecido otra serie de aportaciones doctrinales a las cuales quiero también referirme.

— Unos estudios *aislados, v. gr.:*

• J. MATEO ESTÉVEZ, "La legítima en Cataluña: concepto, caracteres, personas legitimarias, su orden de preferencia y

(35) *V.* sobre este punto, por todos, la extraordinaria interpretación hecha al art. 1, y su excelente síntesis de los posibles *criterios,* en P. SALVADOR CODERCH, *op. cit.,* págs. 13 y sigs., *esp. p. 17 (y nota 16) y sigs.*

(36) Remito a las **notas 30 y 31** precedentes: ***subrayados*** míos (J.C.G.).

extinción" (37): se corresponde con la reforma de la legítima operada por la LEY 8/1990 de 9 de abril.

• E. GONZÁLEZ BOU, "Administración y disposición de los bienes de los menores adquiridos por título gratuito en Catalunya. Examen especial del art. 66.1 del Código de sucesiones de Catalunya" (38).

— Unos estudios *de conjunto,* de tipo *medio* (mediano):

• M. MARTÍN MELERO, "Apuntes de Derecho Sucesorio Catalán (Una introducción al Código de Sucesiones)" (39). Es una aportación tremendamente valiosa, enormemente didáctica y destinada a ayudar a los opositores de notarías, cuyo *propósito limitado aparente* ("El autor declara y manifiesta que *ha cercenado* de estos llamados "Apuntes", de una forma dolosa y brutal, pero no irrespetuosamente, *opiniones* doctrinales, jurisprudenciales e incluso *antecedentes* históricos-legales anteriores al texto de 1960...; y que *se ha limitado* a un análisis de la normas positivas, con vagas referencias a la opinión doctrinal.— ...") queda desbordado por la gran claridad expositiva, la excelente información y las impagables referencias y concordancias *(v.* en *Tabla de Abreviaturas)* que remiten bien a la regulación catalana anterior o a la del C.c., bien a las nuevas aportaciones, bien a las concordancias en sentido propio.

— Unos estudios *de conjunto* (de catalogación *a caballo entre* los "grosser-kommentar" y los "mittlerer-kommentar" por la diversidad de aportaciones) aparecidos tras la publicación de las "VII Jornadas de Derecho Catalán en Tossa" (40). Su caracterización *aparente* sería la del orden dogmá-

(37) *V.* en *Boletín de Información del Colegio Notarial de Granada,* n.º 116, agosto 1990, págs. 1559 y sigs.

(38) *V.* en *La Notaría,* Boletín Informativo del Colegio Notarial de Barcelona, n.º 3, marzo, 1994, págs. 39 y sigs.

(39) *V.* en *Boletín de Información del Colegio Notarial de Granada.* Conjunto de 1 al XXIV APUNTES, que comienzan en el n.º 140 de agosto de 1992 (págs. 2295 a 2309), siguen en los números y meses correlativos y se cierran en el n.º 151 de julio de 1993 (págs. 1813 a 1831): Subrayados míos (J.C.G.).

(40) Me remito a la **nota 30** precedente.

tico-docente, por la abundancia de las aportaciones de Profesores de Derecho Civil (tan sólo ***una*** ponencia y ***una*** comunicación, a cargo de sendos notarios). Su *estructura y forma,* variada, en función de las dispares autorías, y su ***lenguaje*** (salvo un par de comunicaciones en castellano) en lengua catalana. *Su contenido* viene a corresponderse con las observaciones idénticas que anteriormente hice respecto de los comentarios a la Ley de 1984. *La distribución de materias y autores* (41) es como sigue:

• L. PUIG FERRIOL (P.): "Les bases del nou Codi de Successions".

• E. ROCA TRÍAS (P.): "La successió dels cònjugues entre ells".

• L. JOU MIRABENT (P.): "El testament en el Codi de Successions de Catalunya" (42).

• A. MIRAMBELL (P.): "Els llegats, La nova regulació segons la llei 40/1991, de 30 de Desembre: 'Codi de Successions pers causa de mort en el Dret Civil de Catalunya'".

• J. EGEA FERNÁNDEZ (P.): "Els heretaments".

• A. CASANOVAS MUSSONS (P.): "Les donacions per causa de mort: la seva regulació en el Títol VI del Codi de Successions".

• P. SALVADOR CODERCH, junto con M. R. LLOVERAS FERRER y C. SEUBA TORREBLANCA (P.): "Amor et caritas. La parella de fet en el dret successori de Catalunya".

• J. ALVENTOSA DEL RÍO (C.): "El prelegado en el Código Civil y en el Código de Sucesiones por causa de muerte de Cataluña".

• E. ARROYO AMAYUELAS (C.): "La institució d'hereu a

---

(41) *El añadido P. ó C.* después de cada autor se corresponde con las palabras "Ponencia" y "Comunicación".

(42) Tremendamente *significativa* la NOTA final del Ponente —recuerdo se trata de un notario— sobre las "Jornadas de Derecho Catalán en Tossa", al decir que "... **no son un congreso científico, sino una plataforma de encuentro** entre profesionales y profesores de derecho para el debate de los aspectos más relevantes de la evolución del Ordenamiento Jurídico Privado de Cataluña ..." (versión castellana mía: J.C.G.).

favor dels descendents del legatari d'usdefruit universal i el curador dels no concebuts a la mort del testador (Aproximació a l'art. 143 del Codi de Successions per causa de mort a Catalunya)".

• S. CARRIÓN (C.): "Las disposiciones testamentarias captatorias en el Código de Sucesiones de Cataluña (El artículo 160 del CSC.)".

• J. MARSAL GUILLAMET (C.): "La vinculació de l'hereu als 'actes propis' del causant envers els béns de l'hereu (arts. 1.1 i 35.4 t. CS.)"; "Concordances del Codi de Successions per causa de mort en el dret civil de Catalunya (Llei 40/1991, de 30 de desembre) amb la Compilació del Dret Civil de Catalunya (D. Leg. 1/1984, de 19 de Juliol, i les seves successives modificacions), la llei 9/1987, de 25 de maig, de successió intestada i el Proyecto de Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña, de 1955".

• A. MONTSERRAT VALERO (C.): "Las garantías del fideicomisario en el nuevo 'Codi de Successions' Catalán".

• A. PARA MARTÍN (C.): "Legítima y sucesión intestada".

• M. A. PETIT SEGURA (C.): "El llegat de deute (Art. 301 del Codi de Succesions i art. 873 del Codi Civil)".

• M. TARRAGONA COROMINA (C.): "L'autorització familiar per a la disposició de bens de menors".

• A. VAQUER ALOY (C.): "Les reformes en materia d'usdefruit vidual abintestat en el Codi de Successions".

— Unos estudios *de conjunto* del tipo de los "grosserkommentar", *elaborados* por un conjunto de notarios catalanes y *aparecidos* en abril de 1994 (43), que son merecedores de una especialísima atención en función de la autoría, del propósito, de su contenido y de los destinatarios normales (notarios) de esta REVISTA.

La *distribución* de los comentarios al articulado del nuevo "Código de Sucesiones de Cataluna" (CSC.) es como sigue:

(43) Me remito a la **nota 31** precedente.

• Dentro del **Título I (Disposiciones Generales)** las materias tratadas, y los autores respectivos, son:

— Josep María PUIG SALELLAS: la sucesión hereditaria.

— Josep Alfons LÓPEZ TENA: la capacidad sucesoria.

— Emilio MEZQUITA GARCÍA-GRANERO: La aceptación y la repudiación de la herencia.

— José Luis MEZQUITA DEL CACHO:

El derecho de acrecer.

La colación.

La partición.

La acción de petición de herencia.

— David PÉREZ MAYNAR: los bienes de los menores adquiridos por herencia.

• El **Título II (Los Heredamientos),** a cargo de Juan José LÓPEZ BURNIOL.

• Dentro del **Título III (La sucesión testada)** las materias y autores son:

— Xavier ROCA FERRER: los testamentos, los codicilos y las memorias testamentarias.

— Miguel TARRAGONA COROMINA: la nulidad, la revocación y otras causas de ineficacia de los testamentos, codicilos y de las memorias testamentarias.

— Joan RUBIES MALLOL: la institución de heredero.

— David PÉREZ MAYNAR: la institución de heredero por fiduciario.

— Martín GARRIDO MELERO: los herederos y legatarios de confianza.

— Adolfo CALATAYUD SIERRA:

Las modalidades en la designación de los sucesores.

Las sustituciones hereditarias.

— Josep María VALLS XUFRE:

Los fideicomisos en general, sus clases y su interpretación.

Los efectos del fideicomiso en el momento de su delación.

— Enric BRANCÓS NÚÑEZ:
Los efectos del fideicomiso mientras está pendiente.
La cuarta trebeliánica.
— Roberto FOLLÍA CAMPS:
El fideicomiso de residuo.
La extinción de los fideicomisos.
La sustitución preventiva de residuo.
— Pedro ALBIOL MARES:
Los legados y sus efectos.
La reducción de los legados y la cuarta falcidia.
— Tomás GIMÉNEZ DUART:
Las clases de legados.
La ineficacia de los legados.
— Joan RUBIES MALLOL: los albaceas.

• El **Título IV (La sucesión intestada),** a cargo de Luis ROCA-SASTRE MUNCUNILL.

• Dentro del **Título V (otras atribuciones sucesorias determinadas por la ley),** las materias y autores son:
— Lluis JOU MIRABENT: la legítima.
— José Alberto MARÍN SÁNCHEZ: la cuarta vidual.
— Josep Alfons LÓPEZ TENA: la reserva.

• El **Título VI (Las donaciones por causa de muerte),** a cargo de José Alberto MARÍN SÁNCHEZ.

• Las **Disposiciones Finales,** a cargo de Martín GARRIDO MELERO.

• Las **Disposiciones Transitorias,** a cargo de Miguel TARRAGONA COROMINA.

Los dos extensos volúmenes de que consta la obra, aparecen redactados:

— **En lo estructural,** en lengua *castellana y sin notas* a pie de página, figurando dentro del texto del comentario respectivo tanto la oportuna cita doctrinal como la sentencia o jurisprudencia aplicable; una cuidadosa y selecta *bibliografía*

—*específica* para cada artículo o conjunto normativo— aparece al final del Tomo II; con unos **Indices finales, Analítico y de Jurisprudencia,** de gran extensión y calidad ***(Bibliografía*** e ***Indices*** a cargo de María Elena LAUROBA LACASA y Juan MARSAL GUILLAMET, ambos del "Departamento de Derecho Civil" de la Universidad de Barcelona).

—**En lo material o de fondo,** el análisis sería aquí demasiado extenso y desborda los meros límites informativos propuestos. Baste señalar las *notas características esenciales:* la homogeneidad del tratamiento o comentario, el uso frecuente del canon histórico y de los precedentes, el recurso a los datos comparativos con otros sectores del Ordenamiento Jurídico Privado Español, la inserción de la norma en el conjunto de la realidad social circundante y la cita de los protocolos notariales —en su caso—, la trascendencia fiscal de algunos supuestos de hecho, etc. etc.

Como *muestras* del buen hacer **de este colectivo notarial catalán,** apunto algunos *datos,* extraídos al azar de aquí y de allá y tomados de instituciones cargadas de significación:

—J. M. PUIG SALELLAS: "... en el proceso que nos conducirá a la sociedad esencialmente urbana de hoy día, al final del cual ... hemos podido contemplar la desaparición prácticamente absoluta de los capítulos matrimoniales ... y por lo tanto, la de aquellos pactos de heredamiento y de renuncia de suplemento, la pregunta es entonces la siguiente: ¿se trataba de pactos sucesorios íntimamente ligados a la sociedad anterior, básicamente agraria, y, por lo tanto, deberemos limitarnos ahora a certificar su defunción? = Las preguntas son, en realidad, dos: si es necesario mantener el sistema de pactos sucesorios admitidos hasta ahora y, si la respuesta es positiva —como pienso que debe ser—, si todavía es necesario ligar este sistema al hecho matrimonial, sobre todo si tenemos en cuenta que éste —el matrimonio— ya no tiene actualmente el sentido de punto de partida de aquel relevo generacional del cual he hablado ante-

riormente. En este segundo aspecto, y teniendo presente no ya únicamente la sociedad agraria, sino también la de las empresas familiares, pequeñas y no tan pequeñas, me inclino, como mínimo, por la conveniencia de desvincular del matrimonio la renuncia al suplemento".— (44).

— J. L. MEZQUITA DEL CACHO: "... el Derecho Catalán, inspirándose en el diseño del romano-justinianeo, adoptó tradicionalmente un criterio restringido en materia de colación, como corresponde a un espíritu legal favorable al máximo a la libertad de disponer mantenido constantemente a lo largo de su historia, reflejo del cual es también su sistema legitimario, de mínima presión sobre ese principio (que todavía ha sido rebajada en la última reforma, inmediatamente antecedente del CS.); y que es perceptible tanto en la moderación de cuota (que se limita a una cuarta global) como en la suavidad de su compulsión meramente obligacional sobre los herederos afectados por ella, referida a una "pars valoris", y no real, determinada sobre una "pars bonorum". Pero incluso en la medida en que el sistema, como ocurre con la institución de la colación, no se limita a respetar la voluntad expresada por el causante, es también en obsequio de ella —a través de su presunción— que la ley intenta completarla y darle satisfacción. En consonancia con estos mismos parámetros, la colación ve reducido su ámbito de acción en el CS., con respecto al Derecho anterior, como señala CUMELLA GAMINDE ...".— (45).

— J. J. LÓPEZ BURNIOL: **"Vigencia actual de la institución.—** A lo largo de lo dicho se ha destacado el carácter

(44) *V. op. cit.*, Tomo I, "Comentario al art. 7", págs. 28 y sigs. *esp. p. 29.* **Tema éste de enorme trascendencia práctica y social, de presente y de futuro,** y al que dedicamos charlas interminables el autor y el aquí firmante. **Un antecedente** de obligada cita se remonta a unas "Jornadas de Derecho Foral" en Jaca **en 1976,** en conversación con el desaparecido Profesor J. L. LACRUZ BERDEJO, que participaba de nuestra inquietudes y se mostraba **a favor** de la subsistencia de los pactos sucesorios **desvinculados** de la organización familiar *agraria.*

(45) *V. op. cit.*, Tomo I, "Comentario a los arts. 43 y 44", págs. 154 y sigs., *esp. 156.*

axial que tiene en los heredamientos el concepto de "casa", entendida ésta como una realidad permanente que ha de prevalecer siempre sobre los individuos, quienes habrán de sacrificar sus intereses personales para que aquélla subsista a través de los tiempos. No obstante, hoy, el individuo no acepta esta subordinación al interés de la casa, a la que considera una colectividad en decadencia. Esto, unido a la mutación de valores experimentada en la sociedad, y a la "nuclearización" de la familia troncal, ha provocado el abandono de la práctica capitular y, consecuentemente, de los heredamientos, que, por otra parte, constituyen un instrumento excesivamente rígido, ya que en épocas de inestabilidad económica tienen el inconveniente de provocar una excesa inmobilización del capital-tierra (BARRERA ...). *La estadística puede resultar expresiva en este sentido.* El año 1990 se otorgaron en Cataluña 341 capítulos matrimoniales:

... = Y el año 1991 se otorgaron 359: ... = *Si de estos números pudieran detraerse* aquellas capitulaciones que no son otra cosa que un mero instrumento liquidatorio de una comunidad conyugal, *así como* aquellas en los que los cónyuges se limitan a pactar entre sí el régimen de separación de bienes, *el resultado que se obtendría sería aún más espectacular si cabe:* se constataría que los capítulos —y los heredamientos con ellos— prácticamente se han extinguido por desuso. **Se produce así el fenómeno curioso de que la culminación de la construcción dogmática de esta institución coincide prácticamente con su ocaso"** (46).

Y el propio LÓPEZ BURNIOL, en el citado comentario, finaliza el apartado relativo a las *clases* de heredamientos con estas más que expresivas palabras: "Reseñadas con detalle todas estas clases de heredamientos, tan abundantes

---

(46) *V. op. cit.,* Tomo I, "Comentario al art. 67", págs. 329-330: ***subrayados*** míos (J.C.G.).

Reflexiones las del autor prácticamente **idénticas** a las que yo mismo he hecho para BALEARES —en concreto, para Ibiza-Formentera— en otros lugares. La *coincidencia* de criterios y de perspectivas es, pues, total.

y dogmáticamente bien perfiladas, *hay que retornar a la realidad y reconocer que, de toda esta panoplia, tan sólo eran instituciones vivas y operantes —ya a principios de siglo—* el heredamiento simple a favor de los contrayentes y el heredamiento preventivo (en sus dos variedades: a favor de los contrayentes y mutual); pues el prelativo era un semillero de pleitos, y los demás (cumulativo, mixto y puro) habían ido cayendo en desuso. **El legislador catalán habrá de trazar algún día el límite que separa al derecho positivo, entendido como un plan vinculante de ordenación de la realidad actual según los criterios socialmente dominantes, de la pura historia jurídica"** *(sic)* (47).

— J. M. VALLS XUFRE: "... la *principal novedad del CS. es la supresión del fideicomiso puro,* reconocimiento explícito de la crisis de la institución fideicomisaria, generalizada en todos los países.— = ... en cambio, las sustituciones 'si sine liberis decesserit' y el fideicomiso de residuo, son admitidas y aceptadas por la generalidad de legislaciones.— = *En la actualidad, una sociedad por naturaleza consumista no puede permitir la inmovilización de la riqueza* al impedir la libre circulación de los bienes inmuebles. *Por ello, en la práctica* incluso en las legislaciones más permisivas, *ha desaparecido la sustitución fideicomisaria normal o vincular aplicándose cada vez más la de residuo con una doble finalidad: = — Una, la clásica,* que tiene lugar cuando los cónyuges, generalmente sin descendencia, quieren favorecerse "mortis causa" recíprocamente, ... = Ante la conveniencia de poder disponer de ciertos bienes de la herencia, se acude a la fórmula del fideicomiso de residuo y, a veces, a la extraña figura del llamado 'usufructo de disposición para caso de necesidad', que es simplemente un sucedáneo del indicado fideicomiso.— = — *La otra misión de esta figura jurídica* se aplica en el supuesto de padres que con el deseo de proteger a uno de sus varios hijos, que o bien roza la

(47) *V. op. cit.,* Tomo I, comentario citado, ***pág. 334: subrayados*** míos (J.C.G.).

incapacidad o la debilidad o retraso mental o bien roza la prodigalidad" (48).

— L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL: "... En fin, en otras ocasiones (RJC. 1985, p. 945, y ***Derecho de Sucesiones,*** I, p. 26-29) he constatado que la incompatibilidad de la sucesión testada con la intestada respondía en Derecho Romano al principio básico del *'favor testamenti',* **es decir, del favor de la 'voluntas testandi',** que demuestra una preferencia de ésta, que incluso podía afectar en el mundo romano a la misma organización familiar. En efecto, el expresado principio del *'favor testamenti'* tenía un cierto interés de carácter público dirigido a procurar que la *'heredis institutio',* como tal, prescindiendo de su ámbito dispositivo, *fuese lo fundamental,* como si el testamento implicase una *credencial* de sucesor familiar, lo que hacía pasar a segundo término el señalamiento de bienes relictos o de cuotas del 'relictum'. Lo im-

portante era el *nomen* o título de *heres.* Esto justificaba el juego de la *institutio ex re certa.*— ... = En consecuencia, este principio de incompatibilidad y otros, como la misma institución de heredero *ex re certa,* son manifestaciones de una tendencia del Derecho Romano a preservar en la medida de lo posible la sucesión testamentaria, **por cuya razón sería más racional referirse, más que a la proclamación de la regla romana de incompatibilidad entre la sucesión testada y la intestada, a la proclamación de un principio que podría calificarse de principio de expansión, extensión o prolongación de la titularidad hereditaria testamentaria,** gracias al cual impera en Derecho romano, y en Derecho catalán *la unidad del título sucesorio,* lo que permite que la total herencia esté totalmente regulada por la ordenación de la sucesión testamentaria.— ...". Y, siguiendo a J. MARTÍ MIRALLES en orden al sentido y significado de la palabra

(48) *V. op. cit.,* Tomo II, "Comentario al art. 180", pág. 703: ***subrayados*** míos (J.C.G.). En dicho comentario se recoge la autorizadísima opinión de L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL en orden a la *aparente* supresión de la figura del fideicomiso puro: *v.* su **Dictamen** al respecto, en págs. 705 ss.

compatibilidad, concluye el punto diciendo que "... por consiguiente, **que es posible** en el ordenamiento catalán, como lo era en el romano, **la compatibilidad** de las disposiciones de última voluntad de tipo o alcance singular con la sucesión intestada abierta, tales como los legados, fideicomisos y demás cargas ordenadas en codicilo, las asignaciones de cantidades o bienes efectuadas en capitulaciones matrimoniales, las donaciones por causa de muerte y, por qué no, las legítimas ..." (49).

—L. JOU MIRABENT: "El legislador catalán de los años ochenta ha hecho suyas, con timidez pero con claridad, las demandas doctrinales que —desde el 'II Congrès Jurídic Català', pero muy en especial en las sucesivas ediciones de las 'Jornades de Dret Català a Tossa'— pedían con mayor o menor vehemencia la supresión o debilitamiento de la legítima.— ... = ... = Con la supresión de la afección real, la reducción a quince años del plazo para reclamarla y la modulación de los efectos de la preterición errónea, la legítima catalana ha quedado considerablemente debilitada. El CS. ha 'buscado una solución intermedia' entre la demanda de supresión de esta institución y la regulación anterior. Probablemente la posición es prudente. Entiendo que el CS. deja en manos de la sociedad la decisión sobre esta institución. Hasta ahora, la mención legitimaria obligaba al heredero a convocar a los legitimarios para poder disponer de los inmuebles de la herencia, lo cual era una incitación a reclamarla. De ahora en adelante, será el legitimario quien tendrá que tomar la iniciativa de la reclamación.— ... = ..." (50).

Todo este apresurado resumen informativo del **contenido** o **fondo** de la obra comentada quedaría cojo sin una refe-

---

(49) *V. op. cit.,* Tomo II, "Comentario al art. 323", págs. 1111 y sigs., ***en especial 1118-1119: subrayados en cursiva*** son del propio autor del texto. Los restantes subrayados son míos: J.C.G.

(50) *V. op. cit.,* Tomo II, "Comentario al art. 350", págs. 1187 y sigs., ***en especial 1189 y 1191.***

rencia puntual al importantísimo prólogo de L. FIGA FAURA, de cuyas frases cabe entresacar las que siguen:

"La Ley de 30 de diciembre de 1991 promulgó el Código de Sucesiones de Cataluña. **Hoy se presenta el primer comentario completo y pormenorizado de todos y cada uno de sus 396 artículos. Comentario que tiene una particularidad que debe ser tenida en cuenta: sus diecinueve autores son notarios, lo cual le da unas características especiales, dada la posición que el notario ocupa en la sociedad catalana.**— = El notario desempeña en el nuevo Código de Sucesiones un papel importante —por no decir preponderante— y le coloca ante unas particularidades socio-económicas típicamente catalanas distintas de las de otras comunidades peninsulares. Caracterizar tales peculiaridades lleva consigo caracterizar también la función del notario que ejerce su profesión en Cataluna.— = ... = En todos los países, familia y sucesión hereditaria están íntimamente relacionados; baste pensar en los usufructos viduales, las legítimas o la sucesión intestada. Pero en Cataluña y por su especial estructura económica, el derecho sucesorio **forma parte** (51) del derecho de familia.— = **La sistematización del Derecho Civil** en parte general, derecho de cosas, derecho de obligaciones, derecho de familia y derecho de sucesiones, heredada de Savigny, **puede ser y es conveniente a efectos pedagógicos; pero pensar que tal división refleja la realidad de la vida jurídica, imponerla como dogma de fe y estructurar la legislación con arreglo a ella, regulando el régimen personal y económico familiar y el régimen sucesorio como si se tratara de compartimentos estancos,** cada uno de ellos regidos por principios distintos cuando no opuestos, como lo hace la Ley estatal de 15 de octubre de 1990, **lleva a las consecuencias más disparatadas.— = Ante la realidad de una inescindible unidad de los Derechos de Familia y de Sucesiones, el notario ejerce su profesión no sólo provisto** de

(51) Así subrayado en el original. Los demás subrayados son míos: J.C.G.

sólido bagaje de conocimientos científicos y de técnica redaccional **sino —ello es fundamental— amparado por la llamada fe pública notarial:** ... = ... = Josep PLÁ, refiriéndose principalmente al mundo agrario, dijo que **la manera de ser y la estructura del país eran creación de los notarios. Quizás ello sea cierto para tiempos pretéritos; pero hoy,** en que tantos notarios procedentes del resto de España ejercen su función en el Principado, **creo que es nuestra realidad económica la que hace al notario** porque éste, con no poca sorpresa, descubre que nuestro Derecho es mucho más sencillo y libre de cortapisas, prohibiciones y limitaciones que el regulado por el Código Civil.— = **Todo lo dicho tiene, sí, un reflejo en estos Comentarios. El lector no encontrará en ellos graves estudios históricos ni, en lo posible, sesudas disquisiciones teóricas que sus autores —notarios— conocen pero de los que hacen poco caso; lo que sí encontrará es el intento de resolver problemas que nada tienen de académicos o de laboratorio; problemas reales** de una determinada economía y de una determinada estructura familiar, **no vistos desde las alturas de la teoría pura, sino desde el despacho de unos profesionales que no sólo dominan** la ciencia jurídica **sino que tocan directamente, diariamente, la realidad,** el cálido palpitar de la vida de los hombres del país" (52).

Con la precedente exposición doy por finalizada esta *selección* (53) de comentarios doctrinales sobre las últimas reformas del derecho civil catalán, y por acabada la visión panorámica de las recientes obras sobre el citado derecho.

---

(52) *V. op. cit.*, Tomo I, "PRÓLOGO", págs. XV-XVIII: ***todos los subrayados —salvo*** el de la nota 51— son míos (J.C.G.).

(53) Relación **cerrada** al 31 de julio de 1994.

IV. Importancia de estas referencias en el ámbito comparatista interno

Buena parte de las **referencias** precedentes —tanto de la jurisprudencia civil como de los comentarios doctrinales— en orden al derecho civil catalán y sus últimas reformas han tenido como finalidad la simplemente *informativa y* como presuntos destinatarios a los compañeros que, ejercientes en el resto de España, no siempre disponen a tiempo del dato exacto o de la puntual información en temas complejos de conexiones interregionales que pueden presentarse en cualquier parte del Estado Español.

A la hora de proceder a la delimitación de los **puntos de conexión** en esas siempre complejas **relaciones interregionales,** uno ha de remitirse a los Tratados y Manuales correspondientes y no abrumar aquí con exordios innecesarios.

Resultará entonces oportuno reafirmar que a los ciudadanos del resto de España —incluidos los notarios y otros juristas cultos— les va a producir una cierta incomodidad el tener que acudir a versiones *en catalán* cuando parece podrían hacerse *en catalán y en castellano* sin mayores problemas (54). De otro modo, la pretensión generalizadora y de difusión cultural que toda obra científica comporta van a quedar muy mermadas *al reducir su ámbito territorial* de presumible extensión al estrictamente catalán.

Abundando en esa necesaria información a los efectos de un sano **comparatismo interno,** que es uno de los datos a tomar en cuenta por el intérprete a la hora de proceder a considerar la realidad social presente (art. 3.1 C.c., y SS. del T.S. de 31 de marzo 1978, 24 marzo y 21 mayo 1979, y Autos T.S. de 31 octubre 1980, 28 noviembre 1981 y 8 marzo 1982), no deja de ser curiosa la constante referencia de los autores catalanes a datos tomados de otros ordena-

(54) El ejemplo del Profesor PUIG FERRIOL es significativo: **v. notas 1, 12 y sigs.**

mientos —o sea, el **comparatismo externo o internacional**— para tratar de fundamentar, apoyar o aclarar reformas, propuestas o innovaciones en orden al "desenvolvimiento" del derecho civil catalán. Si se repasan los materiales de las diferentes "Jornadas de Derecho Catalán" en Tossa de Mar, la evidencia es abrumadora.

El dato es revelador: en las últimas "Jornadas" citadas (55) aparecen notables **indicaciones comparatistas externas,** todas ellas de un gran interés. *Por la gran repercusión práctica notarial* no me resisto a la cita de **parte** del trabajo de la Profesora ROCA TRAS, aludiendo a *aspectos del Derecho Sucesorio Inglés y en estrecha conexión con el régimen de separación de bienes* (que, en principio, resultó una gran ventaja para las mujeres casadas británicas), y a las discusiones inglesas sobre el régimen preferible para el sistema económico matrimonial, que termina con estas rotundas frases

> "... Estos señores son los tradicionales ingleses. **Ah! Y normalmente mueren intestados"** (56).

Las argumentaciones del trabajo de E. ROCA son asumibles y compartibles por cualquier jurista atento a la realidad social, ya que en definitiva pretenden mejorar la posición de la mujer casada devenida cónyuge sobreviviente y poco dotada asistencial y económicamente. Todo ello no obsta para que, *previo el apoyo comparatista externo referido, se efectúen afirmaciones en absoluto coincidentes con la realidad social.* Si la Dra. ROCA hubiera preguntado a cualquiera de los notarios catalanes de las zonas turísticas —por no decir, a cualquier notario del ámbito mediterráneo— o indagado en los Colegios Notariales de España, se sorprendería

---

(55) Me remito a la obra citada **en nota 30** precedente, y allí los trabajos de E. ROCA (págs. 53 y sigs.), P. SALVADOR (págs. 221 y sigs.) y J. SANTDIUMENGE (págs. 439 y sigs.).

(56) *V. op. cit.*, pág. 53 y nota 21: ***subrayado** mío* (J.C.G.).

enormemente. **Es perfectamente comprobable que el 100% de ingleses que adquieren propiedades en España otorgan testamento,** bien simultáneamente (las menos veces), bien posteriormente, ante notario español. Y muchas veces nos encontramos, además, con disposiciones testamentarias otorgadas en Gran Bretaña. Todo esto son **hechos:** otra cosa en contrario dicha pudiera ser fantasía veraniega.

O, de otro modo dicho, que hay que retomar la actitud tradicional catalana de confianza en el notario, que hay que volver a lo dicho por FIGA FAURA en el "Prólogo" antes citado.

Hay que reconocer, finalmente, que la frecuente comparecencia en los congresos catalanes de juristas de otros territorios del Estado (bien "forales", bien de zonas del C.c.) posibilita la intercomunicación y la referencia imprescindible al **dato comparatista interno.**

Importadas ideas **de uno y otro aspecto comparatista,** obviamente influyen en la *preparación* de las ulteriores reformas legislativas del derecho civil catalán y posibilitan las *inter-conexiones* en el ámbito inter-regional y en el del "Derecho Internacional Privado".

Mi precedente presentación de todas estas referencias ha tratado, además del referente comparatista **interno,** de aludir a los aspectos informativos más relevantes en orden a la *dinámica* del derecho civil catalán.

V. Temas para una recapitulación

A la hora de proceder a cerrar este repaso pretendido a obras sobre el derecho civil catalán de hoy en día, parecen emerger una serie de puntos que deberían ser objeto de reflexión o meditación por aquellos que tienen en sus manos las competencias pertinentes en cada materia.

Teniendo en cuenta las consideraciones precedentes parece puede afirmarse la relevancia de los **temas** siguientes:

1.º La presentación por mi parte de los perfiles meramente *informativos* de las materias citadas.

2.º La inclusión —**dentro** de la jurisprudencia catalana— de la jurisprudencia civil de ANDORRA, con sus inevitables conexiones y, en especial, la muy interesante de fallar el Tribunal Superior de la Mitra en equidad y basándose en reglas de derecho romano y del "ius commune".

3.º La infatigable, increíble, labor del Magistrado, Prof. Dr. L. PUIG FERRIOL, en la tarea de recopilación, anotación y sistematización de las sentencias emanadas, tanto del Tribunal de la Mitra de Andorra como del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

4.º La constante presencia de **notarios** como Magistrados del Tribunal Superior de la Mitra de Andorra, y su elevadísima consideración social.

5.º La perspicacia de PUIG FERRIOL al detectar que **la máxima difusión posible en el resto de España** de cualquier obra de derecho civil catalán solamente es hacedera y viable si está **también** escrita en versión castellana.

6.º El esmero y cuidado puestos por L. PUIG FERRIOL al presentar la versión *catalana* de la jurisprudencia civil depurada de las erratas denunciadas por mí meses atrás.

7.º Las interesantes reflexiones de PUIG FERRIOL sobre las *competencias* de los TT.SS.JJ. —en general— y de los posibles conflictos, alguno de perfil *interregional.*

8.º La **dinámica interna** del derecho civil catalán, posibilitada (¿influida?) por los sucesivos congresos (Jornadas de Tossa) y por la *infraestructura* jurídica apropiada.

9.º La posibilidad, meramente *conceptual* e *indicativa,* de distinguir entre los reseñados comentarios doctrinales: grandes, medianos, pequeños.

10.º La distinción *fáctica* entre los reseñados comentarios: los de tipo docente-discursivo (de profesores) y los de tipo práctico-operativo (de notarios).

11.º La *apariencia* de una quiebra o fisura en la antaño

monolítica "infraestructura jurídica" catalana (57), por la evidencia de una cierta prevalencia del sector *profesoral* en el ámbito del poder legislativo catalán (58).

12.° La *disparidad manifiesta* en el tratamiento dado por el sector teórico y por el sector práctico de los juristas catalanes a las últimas reformas legislativas catalanas.

13.° La constancia *documental* de la desaparición práctica de los Heredamientos ya a principios de este siglo y la dureza de la crítica de LÓPEZ BURNIOL.

14.° La **duda metódica** —valga la calificación— de los "prudentes" catalanes (PUIG SALELLAS) en orden a si es o no conveniente desvincular el sistema de pactos sucesorios del hecho del matrimonio (59).

15.° La crítica *encubierta* —matizada y suave, pero manifiesta— de un notario de reconocido prestigio y estirpe (ROCA-SASTRE MUNCUNILL) en orden a los clásicos principios de "nemo pro parte testatus ...", "heredis institutio", etc.

16.° La crítica *clarísima y elíptica* (60) **en orden a la política legislativa catalana última** consistente en la denuncia de que la sistematización académica del Derecho Civil no refleja la realidad de la vida jurídica de un país y no puede llevar a la escisión de los Derechos de Familia y de Sucesiones (FIGA FAURA).

---

(57) En el recuerdo quedan las imágenes del "bloque catalán" en congresos y jornadas forales, en cuyo seno magistrados, notarios, abogados y profesores aparecían unidos por *un interés común* centrado en la defensa y conservación a ultranza del derecho catalán ... Mis preguntas sin acritud serían: ¿desapareció ese interés común con la autonomía y la afluencia del dinero de la Generalitat? ¿No interesa ahora la opinión de los prácticos?

(58) Con el consecuente *deslizamiento* hacia un tipo de "juristenrecht" como algo inevitable: algo de ello era *intuido* meses atrás en las consideraciones finales de mi trabajo precitado (en esta revista, n.° 9, enero-marzo 1994, ***pág. 409)*** y *parece inducirse* de las palabras precitadas de L. FIGA FAURA.

(59) Duda resuelta **afirmativamente** en su día por los juristas aragoneses y navarros, y posteriormente en BALEARES **(reforma de 1990)** por mí mismo respecto de Ibiza-Formentera.

(60) La referencia a la LEY ESTATAL DE 15 OCTUBRE 1990 parece llamada a desviar la atención del incauto lector.

17.º El realce dado al **papel del notario en la vida jurídica del país catalán,** en los ámbitos económico y social **y su función estructurante de la realidad social circundante.**

18.º La relevancia de los *datos comparatistas externos e internos* para el "legislador" civil catalán, evidenciada en consideraciones precedentes.

19.º La constatación de que *la dinámica interna* del Derecho Civil Catalán deja "descolgados" a los restantes ordenamientos civiles territoriales (antes "forales") del Estado, e incluso al propio ordenamiento civil común (Código Civil).

20.º El *retraso evidente* en la resolución de **los conflictos inter-regionales,** necesitados ya de una Ley ESTATAL reguladora de los mismos y "consensuada" por todos los afectados.

A) Informes y comunicaciones

LA OCUPACION BELICA: EFECTOS SOBRE LA PROPIEDAD

JUAN LUIS MARTÍNEZ CALDEVILLA
del Cuerpo Jurídico Militar

Lo primero que nos interesa, es dar unos conceptos genéricos, para delimitar la causa que va a alterar las facultades del pleno ejercicio de la propiedad. Posteriormente al estudiar la ocupación bélica, veremos las secuelas que se pueden producir en el dominio pacífico de ella. Más tarde, la posibilidad de reivindicar las propiedades perdidas, o de evitar las perturbaciones ocasionadas, así como la sanción y protección del derecho interno y del internacional, y por último las conclusiones de todo el contenido de dicha reglamentación.

Refiriéndonos al primer punto, el concepto ocupación bélica, es una situación de hecho con efectos jurídicos, más que de derecho. Aquí vamos a olvidarnos de la que acon-

tece sobre buques y aeronaves (Derecho de presa marítimo y aéreo) y vamos a limitarnos a la terrestre.

Dentro de la ocupación bélica terrestre, durante una guerra se puede dar una incursión de un ejército sobre un territorio de tres maneras: —como invasión simplemente sin ánimo de ocupar el territorio enemigo, para realizar una operación de guerra y retirarse después, —puede adentrarse en un territorio ajeno y anexionarlo y —puede introducirse en un territorio que no es propio como "ocupante". A este último supuesto nos vamos a referir en todo momento y es el que contempla el artículo 42 del Reglamento anejo al Convenio sobre leyes y costumbres de la guerra de la Convención II de La Haya de 1899 relativa a las leyes y usos de la guerra terrestre, firmado por España el 29 de julio de 1899 y ratificado por instrumento depositado en La Haya el 4 de septiembre de 1900 y desde entonces integrante del ordenamiento jurídico español (RGT).

En dicho artículo se dispone: "Se considera un territorio como ocupado cuando se encuentra de hecho colocado bajo la autoridad del Ejército enemigo.

La ocupación no se extiende más que a los territorios en que dicha autoridad se halla establecida, y con los medios de ser ejercida" (art. 42 RGT IV).

Y en el mismo sentido, el segundo párrafo del artículo 871 del Reglamento de Campaña Español, publicado por Ley de 5 de enero de 1882, "Al invadir un territorio enemigo es necesario distinguir entre la ocupación puramente militar o transitoria y la posesión legal o definitiva. Esta última es de derecho adquirido y consolidado por un tratado o convenio, mientras que aquélla no es más que un poder de hecho, conferido temporalmente por la suerte variable de las armas.

La soberanía temporal, por la ocupación militar, da al invasor, en el territorio que materialmente domina, los mismos o más derechos sobre los habitantes enemigos que sobre los propios".

De ambos preceptos se deducen los caracteres de la ocupación, que son: 1) la situación de un territorio bajo la autoridad de un ejército enemigo; 2) la efectividad de la ocupación, que implica el ejercicio de la autoridad y ausencia de tropas enemigas en dicho territorio y 3) el carácter provisional de la situación.

No hay traslación de soberanía, pero sí adquisición del Estado ocupante, de ciertas competencias del Estado ocupado.

El Estado ocupante es un administrador del territorio ocupado con deberes y derechos sobre dicho Estado y obligación de respeto al mismo.

La ocupación bélica está regulada por el Reglamento de la Guerra Terrestre (RGT) IV y el RGT II, Sección III, dedicado a "La autoridad militar sobre el territorio del Estado enemigo" (arts. 42 a 46), recogidos de los artículos 1 a 8 del Proyecto de Bruselas y de los artículos 41 a 60 del Manual de Oxford.

Por último, respecto al concepto de ocupación tendremos que ubicarle en el espacio y en el tiempo.

El espacio es una cuestión básicamente de efectividad que depende de un elemento negativo, que es la no existencia de tropas enemigas en el territorio ocupado y de otro positivo, que es la existencia de tropas del ocupante en número suficiente como para imponer la autoridad en el territorio que se ocupa.

En cuanto al tiempo, ocurre algo similar: la ocupación comienza cuando empieza a imponerse de hecho la autoridad del ejército ocupante y termina, cuando cesa ésta y se retira.

También tiene importancia el equilibrio que se intenta lograr, entre la necesidad del ocupante o seguridad del ocupante y la protección del ocupado o respeto del ocupado. Lograr el término medio entre ambos sería lo ideal, para valorizar las normas del derecho internacional de La Haya.

El mantener por tanto la seguridad y el orden público y evitar el pillaje y bandolerismo, le interesaría tanto al ejército ocupante, como al Estado ocupado.

En ese sentido se manifiesta el artículo 43 del RGT IV: "Habiendo pasado de hecho la autoridad del poder legal a manos del ocupante, éste tomará todas las medidas que de él dependan para restablecer y asegurar en cuanto sea posible el orden y la vida públicos, respetando, salvo imposibilidad absoluta, las leyes vigentes en el país".

Se intenta, por tanto, que coexistan las competencias soberanas del Estado ocupado y las competencias fácticas del ejército ocupante, como brazo ejecutor del Estado ocupante, en materia legislativa, judicial y administrativa.

En relación con el segundo punto, relativo a las agresiones y ataques que puede sufrir la propiedad, considerada como relación jurídica de apropiación de un bien cualquiera corporal o incorporal, iremos distinguiendo entre los bienes propiedad pública del Estado ocupado o de sus corporaciones públicas y los bienes propiedad privada, así como bienes muebles e inmuebles, en ambos casos.

Respecto de los bienes de propiedad privada, gozan de mayor respeto; el artículo 46 del RGT VI, es expeditivo: "El honor y los derechos de la familia, la vida de los individuos y la propiedad privada, así como las creencias religiosas y el ejercicio de cultos, deberán ser respetados.

La propiedad privada no podrá ser confiscada".

No distingue entre muebles e inmuebles.

En cambio, la propiedad del Estado goza de un régimen especial.

Como regla general la propiedad pública mobiliaria puede ser aprovechada por el ejército ocupante cuando lo exijan sus necesidades militares. (Ej. telas para uniformes, calzados, etc...)

En relación con los muebles propiedad privada, como norma general, deben de ser respetados. Ahora bien, el artículo 53 del RGT VI excluye ciertos aparatos especiales y municiones: "El Ejército que ocupa un territorio no podrá apoderarse más que del numerario, fondos y valores exigi-

bles que pertenezcan en propiedad al Estado; de los depósitos de armas, medios de transporte, almacenes y provisiones, y en general, de toda propiedad mueble del Estado, útil para las operaciones de la guerra.

El material de los ferrocarriles, los telégrafos terrestres, los teléfonos, los vapores y otros buques, fuera de los casos regidos por la ley marítima, de igual modo que los depósitos de armas, y en general toda clase de municiones de guerra, aun perteneciendo a sociedades o personas privadas, son igualmente medios útiles para las operaciones de la guerra, pero deberán ser restituidos, y las indemnizaciones serán fijadas en la paz".

El problema que surge con los muebles es su difícil identificación, lo que hace muy complicado el reivindicarlos de terceros, además de que el propietario no suele tener título de adquisición de los mismos, por ello si es muy rara la reivindicación de la propiedad mueble en tiempo de paz, sería prácticamente imposible durante una ocupación bélica y una vez cesada ésta.

Menos problema habría, al no desprenderse de ellos, para que los prisioneros internados en campos del ejército ocupante conservaran sus objetos y efectos personales; el artículo 97 del IV Convenio de Ginebra, parte III, sobre personas protegidas, así lo establece: "Quedan autorizados los internados a conservar sus objetos y efectos de uso personal. No podrán quitárseles las cantidades, cheques, títulos, etc.; así como los artículos de valor de que sean portadores, si no es con arreglo a los procedimientos establecidos. En todo caso, se les dará un recibo detallado.

Las cantidades deberán ser anotadas al crédito de la cuenta de cada internado, según lo dispuesto en el artículo siguiente; no podrán ser convertidos en otra moneda, a menos que así lo exija la legislación del territorio donde se halle internado el propietario, o con el consentimiento suyo.

Los objetos que tengan sobre todo un valor personal o sentimental no podrán quitárseles a sus dueños".

En lo referente a los bienes muebles hay que hablar aquí de las requisiciones que prevé el artículo 52 del RGT, IV, necesarias para subsistir las tropas invasoras durante la ocupación; dispone: "Las prestaciones en especie y las de servicios no podrán ser reclamadas de los Municipios o de los habitantes más que para necesidades del Ejército de ocupación. Estarán en relación con los recursos del país, y serán de tal naturaleza, que no impliquen para los pueblos la obligación de tomar parte en las operaciones de la guerra contra su patria.

Estas requisas y servicios no se reclamarán más que con la autorización del que ejerza el mando en la localidad ocupada.

Las prestaciones en especie se pagarán al contado en cuanto sea posible, si no, se harán constar por medio de recibos".

Antiguamente en el medioevo las requisiciones no planteaban problema con los ejércitos. Estos se apoderaban sin más, de todo lo que les venía en gana, posteriormente y por razones de utilidad, se empezaron a respetar las propiedades y medios de vida de los habitantes en beneficio del ejército ocupante, pero sin ninguna contrapartida; actualmente y en algunos casos existe la regla general consuetudinaria de indemnizar, incluso para fomentar la actividad productiva de los habitantes del país ocupado y su actividad de suministros.

Al igual que los objetos personales de los prisioneros y por las mismas razones humanitarias, son bastante respetados los bienes materiales de las formaciones sanitarias; así lo expresan los artículos 33 y 34 del Convenio I de Ginebra sobre heridos y enfermos en Campaña: "El material de las formaciones sanitarias móviles de las Fuerzas Armadas que haya caído en poder de la Parte adversa permanecerá afecto a los heridos y enfermos.

Los edificios, el material y los depósitos de los establecimientos sanitarios fijos de las fuerzas armadas continuarán

sometidos al derecho de la guerra, pero no podrán ser distraídos de su empleo mientras sean necesarios para los heridos y enfermos" (art. 33).

"Los bienes muebles e inmuebles de las sociedades de socorro admitidas al beneficio del Convenio serán consideradas como propiedad particular" (art. 34).

Esta protección a los bienes de carácter civil también se recoge en el artículo 52 y 54 del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de protección de las víctimas de la guerra.

El artículo 52 dispone: "Los bienes de carácter civil no serán objeto de ataque ni de represalia. Son bienes de carácter civil todos los bienes que no son objetivos militares en el sentido del párrafo 2.º

Los ataques se limitarán estrictamente a los objetivos militares. En lo que respecta a los bienes, los objetivos militares se limitan a aquellos objetos que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar o cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida.

En caso de duda acerca de si un bien que normalmente se dedica a fines civiles, tal como un lugar de culto, una casa u otra vivienda o una escuela, se utiliza para contribuir eficazmente a la acción militar, se presumirá que no se utiliza con tal fin".

El artículo 54 señala: "Queda prohibido, como método de guerra, hacer padecer hambre a personas civiles.

Se prohíbe atacar, destruir, sustraer o inutilizar los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil, tales como los artículos alimenticios y zonas agrícolas que los producen, las cosechas, el ganado, instalaciones y reservas de agua potable y obras de riego, con la intención deliberada de privar de estos bienes, por su valor como medios para asegurar la subsistencia, a la población civil o a la parte adversa, sea cual fuere el motivo, ya sea para hacer

padecer hambre a las personas civiles, para provocar su desplazamiento o con cualquier otro propósito".

La protección a los bienes culturales se recoge en el artículo 53 del mismo texto legal, que se remite a la Convención de La Haya del 14 de mayo de 1954, para la Protección de los Bienes Culturales, y en cuyos artículos 1 y 5, definen qué son y qué medidas tomar en caso de ocupación:

"Para los fines de la presente Convención, se consideran bienes culturales, cualquiera que sea su origen y propietario:

a) los bienes, muebles o inmuebles, que tengan gran importancia para el patrimonio cultural de los pueblos.

b) los edificios cuyo destino principal y efectivo sea conservar o exponer los bienes culturales muebles".

Dejando ya al margen los inmuebles culturales, vamos a tratar seguidamente los inmuebles propiedad pública del Estado ocupado y luego los de propiedad privada.

Respecto a los primeros, el Estado ocupante o invasor debe ser considerado como un administrador y usufructuario de ellos. Así lo recoge el artículo 55 del RGT IV: "El Estado ocupante no se considerará más que como administrador y usufructuario de los edificios públicos inmuebles, montes y explotaciones agrícolas pertenecientes al Estado enemigo y que se encuentran en el país ocupado; deberá ser salvaguardia del fondo de estas propiedades y administrarlas según las reglas del usufructo".

De esta manera, el ocupante puede utilizar edificios públicos, usar o alquilar inmuebles y hacer en ellos obras de reparación, talas en los bosques y explotar los bienes agrícolas estatales de acuerdo con sus necesidades bélicas. Por decirlo de alguna manera, el Estado ocupado sería nudo propietario y el Estado ocupante o ejército ocupante, dispondría de grandes facultades de aprovechamiento inherentes al derecho de usufructo, sin poder alterar la sustancia de dichos bienes.

Incluso sería de aplicación toda la reglamentación nacio-

nal para fijar los derechos y deberes del usufructo, en tanto estuviera en vigor la legislación (artículo 43 RGT IV, anteriormente citado).

En los bienes pertenecientes a los Municipios de naturaleza inmueble, el ocupante se encuentra en la misma situación que en los bienes privados, es decir, que no solamente no puede apoderarse de ellos sino que tampoco puede percibir sus rentas. (Artículo 56 RGT IV, ya citado).

En los inmuebles de propiedad privada, ésta debe ser respetada: "La propiedad privada no podrá ser confiscada" (artículo 46 RGT IV).

No obstante esta regla general, la propiedad privada inmueble puede ser utilizada por el ocupante, dado que el propio artículo 46 habla de "debe ser", y cabe su utilización para fines militares, tal como además nos lo pone de manifiesto la Historia Militar.

En todo caso se van a ver afectadas las facultades de libre disposición para enajenar, limitar y gravar por parte del propietario privado, en tanto que se va a producir una pérdida en el valor de los inmuebles, un temor y paralización del tráfico de ellos, con una falta de posesión pacífica, en los mismos, una merma en la facultad de exclusión y transformación del inmueble, en tanto que si es necesario para fines militares, se va a emplear y acceder a ellos, realizar abundantes modificaciones de todo tipo (obras defensivas, empalizadas, acuartelamientos, almacenes, redes de comunicaciones, transmisiones, etc...), en caso de necesidad militar, cambiándose el sentido del carácter antisocial que podía tener la autodestrucción del inmueble por su propietario, por una posible condena de sabotaje contra la potencia ocupante.

Todo el cambio del tradicional concepto del dominio con sus características facultades va a ir parejo a la invasión y va a marcar todo el tráfico inmobiliario por el temor y la inseguridad jurídica.

La anormalidad de una ocupación bélica supondría nor-

malmente el incumplimiento de las normas convencionales en tanto y cuanto que su carácter obligatorio deja mucho que desear.

Entrando en el tercer punto, las perturbaciones de unas fuerzas de ocupación serían inimaginables en toda clase de bienes, refiriéndonos a los inmuebles inscritos de propiedad privada y en la suposición de la existencia física de las oficinas de los Registros de la Propiedad, después de una invasión, y suponiendo el funcionamiento de éstos, con el personal que libremente accediera a la invitación del ocupante a continuar en sus funciones, posibilidad que prevé el artículo 4 del Proyecto de Bruselas: "Los funcionarios y empleados de cualquier clase que consientan, a invitación del ocupante, en continuar en sus funciones, gozarán de su protección. No serán destituidos ni sujetos a castigos disciplinarios, a menos que falten a las obligaciones a que se han comprometido y no serán perseguidos a menos que los traicionen". Serían reivindicables frente a terceros, si bien ante unos tribunales de justicia un tanto manipulados y timoratos, cuya parcialidad posiblemente sería la regla de actuación, hasta producirse la retirada de los ocupantes.

En materia judicial, la idea fundamental es que al igual que la legislación del país ocupado está en vigor (art. 43 RGT IV) los tribunales de justicia del país ocupado también, si bien coexistirían dos e incluso hasta tres jurisdicciones distintas: —los tribunales de justicia del país ocupado, pues la regla consuetudinaria es que el ocupante debe respetarlos, —los tribunales del ocupante para sus propias Fuerzas Armadas (art. 162 LO 4/1987 de 15 de julio de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar), y por último, —los tribunales impuestos por el ocupante para suplir a los ordinarios del país ocupado o para actuar con ellos conjuntamente.

Los tribunales de justicia del país ocupado deben seguir funcionando en base a que el país ocupado no puede per-

der la soberanía legítima. Este principio lo podríamos apoyar en el párrafo 1.º del artículo 23,h del RGT IV, en un amplio sentido, "Está prohibido: Declarar abolidos, suspendidos o inadmisibles en un tribunal, los derechos y acciones de los nacionales de la parte hostil".

El anterior principio estaría supeditado a que los jueces y magistrados no se negaran a administrar justicia durante la ocupación y en caso de actuar no perjudicaran al orden público y la seguridad del ocupante. Además podrían constituirse en caso de negativa de los tribunales locales a actuar o de declaración de ley marcial, los tribunales instituidos por el ocupante, sustituyendo a los de carácter local.

Resulta difícil, no obstante, pensar en la posibilidad de que tribunales marioneta administren justicia y admitan reclamaciones o interdictos frente a perturbaciones de propiedades inmuebles durante la ocupación a pesar de que se diera título legítimo de dominio, inscripción registral y apreciación aparente del dominio por el conjunto de las pruebas aducidas por el demandante, contra las fuerzas ocupantes. Sí es más posible que estas acciones triunfaran en casos de abusos y ocupaciones entre propios nacionales del país ocupado una vez las fuerzas ocupantes abandonen el territorio, y aun en este supuesto, aquellas acciones del propietario no poseedor contra el poseedor no propietario para reivindicar la cosa, sus frutos e incluso accesiones, estarían condicionadas a la identificación por algún medio, de ahí la dificultad de reclamar los inmuebles no inscritos después de la salida de las tropas invasoras.

Todo lo dicho antes enlaza con la posibilidad de sancionar los hechos cometidos por las tropas invasoras sin necesidad de esperar a su retirada, de acuerdo con los ordenamientos jurídicos aplicables a las mismas y que acompañan a éstas, en todo momento.

Así, el ejército español estaría sometido al derecho español y en concreto al Código Penal Militar de 9 de diciembre de 1985, donde se ha recogido en el Título II del Libro II

"De los delitos contra las leyes y usos de la guerra". El sistema que el ordenamiento español utiliza es dotarse a sí mismo de un mecanismo de "autocontrol" para asegurar su eficacia. Por un lado, de carácter preventivo para que el derecho pueda ser cumplido voluntariamente y por otro lado de carácter represivo con sanciones en caso de incumplimiento.

Los ordenamientos jurídicos estatales fundan en el derecho penal interno esta aplicabilidad, y deseo de cumplimiento de las normas de derecho internacional, ya que las normas de derecho internacional que condenan las infracciones de los convenios, son difíciles de aplicar por la carencia en el ordenamiento internacional de tribunales, procedimientos y sanciones concretas a imponer, y así como por los intereses económicos y mercantilistas que priman en el seno de las Naciones Unidas.

En nuestro ordenamiento, de gran importancia es la cláusula general del artículo 78 del Código Penal Militar (CPM): "El militar que llevare a cabo o diere orden de cometer cualesquiera otros actos contrarios a las prescripciones de los Convenios Internacionales ratificados por España y relativos a la conducción de las hostilidades, a la protección de heridos, enfermos o náufragos, trato de prisioneros de guerra, protección de las personas civiles en tiempo de guerra y protección de bienes culturales en caso de conflicto armado será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión".

Según esto, el incumplimiento de una norma de un Convenio Internacional, equivaldría a violar una norma interna, en apoyo de lo anterior se podrían citar además del primer artículo de nuestro Código civil, el artículo 10.2 y el 96 de la Constitución.

El artículo 10.2: "Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos

internacionales sobre las mismas materias ratificados por España".

Y el artículo 96.1. y 2.: "Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional.

Para la denuncia de los tratados y convenios internacionales se utilizará el mismo procedimiento previsto para su aprobación en el artículo 94".

Una vez hecha la anterior precisión, veremos los artículos de nuestro Código Penal Militar que protegen los ataques que se puedan producir a la propiedad.

El artículo 73 establece: "El militar que saqueare a los habitantes de poblaciones enemigas o, sin exigirlo las necesidades de la guerra, incendiare, destruyere, o dañare gravemente edificios, buques, aeronaves u otras propiedades enemigas no militares, será castigado con la pena de tres a quince años de prisión". Este artículo tenía un precedente en el antiguo Código de Justicia Militar de 1945, en su artículo 280 y recoge tanto el saqueo y destrucción de poblaciones como de propiedades no militares enemigas. Tiene su concordancia con el artículo 139 de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas de 28 de diciembre de 1978, que al referirse al militar en el combate dispone: "No utilizará medios de destrucción prohibidos ni causará daños inútiles o que produzcan sufrimientos innecesarios; no permitirá el saqueo, pillaje o venganza. Tratará humanitariamente a las personas ajenas al combate y respetará, de conformidad con las leyes y usos de la guerra, hospitales y edificios de carácter religioso, cultural o artístico, siempre que no estén destinados a fines militares".

El artículo 74 del mismo texto legal describe dos tipos de delitos distintos, como son la requisa indebida o innecesaria de edificios u objetos muebles en territorio ocupado y

la infracción de las normas del derecho de presa: "Será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años el militar que:

Requisare indebidamente o innecesariamente edificios u objetos muebles en territorio ocupado".

También el Código de Justicia Militar del 45 recogía en el artículo 284 la requisa innecesaria.

El artículo 77,7 del CPM recoge la protección genérica al patrimonio documental y bibliográfico, monumental y en general a los bienes culturales. "Serán castigados con la pena de dos a ocho años de prisión el militar que:

7. Destruyere o deteriorare, sin que lo exijan las necesidades de la guerra, el patrimonio documental y bibliográfico, los monumentos arquitectónicos y los conjuntos de interés histórico o ambiental, los bienes muebles de valor histórico, artístico científico o técnico, los yacimientos en zonas arqueológicas, los bienes de interés etnográfico y los sitios naturales, jardines y parques relevantes por su interés histórico-artístico o antropológico y, en general, todos aquellos que formen parte del patrimonio histórico.

Cualquier acto de pillaje o apropiación de los citados bienes culturales, así como todo acto de vandalismo sobre los mismos y la requisa de los situados en territorio que se encuentre bajo ocupación militar será castigado con igual pena".

Las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas, código deontológico del militar, recoge esa protección. Así, el artículo 7: "Las Fuerzas Armadas ajustarán su conducta, en paz y en guerra, al respeto a la persona, al bien común y al derecho de gentes. La consideración y aun la honra del enemigo vencido son compatibles con la dureza de la guerra y están dentro de la mejor tradición española". Y el artículo 136: "A nadie ha de cegar la victoria; en ella se extremará la disciplina. Con el enemigo vencido se respetarán los derechos reconocidos por los Convenios Internacionales suscritos por España y las leyes y usos de la guerra".

Volviendo al artículo 74.1 del CPM, decir, que si bien protege con carácter general la propiedad y a sensu contrario, recuerda la obligación del Estado o ejército ocupante de respetar la propiedad privada, con la excepción de requisa necesaria. Tal vez habría sido deseable que en dicho artículo se hubiera incluido la expresión "estrictamente necesaria", para evitar el peligro de la ambigüedad en la interpretación.

En todo caso, el bien jurídico que se intenta proteger en dicho artículo es la propiedad privada, y no la pública, en tiempo de guerra y ocupación, pero no la propiedad enemiga, que puede sufrir los efectos normales de la guerra, sino aquellos sobre las propiedades de los mismos nacionales del propio Estado o en el del Estado enemigo ocupado, o incluso a las propiedades neutrales en iguales ámbitos espaciales.

El sujeto activo de este delito sería el militar, y no el civil, cuyas conductas en todo caso se castigarían en el Código Penal común, y a tal efecto el artículo 8 del CPM señala: "A los efectos de este Código se entenderá que son militares quienes posean dicha condición conforme a las leyes relativas a la adquisición y pérdida de la misma y, concretamente, durante el tiempo en que se hallen en cualesquiera de las situaciones de actividad y las de reserva, con las excepciones que expresamente se determinen en su legislación específica, los que:

1.° Como profesionales, sean o no de carrera, se hallen integrados en los cuadros permanentes de las Fuerzas Armadas.

2.° Con carácter obligatorio se hayan incorporado o ingresen como voluntarios en el servicio militar mientras se hallen prestando el servicio en filas.

3.° Cursen estudios como alumnos en las Academias o Escuelas militares.

4.° Presten servicio activo en las Escalas de Complemento y de Reserva Naval o como aspirantes a ingreso en ellas.

5.º Con cualquier asimilación militar presten servicio al ser movilizados o militarizados por decisión del Gobierno."

No obstante, es importante señalar como conclusión que en todo caso y a falta de una represión internacional de los crímenes de guerra, la represión interna constituye el único sistema efectivo, en el que el Estado procede por sí mismo a determinar el hecho punible y a castigar el mismo, tanto sobre miembros del propio ejército como del ejército enemigo.

La justificación de esta solución amparada por el artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, estriba, con independencia de toda habilitación convencional, en el hecho de que el Estado beligerante que castiga las infracciones a las leyes de guerra cometidas por sus propias fuerzas, tiene derecho a sancionar los actos de la misma naturaleza, cometidos por los soldados enemigos, sin estar en la necesidad de someter a la diligencia que pueda mostrar el adversario para sancionar estos crímenes.

Ello explica el hecho de que a veces algún Código de Justicia Militar extranjero fije la cláusula de reciprocidad a la hora de castigar los crímenes contra las leyes y usos de la guerra y supedite a que el enemigo castigue los mismos hechos en su legislación interna.

Como de costumbre, surge el tema de siempre, del valor del Derecho Internacional, y más que el valor, que en todo caso se cuestiona menos, la eficacia de sus normas.

En tiempos del medioevo e incluso en los primeros siglos de la Edad Moderna, no había límites para el vencedor, podía hacer y deshacer a su antojo. Las poblaciones de los territorios ocupados carecían de medios para reclamar sus derechos y eran comunes todo tipo de excesos, matanzas, deportaciones, torturas, vejaciones, levas, etc..., llegando esta práctica hasta los tiempos de Federico II de Prusia, que hizo levas en la ocupada Sajonia; la propiedad pública y privada era tomada libremente y se disponía del territorio

ocupado como de cosa propia, haciendo esto en el siglo XVIII, como Dinamarca que vendió a Hamburgo territorios suecos ocupados por sus tropas e incluso en el siglo XIX en la cesión por Inglaterra a Suecia de la isla de Guadalupe ocupada por los franceses, aunque la cesión no llegara a hacerse efectiva.

Por fin, a mediados del siglo XIX comenzaron a distinguirse los conceptos y apareció el de ocupación bélica, con la reglamentación correspondiente, con unos límites, con unos derechos y obligaciones para Estado ocupante y ocupado.

Si la guerra desgraciadamente es un hecho cierto y existe y existirá, al menos es interesante que unas normas regulen la irracionalidad de los hombres y si bien su incumplimiento se produce, al menos existen, y con que en una sola ocasión se respetaran, nos daríamos por satisfechos.

Bibliografía

— *Comentarios al Código Penal Militar.* Editorial Civitas.

— Tomo II. *Derecho de Cosas. Propiedad y Derechos reales restringidos.* JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS. Instituto Editorial Reus.

— *Del Derecho de la Guerra.* JOSÉ LUIS FERNÁNDEZ FLORES. Editorial Ejército.

— *Iniciación al Derecho Constitucional Militar.* PABLO CASADO BURBARO. Editorial Revista de Derecho Privado.

B) Notas bibliográficas

El día 20 de octubre de 1994, se presentó en el Colegio Notarial de Madrid la obra "Metodología de la determinación del Derecho" de Don Juan Vallet de Goytisolo.

Se publica la recensión de la obra y las palabras pronunciadas por Don Rafael Gibert y Don Antonio Rodríguez Adrados.

"Metodología de la determinación del derecho", VALLET DE GOYTISOLO, Juan Bms. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. Madrid, 1994. 1.317 págs.

Apenas han transcurrido tres años desde que se editó el libro *Metodología de las leyes* de Juan B. Vallet de Goytisolo cuando este nuestro querido amigo y compañero en VERBO —y mío también en profesión—, publica su *Metodología de la determinación del Derecho,* segundo miembro de la planeada por su autor trilogía metodológico-jurídica. Pienso, con razones sobradas, que solamente un jurista tan asombrosamente tenaz y universal como Vallet, puede dar cima a este plan ambicioso. Y a fe que lo está consiguiendo; y en unos plazos casi milagrosos, dada la envergadura, densidad y profundidad en los análisis críticos de las dos "Metodologías" publicadas.

Hemos de esperar —ya sin sorpresa— que trabajo de tal ambición sea coronado con el tercer y último miembro: la *Metodología de la ciencia expositiva y explicativa del Derecho.*

Decía Vallet, en la Introducción de la primera parte de la *Metodología de las leyes,* que en su curso de doctorado de 1987-1988, del que resultó una obra anterior, *Metodología jurídica* (1) —especie de guión a desarrollar en estos otros trabajos metodológicos—, partió de diferenciar tres caminos: el de las leyes, el de la determinación del derecho y el de la ciencia del derecho. Dos de los caminos han sido ya desvelados. El de la ciencia del derecho estará ya seguramente, en el telar de Vallet. Si el primer camino, el de las leyes, trae objeto de aquel primer trabajo formidable, en el que Vallet de Goytisolo, después de repasar abrumadoramente *todas* las concepciones y doctrinas jurídicas en materia de la metodología de las leyes, reabrió la puerta —no hay otra posible más real y eficaz— al sentido

(1) Ed. Civitas, Madrid, 1988. *Vid* una recensión mía en la *Revista Jurídica del Notariado,* enero-marzo, 1992, pp. 261-267.

común, es decir, a lo que es base en una grandísima parte del sentido jurídico, ahora, al recorrer este segundo camino, el de la determinación del derecho, Vallet asombra de nuevo al lector por la inmensa capacidad de lectura, erudición y crítica que llevan consigo —en las 1.317 páginas— las 1.822 citas de autores distintos que se han ocupado a lo largo de los siglos en esta materia de la determinación del derecho. Digo 1.822 autores, muchos de estos estudiados despaciosamente a lo largo del trabajo. De tal modo que el pensamiento de cada uno en la materia se hace presente al lector, a través de las sencillas y acertadas síntesis de Vallet, de una manera esclarecedora. El pensamiento de SANTO TOMÁS (173 citas) de ARISTÓTELES (101); de M. VILLEY (84); K. LARENZ (72); WELZEL (70); SAVIGNY (56); OCKHAM (47); ELÍAS DE TEJADA (44), y un larguísimo etcétera, en orden descendente, hasta los 1.822 autores no solamente mencionados sino, en su gran mayoría, estudiados y recensionados, en amplios extractos de sus obras.

En este orden la *Metodología de la determinación del derecho* en su "Perspectiva histórica" (objeto de la primera parte) es una verdadera mina, un filón inmenso de materiales —ya cifrados y "limpiados" por Vallet— para trabajos posteriores, para muchos juristas (jueces, notarios, abogados, profesores) y estudiantes de Derecho.

Determinar el derecho significa "buscar lo que es justo más allá de la ley escrita" (ARISTÓTELES), pues los cometidos y métodos de legislar y determinar lo justo no coinciden en ocasiones. Compete al legislador formular por escrito, como reglas de prudencia, las que sirvan para determinar lo justo. En cambio, en la función de determinar en concreto la cosa justa —*rem iustam*— se debe acudir al empleo del arte con el que se discierne lo que es justo —*artem qui cognoscitur quid is iustum*— (SANTO TOMÁS). Y este arte es obra de los prudentes (jueces, notarios, juristas en general); de la *Iurisprudentia,* en suma.

Los métodos para ello han variado a través de las edades: desde la elaboración conceptual del derecho y la rígida interpretación literal de sus normas, hasta la elaboración práctica y la equidad; desde un idealismo utópico hasta un pragmatismo utilitarista descarnado; desde unas bases y principios fundamentados en el Derecho natural, hasta un positivismo jurídico en el que sólo la ley determinada por el Estado ha de presidir todo el campo de lo jurídico.

Entre estas coordenadas se mueve el enorme trabajo de VALLET, desde la *Introducción General,* en la que resume el plan general de la obra en sus líneas maestras, hasta la *Perspectiva histórica,* amplísima, que es su objeto fundamental.

La sola transcripción del *Indice* nos llevaría a agotar el espacio para esta recensión, puesto que en los cinco títulos comprensivos de la perspectiva se comprende *toda* la historia de las doctrinas metodológicas en la determinación del derecho; de lo que es justo y ha de ser integrado, interpretado y, en su caso, aplicado en la sociedad de los hombres.

La interpretación en la jurisprudencia antigua y en la postclásica, es

decir, el método de los jurisconsultos romanos —desde la formación del *"vir"* jurisconsulto, hasta su *"cavere"* y *"respondere"*, evolucionando desde la *"divinarum et humanorum rerum notitiae"* al vulgarismo y al *"princeps legibus solutus est"*, ocupa todo el Título I, con cinco capítulos. El Título II, con tres capítulos, contempla la evolución metodológica en los derechos romano-bárbaros y los períodos del "ius commune" (glosadores, comentaristas y jurisprudencia cautelar, en la que aflora ya patente el "ars notariae"). Uno de los más interesantes de estos capítulos es el que trata de la determinación del derecho expuesta por SANTO TOMÁS, así como el influjo de la desformalización del derecho y del principio *"pactum vincit leges" ("pacto ley o fuero vienze"*, en los derechos medievales europeos, concretamente en los de Navarra y Aragón) en la formación de costumbres y leyes; en la determinación del derecho, en consecuencia, expone luego Vallet un inmenso panorama.

Desde la crisis del nominalismo hasta la revolución francesa, con los albores del humanismo renacentista, el influjo de la Reforma de la Teología protestante en el Método de determinar el derecho y, en contraposición, la influencia en esto de los juristas-teólogos españoles (Vitoria, Soto, Molina, Suárez, Vázquez de Menchaca, etc., son estudiados con gran extensión); desde la escuela del derecho natural (GROCIO), al empirismo (BACON, OCKHAM, DESCARTES), al nominalismo radical (HOBBES), al "racionalismo natural" (PUFFENDORF, LEIBNITZ), y los especiales estudios sobre las ideas socio-jurídicas de VICO y MONTESQUIEU —en los que Vallet es, tal vez, el primer especialista, no sólo español, sino europeo—; y, finalmente, hasta la concreción legislativa y consuetudinaria, doctrinal, judicial y notarial en los siglos XVI, XVII y XVIII (con un apartado revelador sobre la determinación consuetudinaria y legislativa del derecho en los Reinos de Castilla, Aragón, Valencia, Mallorca y Navarra, en el Principado de Cataluña y en el Señorío de Vizcaya). Con todas estas materias se nutren los nueve capítulos del Título III, a mi juicio, el más original del libro.

El Título IV, comprende los estudios —puede decirse que cada capítulo de los seis ha de considerarse una monografía (como casi todos los demás de esta gran obra son, sin duda, un vivero para posibles tesis doctorales)— sobre el reduccionismo del método jurídico, que se contrae, a partir del "Code" napoleónico, a una exégesis de textos legales y que influyó considerablemente en la España en el siglo XIX; a la escuela histórica alemana, con unas páginas espléndidas que Vallet dedica a SAVIGNY y su evolución metodológica; a la dogmática conceptualista de PUCHTA, de JHERING (cuyo pensamiento metodológico evolucionó después hacia un "naturalismo jurídico" o de jurisprudencia pragmática) y de WINSCHEID; al método en el derecho inglés con su doble tendencia: la jurídica-práctica del "common law" y la filosófica-jurídica positivista que concibe el Derecho como emanación del Estado. (En estas tendencias del derecho inglés sobresale —Vallet le dedica una atención particular JOHN AUSTIN con su jurisprudencia analítica, crítica frente al "common law" aunque sin negarlo). Los dos últimos capítulos del Título IV se refieren —con datos caudalosos como acostumbra el

autor— a las escuelas de los foralistas hispanos en la determinación del derecho, con especial referencia a la escuela jurídica catalana (y sus grandes figuras de FALGUERA y DURÁN Y BAS), y la aragonesa (con JOAQUÍN COSTA y su concepción del derecho, su criteriología y su método jurídico); y, finalmente, a la determinación judicial y notarial del derecho en el siglo XIX, en Francia y en España.

El último Título, el V y más extenso, de esta magna "Metodología" relaciona y analiza las corrientes doctrinales y prácticas en el siglo XX; *puede decirse que casi hasta hoy en día (pues tal es el exhaustivo trabajo* de VALLET). En sus once capítulos trata: de la persistencia del positivismo legalista (de ZITELMAN a KELSEN); de las relaciones contra aquel positivismo por la escuela del derecho libre (ERLICH y KANTOROWICZ); de la jurisprudencia de intereses (JHERING, HECK, RUMELIN, STOLL); de los intentos y reacciones en Francia y en Italia contra el positivismo legalista y normativo, en los capítulos cuarto y quinto (DUGUIT, HAURIOU, GENY, MICHEL VILLEY —del que Vallet extractó numerosos pasajes de sus obras— y CARBONIER, en Francia; y BIONDO BIONDI, CARNELUTTI y BERRI, en Italia); de la actitud de los foralistas españoles en este siglo. Es interesantísima la síntesis de VALLET acerca del ámbito actual del derecho foral y su perspectiva futura; y de los trabajos de las escuelas de juristas en los diversos territorios antes forales y hoy autonómicos; así como los riesgos de que la política constitucionalista abrogue lo que los fueros lograron en tarea de siglos; es decir, la libertad civil, en una tradición jurídica casi ininterrumpida en la práctica. A continuación el autor relaciona extensamente a los autores españoles que entienden el ordenamiento jurídico patrio abierto a la justicia suprapositiva, es decir, a los principios generales de derecho (DE DIEGO, CASTÁN, DE CASTRO, ROCA SASTRE, HERNÁNDEZ GIL), y a los defensores de la estimativa, o de una jurisprudencia realista (PUIG BRUTAU, RECASENS SICHES); es decir, a la jurisprudencia como expresión del derecho.

Los últimos capítulos del Título V, y de la obra, se refieren: el capítulo octavo, a los intentos de la ciencia jurídica alemana para salir del positivismo jurídico, que ahogaba la creatividad. HUSSERL, SCHELER (cuyas obras desarrollando la teoría de los valores fueron, y son, objeto de profundo estudio por Juan Pablo II), STAMMLER y HARTMAN abren el neokantianismo rígido del siglo anterior y, en consecuencia, los métodos determinativos del derecho; así como RADBRUCH, LARENZ, WELZEL, ENGISCH y COING, entre otros, desde la *"Wertungsjurisprudenz"*, o jurisprudencia de valores o estimativa parecen retornar —¡nihil novum!— al *sensum naturale,* a la *naturalis ratio* y a la *aequitas* para juzgar las cosas —también las leyes—; es decir, al *quod iustum est ex ipsa natura rei;* de juzgar conforme a la naturaleza de la cosa para que el juicio sea naturalmente justo. Tal fue la concepción de SANTO TOMÁS: la naturaleza de la cosa integrada en el propio orden (de las cosas) regido por la ley eterna. ENGISCH, recogiendo ideas de KARL SCHMIDT —autor al que tópicamente uncen al carro de los propulsores del nacionalsocialismo hitleriano—, combate, por exageradas razones tipológicas, que

siguiendo a los antiguos nominalistas otros autores modernos estiman precisas para la concreción del derecho, combate digo esta postura, pues una norma pura, desvinculada de una situación supondría un absurdo jurídico, y no podría darse para ello determinación jurídica alguna.

En esta "vuelta de las cosas a su naturaleza", autores alemanes como LARENZ y el propio ENGISCH, siguen el método del desarrollo judicial (¿sólo judicial?, cabe preguntarse) del derecho, en el sentido de complementar y desarrollar las lagunas y corregir las leyes defectuosas dentro del posible respeto a lo legislado.

En el capítulo noveno, antepenúltimo del libro, Vallet ofrece una perspectiva panorámica de las tendencias del derecho anglo-americano en nuestro siglo. Como es sabido, los enfoques en el método, fuentes, estructura y procedimiento de este sistema son muy distintos a los del derecho continental; aunque pienso yo que los foralistas españoles tradicionales (hay otros foralistas constitucionalistas, es decir, que ponen a la Constitución por encima de los fueros) estamos mejor dispuestos que otros juristas a entender el Derecho anglosajón; pues éste no excluye al derecho consuetudinario; y, por otra parte, fundamenta en la "naturaleza antigua", en el precedente, su orden jurídico tradicional. En este sentido —contra lo que se nos predica a diario—, el sistema anglosajón o anglo-americano, al del *common law*, no fue un ordenamiento "democrático", sino un orden jurídico dimanante del derecho natural y en el que la supremacía del derecho no se hallaba basado en la Constitución, o sea, en la voluntad popular, sino en su contenido; es decir, en los principios iusnaturalísticos infiltrados a través del concepto anglosajón del derecho como un cuerpo de reglas (no sólo leyes) tradicionales. Ciertamente que hoy día esta concepción ha cedido en parte, y en la actualidad el *common law* es derecho elaborado por los tribunales de justicia, *judge made law*, y, por ello, el positivismo jurídico ha penetrado en estos derechos; sin embargo, también hoy se producen corrientes jurídicas que intentan rechazar tanto al positivismo normativista, de la ley, como el conceptualismo dogmático. Así, ROSCOE POUND destaca la función del elemento ético frente al positivismo, y preconiza "el reconocimiento del derecho natural, derivado de la experiencia y que trata de averiguar la idea de lo justo" (right). Asimismo, LLEWELLING, figura sobresaliente del "realismo jurídico" (considera al derecho como simple medio dirigido a un fin), estima que se tengan en cuenta factores racionales y equilibradores los cuales han de interpretarse —dice POUND— con cánones morales, no económicos sino de justicia.

Termina Vallet con dos capítulos. Uno, el décimo, en que vuelve a recordarnos las funciones y la importancia de jueces y notarios en la determinación del derecho en este mismo siglo XX. A este respecto contrapone, de modo general, los derechos inglés y continental, los que, "a grosso modo", se decantan por la jurisprudencia y por los códigos, repectivamente; con una nota común: el juicio de equidad continúa siendo —aun con los oscurecimientos inevitables— el trasfondo de la determinación judicial del

derecho. No se reducen los tribunales a la aplicación de la ley o doctrina legal (el recurso de casación español es sintomático respecto a la equivalencia de una y otra causa), sino también a la creación judicial del derecho, a su elaboración reconstructiva. En cuanto a los notarios, conservan la posición central de una función que ya tenían en el *"ars notariae"* medieval. A la "elaboración notarial del derecho" dedicaron muchas páginas esclarecidos juristas. En muchas materias, los notarios españoles —a estos contrae aquí Vallet su estudio—, tanto en el derecho del Código civil como en el de las regiones forales, han seguido anticipándose al legislador, proveyendo fórmulas adecuadas para cubrir nuevas necesidades de la vida jurídica. Con noble orgullo transcribe Vallet las palabras del maestro CASTÁN: "La obra de la jurisprudencia notarial no se detiene nunca y está realizando —muchas veces lenta y trabajosamente— tanteos que mañana se convertirán en nuevas instituciones y normas".

En las dos páginas del último capítulo, el onceavo del libro, nos da el autor de esta inmensa obra, sus conclusiones. Las califica de "provisionales", y las engloba en esta perspectiva panorámica: la de la metodología de la determinación del derecho en las seis últimas décadas del siglo XX (ya comenté anteriormente que Vallet nos trae su saber en la materia hasta hoy mismo). Son —las conclusiones— muy breves y sencillas. Una, la de que no obstante la persistencia del positivismo en el siglo XX, se viene produciendo, en el campo del derecho, una reacción: la consideración de los valores y la idea del derecho justo, se acentúa; al menos en el terreno ideológico. Otra conclusión: en el terreno práctico la determinación del derecho, tanto judicial como notarialmente, sigue guiada por los principios generales de justicia. Tercera conclusión menos optimista: no obstante estas aperturas, en el terreno político sigue impuesto el positivismo kelseniano, estatal; y en el terreno económico, un neopositivismo lógico, derivado de aquél; para ambos las apelaciones a las normas éticas o morales son coberturas hipócritas de una "racionalidad" que hoy se les niega por grandes sectores sociales. Y es que no se puede vivir y actuar "sin principios".

Termino aquí esta recensión de un libro que considero indispensable en toda biblioteca de jurista. En el aspecto formal, y pese a la dificultad de composición —tantos autores, tantísimas obras y citas a pie de página—, hay muy pocas erratas (una repetición de párrafo entre las páginas 801, *in fine,* y 802); y la letra, sus características y resaltes —negritas y cursivas—, la impresión y el formato —grueso volumen encuadernado— están muy bien.

Al escribir estas líneas finales abrigo la esperanza —y pido a Dios por ello— que el maestro de notarios y juristas, el gran amigo Juan B. Vallet de Goytisolo corone la trilogía metodológica-jurídica con la de la ciencia expositiva y explicativa del derecho, de lo que él tanto sabe; también por experiencia.

Javier Nagore Yárnoz

LA METODOLOGIA DE VALLET Y LA HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL

RAFAEL GIBERT Y SÁNCHEZ DE LA VEGA
Catedrático de Historia del Derecho

La historia del derecho privado fue la gran aspiración de la Escuela de Hinojosa, su sueño irrealizado, el principal de los tres patitos feos de nuestra asignatura, con el Penal y el Procesal, las tres PPP que algunos esperamos todavía ver convertidos en cisnes.

El propio patriarca de la Escuela, don Eduardo, puso como una marca del imperio en su estudio menos estimado "La condición de la mujer casada en la esfera del derecho civil". Su indagación alcanza desde los tiempos primitivos hasta el código de 1889 y se atreve a otear el porvenir.

Ese carácter de único y de particular ha sellado hasta ahora nuestra aportación en ese campo. En las oposiciones a cátedra rigió una especie de pacto no escrito, en virtud del cual, los candidatos, a cambio de dedicar la lección

magistral del tercer ejercicio a una de las instituciones o figuras de aquellas tres ramas, quedaban inmunes y a salvo de dar cuenta, en el cuarto y terrible de la lección ordinaria, en un terreno desértico, que así se iba poblando, como diría SÁNCHEZ ALBORNOZ, de aldeas minúsculas y aisladas. Pero, ni aun entre todos, se alcanzó la necesaria exposición de conjunto: una Historia del Derecho Privado trabada y sistemática. En esta casa pudo afirmar don RAFAEL NÚÑEZ LAGOS que el derecho privado español padecía avitaminosis histórica.

Sería injusto olvidar algunos pasos dados en la necesaria dirección, en primer término, el de ROMÁN RIAZA, autor de la segunda parte del *Manual* en colaboración con ALFONSO GARCÍA GALLO, terminado de publicar en 1935. Un perfecto boceto de las tres ramas, que en un total de 120 páginas, dedicaba al Privado 85, y de ellas, especificaré por razón del lugar, que nueve lo estaban al derecho notarial. Pero esta segunda parte, que era buena, desapareció con la muerte del autor, caído en el incendio de la guerra y en el aventamiento de cenizas que siguió. A esta aportación se añadió un ensayo juvenil de JUAN BENEYTO, al que también acabamos de perder; no fue estimulado a continuar.

La primera Semana de Historia del Derecho Español, celebrada en 1932, adoptó en la sección dedicada al Privado, Penal y Procesal, y a propuesta del profesor TORRES LÓPEZ, el acuerdo de dividir en dos cursos la Historia del Derecho, y en su virtud, estudiar en el primero las Fuentes y las Instituciones sociales y políticas; y en el segundo, dicha historia del derecho Privado, Penal y Procesal.

Como otras aspiraciones de la época anterior, esta fue satisfecha en la ley universitaria de 1943, y en el plan de estudios que siguió. Entonces se destaca la figura de ALFONSO GARCÍA GALLO, el titular, el jefe de la Escuela, con su ambicioso intento de un *Tratado,* el de 1940-41. En cuyo desarrollo, a la altura de 1953 aparece como segunda parte una *Historia del Derecho Privado,* de cuyas previstas pro-

porciones da una idea el hecho de que sus 126 páginas comprendían solamente los "conceptos generales" y el derecho de Personas. Esta publicación fue considerada con razón como un acontecimiento fundamental y suficiente para JOSÉ MALDONADO, que dio por hecha la deseada exposición de conjunto. El, por su parte, había aportado en 1944 y 1945 dos monografías, sobre la *Condición del "nasciturus"* y sobre la *Herencia en favor del alma,* con perfección metódica, según las normas de la Escuela, y el requisito de "mostrar cómo nuestro derecho ha llegado a ser lo que es", sin detenerse allí donde el pasado enlaza con el derecho vigente, sino adentrándose en éste como el civilista y canonista que el autor era. La misma exigüidad, en lo cuantitativo, de esas dos figuras, nos obliga a calcular qué montaña de estudios particulares sería necesaria para cubrir el campo de las diversas ramas o secciones del Derecho Privado, no sólo el primitivo y el romano, el visigótico, el inmenso despliegue medieval de los derechos territoriales y locales, castellano, leonés, gallego, vascongado, navarro, catalán, mallorquín, valenciano, que se encauzan muy relativa y parcialmente en el Código civil, con la, primero persistencia de los derechos forales, luego, desde 1946, el rebrote y el florecimiento de los derechos civiles especiales. Cada cátedra, primero aisladamente, luego con el fascículo de GARCÍA GALLO, capeó como pudo el compromiso legal de explicar la Historia del Derecho Privado (más sencillo lo hubo con el Penal y el Procesal), a alumnos de 4.° que ya venían preparados con sus cursos de derecho civil. Cada uno dará cuenta de lo que hizo. De mí puedo decir que fue uno de los fracasos de mi vida académica.

Y aun para el conjunto de la Escuela y de las Cátedras, la supresión del segundo cuatrimestre y la refundición de la asignatura en el Primer curso, que sobrevino en 1954, equivalió al certificado de la derrota total en aquella empresa que había suscitado la mayor esperanza, no sólo entre nosotros sino también entre los colegas de derecho civil, que

siempre nos preguntaban por la famosa Historia del Derecho Privado.

JESÚS LALINDE, en dos exposiciones de conjunto, *Iniciación* (1970), *y Derecho Histórico Español* (1974), dedica 280 y 110 páginas al Derecho Privado, en un total de 1.000 y 580, respectivamente. Con esta excepción, que mantiene una línea tradicional, la más reciente manualística (PÉREZ PRENDES, TOMÁS Y VALIENTE, ESCUDERO LÓPEZ, FERNÁNDEZ ESPINAR, AQUILINO IGLESIA FERREIRÓS, SÁNCHEZ ARCILLA-MONTANO FERRIN, y el último aparecido, PÉREZ DE BUSTAMANTE), guardan silencio acerca de ese tan debatido antaño Derecho Privado, especie de gran deuda suramericana contraída por la Escuela. Un reconocimiento de la misma puede significar la publicación del Plan de GARCÍA GALLO para su *Manual* de 1959, que desgraciadamente no pudo terminar. Plan grandioso. Comprende la "parte general", el "hombre individual" —correspondiente a lo ya publicado en 1953—, la familia, los derechos patrimoniales, las obligaciones y contratos y la sucesión hereditaria. Ahí queda, como un reto, para la que con razón se ha llamado escuela de GARCÍA GALLO.

Debo retroceder a la actuación, menos conocida, oscurecida incluso, por la veneración, de don GALO SÁNCHEZ, cuyo primer documento son los *Apuntes* manuscritos en Barcelona, hacia 1925, "formados a base de su explicación". Allí, el profesor distingue que su curso consta de dos partes: la historia de las fuentes y la historia de las instituciones; ésta tiene por objeto "el *contenido jurídico* de los textos, que no cabe mezclar con su descripción (externa) o historia de las fuentes". Nada conocemos de un posible desarrollo de esa historia de las instituciones, aunque sí que en "la cátedra se ha(bí)an leído y comentado varias fuentes jurídicas de la edad media", con lo que se satisfacía, aunque de modo parcial o fragmentario, aquel conocimiento del "contenido jurídico" de las fuentes.

Y he aquí que en los *Apuntes* dactilografiados en Barcelona, 1930, encontramos una alteración fundamental. Allí

leemos todavía (p. 7) que "tanto las fuentes como las instituciones han de ser estudiadas en la Historia del Derecho, que bosqueja, de un lado, la evolución de las diferentes ramas del derecho español (político, penal, civil...) y de otro describe los documentos o textos que nos la dan a conocer". Pero más adelante (p. 18) propone este recorte, mejor dicho esta división de la disciplina: "En el presente curso nos limitaremos a describir la historia de las fuentes, *dejando para otras asignaturas* la exposición de la historia de las instituciones. En el derecho penal, por ejemplo, tendrá lugar oportuno la historia del derecho penal. Así evitaremos repeticiones innecesarias, aparte de que la colocación de la enseñanza de la historia en el primer curso de la facultad no permite otra cosa, ya que sería imposible tratar de la historia del derecho político, o del civil o del procesal, por ej., sin el previo conocimiento del derecho político, civil o procesal respectivamente". Importa considerar que esta delimitación del contenido de nuestra asignatura fue proclamada por el autor en la plenitud de su vida científica y tras cinco años de experiencia docente en Barcelona.

Fue esa posición adoptada por GALO SÁNCHEZ en 1930, la que sirvió de base a una propuesta formulada en la VI[a] Semana de Historia del Derecho Español, Madrid, 1983, que tuvo la fortuna de ser manifestada y confirmada en la clausura de la sesión por el Presidente del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, bajo cuyo patrocinio y en cuya sede se había celebrado. Su expresión fue así de rotunda:

"LOS HISTORIADORES DEL DERECHO ESCRIBEN LA HISTORIA GENERAL Y LOS JURISTAS, CADA UNO EN SU DISCIPLINA CUANDO MIRAN AL PASADO, ESCRIBEN LA HISTORIA ESPECIAL" (AHDE LIII, 1983, 711).

Con lo que, de paso, quedó restablecido el nombre original de la disciplina *Historia General del Derecho español,* que asimismo don GALO había vindicado al decir en el preliminar de su *Curso,* de aquel 1930: "vamos a ocuparnos en concreto de la historia del derecho español, o, mejor dicho,

de la historia general del derecho español" (p. 5). Lo que presuponía una historia especial, encomendada ahora a los juristas.

Es aquí necesario intercalar cómo la Escuela, que como todas las creaciones humanas tiene su derecho y su revés, al formalizarse en torno a la figura de Hinojosa adoptó un altivo y orgulloso talante hacia lo que no entraba en sus límites, y que por ejemplo excluyó, en grupo, al cuerpo de catedráticos de la asignatura, con pocas excepciones, y a sus manuales, mirados con horror, y asimismo trató con desdén y desprecio los "precedentes históricos" con los que tratadistas y profesores del derecho civil adornaban sus exposiciones de conjunto y sus estudios particulares. Adoptaron, sin motivo, las ínfulas de sus colegas los romanistas, respecto a los mismos civilistas, en los que consideraban un mérito que se abstuvieran de invadir su terreno. Sin justificación, porque entre tanto el campo así acotado y defendido permanecía estéril y sin edificar.

Entonces se produce para mí el descubrimiento de don JUAN VALLET DE GOYTISOLO. El ha tenido la bondad de recordar (p. 726, n.º 4) que al dedicarle un ejemplar de mi artículo sobre las "Leyes de Toro", en la Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, yo había hecho constar que él sí conocía profunda y vitalmente la literatura en torno a dichas leyes, que constituye el núcleo de la doctrina civilística de nuestra patria, y de la que yo me había limitado a trazar un bosquejo de la mano de LLAMAS Y MOLINA, el último tratadista, el epígono del antiguo derecho español. Porque en efecto, lo que me había sorprendido al hojear simplemente los volúmenes de sus *Estudios de Derecho Sucesorio,* que sobre mí caían como losas, que cubrían para siempre la ilusión de redactar mi curso de Derecho Privado, era la familiaridad, la colegialidad con que el autor manejaba esos comentaristas, unidos a sus maestros italianos y a sus coetáneos franceses y el modo como sus dictámenes y opiniones se entretejían con las cuestiones vivas y actuales. Ya no eran los prece-

dentes sino una misma realidad continua y orgánica lo que allí se ofrecía. Es decir, que la deuda de la historia del Derecho Privado estaba afianzada y empezada a saldar, y al mismo tiempo nos dejaba más libres a los cultivadores de la Historia General. Con la particularidad que esa división en General y Especial, que puede compararse con la que en Medicina separa y asocia la Patología General y la Patología Clínica, nuestra asignatura ha de estar siempre atenta a los resultados de las Historias especiales del Derecho, y nutrirse de ellas. En lo que haya de ser esa Historia General, existe una saludable pluralidad. Por mi parte me adscribo a una posición que suele considerarse como antigua y superada, que se ocupa de la biografía de los juristas y la lectura de sus obras de toda índole, en primer lugar sus libros, con una apreciación secundaria hacia el hecho de que hayan sido promulgados, o no, reproducidos y estudiados, simplemente leídos, utilizados por los jueces para resolver los conflictos que les son sometidos, o bien por cualquiera que, como enseña el libro que hoy presentamos, deba practicar la necesaria y efectiva *determinación del derecho,* o bien, aun sin nada de ello, hayan sido escritos y lleguemos a ellos, en lo que consiste la Historia, según la concepción tradicional.

Desde esta concepción y como autor de libros elementales en los que se dedica una media de veinte a treinta líneas a autores como BÁRTOLO, JUAN ANDRÉS, COVARRUBIAS, FINESTRES, FONTANELLA, GARCÍA GOYENA, GÓMEZ DE LA SERNA, PACHECO, ALONSO MARTÍNEZ, mi problema es redactar el párrafo que en justicia merece nuestro querido y admirado amigo, siendo ésta, en mi opinión, la función más saludable que nos corresponde ejercer en el conjunto de la Facultad. De un modo breve, felizmente inconcluso y por muchos años, yo escribiré algo así:

Catalán de nación, notario de Madrid, habiendo combatido en la Cruzada como caballero en el lado nacional, Juan Berchmans Vallet de Goytisolo, cumple el requisito según el cual un jurista debe tener noticia de las cosas divinas, des-

taca de su época por una sólida formación cristiana, que a semejanza de su coterráneo Durán y Bas, ha cimentado en el estudio de la teología católica y en la filosofía clásica sin abandonar nunca el ejercicio cotidiano y escrupuloso de la fe pública y el consejo legal, a lo largo de una carrera literaria constante y esforzada, ha cultivado el estudio superior del derecho, con intensa y copiosa lectura de antiguos y modernos, cuyos resultados, unidos a una propia reflexión ha ido vertiendo en una fluyente y continua producción literaria. No en último lugar debe ponerse su constante actuación en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid, de la que ha sido fiel secretario y vínculo de unión. Necesario es referirse con detalle a sus estudios de derecho sucesorio, reunidos en volúmenes que llaman la atención de los historiadores del derecho, por llenar el vacío en que la Escuela había dejado el Derecho Privado. Sus *Apuntes del derecho de sucesiones* maduraron al fin en un *Panorama* del mismo, en dos tomos, *Fundamentos, Dinámica,* 1982, 1984, que alcanzaron la deseada síntesis de historia y sistema. Objeto de su atención preferente fueron los escritores clásicos catalanes, en particular TOMÁS DE MIERES, los foralistas de las regiones españolas en torno al Código civil, el trágico notario JOAQUÍN COSTA, campeón de la costumbre, y la propia Cataluña, a la que dedicó una recapituladora *Reflexión.* Sobre el derecho público moderno asimismo ejerció una crítica aguda tomando como base a *Montesquieu* (1986).

Atraído por la cuestión central del Método, tras haber formulado una *Metodología Jurídica,* general (1988), abordó la ingente construcción de una *Metodología* en forma de tríptico: *de las Leyes* (1991), *de la determinación* (1994) y *de la exposición del derecho* (...).

En este punto nos encontramos, cuando la *Metodología de la determinación* es ya la obra cumplida, que podemos contemplar como una alta meseta, término de difícil ascensión y desde la cual a su vez se descubre nada menos que

el panorama de la historia jurídica, esta vez general, no limitada al Derecho Privado. Sobre la cual he de referirme en otra ocasión. El libro como tal pertenece a lo que concebimos como Historia General del Derecho, y el libro y su autor. Un libro de libros: el autor en su biblioteca. Vamos a reducirnos a sus 25 últimas páginas, las de su índice de autores. Don ALVARO D'ORS dice que al recibir un libro debemos evitar la lectura del índice onomástico porque el vernos citados o no vernos puede alterar la objetividad de nuestro juicio. Yo debo confesar que es lo primero que hago, y esta vez la alegría inesperada, no sólo por la cantidad, veintiuna entradas, sino por el acierto de la selección, me quita el juicio. Y con placer cambio la dudosa justicia por la segura gratitud. No es difícil dar un giro al orden alfabético de los 1.754 nombres que forman el elenco de sus lecturas, todas, en la breve cala que he practicado, y por ser hábito del autor, motivadas, acariciadas, nada de la usual acumulación.

Si en primer término colocamos los teólogos y filósofos, es significativo que el mayor y con mucho número de citaciones corresponda a Santo TOMÁS DE AQUINO, con 101, y que le siga de inmediato ARISTÓTELES, también con 101, lo que es casual y significativo e induce a una meditación. En cambio, PLATÓN no comparece en este valle, pero sí San AGUSTÍN (veinte citaciones, una menos que yo). Siguen los santos padres y teólogos, como FRANCISCO DE VITORIA y sus continuadores hasta el padre ALONSO GETINO. No San IGNACIO DE LOYOLA, pero sí su ilustre hijo el PADRE SUÁREZ, del que aquí se ha insertado una monografía. No es el único, KIRCHMANN, famoso por una sola frase que ningún legislador sería capaz de reducir a maculatura, recibe un sustancioso extracto y un análisis revelador de que era un enorme jurista, digno de ser conocido. No les voy a decir que SAVIGNY y IHERING, que tanto, por diferentes motivos significan para la educación de los juristas españoles, han nutrido este libro, en el que la vindicación nacional no excluye la tradi-

cional vivificación de la cultura vernácula por el derecho común: IRNERIO, AZON, ACURSIO, BÁRTOLO y BALDO, CINO DE LA PISTOYA, ANDRÉS DE SALICETO, los ARETINO, JUAN DE IMOLA, ANDRÉS DE ISERNIA. Los canonistas JUAN ANDRÉS, ABAD PANORMITANO, BELARMINO. No solamente los nombres más sonoros, también los secundarios, como una llamada de atención para que nosotros los profesores de primeros cursos no limitemos nuestra información a esos que pertenecen a la cultura general. DIEGO DE COVARRUBIAS, ANTONIO GÓMEZ, GASPAR BAEZA, ANTONIO AYERBE DE AYORA. Los catalanes: JAIME CANCER, FRANCISCO SOLSONA, PEDRO PABLO FONTANELLA. Los autores de derecho indiano: ARIAS PINELO. Insisto en los filósofos: DESCARTES, SPINOZA, KANT, HEGEL, SCHELLING, BALMES, los neokantianos WINDELBAND y RICKERT, nuestro ORTEGA Y GASSET. Pero son los juristas los que más nos importan; los franceses con quienes mantuvieron los hispanos comercio: BEAUMANOIR, BOERIO, TIRAQUEL, DAGUESSEAU, DOMAT, POTHIER, PORTALIS. Los flamencos: ALTHUSIO, GROCIO, VINNIO, VOET. Los ingleses: COCKE, BLACKSTONE, BURKE. Los alemanes: dos COCCEJIUS (Enrique y Samuel), HEINELIO. El suizo BACHOFEN, aunque justamente prohibido a los juristas. Hay autores que le son familiares: el francés MICHEL VILLEY, por evidente afinidad de pensamiento y aun de temperamento; nuestro FRANZ WIEACKER, ERIK WOLF.

Los historiadores del pensamiento político: ELÍAS DE TEJADA, TRUYOL SERRA.

Los romanistas y los civilistas: éstos, por así decirlo, en corporación; antiguos y modernos, los recientes, autores de tratados y monografías.

Me corresponde hacer una especial mención del gremio de historiadores del derecho, en cuyo seno es por tantos motivos un deber incluirle: MARTÍNEZ MARINA, el fundador, el renovador EDUARDO DE HINOJOSA, GALO SÁNCHEZ, PRIETO BANCES, su inmediato maestro GARCÍA DE VALDEAVELLANO, RAMÓN DE ABADAL VALLS Y TABERNER. Con la justa abundancia que merece, adecuada además a la amistad literaria

que les unió y la colaboración fraternal, destaca el nombre de ALFONSO GARCÍA GALLO, cuya extensa obra le es muy familiar. JESÚS LALINDE, ALFONSO OTERO, AQUILINO IGLESIA FERREIRÓS.

Los italianos CALASSO, GUIDO MOR. Los franceses LEPOINT OURLIAC. Con lo que justamente ha completado el cuadro de nuestras relaciones internacionales que en la Escuela estaban dirigidas hacia la literatura alemana por causa del tradicional "elemento germánico".

Los escritores de Notaría ocupan, como es lógico un lugar privilegiado, la intimidad y la fraternidad del oficio, une los antiguos y los modernos: ROLANDINO PASAJERO, SALATIEL, GIBERT, RAFAEL NÚÑEZ-LAGOS, RAIMUNDO NOGUERA GUZMÁN, BONO HUERTA, FIGA FAURA, RODRÍGUEZ ADRADOS. El mundo del derecho notarial, en el que la obra del autor hunde sus raíces y al que contribuye con este particular florecimiento.

Su atención universal le ha llevado a interesarse por el derecho inglés, que siempre resulta tan extraño, porque, lo mismo que su tierra no es igual a todos. Del mayor interés para nosotros es el examen de la experiencia americana de un derecho intervenido por la Economía, cediendo su terreno, así como haya localizado en el mismo país la reacción salvadora en favor de la tradición propiamente jurídica, frente a la seducción de la mecánica y las falacias de la lógica.

Llego al final de esta presentación, tras haber hojeado este inmenso manual. Reconozco su ordenada exposición de las diferentes etapas del más alto pensamiento jurídico, a partir de una síntesis del derecho romano clásico, de las compilaciones justinianeas, de su conservación en Europa, mediante las sucesivas escuelas de los Glosadores y los Comentaristas; la irrupción del Humanismo; la tarea paralela de los teólogos y filósofos; la época del derecho racional, y sus raíces en la escolástica; el genio de la Escuela Histórica; el Positivismo; el Neokantismo; la doctrina de los valores. La Facultad de Derecho irremediable y saludablemente

arraigada en la ciencia y el arte del derecho propiamente dicho se contempla agitada por el viento superior del pensamiento filosófico que la pone en cuestión y que somete a un riguroso contraste los términos jurídicos.

Expreso mi admiración por este libro que viene a ser como una meseta en la continua elevación de la obra del autor, que debe todavía completar su visión de la Metodología con la experiencia de la investigación y la enseñanza del derecho. Estimo yo la obra de VALLET DE GOYTISOLO, que considero principalmente como un testimonio histórico relativo a su propio tiempo, a este final del siglo XX, de este año 1994 que se acerca a su propio fin.

En este sentido es una fortuna que desde Madrid sea tan auténticamente reconocida e integrada en la cultura jurídica de Europa la importante y autónoma aunque no independiente aportación catalana al Derecho Español y constituye un estímulo para que los castellanos se apliquen a un conocimiento de sus propias figuras.

LA DETERMINACION NOTARIAL DEL DERECHO *

ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS
Notario de Madrid
Académico Electo de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

Cumplo, muy honrado, con el encargo que se me ha hecho de añadir unas palabras sobre la determinación notarial del Derecho, a esta brillante presentación —condigna, cada una en su plano, con la obra presentada— de la *Metodología de la determinación del Derecho* de JUAN BERCHMANS VALLET DE GOYTISOLO.

Esta consideración notarial no podía faltar, ni por el lugar en que el acto tiene lugar ni, sobre todo, por razón del autor de la obra que se presenta; Juan Vallet es Nota-

* Palabras pronunciadas en la presentación del libro *La Metodología de la determinación del Derecho,* de JUAN VALLET DE GOYTISOLO, en el Ilustre Colegio Notarial de Madrid, el día 20 de octubre de 1994.

rio, ha vivido el Derecho desde el ejercicio de la profesión de Notario, y esa vivencia trasciende, como no podía menos de ser, a toda su obra; también a su "Metodología".

Solamente me voy a referir a dos puntos: la novedad y la oportunidad del tratamiento de Vallet; con un intermedio, de referencia a la amplia exposición que Juan Vallet hace.

I

La novedad, yo diría la originalidad de Vallet, consiste en haber incluido la aplicación, la elaboración o la determinación —concepciones bien distintas— notarial del Derecho, en una Metodología Jurídica de conjunto, insertándola en el lugar que le corresponde.

La Metodología del Derecho había tomado siempre en

cuenta, como central que es en la vida jurídica, la actividad del Juez; alguna vez acompañada de la actuación del Abogado; sírvanos de ejemplo la monumental labor de Don ANTONIO HERNÁNDEZ GIL. En cambio, la actividad del Notario en la determinación del Derecho había pasado desapercibida, y las pocas veces que la doctrina se ocupa de ella —recordemos a CARNELUTTI—, no lo hace en su obra sistemática, sino en una intervención separada; yo diría circunstancial.

Bien significativas son al respecto dos magníficas conferencias que en este mismo salón dio el gran filósofo del Derecho, Don LUIS RECASENS SICHES; una sobre "La experiencia jurídica" y la otra sobre "Nuevas directrices de la práctica jurídica", sin ninguna referencia a la experiencia o a la práctica notarial; bien es verdad que en la segunda de ellas aclaraba como subtítulo y entre paréntesis que trataba de la práctica jurídica "Legislativa y Jurisdiccional".

Y no podemos dejar de citar, en el mismo sentido, a otro gran jurista, tan vinculado al Notariado, Don JOSÉ CASTÁN, que en su obra fundamental, *Aplicación y elaboración*

del Derecho apenas se refiere al Notario, al tratar de la aplicación convencional o de las calificaciones jurídicas; y hemos de llegar a una obra posterior, *Función notarial y elaboración notarial del Derecho,* en que subsana brillantemente aquella omisión.

Y ciertamente, la determinación notarial del Derecho merece una consideración detenida, porque no es ya que presente matices peculiares, sino que es esencialmente diferente de aquella determinación que hace el Juez, y que se toma de paradigma de toda determinación del Derecho.

La primera diferencia esencial atañe a los hechos. Los hechos son para el Juez algo pretérito, dado —*da mihi factum*—, como lo son para el Notario en las actas de presencia, sobre todo en las relativas a cosas materiales. Pero en las escrituras públicas, que es donde la función notarial se desarrolla en toda su amplitud, los hechos —las declaraciones de voluntad—, cuando el Notario empieza a actuar son hechos futuros, y si son hechos pasados, tienen todavía una mayor o menor flexibilidad y pueden ser perfeccionados, completados o rectificados, a la vista de la labor de información y consejo del Notario; en virtud de esta actuación los hechos acabarán, quizá, siendo distintos, o incluso no llegarán a realizarse.

Esta distinta posición del Juez y del Notario ante los hechos confiere también al Notario —a los otorgantes asesorados por el Notario—, una mayor libertad respecto de la *quaestio iuris:* llenar las lagunas de la Ley; eliminar las hojas secas que conserva; corregir interpretaciones jurisprudenciales o doctrinales; sustituir el régimen dispositivo articulado por el legislador, por otro más adecuado a la relación concreta que se va a escriturar; elegir el camino, el itinerario jurídico, más idóneo para conseguir las finalidades empíricas perseguidas por las partes; y hasta crear, en uso de la autonomía de la voluntad, figuras contractuales nuevas. *Lex est quodcumque notamus;* el lema notarial se podrá tachar de pretencioso, pero nunca de enteramente falso.

La falta de atención a la callada función notarial por parte de nuestros mayores —de los filósofos del Derecho, de los tratadistas de la Teoría General del Derecho y de la Metología Jurídica— suponía una cierta orfandad para los estudiosos de la función notarial; pero originaba un daño todavía mayor, una grave deficiencia, para aquellas más altas disciplinas, en cuanto que la normalidad es precisamente esta determinación voluntaria del Derecho dentro de la cual ocupa un punto central la determinación notarial.

Ese tradicional vacío se colma ahora por la obra de Juan Vallet; porque se da entrada al estudio de la determinación notarial del Derecho, dentro de una obra general de metodología jurídica; y porque ese estudio se va insertando en todos los lugares en que procede. El sistema es, en efecto, indispensable en la tercera de las metodologías jurídicas de que nos habla Vallet: la Metodología de la ciencia expo-

sitiva y explicativa del Derecho; en adelante no se podrá ya desconocer la actividad notarial como peculiar determinación del Derecho.

II

Poco voy a decir sobre la exposición de Vallet. Su doctrina general encuentra plena proyección en el ámbito notarial. Notarialmente hay también determinación, y no sólo aplicación o elaboración del Derecho; y consiste en la determinación de lo que es justo, *quod iustum est,* en la configuración de una concreta relación jurídica; determinar, pues, la relación justa, la *res iusta,* en el caso dado.

Vallet, que tantas veces se había ocupado, en apretadas síntesis, de esta función notarial, sobre todo en su época de Presidente de la Unión Internacional del Notariado Latino, hace ahora una descripción, una exposición detenida, exhaustiva, en las distintas épocas y países; en las diversas escuelas; incluso con frecuencia, en los más descollantes autores.

No se trata, claro es, del estudio de los documentos, en los que se exterioriza, se corporeifica, la función notarial, sino de la función misma. Pero las importantes fuentes de conocimiento de la función son precisamente los documentos en que ella se manifiesta: las 'fórmulas' —formas pequeñas—, contenidas a veces en los textos legales, y las exposiciones de los autores; los 'formularios' —conjunto de fórmulas— contenidos también a veces en Cuerpos como el Espéculo o las Partidas, y en abundantes obras doctrinales, que van evolucionando desde el mero acopio de documentos de la vida real, cuando se les añaden citas legales, comentarios doctrinales, para llegar a las obras de práctica notarial, e incluso a complemento de un Tratado doctrinal, como ocurrió ya en FEBRERO.

Y así, a través de un dilatado desarrollo histórico, nos va mostrando Vallet los instrumentos técnicos que los Notarios han ido utilizando: las renuncias, las seguridades, el juramento confirmatorio, los pactos. Y, claro es, los resultados que se van obteniendo: las concreciones del Derecho creadas a través de los instrumentos (capítulos, heredamientos, establecimiento de cultivadores ...); las cláusulas de estilo, que han perfilado las instituciones (como la cláusula codicilar, o la *'omni meliori modo');* y las cautelas, de las que son buen ejemplo aquellas de opción compensatoria de las legítimas de que Vallet se ocupó tan magistralmente hace años.

III

La doctrina de Vallet, su concepción metodológica, me parece, en fin —y con esto termino—, de una gran oportunidad. La determinación del Derecho persigue, según nos dice, la realización de lo justo concreto; de la cosa justa. Y si contemplamos el panorama que nos rodea, no podemos por menos de asombrarnos de que raramente se plantea siquiera la cuestión de si una medida, una solución, es

o no justa; predomina la consideración de la eficacia; los economistas priman sobre los juristas, y el Derecho parece reducirse a problemas de mera jerarquía normativa.

Y entre nosotros mismos, la función notarial tiende a encastillarse en mera seguridad jurídica, como si nuestro único engarce estuviera en el artículo 9 de la Constitución; como si nos fueran ajenos los valores superiores del Ordenamiento, la libertad, la igualdad y, sobre todo, la justicia. Se convierte incluso en seguridad jurídica —seguridad jurídica 'sustancial'—, lo que no es otra cosa que la perfección del negocio, su plena adecuación a la Ley y a las pretensiones de las partes, el equilibrio de sus soluciones, la previsión de sus cláusulas, la claridad de su redacción. Por eso creo que es muy trascendente que Juan Vallet nos diga a los Notarios que la determinación notarial del Derecho consiste en la determinación de lo que en cada escritura es justo; *'quod iustum est'*.