

REVISTA
JURIDICA

— DEL —

NOTARIADO

ENERO~MARZO 1998

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

CONSEJO DE DIRECCIÓN

Presidente

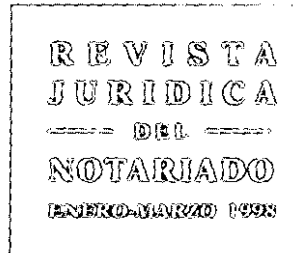
Ilmo. Sr. D. Antonio Rodríguez Adrados

Vocales

- D. Fernando Pantaleón
- D. Juan Luis Iglesias Prada
- D. José Luis Martínez Gil
- D. Antonio de la Esperanza Martínez-Radío
- D. Augusto Gómez-Martinho Faerna
- D. Angel Martínez Sarrión
- D. Antonio Soto Bisquert
- D. Luis Rojas Montes
- D. José María Segura Zurbano
- D. Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés
- D. Mariano Javier Gimeno Gómez-Lafuente
- D. Fernando Arroyo del Corral
- D. Francisco Javier Manrique Plaza
- D. Julián Peinado Ruano
- D. José Manuel Díe Lamana
- D. Juan Francisco Delgado de Miguel

Director

D. Ignacio Solís Villa



Dirección:
Paseo del General Martínez Campos, 46, 6.º
28010 MADRID

Tfno.: 91-308.72.32
Fax: 91-308.70.53

Estudios

- 2 MARTÍN ROMERO, Juan Carlos: "Régimen de transmisión de las participaciones sociales".
- 77 RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: "Los componentes públicos de la función notarial".
- 87 RUEDA PÉREZ, Manuel Ángel: "La función notarial en la economía de mercado".

Jurisprudencia

Tribunal Supremo

- 97 Tercera de mejor derecho. Prolación de créditos. Escritura pública y sentencia.

Actualidad jurídica

Notas bibliográficas

- 107 COING, Helmut: "Derecho Privado Europeo", tomo I: Derecho Común más antiguo (1500-1800), tomo II: El siglo XIX. Traducción y apostillas: Prof. Dr. Antonio Pérez Martín. Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1996. Por Elena Isabel Cara Fuentes y Johannes-Michael Scholz.

RÉGIMEN DE TRANSMISIÓN DE LAS PARTICIPACIONES SOCIALES

JUAN CARLOS MARTÍN ROMERO

Notario

*Colaborador Honorario del Departamento de Derecho Mercantil
y Vocal de la Cátedra de Derecho Notarial
de la Universidad de Málaga*

9

SUMARIO: I. RÉGIMEN DE TRANSMISIÓN DE LAS PARTICIPACIONES SOCIALES. 1. Introducción: Derecho comparado. 2. Derecho español, Exposición de Motivos de la Ley de SRL

(*) Este trabajo recoge la conferencia pronunciada en el Ilustre Colegio de Abogados de Málaga dentro de las Jornadas sobre Derecho de Sociedades, organizadas por el Ilustre Colegio Notarial de Granada, la Cátedra de Derecho Mercantil de la Universidad de Málaga y el Ilustre Colegio de Abogados de esta ciudad. He preferido mantener el espíritu del mismo, que sólo trata de ofrecer una visión panorámica y muy resumida del régimen de transmisión de las participaciones sociales a la luz de la nueva Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y del Reglamento del Registro Mercantil.

Publicado en el libro *Jornadas de Derecho de Sociedades*, Málaga, 14, 15 y 16 de mayo de 1997. Ilustre Colegio Notarial de Granada. Publicaciones de la Academia Granadina del Notariado, Granada, 1998.

de 1995. Examen de sus postulados generales. Su carácter cerrado. **3.** Regulación positiva. **4.** Concepto de participación social. **5.** Caracteres. **6.** Sistema español. **II.** LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD. **1.** El consentimiento de la sociedad. **2.** El derecho de adquisición preferente. **3.** Cláusulas estatutarias que establecen la obligación de transmitir. **III.** RÉGIMEN SUPLETORIO DE TRANSMISIÓN *INTER VIVOS*. **a)** Comunicación a la sociedad. **b)** El acuerdo de la Junta General. **c)** El acuerdo sobre la concesión o denegación del consentimiento social. **d)** Contenido del acuerdo. La denegación del consentimiento. **e)** El precio de las participaciones, la forma de pago y las demás condiciones de la operación. **f)** El documento público de transmisión. **IV.** BREVE REFERENCIA A LOS ELEMENTOS PERSONALES REALES Y FORMALES QUE CONSTITUYEN LA TRANSMISIÓN. EL LIBRO REGISTRO. **V.** LA TRANSMISIÓN *MORTIS CAUSA*. **a)** Régimen legal. **b)** Régimen estatutario. **c)** Régimen del derecho de adquisición preferente. **d)** Previsiones en torno a la aplicación del régimen de transmisión *mortis causa* a la liquidación del socio persona jurídica. **VI.** LA TRANSMISIÓN FORZOSA. **a)** Regulación positiva y planteamiento general. **b)** Ámbito de aplicación. **c)** Alcance de la previsión legal. BIBLIOGRAFÍA.

I. Régimen de transmisión de las participaciones sociales

1. Introducción: Derecho comparado.

En el DERECHO COMPARADO existen distintos sistemas o principios en orden a la configuración del régimen de transmisión de las participaciones sociales, sin embargo, estos principios son básicos pues afectan a la propia configuración del régimen de la sociedad de responsabilidad limitada:

Existen sistemas que parten del principio de la libertad de transmisión, aunque con la posibilidad estatutaria, en base al principio de la autonomía de la voluntad, de condicionar o restringir el libre régimen de transmisibilidad (Alemania, Italia). En estos ordenamientos la tutela del *intuitu personae* no es un elemento definidor del tipo societario, lo que al legislador le preocupa es mantener las transacciones fuera de las especulaciones de los mercados secundarios y controlar el procedimiento de circulación.

Otros parten del principio general de limitar la transmisión cuando se efectúa a favor de terceros no socios (Francia, Bélgica) y para ello se acude a diversos expedientes como la necesidad de consentimiento de la sociedad u otras técnicas de limitación. Si bien, estas limitaciones pueden excluirse, como ocurre en Portugal, o agravarse, como ocurre en Suiza, extendiéndose las limitaciones a las transmisiones que se efectúen entre los propios socios.

11

2. Derecho español, Exposición de Motivos de la Ley de SRL. de 1995. Examen de sus postulados generales. Su carácter cerrado.

Como señala la *Exposición de Motivos de la Ley 2/1995 de 23 de Marzo*, tres postulados generales deben servir de base al nuevo derecho: 1) El carácter híbrido de la SRL. 2) Su carácter cerrado. 3) Y la flexibilidad de su régimen jurídico. La proclamación de estos tres postulados generales produce determinadas consecuencias a la hora de configurar el tipo societario.

Como consecuencia de su *carácter híbrido*, en la SRL conviven elementos personalistas y elementos capitalistas. La sociedad de responsabilidad limitada se configura como una sociedad cuyo capital social se divide en participaciones sociales que ni pueden incorporarse a títulos valores, ni estar representadas por anotaciones en cuenta.

Como consecuencia de su *carácter cerrado* las participaciones sociales tienen restringida la transmisibilidad, excepto en el caso de adquisición por los propios socios, por su cónyuge, ascendiente o descendiente del socio o por sociedades pertenecientes al mismo grupo que la transmitente, que en defecto de cláusula estatutaria en contrario, constituyen supuestos de transmisiones libres.

El tercer postulado es la *flexibilidad de su régimen jurídico*, para que la autonomía de la voluntad de los socios tenga la posibilidad de adecuar el régimen aplicable a sus específicas necesidades y conveniencias. Por ello, los estatutos pueden modificar el régimen de transmisión de las participaciones sociales, optando: entre exigir el consentimiento de la sociedad; establecer un derecho de adquisición preferente o intensificar el carácter cerrado que es inherente a esta forma social.

12 Ahora bien, no pueden los socios franquear las fronteras que separan la sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada, y por ello en tanto no se afronte la reforma global —*señala con nitidez la Exposición de Motivos*—, es esencial para la sociedad de responsabilidad limitada su carácter de sociedad cerrada, de modo tal que a diferencia de las acciones, las participaciones sociales no pueden ser libremente transmisibles con carácter general.

3. Regulación positiva.

La LSRL dedica el capítulo IV a esta materia. La sección primera, artículos 26, 27 y 28, constituye las denominadas disposiciones generales; la sección segunda, artículos 29 a 34, se refiere al régimen de transmisión de las participaciones sociales, sin perjuicio de que hay que tener en cuenta la regulación contenida en el artículo 188 del RRM, que además sustituye la criticada remisión que el antiguo artículo 174.11 del derogado RRM hacía al artículo 123 del RRM en materia de sociedades anónimas. Además, no podemos olvi-

dar que tras la publicación de la nueva LSRL, la sociedad laboral puede adoptar la forma de SRL (arts. 6 y 7 de la Ley 4/1997, de 24 de marzo, de Sociedades Laborales).

Existen, por lo demás, preceptos a lo largo del articulado que se refieren a la materia objeto de análisis, tales como los siguientes: artículo 24 (transmisión de participaciones con prestaciones accesorias); artículo 52 (conflicto de intereses, relativo al no ejercicio del derecho de voto por el socio, cuando se transmitan las participaciones de que sea titular); artículo 75.3 (transmisión voluntaria del derecho de preferencia por actos *inter vivos*).

Incluso en otros cuerpos legales, como ocurre con la LSA, existen preceptos relativos a la materia que tratamos de exponer: me refiero al artículo 226 del TRLSA (socios que no hayan votado a favor del acuerdo de transformación de sociedad anónima en sociedad de responsabilidad limitada, que no quedan sometidos, durante el plazo de tres meses contados desde la publicación de la transformación en el Boletín del Registro Mercantil, a las limitaciones de los artículos 29 a 34 de la LSRL).

Llegados a este punto, nos interesa fundamentalmente aclarar, ¿qué es la participación social?

La LSRL configura las posiciones de socio como posiciones jurídicas objetivadas susceptibles de adquisición ya originaria, ya derivativa y a cuya titularidad se conectan los derechos y obligaciones que dimanar de la forma social según la ley y los estatutos. Por ello, como afirma ALONSO ESPINOSA, tal configuración técnica (de la posición de socio), contribuye a dotar de estabilidad a la sociedad como corporación en cuanto que los cambios de los mismos no afectan a la estructura social en sus dos grandes vertientes, la patrimonial y la organizativa, y por otro lado se facilita la transmisión de la misma, ya que la transmisión de las partes de capital o de las participaciones sociales suponen la automática transmisión/adquisición de la posición de socio sin tener que acudir al sistema contractual.

4. Concepto de participación social.

Para comprender el régimen de transmisión de las participaciones sociales hay que partir brevemente de su significado.

Podemos afirmar que la participación es una de las partes ideales en que se divide el capital social, cuyo valor lo asume y desembolsa el socio mediante la oportuna aportación en la constitución o en el aumento de capital de la sociedad e incorpora un conjunto de derechos, confiriendo a su titular la condición de socio.

5. Caracteres.

14

Las participaciones son acumulables, indivisibles y pueden ser desiguales, pero fundamentalmente no son títulos valores y no pueden incorporarse a documentos negociables. Ello la diferencia de las acciones, que están plenamente cosificadas, titularizadas. En la sociedad anónima la posición de socio está plenamente objetivada, descontractualizada o corporativizada, por ello las acciones son títulos valores.

¿Y por qué insistimos en las características de la “participación social”? Porque su naturaleza influye en su régimen de transmisión. Así, no pueden constituir títulos valores, pues se lo impide el carácter marcadamente contractual que tiene la posición de socio en una sociedad de tipo cerrado como es la sociedad de responsabilidad limitada. Además, en la sociedad de responsabilidad limitada hay derechos que se atribuyen al socio en cuanto tales y no por ser titular de la participación.

La participación es el objeto de un contrato asociativo y por tanto la medida de su posición en la sociedad. Ahora bien, que el socio sea titular de una pluralidad de participaciones no altera el hecho de que su posición sea unitaria, pues las participaciones son acumulables. Y ello sin perjuicio de que cabe la transmisión de una cuota indivisa; la propia

Ley regula el condominio resultante. La venta de cuota dará lugar a que se aplique el retracto de copropietarios del artículo 1.522 del C.c., si se dan los presupuestos adecuados para ello.

En la sociedad anónima la posición de socio está plenamente objetivada, decíamos, por ello las acciones son títulos valores. En cambio, en la sociedad de responsabilidad limitada el título de socio no es la participación en sí, sino la escritura donde se documenta la posición contractual. Por ello, se puede afirmar que la transmisión de una participación social no es más que la cesión de la posición contractual, la cual constituye el objeto del derecho que se transmite.

La transmisión de una posición contractual exige que presen-
ten el consentimiento los diversos interesados en el contrato, lo que ocurre es que en la sociedad de responsabilidad limitada ese consentimiento singular se sustituye por el acuerdo del órgano social a través del cual se canaliza la voluntad del sujeto cedido. La participación en la sociedad de responsabilidad limitada tiene un eminente carácter instrumental. Ya veíamos cómo la configuración técnica de la posición de socio dota de estabilidad a la sociedad, pues los cambios de socio no afectan a la estructura social en su doble vertiente, patrimonial y organizativa, y por otro lado se facilita su transmisión.

15

6. Sistema español.

El artículo 29 se refiere al RÉGIMEN DE LA TRANSMISIÓN VOLUNTARIA POR ACTOS *INTER VIVOS* y como sabemos establece que SALVO DISPOSICIÓN CONTRARIA EN LOS ESTATUTOS será libre la transmisión voluntaria de participaciones por actos *inter vivos* entre socios, así como la realizada en favor del cónyuge, ascendiente o descendiente del socio o en favor de sociedades pertenecientes al mismo grupo que la transmitente.

En los demás casos la TRANSMISIÓN está sometida a las REGLAS Y LIMITACIONES que establezcan los ESTATUTOS y, en su defecto, las establecidas en la Ley y a FALTA DE REGULACIÓN ESTATUTARIA regirá el régimen supletorio.

Muchas incógnitas se plantean, ¿es el régimen supletorio de aplicación parcial? etc., ... pero ahora nos interesa insistir en esas líneas generales del sistema.

El artículo 30 trata de las CLÁUSULAS ESTATUTARIAS PROHIBIDAS y de él nos interesa destacar que declara nulas las cláusulas estatutarias que hagan prácticamente libre la transmisión voluntaria de las participaciones sociales por actos *inter vivos*. Igualmente serán nulas las cláusulas estatutarias por las que el socio que ofrezca la totalidad o parte de sus participaciones quede obligado a transmitir un número diferente al de las ofrecidas.

16 Por ello, el artículo 30, apartados 3.º y 4.º, pone de manifiesto que sólo serán válidas las cláusulas que prohíban la transmisión voluntaria de las participaciones sociales por actos *inter vivos* si los estatutos reconocen al socio el derecho a separarse de la sociedad en cualquier momento. La incorporación de estas cláusulas a los estatutos sociales exigirá el consentimiento de todos los socios.

Aunque el apartado cuarto matiza que no obstante lo establecido en el apartado anterior, los estatutos podrán impedir la transmisión voluntaria de las participaciones sociales por actos *inter vivos*, o el ejercicio del derecho de separación, pero siempre durante un período de tiempo no superior a cinco años a contar desde la constitución de la sociedad, o para las participaciones procedentes de una ampliación de capital, computado desde el otorgamiento de la escritura pública de su ejecución.

Esta visión positiva y general del sistema se completa con lo dispuesto en el artículo 33, pues el régimen de transmisión es el vigente, en la fecha en que el socio hubiera comunicado a la sociedad el propósito de transmitir o en su caso, el vigente en la fecha de fallecimiento del socio o en la de la adjudicación judicial o administrativa.

De lo expuesto se colige que el sistema español se caracteriza por partir de un régimen imperativo mínimo, pero con concesión de un amplio margen a la autonomía de la voluntad, siendo sus *líneas generales* las siguientes:

En *materia de transmisión inter vivos*, se establece un régimen alternativo, bien establecido estatutariamente aunque costreñido por los principios o límites legales y en defecto de previsión estatutaria regirá el régimen legal supletorio.

Se establece un régimen diferenciado para las *transmisiones mortis causa* y para las *transmisiones forzosas*.

Se establecen determinados *requisitos formales para la transmisión* (forma pública, notificación, anotación en el libro registro).

Y se prevé un régimen de sanciones para las transmisiones que se efectúen con infracción de lo dispuesto en la Ley o en los estatutos.

Como *expresión del carácter autónomo del tipo de la sociedad de responsabilidad limitada* se presenta un sistema de transmisión de las participaciones que no está vinculado ni a la técnica de transmisiones de posición de socio propia de las sociedades personalistas, ni tampoco a la de transmisión de cuotas a través de título, más propia de las sociedades de naturaleza capitalista. El sistema establecido tiende a ser completo evitando posibles referencias a técnicas de transmisión de control que otros tipos societarios pudieran establecer.

El régimen evidentemente es imperativo pero los límites a la libertad de transmisión no pueden en ningún caso suponer sin más una prohibición absoluta al socio para transmitir sus participaciones, salvo que se le reconozca el derecho a la separación (art. 30.3.4 de la LSRL), al igual que tampoco es factible una denegación del consentimiento sin contrapartidas de adquisición (art. 29.2.c de la LSRL); es igualmente inadmisibles establecer una técnica que suponga una libertad absoluta en las transmisiones (art. 30.1). Pero es cierto que se produce una cierta atenuación del principio pues se declaran libres las denominadas transmisiones familiares.

GARRIDO DE PALMA, al estudiar la sociedad familiar pone de manifiesto cómo es posible ampliar el círculo de personas que en principio quedarían encuadradas en las denominadas transmisiones familiares libres, por ejemplo, los hermanos de los socios.

Al establecerse un régimen alternativo, como hemos visto, o bien establecido estatutariamente pero costreñido por los principios o límites legales y en su defecto regularse un régimen legal supletorio, nos lleva al examen de la *relación entre el régimen estatutario y el legal supletorio*. Así, respecto de la supletoriedad del régimen legal cabe plantear cuándo será aplicable:

Para algunos autores (CABANAS TREJO), no se trata de normas supletorias que vengan a llenar las lagunas de un eventual régimen estatutario, sino de un sistema completo que queda desplazado en su totalidad tan pronto como los estatutos establezcan su propio sistema.

18

Sin embargo, para otros (SEQUEIRA), el régimen supletorio jugará, no únicamente cuando no exista régimen estatutario alguno, sino también en los supuestos de que la previsión estatutaria sea insuficiente (o nula por ser contraria a las prohibiciones impuestas por el art. 30 de la LSRL). En esta línea parece militar SÁNCHEZ GONZÁLEZ, pues no existe razón alguna para excluir la integración de las estipulaciones contenidas en los estatutos.

Ahora bien, parece evidente que es conveniente especificar de una manera clara y precisa en los estatutos dicha supletoriedad.

¿Cómo actúa el derecho de separación? Como pone de manifiesto SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, hay que destacar la relevancia que en la construcción de este tipo societario tiene la disciplina de la transmisión de las participaciones sociales, así como la modificación de su régimen legal o estatutario, ya que precisamente la modificación del mismo se configura como una de las causas de separación de los socios [(art. 95.c) de la LSRL].

Por otro lado, el reconocimiento del derecho de separación del socio aparece como indispensable en aquellas situaciones en que así lo justifiquen las medidas restrictivas de la transmisión de sus participaciones. Pero sólo cuando el conflicto entre su posición y el interés mayoritario sea irresoluble. La tutela de la minoría se traslada al plano patrimonial permitiéndole sustraerse al dominio de la mayoría a través de la transmisión de sus participaciones o el ejercicio del derecho de separación. Pero dicho derecho de separación y concretamente su ejercicio debe atemperarse para evitar que le permita descapitalizar la sociedad en cualquier momento, pues el proceso de separación desemboca en una amortización de las participaciones y en la consiguiente reducción del capital social (arts. 97.2 y 102 de la LSRL).

Ello lleva a MARTÍNEZ SANZ a afirmar que su fundamento no puede sólo configurarse como una compensación por la pérdida de fungibilidad de las participaciones sociales, ni en la mayor o menor facilidad que tenga el socio para desinvertir, sino en la inexigibilidad relativa de continuar en sociedad que para el socio supone la modificación de esos presupuestos esenciales de adhesión a la misma.

Veámos que entre las cláusulas prohibidas se sanciona con nulidad las (*cláusulas*) que hagan prácticamente libre la transmisión. Ello nos lleva al carácter obligatoriamente cerrado de la sociedad de responsabilidad limitada, ya que como hemos visto la propia Exposición de Motivos y el artículo 30.1 de la LSRL declara nulas las cláusulas estatutarias “que hagan prácticamente libre la transmisión”.

Aunque la Exposición de Motivos de la Ley de 1953 expresaba que la posibilidad de transmitir libremente las participaciones sociales era contraria a la naturaleza de la sociedad de responsabilidad limitada, el pacto de libertad total fue admitido por determinado sector doctrinal, por entender que el artículo 20 de aquélla únicamente proscribía el pacto prohibitivo, y por estimar que el control de la transmisión de las participaciones es una cuestión privada (GIRÓN TENA,

GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, BALLARÍN MARCIAL, VELASCO ALONSO, MADRIDEJOS SARASOLA, etc.). La misma solución acogió la *Resolución de la DGRN de 14 de marzo de 1957*, con base en el principio de autonomía de la voluntad. Para GIRÓN la cuestión de a quién se transmite sólo interesa a las partes y es, por tanto, una cuestión privada que debería dejarse a la autonomía de la voluntad.

Después de la reforma de 1989 la libertad la predicaron, SOTO VÁZQUEZ, NEILA NEILA. En contra se manifestó, VICENT CHULIÁ. Nosotros mismos (BOLÁS *et alium*, LORA-TAMAYO) mantuvimos la tesis contraria que es la que ha triunfado, lo contrario sería una pequeña anónima.

20

Si bien, ésta es una de las grandes diferencias que se pretenden establecer entre la sociedad anónima y la sociedad limitada, y se justificaría por el carácter cerrado de la última y por un modelo que presupone un número, en principio, estable y reducido de socios. Y ello pese a que en la Ley se haya suprimido el número máximo de cincuenta socios. Precisamente se confía, entre otras cosas, en las restricciones a la libre transmisibilidad de las participaciones para que el número de socios no se dispare.

Sin embargo, existen autorizadas opiniones doctrinales que critican la postura adoptada por el legislador. Así, para BERCOVITZ, imponer restricciones a la transmisibilidad de las participaciones a terceros supone una importantísima discriminación contra la sociedad de responsabilidad limitada, pues no es justo que a las pequeñas y medianas empresas, que son las que han de servirse del tipo de la limitada, se las restrinja por ley, la posibilidad de libre transmisión de las participaciones.

Para PERDICES HUETOS hay además una doble contradicción sistemática de valoración, ya que resulta absurdo, por una parte, que los pactos de libre transmisibilidad se admitan en la sociedad civil o colectiva y no en la limitada y, por otra, que en el propio seno de esta última se establezca un régimen originariamente libre para las transmisiones *mortis causa*.

GALLEGO SÁNCHEZ ha criticado la solución legal: desde un lado, pues se esgrime como defensa de un tipo social cuya polivalencia en este aspecto es suprimida, sin que un interés superior de protección del tráfico o de terceros lo exija, y por otro por considerar poco armonioso que no se permita declarar la libre transmisibilidad de las participaciones y sin embargo el párrafo tercero del artículo 30 autorice el establecimiento de un derecho de separación de perfiles aún más amplios de los que cabe predicar en la regulación legal de las sociedades de personas. Además al desajuste del sistema coadyuva la disposición del artículo 76 de la Ley cuando permite excluir el derecho de preferencia de los antiguos socios en las ampliaciones de capital, autorizando la entrada de terceros extraños, lo que se compadece mal con el carácter esencialmente cerrado de la sociedad.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ ha sostenido que en el plano de política legislativa, podría cuestionarse si es o no preferible partir del principio de la libre transmisibilidad de las participaciones permitiendo a los socios que introduzcan restricciones estatutarias.

Tal vez la clave se encuentre en la Exposición de Motivos que llama la atención sobre la necesidad que en el futuro la correlación entre las distintas formas sociales deba plantearse con criterios diferentes, pero hasta tanto no se afronte la reforma global parece que debe seguirse la política legislativa que marcó la Ley 19/1989 de 25 de julio.

Por ello, en su día se debe someter a revisión la distinción entre sociedades abiertas y sociedades cerradas, ya que la auténtica distinción que debe establecerse es entre sociedades que cotizan en Bolsa y el resto de las sociedades capitalistas.

Al declarar el apartado tercero la nulidad de las cláusulas estatutarias por las que el socio que ofrezca la totalidad o parte de sus participaciones quede obligado a transmitir un número diferente al de las ofrecidas, se ha introducido un matiz respecto del derecho proyectado, con el adjetivo dife-

rente en vez de inferior, con ello se abarca no sólo el caso de que se obligue al socio a transmitir menos participaciones, en el supuesto de que ofrezca la totalidad, sino también más participaciones en la hipótesis de transmisión parcial. Una disposición semejante figuraba ya en el artículo 123 apartado quinto del RRM de 1989, si bien se ha perfeccionado técnicamente y no se refiere sólo al supuesto de autorización sino que la prohibición será aplicable tanto a las cláusulas que establezcan un derecho de adquisición preferente como a las denominadas de autorización o consentimiento.

22

Se pone de relieve la *licitud de las cláusulas que prohíben la transmisión voluntaria de las participaciones por actos inter vivos*, así, el artículo 30 apartados tercero y cuarto de la Ley declaran que sólo serán válidas las cláusulas que prohíban la transmisión voluntaria de las participaciones sociales por actos *inter vivos* si los estatutos reconocen al socio el derecho a separarse de la sociedad en cualquier momento. La incorporación de estas cláusulas a los estatutos sociales exigirá el consentimiento de todos los socios. Añadiendo que no obstante lo establecido anteriormente, los estatutos podrán impedir la transmisión voluntaria de las participaciones sociales por actos *inter vivos*, o el ejercicio del derecho de separación, durante un período de tiempo no superior a cinco años contados desde la constitución de la sociedad, o para las participaciones procedentes de una ampliación de capital, desde el otorgamiento de la escritura pública de su ejecución.

¿Cuál es el fundamento de esta prohibición? Se afirma que la prohibición estatutaria de transmitir las participaciones sociales protege el interés de la sociedad por asegurar la consecución del fin social en la fase inicial de la vida de la misma.

El legislador lo que ha querido en ese plazo es impedir el ejercicio del derecho de separación, es decir, el que tenga el socio que mantenerse en la sociedad pese a su eventual interés por desinvertir.

Se puede discutir si ese número de años es excesivo. No olvidemos que el discutido artículo 123.4 del RRM de 1989 establecía que podían inscribirse en el Registro Mercantil las cláusulas estatutarias que prohíben la transmisión voluntaria de las acciones durante un período de tiempo no superior a dos años a contar desde la fecha de constitución de la sociedad y este tenor literal se ha mantenido en el actual Reglamento.

Parece esencial que uno de los socios tenga la seguridad de que el otro socio, cuya posición jurídica en el mercado justifica la unión, no se desvincule.

¿Cabe el pacto prohibitivo respecto de unas participaciones y no de otras? La cuestión está ligada a la posibilidad de existencia de participaciones privilegiadas en la sociedad de responsabilidad limitada, que, en este caso, parece que serían aquellas no afectadas por dicho pacto.

En contra cabe mantener que la desigualdad sólo cabe en los casos expresamente establecidos por la Ley, y que ésta guarda silencio a este respecto.

A favor cabe estimar que indirectamente se establece una desigualdad, pero como no cabe la transmisibilidad libre en Derecho español, quedarían sometidas, no obstante, al régimen estatutario de transmisión de participaciones sociales o, en su defecto, al supletorio previsto en la Ley.

¿Cabe cuestionar si, a pesar de la prohibición estatutaria, pueden los socios autorizar la transmisión en un caso concreto?

NÚÑEZ LAGOS ha estimado que la transmisión contraria a la prohibición no puede autorizarse ni siquiera por unanimidad de todos los socios, pues la Junta no puede incumplir los estatutos. Para otros, como DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, cabría acudiendo a la mayoría reforzada necesaria para modificar los estatutos, si bien el acuerdo no unánime podría quedar sujeto a impugnación. MAGARIÑOS BLANCO considera que la prohibición no jugará si la transmisión se hace con el consentimiento de todos los socios.

Lo que es evidente es la conveniencia de la previsión estatutaria que expresamente permita dejar sin efecto la prohibición en los casos en que se efectúe la transmisión con el consentimiento de todos los socios.

II. La autonomía de la voluntad

Como hemos puesto de manifiesto, la Exposición de Motivos señala que los estatutos pueden modificar el régimen de transmisión de las participaciones sociales, optando entre exigir el consentimiento de la sociedad o establecer un derecho de adquisición preferente o intensificar el carácter cerrado que es inherente a esta forma social.

Veamos las distintas posibilidades:

24

1. El consentimiento de la sociedad.

Génesis legislativa.

La LSA, como es sabido, permite con ciertos límites condicionar la transmisión de las acciones a la previa autorización de la sociedad (art. 63.3.1).

Se discutió mucho en la doctrina si la LSRL de 1953 permitía la cláusula de autorización y ello máxime cuando el Reglamento del Registro Mercantil de 1989 había venido a enturbiar las cosas con su artículo 174 que remitía al artículo 123 aplicable a las sociedades anónimas.

La Ley de 1995 va a zanjar la cuestión y permite la cláusula de autorización; ello viene corroborado por el RRM, que declara inscribibles cualesquiera cláusulas que restrinjan la transmisión de todas o de algunas de las participaciones sociales sin más limitaciones que las establecidas en la Ley.

¿Qué diferencia existe entre las cláusulas de consentimiento y las que establecen un derecho de adquisición preferente?

Se afirma que en las de consentimiento la alteración del

statu quo se confía al arbitrio de la mayoría o del órgano social competente a diferencia de lo que sucedería si se estableciera un derecho de adquisición preferente en favor de los socios, supuesto en que la decisión se atribuiría individualmente a éstos.

¿Quién debe prestar el consentimiento?

Uno de los extremos que han de expresar los estatutos es el órgano social que ha de prestar el consentimiento. Si bien para algunos autores, como GIRÓN TENA y RUBIO GARCÍA MINA, la concesión o denegación de la autorización es un acto de gestión y corresponde, por tanto, a los administradores, para otros, como NÚÑEZ LAGOS, el consentimiento es siempre competencia de la Junta, de modo que ni siquiera puede atribuirse a los administradores. En sede de sociedades anónimas se establece que salvo prescripción en contrario en los estatutos la autorización será concedida o denegada por los administradores de la sociedad.

25

En sede de sociedades de responsabilidad limitada el artículo 24.2.º relativo a la transmisión de participaciones vinculadas a la obligación de realizar prestaciones accesorias requiere autorización de la sociedad, añadiendo que salvo disposición en contrario de los estatutos es competencia de la Junta General.

Ahora bien, cuál será el régimen si se atribuye a la Junta General. En caso de que se atribuya a la Junta General la facultad de consentir la transmisión, los estatutos pueden exigir mayoría reforzada para adoptar el acuerdo, pero hay que negar la posibilidad de llegar a exigir la unanimidad, pues sería contrario al principio establecido en el artículo 53.3.º de la LSRL.

Qué ocurre si el órgano autorizado es el órgano de administración. Parece que por analogía con el artículo 24.2.º debe admitirse.

Puede suscitar dudas la admisibilidad de la disposición estatutaria que atribuya la facultad decisoria a un tercero extraño a la sociedad o no integrado en un órgano social.

Admitieron la validez de tales cláusulas estatutarias en la sociedad anónima durante la vigencia de la Ley de 1951 BROSETA, URÍA y BÉRGAMO.

El artículo 123.2 del RRM de 1996, al que se remitía para las participaciones sociales el artículo 174 del Reglamento de 1989, establecía para las acciones que los estatutos no podrán atribuir a un tercero dicha potestad.

El artículo 188 del RRM de 1996 no prohíbe la atribución a los socios o terceros de la facultad de prestar el consentimiento. No obstante se suele afirmar que, al ser la autorización un acto de gestión para la tutela del interés social, únicamente la sociedad a través de sus órganos, tiene competencia para decidir sobre aquélla. Ahora bien, puede ser que la sociedad sea un mero instrumento para el desarrollo de la actividad, pensemos por ejemplo en la actividad de franquiciado, al tercero franquiciador le puede interesar quién sea el nuevo socio y que reúna las características de modelo societario establecido.

26

¿Qué causas permiten denegar el consentimiento?

La doctrina siempre ha aconsejado que los estatutos establecieran los motivos por los cuales podría oponerse la sociedad a la transmisión y este es el criterio que establece el artículo 63.3 de la LSA, al señalar que la transmisibilidad de las acciones sólo podrá condicionarse a la previa autorización de la sociedad cuando los estatutos mencionen las causas que permitan denegarla; a lo que el artículo 123 del RRM añade que los estatutos expresen de forma precisa las causas que permitan denegar el consentimiento o autorización de la sociedad.

Si trasladamos estas consideraciones a la SRL podemos concluir que los estatutos habrán de precisar las causas que permitan denegar el consentimiento o la autorización.

Las causas que permiten denegar el consentimiento pueden ser de índole subjetiva, tales como que el adquirente se dedique a las mismas actividades que las de la sociedad, ya que así se evita la entrada de competidores, o causas de

índole objetiva como por ejemplo las que consistan en la adquisición de un determinado número de participaciones en relación con el capital de la sociedad que implique un desequilibrio en la estructura de poder de la misma.

Los estatutos deben expresar el procedimiento que habrá de observarse para solicitar la autorización de la sociedad: el contenido de la comunicación ha de abarcar la persona del adquirente y las condiciones de la transmisión proyectada.

Por lo que se refiere a la forma de la comunicación, es conveniente que conste notarialmente para facilitar la prueba y la certeza del día inicial del cómputo del plazo.

En cuanto al plazo para la concesión o denegación del consentimiento, concedida la autorización sería conveniente fijar un plazo en el que el socio deberá efectuar la transmisión, de modo que transcurrido aquél deberá reiterarse la solicitud.

La autorización, una vez concedida, es irrevocable. En cambio, puede admitirse que la denegación del consentimiento pueda revocarse, de suerte que el contrato transmisivo no quede sin efecto (DE LA CÁMARA ÁLVAREZ).

27

2. El derecho de adquisición preferente.

Génesis legislativa.

Con la LSRL de 1953 era posible establecer un derecho de adquisición preferente en favor de todos o de algunos socios, de la propia sociedad o de tercero. Como hemos visto, la Exposición de Motivos de la Ley de 1995 señala que los estatutos pueden modificar el régimen de transmisión de las participaciones sociales, optando por establecer un derecho de adquisición preferente.

Si bien la LSRL no menciona la cláusula de adquisición preferente, sí lo hace el RRM al establecer que serán inscribibles en el Registro Mercantil las cláusulas estatutarias por las que se reconozca un derecho de adquisición prefe-

rente en favor de todos o alguno de los socios, o de un tercero, cuando expresen de forma precisa las transmisiones en las que exista la preferencia, así como las condiciones de ejercicio de aquel derecho y el plazo máximo para realizarlos (art. 188.2).

El que en el RRM se recoja la posibilidad de que algunos socios sean beneficiarios de un derecho de adquisición preferente, en caso de transmisión voluntaria de participaciones, suscita el problema de la desigualdad de las participaciones.

Como reconoce la resolución de 9 de enero de 1995 (en relación con una sociedad anónima), cabe configurar estas cláusulas, con naturaleza de verdadero derecho de tanteo o retracto convencional, que haya de ejercitarse mediante el pago del precio libremente pactado por los contratantes, o como establecimiento de un derecho de adquisición preferente que se caracterice por la fijación del precio o valor según criterios determinados en los estatutos que atiendan a la exigencia de imparcialidad, objetividad y adecuación al valor real de las participaciones.

28

Como se colige de lo expuesto, titulares del derecho de adquisición preferente pueden ser los socios, alguno de ellos (r. de 1 de octubre de 1993), o terceros. La doctrina estima que los terceros beneficiarios pueden estar determinados *per relationem*. También puede atribuirse a los administradores. En los casos en que se ejercite por la sociedad, será necesario un previo acuerdo de reducción del capital.

3. Cláusulas estatutarias que establecen la obligación de transmitir.

Estas cláusulas han obtenido carta de naturaleza en el artículo 188.3 del RRM de 1996, según el cual “serán inscribibles en el Registro Mercantil las cláusulas estatutarias que impongan al socio la obligación de transmitir sus participaciones a los demás socios o a terceras personas deter-

minadas cuando concurren circunstancias expresadas de forma clara y precisa en los estatutos”.

Para algunos contradicen uno de los principios configuradores de la sociedad de responsabilidad limitada, cual es el derecho a permanecer en la misma mientras no concurre una causa de exclusión legal o estatutariamente prevista, pero lo que ocurre es que en determinados casos hay que atender al superior principio de conservación de la empresa que tiene base constitucional.

Conforme al artículo 98 de la LSRL, podrán incorporarse a los estatutos causas distintas de las legalmente previstas. Esta norma sirve de fundamento a las disposiciones que establezcan la exclusión no sólo en caso de determinados incumplimientos, sino también (como afirma GARCÍA VILLAVERDE) para otros supuestos como pueden ser las vicisitudes personales de los socios.

III. Régimen supletorio de transmisión *inter vivos*

La transmisión ordinaria supone seguir el proceso que marca el artículo 29.2 de la LSRL. Ahora bien, la articulación del sistema reviste cierta complejidad: *a) Comunicado el propósito de transmitir* con expresión de la identidad del adquirente y las demás condiciones de la transmisión. *b) Se celebrará Junta General*, en la que se acordará si se concede o no el consentimiento al que queda sometida la transmisión. *c) La denegación del consentimiento* únicamente es posible si la sociedad comunica al transmitente la identidad de uno o varios socios o terceros que adquieran las participaciones, pero los socios concurrentes a la Junta tienen preferencia para la adquisición. *d) El precio y las demás condiciones* serán las convenidas y comunicadas a la sociedad. *Si la transmisión proyectada no es a título de compraventa*, el precio de adquisición será, a falta de acuerdo, el valor real de las participaciones que será determinado por auditor de cuentas o,

en su caso, el que resulte del informe elaborado por experto independiente. e) *Transcurridos tres meses desde la comunicación a la sociedad del propósito de transmitir las participaciones sin que ésta haya comunicado la identidad del adquirente o adquirentes*, el socio podrá transmitir las participaciones en las condiciones comunicadas.

a) Comunicación a la sociedad.

El socio que se proponga transmitir su participación o participaciones deberá comunicarlo por escrito a los administradores, haciendo constar: el número y características de las participaciones que pretende transmitir, la identidad del adquirente y el precio y demás condiciones de la transmisión.

30 Diversas cuestiones se suscitan: *el destinatario de la comunicación*, es el órgano de administración. En cuanto al *contenido* del precepto hace referencia al número y características de las participaciones que pretende transmitir, la identidad del adquirente y el precio y demás condiciones de la transmisión. Interesa fundamentalmente la referencia al precio, forma y plazos de pago, gastos, condiciones suspensivas y resolutorias, etc. Si no se trata de una compraventa, sino de otro tipo de operación, donación, aportación, permuta, se indicarán las condiciones básicas. Puede que surjan problemas cuando se trate de aportación a sociedad por constituir, pues no será fácil cumplir entonces con la comunicación de la identidad del adquirente. Por ello, la doctrina ha puesto de manifiesto que lo que realmente importa es quiénes sean los constituyentes, el objeto social, capital proyectado y domicilio.

Respecto a la *forma de la comunicación* hay que cumplir con la *regulación de notificaciones a la sociedad* que la LSRL establece según exista o no órgano colegiado (art. 64 de la LSRL), aunque lo más práctico para el comunicante será dirigir la comunicación al domicilio social a la atención del órgano de administración.

La comunicación debe realizarse por escrito, pero la ausencia de la necesidad de que la comunicación se efectúe por conducto notarial priva al socio comunicante de un efectivo medio de prueba a efectos esencialmente de hacer valer el transcurso del plazo, que por silencio de la sociedad le permite transmitir las participaciones en las condiciones comunicadas. De aquí la conveniencia del acta notarial de notificación, o simplemente, la de remisión del escrito por conducto notarial salvando las diferencias y efectos de ambos tipos de actas.

Pero quizá sobre todo interesa la significación jurídica de la misma, es decir, esta comunicación comporta una oferta contractual irrevocable en favor de los socios o terceros que presente la sociedad o por el contrario, denegado el consentimiento el transmitente puede desistir de la transmisión.

Para algunos (SEQUEIRA y NÚÑEZ LAGOS) no puede considerarse una simple comunicación de una operación proyectada, se trata más bien de una oferta necesaria de venta. Así, una vez presentada la comunicación por el socio, éste sólo queda desvinculado o porque se le da el consentimiento por parte de la sociedad o mediante la vía del silencio, es decir, por el transcurso del tiempo sin respuesta de la sociedad. Aunque cabe la renuncia de los posibles ejercientes del derecho de preferencia a otorgar la escritura pública de transmisión.

Para otros que siguen los criterios del Derecho francés, el socio deseoso de transmitir puede, si le es denegada la autorización, negarse a vender.

Para GIMÉNEZ DUART lo único que el socio transmitente comunica a la sociedad es su proyecto de transmisión al objeto de que ésta lo consienta. Por ello, entiende que el comunicante no queda vinculado caso de que se le deniegue la transmisión.

Para SÁNCHEZ GONZÁLEZ, denegado el plácet por la sociedad podrá el socio desistir de la transmisión, pues el precepto hay que interpretarlo en el sentido de que lo que se preten-

de es facilitar al socio la realización del valor económico de sus participaciones en las condiciones por él propuestas.

Para BISBAL MÉNDEZ, la comunicación a la que se refiere el artículo 29.2.a) de la LSRL, no comporta una oferta irrevocable de venta.

b) El acuerdo de la Junta General.

También se suscitan diversas cuestiones: 1) *¿La competencia exclusiva para dar o denegar el consentimiento corresponde a la Junta General mediante acuerdo en uno u otro sentido (art. 29.2.b en relación con el 44.h)?* Para ESTURILLO la prestación de este consentimiento podrá ser atribuida por los estatutos al órgano de administración de la sociedad, pues entiende que si en los mismos puede regularse libremente la transmisión de las participaciones, sin más limitaciones que las contenidas en el artículo 30, entre las cuales no figura tal posible atribución, con más motivo debe admitirse que modifiquen este particular del régimen legal. Además, la analogía que existe con el artículo 63 de la LSA. 2) Los administradores son los que han de *convocar la Junta General* para que la sociedad pueda pronunciarse sobre la oportunidad de la autorización. 3) Sin embargo, el legislador no señala plazo.

32

Por lo demás, hay que tener en cuenta que al haberse recogido en la LSRL el acuerdo que autorice a un socio a transmitir participaciones de las que sea titular como un supuesto de conflicto de intereses, da lugar a que el socio no pueda ejercer el derecho de voto correspondiente a sus participaciones y éstas se deduzcan del capital social para el cómputo de la mayoría de votos. Lo cual no significa que se deduzcan en el cómputo del capital presente y a efectos de adoptar por unanimidad de la celebración de la reunión y del orden del día, pues parece que también sería posible la denominada Junta Universal en cuanto que está legitimada para tratar cualquier asunto.

Parece que es el socio el que se ve privado del derecho de voto, y no sólo del que le corresponda en función de las participaciones que quiera transmitir. Es el socio como tal, como titular de una posición jurídica con independencia de las participaciones que se proponga transmitir, el que no podrá ejercer el derecho de voto correspondiente a sus participaciones (art. 52.1).

c) El acuerdo sobre la concesión o denegación del consentimiento social se adoptará por la mayoría ordinaria prevista en el artículo 53, mayoría de los votos válidamente emitidos que representen al menos un tercio de los votos correspondientes a todas las participaciones sociales. Aunque cabe la posibilidad de que estatutariamente se establezca una mayoría reforzada dentro de los límites legales (art. 53.3 de la LSRL).

d) Contenido del acuerdo. La denegación del consentimiento. La sociedad sólo podrá denegar el consentimiento si comunica al transmitente, por conducto notarial, la identidad de uno o varios socios o terceros que adquieran la totalidad de las participaciones. Ahora bien, no será necesaria ninguna comunicación al transmitente si concurrió a la Junta General donde se adoptaron dichos acuerdos. Los socios concurrentes a la Junta General tendrán preferencia para la adquisición y si son varios los socios concurrentes interesados en adquirir, se distribuirán las participaciones entre todos ellos a prorrata de su participación en el capital social.

La expresión por conducto notarial abarca no sólo la comunicación mediante acta notarial conforme al artículo 202 del Reglamento Notarial, sino también mediante acta de remisión de documentos por correo.

No se establece plazo alguno para esta notificación, de manera que puede hacerse en cualquier tiempo, pero siempre dentro de los tres meses siguientes a la comunicación inicial del socio a la sociedad, pues transcurrido ese plazo sin recibirla, el socio quedará libre para vender.

En cuanto a la identidad de uno o varios socios o terceros que adquieran la totalidad de las participaciones, hay que admitir que el derecho a adquirir pueda extenderse en los estatutos a la sociedad previo acuerdo de reducción del capital. Para GIMÉNEZ DUART si los estatutos no contemplan esta posibilidad la sociedad no puede ofrecerse, pues no está mencionada en el precepto.

Se exige que adquieran la totalidad de las participaciones, lo que concuerda con el artículo 30.2, que considera nulas las cláusulas estatutarias que obliguen a transmitir un número diferente de las ofrecidas.

En lo relativo a la preferencia legal para la adquisición, alcanza a todos los socios concurrentes con independencia de su voto y si son varios los socios concurrentes a prorrata de su participación en el capital social, incluso cabe que se llegue a un régimen de atribución de las participaciones proindiviso.

34 Antes veíamos la significación de la comunicación pero también podemos mencionar cuál es el grado de vinculación de los socios o terceros designados como adquirentes y qué ocurre si luego de ser designados manifiestan o no su voluntad de adquirir.

Para NÚÑEZ LAGOS, el transcurso del plazo sin otorgar el documento público de transmisión no libera al transmitente y adquirente de su recíproca vinculación. Para SÁNCHEZ GONZÁLEZ, en cambio, hay que interpretar en beneficio del transmitente, que ha decaído la denegación de consentimiento expresada por la sociedad si ha transcurrido el plazo legal de un mes.

e) El precio de las participaciones, la forma de pago y las demás condiciones de la operación. Serán las convenidas y comunicadas a la sociedad por el socio transmitente Si el pago de la totalidad o de parte del precio estuviera aplazado en el proyecto de transmisión, para la adquisición de las participaciones será requisito previo que una entidad de crédito garantice el pago del precio aplazado.

En los casos en que la transmisión proyectada fuera a título oneroso distinto de la compraventa o a título gratuito, el precio de adquisición será el fijado de común acuerdo por las partes y, en su defecto, el valor real de las participaciones el día en que se hubiera comunicado a la sociedad el propósito de transmitir.

Se entenderá por valor real el que determine el auditor de cuentas de la sociedad y, si ésta no estuviera obligada a la verificación de las cuentas anuales, el fijado por un auditor designado por el registrador mercantil del domicilio social a solicitud de cualquiera de los interesados.

En ambos casos, la retribución del auditor será satisfecha por la sociedad. En los casos de aportación a sociedad anónima o comanditaria por acciones, se entenderá por valor real de las participaciones el que resulte del informe elaborado por el experto independiente nombrado por el registrador mercantil.

35

f) El documento público de transmisión deberá otorgarse en el plazo de un mes a contar desde la comunicación por la sociedad del adquirente o adquirentes alternativos. El socio podrá transmitir las participaciones en las condiciones comunicadas a la sociedad cuando hayan transcurrido tres meses desde que hubiera puesto en conocimiento de ésta su propósito de transmitir sin que la sociedad le hubiera comunicado la identidad del adquirente o adquirentes.

IV. Breve referencia a los elementos personales reales y formales que constituyen la transmisión. El libro registro

Por último, en este breve recorrido por el régimen general de la transmisión de las participaciones nos interesa destacar que la naturaleza de la participación incide e influye en su régimen de transmisión.

A qué *negocios se aplica*. Como pusimos de manifiesto en su momento (BOLÁS *et alium.*), la transmisión *inter vivos* se verifica a través del negocio jurídico adecuado con aplicación de su normativa específica (compraventa, permuta, donación). Revistiendo la naturaleza de negocio de cesión de derechos.

Ya había puesto de manifiesto VALLET DE GOYTISOLO cómo las restricciones en la antigua Ley se debían aplicar a la transmisión de participaciones por actos *inter vivos*, como la compraventa y otros también onerosos aunque distintos de la compraventa, como la permuta y a los negocios a título gratuito como la donación.

36

Hoy no cabe duda la aplicación de las restricciones a cualquier negocio a título oneroso o gratuito pues como hemos visto en los casos en que la transmisión proyectada sea a título oneroso distinto de la compraventa o a título gratuito, el precio de adquisición será el fijado de común acuerdo por las partes y, en su defecto, el valor real de las participaciones el día en que se hubiera comunicado a la sociedad el propósito de transmitir.

En sede de *liquidación de la sociedad de gananciales*, la atribución al cónyuge no socio no plantea problemas por el juego del artículo 29. Antes incluso el TS había mantenido que no se aplicaba (sentencias de 17 de abril de 1967 y 4 de julio de 1988), lo que había sido criticado por CÁMARA, pues en una sociedad limitada personalizada lo que en ocasiones es una característica consustancial a la sociedad, la cualidad de socio, debe conservar su significado, de aquí que quepa pactar en los estatutos de forma expresa que las restricciones operen incluso en el supuesto de transmisión como consecuencia de liquidación de la sociedad conyugal, cuando el cónyuge a quien se adjudiquen no ostente la cualidad de socio y ello a pesar de lo dispuesto en el artículo 29 por el juego de la autonomía de la voluntad.

Pero *quid iuris* a las fusiones y escisiones. A juicio de SÁNCHEZ GONZÁLEZ, cabe aplicar las restricciones a los su-

puestos de fusiones y escisiones de sociedades en cuyo patrimonio estén incluidas aquellas participaciones, a ello no se opone que estemos en presencia de una sucesión universal ya que la ley también permite aplicar las restricciones en caso de transmisión *mortis causa* y que la propia ley configura la aplicación del sistema legal al negocio de aportación (*cf.* art. 29.d de la LSRL).

La transmisión presupone la existencia de unos elementos personales, reales y formales.

Así, en cuanto a los *elementos personales* y fundamentalmente respecto de las participaciones pertenecientes a menores de edad sujetos a patria potestad, la doctrina en Derecho común ha discutido si la enajenación de participaciones entra dentro del régimen del artículo 166 del C.c. (por todos para confrontar las distintas tesis VENTOSO ESCRIBANO). Para NÚÑEZ LAGOS, las participaciones entran dentro de la categoría residual de los bienes muebles. Sin embargo, hoy hay que destacar la Ley 12/1996 de 29 de julio, en sede de Derecho catalán exige en su artículo 21 autorización judicial para enajenar o gravar participaciones sociales y para renunciar o enajenar el derecho de adquisición preferente de participaciones en aumentos de capital. Quizá tenga razón MARTÍNEZ-GIL VICH cuando pone de manifiesto que actualmente la riqueza de las personas se mide más por el patrimonio mobiliario que por el inmobiliario.

Tratándose de incapacitados los mismos problemas se reproducen, por ello, si se trata de negocios a título oneroso jugará el artículo 271.2.º y de tratarse de negocios a título gratuito juega el artículo 271.9.º.

Respecto de participaciones pertenecientes a menores emancipados jugarán los artículos 323 y 324 del C.c.

Tratándose de participaciones poseídas proindiviso jugará el régimen del artículo 397 del C.c. y en caso de enajenación de cuota a un extraño se posibilita el juego del retrato que establece el artículo 1.522 del C.c.

Aunque es discutible si las participaciones de una sociedad de responsabilidad limitada pueden tener carácter ganancial (PERDICES HUETOS, CADARSO). Ahora bien, si partimos del carácter ganancial de su titularidad material, para su enajenación a título oneroso será necesario el consentimiento de ambos cónyuges, simultáneo, posterior o en forma de ratificación. No se aplica el artículo 1.384 del C.c., pues no estamos en presencia de títulos valores. En el derecho proyectado las bases para un anteproyecto de LSRL, que establecía en su artículo 6 la posibilidad de aplicar a las participaciones sociales el artículo 1.384 del C.c., no ha llegado a la ley actual. El Proyecto de Ley también modificaba el artículo 1.384 pero en la Comisión del Congreso se suprimió dicha modificación. Por último, señalar que tampoco cabe la aplicación del artículo 1.385 del C.c., pues la transmisión no puede englobarse dentro del término ejercicio de un derecho. La no consideración como valores mobiliarios viene expresamente establecida en el artículo 2 del Real Decreto 291/1992 de 27 de marzo sobre emisiones y ofertas públicas de valores, pues "... no se consideran valores negociables: a) Las participaciones en sociedades de responsabilidad limitada...".

En cuanto a los *elementos reales*, dado el carácter marcadamente contractual que reviste la posición de socio en las sociedades de responsabilidad limitada, no se transmite el título, no estamos en presencia de un título valor, sí se transmiten los derechos de socio, de aquí el carácter instrumental que tiene la participación. Y cabe transmitir la nuda propiedad, por ejemplo, reservándose el usufructo o una cuota en pleno dominio.

En cuanto a los *elementos formales* hay que destacar que la tradición se opera con la escritura. El artículo 26 de la LSRL referente a la documentación de las transmisiones establece que la transmisión de las participaciones sociales, así como la constitución del derecho real de prenda sobre las mismas, deberán constar en documento público.

La constitución de derechos reales diferentes del de prenda sobre las participaciones sociales deberá constar en escritura pública.

Ya mantuvimos la crítica bajo la antigua ley de que la transmisión se instrumentara en póliza (*BOLÁS et alium*). No voy a entrar en el análisis del artículo 93 del C. de C. y en la resolución de 13 de diciembre de 1985 que niega el acceso de la póliza al Registro Mercantil. La tesis de que la palabra documento público equivalía a escritura, documento judicial o administrativo, fue recogida por autores del prestigio de VICENT CHULIÁ. Autores de la talla de RODRÍGUEZ ADRADOS, MARTÍNEZ GIL y MAGARIÑOS BLANCO han mantenido que el artículo 26.1 al referirse al documento público, sólo puede referirse a la escritura pública, al documento judicial o administrativo. Quizá sea GIMÉNEZ DUART el que pone de manifiesto cómo la declaración del artículo 26.1 no es rigurosamente cierta pues la póliza no puede ser vehículo formal para transmitir las participaciones sociales, salvo en los supuestos de venta o pignoración o si no *¿quid iuris?*, en la liquidación de la sociedad de gananciales, donación, transmisión hereditaria, etc. Además, el precepto acusó un cambio no deseado con minoración de sus efectos al desaparecer la obligación del notario de comunicar a la sociedad la transmisión producida, ello fue consecuencia de la introducción de la expresión documento público (art. 27 del anteproyecto de LSRL). También debemos añadir que las notificaciones se efectúan por conducto notarial. Y que como defendimos en el derecho proyectado y así se ha mantenido en la Ley y el Reglamento sólo cabe la constatación de la unipersonalidad sobrevenida a través del cauce de la escritura pública (MARTÍN ROMERO).

Quizá baste apuntar, como señala Díez-PICAZO, que el documento privado en su origen después de su intervención, privado sigue siendo.

Creo que cabe pactar que la transmisión se efectúe en escritura, nada impide que los socios pacten estatutariamente

un reforzamiento de la forma, pues ello lo permite el principio de autonomía de la voluntad y no es contrario a los principios configuradores de la transmisión de participaciones de una sociedad de responsabilidad limitada, tan cercana a la sociedad personalista. Lo que sí ha negado la DGRN es la posibilidad de pacto sobre el acceso de las participaciones al Registro Mercantil. Tesis defendida por ESPERT SANZ (*resoluciones de 27 y 28 de diciembre de 1990*).

En cuanto a la *comunicación a la sociedad* el adquirente de participaciones sociales podrá ejercer los derechos de socio frente a la sociedad desde que ésta tenga conocimiento de la transmisión o constitución del gravamen.

Ya vimos cómo en el Derecho anteproyectado la obligación pesaba sobre el notario autorizante (art. 27 del anteproyecto). La notificación se efectuará al órgano de administración en el domicilio social a los efectos de acreditar la adquisición.

40

El artículo 27 se refiere al *libro registro de socios* en el que se harán constar las sucesivas transmisiones voluntarias o forzosas, constitución de derechos reales y otros gravámenes. La anotación indicará la identidad y domicilio del titular de la participación o del derecho o gravamen constituido sobre aquélla.

El socio y los titulares de derechos reales o gravámenes sobre las participaciones tienen derecho a obtener certificación de las participaciones, derechos o gravámenes registrados a su nombre.

Ahora bien, lo que nos interesa destacar es que indiscutiblemente la legitimación para disponer deriva de la escritura. La constatación en el libro registro sólo le legitima para el ejercicio de los derechos de socio, por ello el libro registro no tiene valor a efectos de titularidad dispositiva. La práctica cotidiana de nuestros despachos evidencia que la escritura pública es la única garantía de los derechos del socio y su modificación, suprimida la inscripción de la transmisión de participaciones en el Registro Mercantil.

Sí que me voy a referir a la *posibilidad de transmisión antes de la inscripción de la sociedad* por la prohibición del artículo 28 de la LSRL, precepto que no existía en el derecho anteproyectado. Para MAGARIÑOS BLANCO, cabe celebrar un negocio jurídico de finalidad traslativa pero de efectos obligacionales, cuya transmisión se subordina a la *conditio iuris* de la inscripción. PERDICES HUETOS considera poco convincentes los argumentos de la inexistencia de participaciones antes de la inscripción de la sociedad, ni de la inscripción del aumento de capital, pues en este caso las participaciones no se crean con la inscripción sino que existen a partir de la escritura en la que se ejecuta el aumento de capital acordado, tampoco convencen las tesis que entienden que el precepto tiene un fundamento antiespeculativo, pues al menos a las participaciones de una sociedad en formación hay que reconocerles la misma transmisibilidad que a las participaciones de las sociedades personalistas y además las peculiaridades de las transmisiones *mortis causa* y forzosas. Alguien duda que si el socio fallece antes de que la sociedad se inscriba no transmite su participación. Alguien alegaría en un juzgado que no es posible o que las participaciones son inembargables antes de la inscripción de la sociedad.

41

También hay que hacer referencia a la posibilidad de transmitir las participaciones antes de que la transformación se inscriba, si prosperan las desafortunadas tesis de mantener la inscripción constitutiva en sede de transformación (por todos GIMÉNEZ DUART a propósito de las resoluciones de la DGRN sobre la disolución de pleno derecho de Sociedades Anónimas transformadas en Sociedades de Responsabilidad Limitada, no inscritas antes del 31 de diciembre de 1995).

Por último, digamos que en sede de sociedades anónimas lo que se prohíbe es la entrega y transmisión antes de la inscripción pero es evidente que el precepto se refiere al carácter cartular de la acción, por ello el artículo 56 de la LSA admite la cesión de créditos y demás derechos incor-

porales. Una *sentencia de 16 de julio de 1992* se ha manifestado sobre su posibilidad en sede de sociedad anónima. Luego cabe la cesión contractual de la posición de socio.

V. La transmisión *mortis causa*

a) Régimen legal.

El principio general de libre transmisibilidad viene consagrado en la Ley, en su artículo 32.1, que establece una primera norma totalmente liberalizadora en cuya virtud “la adquisición de alguna participación social por sucesión hereditaria confiere al heredero o legatario la condición de socio”.

42 Comprende toda transmisión por causa de muerte tanto en beneficio de los herederos como de los legatarios.

Respecto a la consideración de la *muerte del socio como causa de disolución de la sociedad*, hay que señalar que no obstante el carácter cerrado de la sociedad de responsabilidad limitada, el fallecimiento de los socios no comporta, salvo estipulación contraria en los estatutos, la disolución de la sociedad. Así se deduce de lo dispuesto en el artículo 104 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (ver por todos para el régimen *mortis causa* FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS).

¿Cuál es el fundamento de este principio? La justificación estriba en que el carácter personalista de la sociedad no parece romperse del todo al permanecer los adquirentes de las participaciones dentro del núcleo familiar.

Se ha apreciado incongruencia en el hecho de que las transmisiones *inter vivos* estén necesariamente limitadas y que, en cambio, las *mortis causa* sean libres, cuando resulta que mediante éstas puede acceder un extraño a la sociedad, por ello se ha señalado que quizá hubiera sido más apropiado que se concretara la libertad al caso de que el sucesor fuera

uno de los parientes contemplados en el artículo 29.1 de la Ley, es decir, cónyuges, ascendientes o descendientes del socio.

Respecto a la posición jurídica del heredero o legatario, debemos afirmar que el heredero o legatario del fallecido entra directamente a ocupar el puesto de su antecesor, es decir, se subroga en la posición de su causante una vez efectuada la comunicación a la sociedad que prevé el artículo 26.2 y el propio artículo 32 en su párrafo segundo.

Destacar que se ha suprimido la limitación del número máximo de socios, por lo que ya no se obliga a si son varios herederos, necesariamente tengan que adjudicarse pro-indiviso (tesis del antiguo art. 123 del RRM, antes de la reforma de 1990, para evitar el número máximo de socios).

b) Régimen estatutario.

El artículo 32.2 de la LSRL prevé el establecimiento en favor de los socios sobrevivientes de un derecho de adquisición de las participaciones del socio fallecido apreciadas en el valor real que tuvieron el día del fallecimiento.

Nos interesa preguntarnos *cuáles son los límites del régimen estatutario*, pues sin perjuicio del establecimiento del derecho de adquisición preferente, parece que es posible establecer en los estatutos cláusulas que modalicen las transmisiones *mortis causa*, por ejemplo, que serán libres todas las transmisiones *mortis causa* en favor de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad.

En cuanto al *derecho de adquisición preferente propiamente dicho o las posibles combinaciones* las cuestiones respecto de ellos ya son más complejas:

¿Cabrá prever estatutariamente a la propia sociedad como beneficiaria? Se puede pactar que, en defecto de los socios, la sociedad pueda adquirir las participaciones para amortizarlas.

¿Cabrá ampliar el derecho de adquisición preferente en favor de terceros?

En cuanto a los terceros, es claro que un derecho “directo” en favor de ellos parece que no es admisible, aunque parece posible que se condicione a la previa negativa de la sociedad a admitir al sucesor *mortis causa* y en defecto de socios que la sociedad presente un tercero.

Como se observa las combinaciones son muy ilustrativas del juego que nos proporciona el tipo sociedad de responsabilidad limitada y el principio de autonomía de la voluntad.

c) Régimen del derecho de adquisición preferente.

44 En lo relativo al *plazo para el ejercicio del derecho de adquisición preferente* debemos señalar que el derecho de adquisición preferente podrá ejercitarse por los socios sobrevivientes en el plazo máximo de tres meses a contar desde su comunicación a la sociedad de la adquisición hereditaria, así se desprende de la dicción del artículo 32.2 de la LSRL.

El *sistema de valoración y pago es intangible* en su triple vertiente del cómo (por auditor, conforme al art. 100 de la Ley), del cuándo (con referencia al día del óbito) y al momento de fijación del valor real de las participaciones (que viene referido con referencia al valor real del día del fallecimiento del socio).

En cuanto a la modalidad misma de determinación de dicho valor, el artículo 32.2 de la LSRL, por remisión al artículo 100, viene a disponer que de no existir acuerdo sobre el valor real de las participaciones sociales o sobre la persona o personas que hayan de valorarlas, las participaciones serán valoradas por el auditor de cuentas de la sociedad o por el designado por el registrador mercantil del domicilio social.

Respecto a la *modalidad de pago* al establecer que el precio se pagará al contado, se elimina por tanto cualquier po-

sibilidad interpretativa y se establece un principio contrario al admitido en las transmisiones voluntarias por acto *inter vivos* (art. 29 de la LSRL).

Cabe hacer algunas *precisiones en torno a la aplicación de la cláusula limitativa mortis causa al heredero o legatario ya socio*, ello viene referido a que a la sociedad le queda la posibilidad de incorporar la cláusula limitativa haciendo excepción, en su aplicación respecto de los herederos o legatarios que ostenten la condición de socio.

d) Previsiones en torno a la aplicación del régimen de transmisión *mortis causa* a la liquidación del socio persona jurídica.

El Reglamento del Registro Mercantil sanciona (art. 188) que las adquisiciones de participaciones sociales que tengan lugar como consecuencia de las adjudicaciones efectuadas a los socios en la liquidación de la sociedad titular de aquéllas, se sujetarán al régimen estatutario previsto para la transmisión *mortis causa* de dichas participaciones.

El Reglamento contiene, no una mera normativa de desarrollo de la Ley, sino una ampliación del régimen previsto en la misma consistente en asimilar, a los efectos societarios, el fallecimiento del socio persona física con la liquidación del socio persona jurídica societaria.

Sin entrar en los problemas que esta técnica normativa, demasiado frecuentemente utilizada por el legislador, plantea y lo correcto o incorrecto jurídicamente de la misma, como autorizadamente se ha puesto de manifiesto.

¿Se está pronunciando el Reglamento en términos imperativos?, de tal manera que establecida legalmente la equiparación de los supuestos parece ser que la sociedad únicamente podría optar por establecer limitaciones o no a las transmisiones *mortis causa*, pero si las limitaciones se establecen éstas operarán por igual en las transmisiones provenientes de la liquidación del socio persona jurídica.

Parece que la norma debe ser aplicada de forma flexible, es decir, armonizándola con el principio de libertad de pactos, de forma que la previsión sólo juegue cuando los estatutos no establezcan otra cosa.

CABANAS TREJO se inclina por el carácter dispositivo de la norma y además señala que ha de tratarse de adjudicaciones efectuadas en la liquidación de la sociedad, quedando fuera de su ámbito los supuestos de extinción de la sociedad sin liquidación previa (fusión y escisión total), así como los de sucesión a título universal sin extinción de la sociedad (escisión parcial), inclinándose porque tampoco deba aplicarse en los supuestos de cesión global de activo y pasivo, pues –comenta– aun existiendo una liquidación simplificada de la sociedad no existe de la empresa, al producirse un nuevo fenómeno de sucesión a título universal.

46

Para BOLÁS ALFONSO, el Reglamento lo que busca es un efecto práctico, no someter las adjudicaciones al mecanismo de las transmisiones *inter vivos* por su excesiva dilación; pero la norma es dispositiva.

VI. La transmisión forzosa

a) Regulación positiva y planteamiento general.

El artículo 31 de la nueva Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada regula el régimen por el que se han de regir las transmisiones de participaciones sociales cuando se verifiquen como consecuencia de un procedimiento judicial o administrativo de ejecución e igualmente se aplica en caso de ejecución de prenda de participaciones sociales verificada por notario o corredor de comercio.

Así, se establece que "... el embargo de participaciones sociales en cualquier procedimiento de apremio, deberá ser notificado inmediatamente a la sociedad por el juez o autoridad administrativa que lo haya decretado, haciendo constar

la identidad del embargante, así como las participaciones embargadas. A continuación la sociedad procede a la anotación del embargo en el libro Registro de socios, remitiendo de inmediato a todos los socios copia de la notificación recibida”.

Se produce una intervención a priori a diferencia de lo que ocurre en sede de sociedad anónima, donde la intervención es a posteriori con denegación del pláacet. Se inmiscuye el derecho de adquisición preferente en el mismo proceso, por ello se implica al juez o autoridad administrativa en la protección de aquel derecho. Es después de la subasta y en el momento anterior a la adjudicación cuando el procedimiento queda en suspenso. Remitiendo el juez o autoridad a la sociedad testimonio literal del acta de la subasta o del acuerdo de adjudicación y en su caso de la adjudicación solicitada por el acreedor, para que ésta, de nuevo, traslade copia a todos los socios, en el plazo máximo de cinco días a contar desde la recepción del testimonio.

47

Esta suspensión del procedimiento dura solamente un mes a contar desde la recepción del testimonio, porque este es el plazo que tienen los socios personalmente y en su defecto la sociedad sólo para el caso de que los estatutos establezcan a su favor tal derecho de adquisición preferente (previa convocatoria y celebración de la Junta) para adoptar la decisión de “subrogarse” en el lugar del rematante o en su caso del acreedor, mediante la aceptación expresa de todas las condiciones de la subasta y la consignación íntegra del importe del remate o, en su caso, de la adjudicación al acreedor y de todos los gastos causados, las participaciones se distribuirán a prorrata en caso de ser varios los socios interesados.

Por ello, se colige que la transmisión forzosa responde en su configuración al principio general de prohibición legal de la libre transmisibilidad de las participaciones sociales. Por ello se ha afirmado que la transmisión forzosa, como supuesto limitativo de la transmisión de las participaciones sociales, es una especie de *tertium genus* no reconducible ni a

la categoría de las transmisiones voluntarias *inter vivos* ni a las transmisiones *mortis causa*.

De aquí que el régimen de transmisión forzosa de las participaciones sociales aparece configurado en la Ley como un régimen de derecho imperativo o de *ius cogens* en la medida en que se prevé su aplicación a todos los supuestos de embargo o de ejecución de prenda de participaciones sociales.

En suma, el embargo y ejecución de las participaciones sociales implica una transmisión mediante venta que se realiza a través de un procedimiento verificado por el juez o autoridad administrativa, con las garantías judiciales que comporta que en algún momento procesal se ha de insertar la limitación a la transmisión de las participaciones dando entrada al derecho de preferente adquisición de los socios.

b) Ámbito de aplicación.

48

Por tanto, el régimen de transmisión forzosa se aplicará a todo embargo de participaciones sociales independiente del origen de la pretensión (ejecución de sentencia, juicio ejecutivo, etc.) y ante cualquier instancia judicial o autoridad administrativa y a toda ejecución de prenda verificada por notario (según procedimiento extrajudicial contemplado en el art. 1.872 del C.c.) o por corredor de comercio.

c) Alcance de la previsión legal.

Podrá ser instado por cualquier acreedor del socio siempre que aparezca legitimado conforme a las normas sustantivas (civiles, mercantiles y administrativas) y procedimentales.

Surge en cambio la cuestión de si tal posición podrá ser asumida por la sociedad en la medida en que ostente la condición de acreedora del socio.

Es el tema del embargo de participaciones por la propia sociedad, pues en general la sociedad puede aparecer acree-

dora del socio en tanto éste no cumpla sus obligaciones con la sociedad derivadas de su condición de tal.

Desde la perspectiva societaria habrá que negarse toda posibilidad de que la sociedad sea acreedora, por dividendos pasivos, dado que en la sociedad de responsabilidad limitada, al exigirse el pleno desembolso inicial del capital (art. 4), no podrá haber deuda de desembolso de aportación.

Con referencia a la posible deuda derivada del juego de las prestaciones accesorias parece que tampoco ya que en este caso la previsión de la Ley es que el incumplimiento de la prestación accesoría lleve aparejada la sanción de exclusión del socio.

Las posibilidades de que la sociedad resulte acreedora del socio sean escasas en las sociedades de responsabilidad limitada, porque además la propia Ley viene a prohibir expresamente que la sociedad pueda aceptar en prenda o en otra forma de garantía sus propias participaciones sociales (art. 40.4).

Sin embargo, no puede obviarse que existe una posibilidad distinta en la relación socio sociedad, aquella según la cual la sociedad pueda resultar acreedora del socio como consecuencia de una relación jurídica extrasocietaria, es decir, en la misma posición en que la sociedad habría actuado con un tercero que no tuviera la condición de socio.

Quid iuris en el supuesto de embargo por el socio. La cuestión es si en tal caso se desencadenarían también los efectos restrictivos previstos en el artículo 31 de la Ley.

Y puede ocurrir que los estatutos no digan nada o expresamente admitan la libre transmisión voluntaria de participaciones por actos *inter vivos* entre socios.

Se plantea por tanto la cuestión de si embargadas o ejecutadas participaciones sociales, si habrán de someterse también al régimen limitativo de las transmisiones forzosas.

Aunque en una primera aproximación podría argumentarse que resulta paradójico que la Ley declara la libre transmisión voluntaria de las participaciones sociales respecto a

determinados sujetos, y que en la misma impida la transmisión forzosa con carácter general sin dejar margen a la voluntad de los socios, en aras precisamente de una mejor protección de sus intereses.

En realidad estamos en presencia de dos supuestos distintos de transmisión *inter vivos* de participaciones sociales y el régimen de cada uno de ellos habrá de ser analizado dentro de su propia coherencia, aunque sin olvidar su armonización general en el contexto en que la Ley sitúa el tratamiento de la transmisión de las participaciones sociales. Y es que se impide reconducir sin más cualquier supuesto de transmisión forzosa a una transmisión voluntaria.

La aplicación de la limitación en el supuesto que nos ocupa se basa en el derecho que tienen todos los socios de poder adquirir en iguales condiciones a través de la subrogación en la posición del ejecutante, las participaciones sociales embargadas o pignoradas.

50

Dejando aparte la notificación del embargo, la comunicación de la sentencia de remate y la paralización de la adjudicación, *nos interesa fundamentalmente el derecho de subrogación, que se otorga a los socios y bajo determinadas condiciones, puede ser otorgado también a la sociedad.*

El socio o socios que lo ejerciten, o en su caso la sociedad, habrán de situarse en la misma posición que le corresponde al rematante o al acreedor, si se le adjudicaron las participaciones pignorarlas, aceptando todas las condiciones que han sido fijadas a través del procedimiento de apremio en la subasta pública o el fijado en la ejecución de la prenda y realizar la consignación íntegra del importe del remate o, en su caso, de la adjudicación marcada al acreedor y de los gastos causados.

Y al igual que al rematante o adjudicatario no le es permitido fraccionar el pago del remate tampoco se le puede autorizar el fraccionamiento del pago al socio.

Y en el caso en que confluyan varios socios a hacer uso del derecho de subrogación, las participaciones ejecutadas se

distribuirán entre todos ellos a prorrata en función de sus respectivas participaciones sociales.

Respecto a la *fijación del precio*, éste aparece fijado según el obtenido en la subasta pública.

Respecto del *plazo* la Ley se ocupa de determinar el plazo que se concede a los socios y a la sociedad para ejercitar el derecho de subrogación estableciendo que será de un mes a contar desde la recepción por la sociedad del testimonio literal del acta de subasta, y, en su caso, de la adjudicación solicitada por el acreedor, no desde que la sociedad se lo notificó a los socios, con lo cual el plazo se puede rebajar para éstos en cinco días como máximo.

Al producirse una intervención a priori, a diferencia de lo que ocurre en sede de sociedad anónima donde la intervención es a posteriori con denegación del pláacet, como hemos dicho, se implica al juez o autoridad administrativa en la protección del derecho de adquisición preferente. Con ello se da carta de naturaleza a la postura que habíamos mantenido ante el silencio en sede de ejecución pignoraticia y embargo en la antigua Ley de 1953, de que las limitaciones estatutarias inscritas vincularán a todo tercero incluso en el supuesto de transmisión forzosa (*BOLÁS et alium*).

51

Bibliografía

GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel: "La Sociedad de Responsabilidad Limitada Familiar y la de Profesionales". *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*. Trivium, 1996.

— "El Estatuto del Socio en la Sociedad de Responsabilidad Limitada". *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*. Trivium, 1996.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, José Carlos: "Transmisión de participaciones sociales". *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*. Trivium, 1996.

GÓMEZ MENDOZA, María: "Cláusulas estatutarias de transmisión voluntaria por actos *inter vivos* de las participaciones sociales de una Sociedad de Responsabilidad Limitada". *Derecho de Socie-*

- dades de Responsabilidad Limitada*. TOMO. McGraw-Hill, Madrid, 1996.
- SEQUEIRA MARTÍN, Adolfo: "Normas supletorias para la transmisión voluntaria por actos *inter vivos* de las participaciones sociales". *Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada*. TOMO. McGraw-Hill, Madrid, 1996.
- GALÁN LÓPEZ, Carmen: "La transmisión forzosa y la transmisión *mortis causa* de las participaciones sociales". *Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada*. TOMO. McGraw-Hill, Madrid, 1996.
- ESTURILLO LÓPEZ, Antonio: *Estudio de la sociedad de responsabilidad limitada*. Civitas, 1996.
- MAGARIÑOS BLANCO, Victorio: "Régimen de las participaciones sociales", en *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Tomo I, Consejo General del Notariado, 1995.
- GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza: *Las participaciones sociales en la Sociedad de Responsabilidad Limitada*. McGraw-Hill, Madrid, 1996.
- ÁVILA NAVARRO, Pedro: *La Sociedad Limitada*. Tomo I, Bosch, 1996.
- BOLÁS ALFONSO, Juan *et alium*: *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*. Civitas, 1992.
- CADARSO PALAU, J.: *Sociedad de Gananciales y Participaciones Sociales*.
- BOQUERA MATARREDONA, J.: *La Sociedad Unipersonal de Responsabilidad Limitada*.
- BOLÁS ALFONSO, Juan: "La autonomía de la voluntad en la configuración de las Sociedades de Responsabilidad Limitada". *RDP*, febrero, 1996.
- ALONSO ESPINOSA, F. J.: *La posición jurídica de socio en la Ley de SRL: Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*. Civitas, 1996.
- FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, Ana: "La transmisión de participaciones de la Sociedad Limitada: limitaciones estatutarias", en *Empresa Familiar ante el Derecho*. Civitas, Madrid, 1995.
- GIMÉNEZ DUART, Tomás: *Conferencia sobre participaciones y su régimen de transmisión*.
- COORDINADOR: Cándido PAZ-ARES. *Tratando de la Sociedad Limitada*. Fundación Cultural del Notariado, 1997.
- MARTÍNEZ-GIL VICH, Ignacio: *Teoría general de los títulos valores, la transmisión de "partes" de sociedades*. Fundación Matritense del Notariado. Madrid, 1997.

Además consultar bibliografía anterior en:

BOLÁS ALFONSO, Juan *et alium*: *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*. Civitas, 1992. En especial “Las Participaciones Sociales. Transmisión”, etc.

MARTÍN ROMERO, Juan Carlos: “La Sociedad Unipersonal de Responsabilidad Limitada”, en *Empresa familiar ante el Derecho*. Civitas, Madrid, 1995.

LOS COMPONENTES PÚBLICOS DE LA FUNCIÓN NOTARIAL (*)

ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS

Notario

55

1. La ley del péndulo y su continua actuación son sobradamente conocidas; pero en nuestros tiempos esta ley aparece enloquecida por otra ley, la de la aceleración de la Historia, y cuando todavía no hemos salido de una época de funcionarización –frontal, colateral, encubierta o paulatina– ya estamos en la época contraria de la privatización, que se presenta con tal radicalismo que más que movimiento de péndulo se dijera es el de la guillotina. El documento notarial y la función que le da vida, el notaria-

(*) Publicado en la *Revista del Notariado*, Órgano del Colegio de Escribanos, Capital Federal, República Argentina, Número del centenario de su fundación, 15 de noviembre de 1997. Felicitamos a la *Revista del Notariado*, y le agradecemos su autorización para reproducir este trabajo.

do todo, situados en la confluencia de un oficio público y una profesión privada, pueden sufrir inmensos daños por una consideración unilateralmente privatística, e incluso daños irreparables por el choque en sus adentros de las dos corrientes contradictorias, la liberalizadora, que lanza a los notarios a la concurrencia del mercado, y la funcionarial, que les impide competir en él. Entre tanto, el rudimentario notariado estadounidense abandona sus maneras agresivas y reconoce, incluso, sus carencias, que intenta suplir mediante la nueva figura del Ciber-notario, de nombre, al menos, extravagante, mientras espera ya sentado a que la tendencia *funcionarizadora* acabe con la actuación profesional de los notarios, y a que la tendencia liberalizadora coloque bajo mínimos a su función pública. Rebajando las tintas, a propósito exageradas, digamos que la situación es, al menos, inquietante.

56

Resulta, pues, oportuno tratar del punto fundamental, la función notarial y sus componentes; pero lo haremos no sólo por razones de actualidad, sino con la serenidad de quien se ocupa de un tema clásico sobre el que continuamente es necesario volver; y resaltaremos los componentes públicos porque quizá la doctrina moderna de los diversos países dándolos por supuestos, ha estudiado preferentemente las actuaciones privadas, a veces con notorio desequilibrio, y hasta en ocasiones la misma práctica padece distorsiones. Este ambiente de exaltación profesional facilita disposiciones como las del Decreto argentino 2.284, de 31 de octubre de 1991, o la Ley Federal mejicana de Competencia Económica de 18 de diciembre de 1992, y posturas como las del Tribunal español de Defensa de la Competencia. Aquí son los "solicitors" los que esperan, y no precisamente sentados.

2. Es imprescindible, al empezar este estudio, determinar con exactitud aquello que en sentido estricto o técnico

constituye la función notarial (1); porque los notarios, salvo incompatibilidad legal, o atribución exclusiva a terceros, pueden llevar a cabo, por ser notarios, otras actuaciones que no pertenecen propiamente a su función notarial, aunque con frecuencia la fortalezcan.

La función notarial es primariamente documental; tiende a la creación del instrumento público; se exterioriza a través del instrumento público; y aunque ciertamente el documento no se entiende sin la función, ni ésta sin el notario, hemos de partir del documento notarial o instrumento público para caracterizar, en principio, la función notarial. Más en concreto hay que arrancar, como el origen histórico y el actual Derecho comparado nos demuestran, del instrumento público negocial, del documento notarial que en la técnica notarial española y de otros países se conoce por escritura pública (2).

La función notarial latina, la verdadera y genuina función notarial que da vida a la escritura pública, es una función compleja y esta complejidad, según reconoce la doctrina de manera prácticamente unánime, se debe a la continua presencia y actuación de componentes públicos y de componentes privados. Así ocurre en todos los países de Notariado Latino, aunque lógicamente con unas u otras particularidades, que no afectan a la esencia compleja de la función.

(1) Conf. mis dos conferencias en Granada, "El notario: función privada y función pública. Su inescindibilidad", pronunciada el 8/11/1979 y publicada en la *Revista de Derecho Notarial* (en adelante *RDNot*), 107, enero-marzo 1980, pp. 255-409, en *Escritos Jurídicos*, II, pp. 213-321 y en la *Revista Notarial* (Provincia de Buenos Aires), 1981, 858, pp. 1347-1475; y "De nuevo sobre la inescindibilidad notarial", pronunciada el 25/10/1996 y publicada en el Boletín de Información de su Colegio Notarial, junio 1997, separata núm. 27, p. 39, y en la *Revista Jurídica del Notariado*, número 21 (enero-marzo 1997), pp. 151-194.

(2) Esto no quiere decir que sea "secundaria" la actuación notarial respecto de hechos jurídicos no negociales, "actas" en nuestra técnica, como suele afirmarse en la doctrina italiana; conf. GIRINO, Giovanni: "Le funzioni del notaio", *Rivista del Notariato* (en adelante *RivNot*), 1983, pp. 1078 y ss.; o LAURINI, Giancarlo: "Il ruolo del notaio nel sistema italiano ed europeo di giurisdizione volontaria. Attualità e prospettive", *RivNot*, 1989, pp. 315 y ss. Más adelante (número 7) nos referiremos a las actas de calificaciones jurídicas del notario.

Pero no se trata de una mera yuxtaposición o de una mezcla de elementos heterogéneos; no hay dos funciones, una pública y otra privada, soldadas con mayor o menor consistencia, sino que hay una interacción de unos elementos en los otros; los componentes privados penetran en los componentes públicos y los modalizan, y de la misma manera también los componentes públicos penetran y modalizan los componentes privados; unos y otros, como en la especificación, se funden, dando lugar a una función nueva, distinta de sus componentes originarios, una función unitaria, típica, que es la función notarial. “La función notarial integral”, en expresión de EMILIO GARRIDO (3).

58

Podemos, y también debemos para aprehender profundamente la realidad, seguir diferenciando los elementos públicos y los elementos privados; pero sin olvidar que se trata ya de una mera distinción intelectual, porque en la realidad misma de las cosas sus originarios componentes no solamente han perdido su pureza, pública o privada, sino que, al fundirse, han dado lugar a una nueva *species*, a una *res nova*, a una entidad y función distintas, que no cabe ya escindir en elementos públicos y elementos privados. El Parlamento Europeo, en Resolución de 19 de enero de 1994, formula la misma idea, concretándola en los elementos más característicos: “actividades indisociables de asesoría y de legalización”.

No hay que extrañarse de ello, porque ante la unidad del Ordenamiento, Derecho público y Derecho privado constituyen solamente, como enseñó ULPIANO, perspectivas diversas, *dua sunt positiones* (D,1.1.2). Mucho menos debiera extrañarse nadie en nuestros días.

(3) GARRIDO CERDÁ, Emilio, con la colaboración de MARTÍNEZ PERTUSA, Pedro: “Funciones públicas y sociales del Notario”, ponencia para el *XXI Congreso Internacional del Notariado Latino*, Berlín, 1995, Consejo General del Notariado, Madrid, 1995, p. 121.

3. Los componentes públicos y los componentes privados tienen distinta categoría en la constitución de la función notarial.

“El Notariado o es latino o no es Notariado”, declaró terminantemente la moción presentada por la “Comisión Pietro Micheli” (4). Y ciertamente, un notariado funcionarizado es incompatible con la libertad del individuo y de los grupos, con la economía de mercado y con el desarrollo económico; es un notariado empobrecido y empobrecedor, propio de regímenes políticos autoritarios o totalitarios que, cuando no se trata de meros residuos históricos, nada tiene que hacer en una democracia moderna (5). Pero a pesar de todo, el notariado funcionarizado es un notariado que dota de fe pública a sus documentos. En cambio, la profesión privada de documentación jurídica, por elevadas que sean su cultura y su práctica jurídicas, constituirá a lo sumo una especialidad dentro de la abogacía, pero no un notariado; con continuos riesgos de desaparecer, por tanto, diluida en la profesión de abogado.

59

La función pública es, pues, constitutiva del notariado. Por eso no eran notarios los *tabeliones* justinianeos, profesionales de la documentación cuyos instrumentos, lejos de hacer fe como requiere la autenticidad corporal, necesitaban que se les impusiera la fe, *imponere fidem* (6), según patentiza la rúbrica de la Novela 73 en la versión del *Authenticum*: “*Quomodo instrumentis quae apud iudices insinantur fidem addere oporteat*”; y por eso, y a pesar de tantas veleidades, no son notarios los “solicitors” ingleses, sino que, como

(4) *RDN*ot, 107, enero-marzo 1980, p. 445.

(5) Conf. mi trabajo “Sobre las consecuencias de una funcionarización de los Notarios”, *RDN*ot, 104, abril-junio 1979, pp. 303-409; *Escritos Jurídicos*, II, pp. 369-444, y *Revista Notarial* (Provincia de Buenos Aires), 1981, 859, pp. 1803-1888.

(6) CI, 4.21.18, “*instrumentis fidem adhibere*”; CI, 4.21.20, “*fides imponatur*”; CI, 4.21.21, “*fidem imposuerit*”; NovI, 73, “*fidem dari documentum... fidem suscepit documentum*”. Conf. mi trabajo “La persistencia histórica de la oralidad en la escritura pública”, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1996, p. 260, especialmente pp. 185 y ss., y *Escritos Jurídicos*, VI, pp. 439-638.

escribió DUMEZIL, “el notariado no es una institución universal; hay una *Europa con*, una *Europa sin*” (7); condenadas a entenderse, desde luego, pero no desde el error o la tergiversación; y, por lo mismo, en fin, tampoco son notarios nuestros abogados, aunque redacten magníficos documentos... privados.

4. Al ser la función pública constitutiva de la función notarial, tenemos que encontrarla forzosamente en los orígenes mismos del notariado.

Sin embargo, la doctrina –incluso los historiadores ajenos al notariado– ha insistido quizá demasiado en que los notarios traen su origen en los profesionales libres de la documentación privada, en los tabeliones del Derecho romano postclásico y sobre todo justiniano, y no en los variados funcionarios judiciales o administrativos, muchas veces de ámbito local, que en los diversos tiempos y lugares y para llenar el vacío provocado por la inexistencia del notariado, tuvieron que desempeñar algunas actividades que no eran propias de sus cargos y que hoy incluiríamos en la función notarial.

Ello es cierto; cuando en los siglos XI y XII aparecen en la Padania los notarios, no desarrollan el modelo de los *tabularii*, funcionarios que no podrían hacer frente al incremento del número y variedad de los instrumentos derivado del aumento de riqueza, sino que parten del modelo de los documentadores libres, de los *tabelliones*, y de éstos reciben desde el nombre, hasta el modo de actuar y sus formas y fórmulas documentales; pero también es cierto que los *tabelliones* empezaron a ser notarios cuando, con la Glosa, absorben las funciones públicas de los *tabularios*, se convierten

(7) DUMEZIL, Georges, de la Academia Francesa, profesor honorario del Colegio de Francia: “Preface”, p. VII, a la obra de POISSON, Jean-Paul: *Notaires et société - Travaux d'Histoire et de Sociologie Notariales*, Económica, París, 1985, p. 736.

ellos mismos en personas públicas, y sus documentos devienen documentos públicos (8).

Algo semejante ocurrió entre nosotros (9); pero en todo caso el carácter público del notariado está declarado en las Partidas, 3.19.3: "Poner Escribanos es cosa que pertenesce al Emperador, o al Rey. E esto es, porque es tanto como uno de los ramos del Señorío del Reyno". A esta declaración terminante de principios se une su aplicación de hecho, pues en una concepción pan-escribanil, si se nos permite la expresión, característica de la legislación alfonsina -Espéculo y Partidas-, se regulan conjuntamente, y en la medida de lo posible se unifican, las "dos maneras" de escribanos, "los unos que escriben los privilegios, e las cartas, e los actos de la casa del Rey, e los otros, que son los Escribanos públicos, que escriben las cartas de las vendidas, e las compras, e los pleytos, e las posturas que los omes ponen entre sí en las Cibdades e en las Villas" (P, 3.19.1) (10). Este tratamiento legal en buena medida unitario de los que hoy llamamos funcionarios de la Administración y de los notarios se mantiene en las Cortes de Toledo de 1480 y en las Ordenanzas Reales de Castilla, pasa a las Indias y explica la variedad de escribanos de la Administración con que en ellas aparecen revueltos los Escribanos del Número y los Escri-

(8) Ejemplos: Documentador, Instituciones de Justiniano, 1.11.3: "*Personae publicae, hoc est, tabulario*"; Glosa f), "*Personae publicae, hoc est, tabellioni*". Documento, Novela 73, Capítulo V, "*sed et instrumenta publice confecta licet tabellionem*"; Glosa d), "*nunc facit transitum ad publica instrumenta*". El documento pasa a ser público cuando su autor adquiere el carácter de persona pública.

Pueden verse en CI, 6.22.8 las funciones concretas de redacción del testamento oral y lectura del testamento escrito del ciego, que realiza el tabulario, y no el tabellion aunque está presente, ejerciendo sus funciones documentadoras.

(9) CANELLAS LÓPEZ, Ángel: "El Notariado en España hasta el siglo XIV: Estado de la cuestión", en *Notariado público y documento privado: de los orígenes al siglo XIV - Actas del VII Congreso Internacional de Diplomática - Valencia*, 1986, Generalitat Valenciana, 1989, I, pp. 99-139.

(10) BONO HUERTA, José: "La Legislación Notarial de Alfonso X el Sabio: sus características", conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el 29 de noviembre de 1984, publicada en sus *Anales*, XXVII, pp. 27-43.

banos Reales (11), sigue en la Nueva Recopilación, y no desaparece hasta la Novísima Recopilación de 1805.

La determinación de los posibles elementos privados en esa función pública notarial a lo largo de tantos siglos es tarea imposible; sobre todo cuando todavía flotaban residuos feudales, que confundían lo público y lo privado, y dominaba una concepción patrimonial del Estado. Pero señalemos, desde el punto de vista actual de su formación jurídica, que aunque los escribanos, en tesis general, no fuesen demasiado “entendidos de la Arte de la Escribanía” como quería el Rey Sabio (Partidas, 3.19.2), ni tampoco consiguieran levantar apreciablemente su nivel general los exámenes ante el Consejo de Castilla, exigidos por los Reyes Católicos en la Ley 73 de las Cortes de Toledo de 1480 y por Carlos V en la pragmática de La Coruña de 1554, es lo cierto que los escribanos medios ponían al servicio de la sociedad unos conocimientos empíricos suficientes para una contratación limitada y un tanto repetitiva. Aparte de que los escribanos titulares de “oficios enajenados” constituyeron quizá un verdadero supuesto de ejercicio privado de funciones públicas (12).

62

5. Durante más de un siglo, las leyes notariales de los diversos países, siguiendo a la francesa, definieron o describieron a los notarios solamente por su función pública. Es muy frecuente leer que así ocurría porque la función pública era la única que competía regular a la ley notarial; pero

(11) Conf. mi trabajo “El Derecho Notarial castellano trasplantado a Indias”, pp. 47-70 de *Escribanos y Protocolos notariales en el Descubrimiento de América*, Consejo General del Notariado, 1993, y *Escritos Jurídicos*, I, pp. 475-507; HIDALGO NUCHERA, Patricio: “Los escribanos en la recopilación de Leyes de Indias”, *De indios y notarios*, Consejo General del Notariado, 1995, primera parte, pp. 13-77; y sobre todo GUAJARDO-FAJARDO CARMONA, María de los Angeles: *Escribanos en Indias durante la primera mitad del siglo XVI*, Consejo General del Notariado, 1995, tomo I, p. 555, tomo II, p. 522.

(12) Así GONZÁLEZ PALOMINO, José: *Instituciones de Derecho Notarial*, I, Madrid, 1948, p. 24.

hay una razón más profunda, en la que venimos insistiendo: la función pública es la constitutiva del notariado.

Esa función pública del notario viene designada con dos expresiones diferentes, autenticidad y fe pública.

La ley francesa (25 de Ventoso - 5 de Germinal del año XI; 16 de marzo de 1803) estableció que la función notarial consistía en “dar (a los actos y contratos) el carácter de autenticidad (“le caractère d’authenticité”) unido a los actos de la autoridad pública” (art. 1); en perfecta concordancia con la tradición francesa que no utiliza la terminología de “documentos públicos”, sino la de “actes authentiques”, según recogería el Código Civil de Napoleón que entonces se estaba ultimando. Acepta Bélgica literalmente la fórmula francesa, y también Luxemburgo, que la mantiene en la Ley Notarial de 1976, no modificada en este punto (art. 1) por la de 1991.

La Ley española de 1862, por el contrario, dispone que el notario está “autorizado para dar fe” de los contratos y demás actos extrajudiciales (art. 1), expresión que igualmente aparece en la Ley italiana de 1913, “attribuire loro pubblica fede”, atribuirles la fe pública (art. 1), en concordancia con su Código civil de 1865, y que permanece en el vigente de 1942.

Ambas expresiones son coincidentes y no tiene demasiado sentido acumularlas, “autorizado para dar y autenticidad”, que dice la Ley de Puerto Rico de 1987. Las dos, en efecto, nos llevan al campo de la prueba, y más en concreto a la prueba procesal y, por tanto, al menos inicialmente, al terreno de los hechos. La autenticidad francesa es una fuerza probante, que alcanza incluso efectos ejecutivos. La *fides* es también la prueba; recordemos los textos que hablan de la “fe” de los testigos, incluida la misma rúbrica del Código Teodosiano en que por primera vez se sistematiza la materia documental: *De fide testium et instrumentorum* (11.39); y *fides publica* es la prueba pública, de eficacia probatoria pública, que excede a la de las pruebas meramente privadas.

La naturaleza pública de esa función notarial de atribuir autenticidad o fe pública a los actos y contratos viene resaltada por este mismo adjetivo, “pública”, o por la referencia de la Ley francesa a la autenticidad que tienen los actos de la autoridad pública.

6. La actividad profesional del notario se fue prontamente desarrollando dentro de esa función pública que proclamaban las leyes notariales, como actividad de consejo jurídico; se trata de un consejo vinculado a la formación de la voluntad que recoge el instrumento público y, por tanto, a la función notarial misma; un consejo importante y, como veremos, indispensable, pero en todo caso accesorio a la función instrumental, por lo que con toda propiedad podemos llamarlo consejo jurídico instrumental o funcional.

64 En Francia, la temprana doctrina de la jurisprudencia sobre el “devoir de conseil” de origen legal, tenía su apoyo en los mismos materiales prelegislativos de la Ley de Ventoso, las Relaciones de REAL al Consejo de Estado, de Favard al Tribunado y de Joubert al Cuerpo Legislativo.

En España, la misma Ley del Notariado completó su inicial dación de fe de los contratos y demás actos judiciales, disponiendo que “el notario redactará escrituras matrices” (art. 17), y el artículo 147.1 del Reglamento Notarial (redacción del Real Decreto 1209/1984, de 8 de junio) elucidó la norma legal: “El notario redactará el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes, la cual deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico, e informará a aquéllos del valor y alcance de su redacción”; se trata, pues, de un consejo instrumental, vinculado a la función autorizante, que el artículo 1.º del Reglamento parece sobrepasar: en 1935 declara que “los notarios son a la vez profesionales del Derecho y funcionarios públicos”, y en 1944 añade que “como profesionales del Derecho tienen la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para

el logro de los fines lícitos que aquéllos se proponen alcanzar” (art. 1.2).

Pero para su tiempo hay que destacar, sobre todo, a la Ley italiana de 1913 que, junto a la dación de fe del artículo 1, introduce un luminoso artículo 47.3: *Spetta al notaio soltanto d'indagare la volontà delle parti e dirigere personalmente la compilazione integrale dell'atto*, corresponde sólo al notario indagar la voluntad de las partes y dirigir personalmente la compilación integral del acto; el Proyecto Gonella, 1979, llevaba literalmente esta norma al artículo 1.º de la Ley italiana, como párrafo segundo, con lo que la actuación profesional del notario hubiera alcanzado una posición de mayor relieve, pero conservando su naturaleza instrumental.

Las legislaciones modernas suelen hacer resaltar este consejo instrumental; pero, ¿cuál es su naturaleza? (13).

a) La opinión más obvia consiste en considerar que esa función de consejo conserva su naturaleza de función privada. El Reglamento Notarial español siembra al menos la duda en su artículo 1.º, pues después de afirmar como acabamos de ver que los notarios son “a la vez” profesionales del Derecho y funcionarios públicos, narra en párrafos separados la misión de asesoramiento y consejo que los notarios tienen como profesionales del Derecho, y la fe pública notarial que ejercen como funcionarios públicos. En consonancia, GONZÁLEZ PALOMINO –no le hubiera gustado que se le atribuyese una posición “reglamentaria”– distingue por un lado las actividades que componen el quehacer real del notario, las “funciones de oficio”, de “redactar, autorizar y conservar el instrumento público y expedir copias del mismo”, activi-

(13) La cuestión no se plantea, claro es, para quienes consideran que toda la función notarial es pública; puede verse, como ejemplo, la última posición de MEZQUITA: “todas las funciones que como *Notario* se ejercen son sin excepción de naturaleza *pública* –como las de los funcionarios–, y no privada: desde la fe pública, pasando por el control de la legalidad, hasta la información y el asesoramiento equilibradores”; MEZQUITA DEL CACHO, José Luis: “Sobre la determinación del marco jurídico propio de la Mutualidad Notarial y aspectos adyacentes”, *La Notaría*, 6 de junio de 1996, p. 45.

dades en que “se materializa la de dar fe”, y por otro lado “la actuación de puro jurista”, la de “contribuir a la formación y afirmación de la voluntad de los otorgantes” que “aunque la ejerza el notario por ser notario y para actuar como notario eficiente, no forma parte del quehacer del notario como notario”, “no es función del notario” (14).

Fácilmente se advierten las consecuencias que podrían deducirse de esta escisión; por declaración de simples incompatibilidades, la funcionarización habría encontrado un fácil camino. Una nueva consecuencia derivaría hoy para los países de Notariado Latino miembros de la Unión Europea; la libertad de establecimiento (y la de prestación de servicios) de profesionales exigida por el mercado común tiene una excepción, consignada ya en el artículo 55 del Tratado de Roma, para las actividades que en el Estado receptor “estén relacionadas, aunque sólo sea de manera ocasional, con el ejercicio del poder público”, de “l’*autorité publique*” que dice el texto francés, mostrando su clara inspiración en el artículo 1.º de la Ley de Ventoso, por lo que no cabe duda de que en esta excepción queda incluida la profesión notarial (15). Pero la excepción fue objeto de interpretación restrictiva por el Tribunal de Justicia en sentencia de 21 de enero de 1974, en el conocido caso *Reyners*, en el sentido de que una profesión no quedaría exceptuada en su totalidad de la libertad de establecimiento cuando las actividades que en ella participan del ejercicio de la autoridad pública constituyan un elemento separable del conjunto (*l’élément détachable de l’ensemble*), y aunque la sentencia fue dictada respecto de los abogados, no cabe duda de que su doctrina sería igualmente aplicable a los notarios, según confirma la respuesta Bangemann de 19 de mayo de 1989, si entre las actividades que integran su profesión hubiera algunas de naturaleza privada, escindibles de su función pública.

(14) *Op. cit.* en nota 12, p. 123, n.º 1 y 57.

(15) Conf. BOLÁS ALFONSO, Juan: “Reflexiones sobre la naturaleza del Notario español”, *La Notaría*, 9 de septiembre de 1996, pp. 29-55.

b) También resulta fácil defender la posición contraria; que ese consejo instrumental tiene naturaleza jurídica pública. Hacia ella parece que se inclina el Primer Congreso Internacional del Notariado Latino, Buenos Aires, 1948: “El notario latino es el profesional del derecho encargado de una función pública consistente en recibir, interpretar, y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos públicos adecuados a este fin, conservar los originales de éstos y expedir copias que den fe de su contenido. En su función está comprendida la autenticación de hechos”. No nos dejemos engañar por su afirmación inicial sobre el notario profesional del Derecho; porque puede ser un profesional en cuanto a la manera de realizar su función, pero quizá no en cuanto a su contenido, que resultaría ser solamente una función pública, magníficamente descrita, en la que quedaría absorbida la que hubiera sido actuación profesional de fondo.

67

“Obligación fundamental del notario en orden a su función, institucionalmente –nos dice MARIO DETTI–, es la de reproducir en el documento la realidad... Pues bien, entra dentro de la esfera de la actividad institucional obligatoria del notario todo cuanto es indispensable para realizar esta obligación fundamental”, y por ello “el ejercicio de la función documental implica en efecto, él mismo, la prestación de informaciones legales” (16). Pero posteriormente, en su intervención en el Congreso de Bolonia (1966) DETTI ya no distingue entre “información” y “consejo”: “la necesidad de la prestación jurídica es una obligación del notario que deriva directamente de su función de acertar la voluntad de las partes para reducirla al documento”, pues “a falta de la actividad jurídica, el notario sería un reproductor de realidad física” (17).

(16) DETTI, Mario: “Natura del rapporto notarile, irricevibilità dei negozi illeciti, vendita di cosa pignorata, atto costitutivo di S.R.L. senza preventivo deposito del capital versato”, *RivNot*, 1964, pp. 184 y 181.

(17) DETTI, Mario: “Il Notariato e la società moderna”, *RivNot*, 1966, p. 658.

Afirma por su parte GIRINO “que es núcleo esencial de la función primaria (del notario) la indagación de la voluntad de las partes y su reducción en el documento público”; ahora bien, como el notario es público funcionario y libre profesional, pero “nunca es simultáneamente lo uno y lo otro”, GIRINO traspasa el consejo funcional a la función pública, de manera que el notario “estipula como público funcionario, no como profesional privado” “el contrato de obra notarial”, contrato de obra intelectual “atípico”, sin perjuicio de los otros contratos que pueda celebrar como profesional (18).

68

c) La fe pública, en efecto, sin dejar de ser una y la misma, tiene que modalizarse según la naturaleza de aquellas realidades a que se aplica. Una cosa es la realidad física, y otra muy distinta son los actos humanos y, sobre todo, las declaraciones negociales. Si esta realidad jurídica se llevase al documento como mera realidad física no quedaría recogida con exactitud, como el mismo concepto de fe pública exige; porque la “voluntad” que los otorgantes traen al notario, es muchas veces una voluntad deformada, errónea, incompleta, imprevisora, ilegal; y el notario, con sus informaciones, sus consejos, su labor de adecuación, ayuda a formar la “verdadera voluntad”, única de la que un notario puede dar fe.

La fe pública exige, pues, ineludiblemente la labor profesional del notario, su actuación como verdadero profesional del Derecho, y no sólo en cuanto a su manera privada de ejercitar una función que por su naturaleza es pública, sino porque tiene que cuidar de los intereses públicos y al mismo tiempo de los intereses privados de sus clientes; su labor, como escribió D’ORAZI FLAVONI, creador de una doctrina de la “adecuación” en buena parte superadora de la del consejo, se encamina a la “actuación del interés privado di-

(18) GIRINO, Giovanni: “La figura giuridica del notaio”, *RivNot*, 1985, pp. 601, 584 y 595-96.

rigido a conseguir, a través de la obra del técnico, una sólida y eficiente estructura del supuesto de hecho concreto puesto en ser” (19); tiene que adecuar la voluntad común de las partes al Ordenamiento, pero también tiene que adecuar el Ordenamiento jurídico a la voluntad lícita de las partes, adaptando a ella sus esquemas y hasta creando, si fuere preciso, un negocio atípico. Ello es tan obvio que frecuentemente pasa desapercibido y, sin embargo, lo cierto es que quien quiere otorgar un testamento ante notario –un ejemplo vale a veces por muchas consideraciones abstractas–, quiere que su testamento esté dotado de fe pública para que pueda ejecutarse en su día con seguridad, pero antes que nada quiere otorgar testamento, y quiere hacerlo con el asesoramiento de un jurista profesional.

Ciertamente los primeros estadios de esa actividad profesional, los de mera información, podrían incluirse en la misma función pública, pero de ninguna manera el consejo, “práctica prudencial” como nos dice VALLET (20), ajena a la misión de un funcionario, por grande que sea la amplitud que quiera dársele. Tampoco es posible disecar los momentos en que el notario actúa como funcionario o como profesional, según intenta GIRINO sobre todo respecto de los negocios anómalos (21), ni el cliente comprendería la negativa del notario funcionario acompañada de la actuación del notario profesional.

En la realidad, ambas funciones –la pública y la privada– se han modalizado mutuamente. En la fe pública se ha interferido la actuación privada, según hemos descrito; y también la actuación profesional privada se distancia de la que puede desarrollar un profesional libre, porque el notario tiene

(19) D’ORAZI FLAVONI, Mario: “Sul contenuto della prestazione notarile”, *Il Foro Italiano*, LXXXII, 1959, p. 154.

(20) VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans: *Metodología de la determinación del Derecho*, II (Parte sistemática); Centro de Estudios Ramón Areces - Consejo General del Notariado, Madrid, 1996, p. 6.

(21) GIRINO, *op. cit.* en nota 18, pp. 599 y ss.

que velar siempre por los intereses públicos, los de los terceros, y los de ambas partes contratantes, con una imparcialidad que no incide en la fe pública –la parcialidad originaría falsedad– sino en la actuación privada, pero que es consecuencia de la función pública; y “sin mengua de su imparcialidad –dispone el artículo 147.3 del Reglamento– ... prestará asistencia especial al otorgante necesitado de ella”. Estamos, pues, ante una fusión de elementos públicos y privados, de la que ha surgido esa función notarial típica, unitaria, pública y privada a la vez y, por lo tanto, sin posibilidad de escisión en unos y otros componentes; “los notarios son *a la vez* profesionales del Derecho y funcionarios públicos”, dice el artículo 1.º de nuestro Reglamento Notarial; y la Norma general segunda de aplicación de los Aranceles (RD 1426/1989, de 17 de noviembre, Anexo II) saca la consecuencia: “El notario no podrá percibir cantidad alguna por asesoramiento o configuración del acto o negocio, cuya documentación autorice”. “Actividades indisociables de asesoría y de legalización”, en expresión, ya citada, de la Resolución del Parlamento Europeo.

7. La Relación de REAL en los trabajos prelegislativos de la Ley de Ventoso, calificaba a los notarios de “consejeros desinteresados” de las partes, sin vincular expresamente esa labor de consejo al acto auténtico, y de “jueces voluntarios”, en paralelismo con los jueces que dirimen las diferencias, lo que también daba un más amplio horizonte a la actuación notarial. La función notarial, por exigencias de la práctica jurídica, y quizá con aquellos precedentes, deja de estar vinculada en forma exclusiva al instrumento público negocial, que continúa siendo su forma documental primaria, para extenderse a muchos actos de jurisdicción voluntaria, especialmente por medio de actas de calificaciones jurídicas, que tienen como contenido esencial una calificación jurídica efectuada por el notario tras la comprobación por el mismo

del correspondiente supuesto de hecho (22). Componente público esencial de estas actas es esa calificación o juicio del notario, a que el acta tiende, y que no es el juicio de un profesional, sino que tiene que ser un juicio de funcionario u oficial público para que tenga eficacia jurídica; y junto a él, como siempre, aunque con especialidades, el componente privado del consejo.

Al interpretar la declaración sobre la función notarial del Primer Congreso Internacional del Notariado Latino, y el mismo artículo 1 del Reglamento Notarial español, dejaba por mi parte flotando una duda; porque estos textos, y otros nacionales que parten de la afirmación de que el notario es un “profesional del derecho” parecen dejar la puerta abierta a una concepción más amplia de la profesión notarial.

En este sentido se pronuncia claramente la *Declaración de Madrid* (23). Su párrafo primero define al notario como “oficial público”, con una función instrumental, de negocio jurídico, que describe de acuerdo con las expresiones francesas de autenticidad, fuerza probatoria y fuerza ejecutiva; y el comienzo del párrafo segundo refiere la profesión liberal del notario al fin de dotar de la necesaria independencia a su actividad, que parece no es otra que la función pública, única que se ha mencionado; pero el párrafo acaba proclamando que esa profesión liberal del notario “abarca todas las actividades jurídicas no contenciosas”. No creo que tal omnicomprendibilidad pueda sostenerse; pero evidentemente

(22) Conf. mi trabajo “Cuestiones de técnica notarial en materia de actas”, *III Jornada Iberoamericana*, Palma de Mallorca, 1987; *RDN* 136, abril-junio 1987, pp. 13-282; y *Escritos Jurídicos*, IV, pp. 9-202.

(23) La *Declaración de Madrid* (Acuerdo de la Conferencia Permanente de los Notariados de la Comunidad Europea de 23 de marzo de 1990) comienza con estos dos párrafos: “El Notario es un oficial público que tiene una delegación de la autoridad del Estado para dar a los documentos que redacta y de los cuales él es el autor, el carácter de autenticidad que confiere a dichos documentos, cuya conservación asegura la fuerza probatoria y la fuerza ejecutiva. A fin de dotar su actividad de la necesaria independencia, el Notario ejerce su función en el marco de una profesión liberal que abarca todas las actividades jurídicas no contenciosas”.

se quiere extender la actuación notarial a algunos ámbitos de la que, aunque sea sólo por aproximación, se suele llamar jurisdicción voluntaria.

8. Alrededor de un instrumento notarial concreto, y para su mayor perfección y eficacia, se hacen posibles una serie de actuaciones del notario, que suelen denominarse con D'ORAZI, de adecuación facultativa (24) y que pueden ser preliminares, coetáneas o posteriores a la autorización de dicho instrumento público; preliminares como la práctica de operaciones particionales o redacción de estatutos sociales; coetáneas, porque el notario puede aceptar mediante contrato el incremento de sus obligaciones respecto del esquema legal por el que se rigen; y sucesivas como la gestión del documento en oficinas fiscales y registros públicos.

72

Por estrecha que sea su relación concreta con la función instrumental, estas actividades del notario caen fuera de ella, y una vez más comprobamos que donde no hay función pública no hay función notarial, que la función pública es constitutiva de la función notarial. No existe, en consecuencia, obligatoriedad de prestación de funciones; no hay exclusividad en la función, sino concurrencia con otras profesiones (abogados, asesores fiscales, gestores administrativos, etc.); pueden originar una responsabilidad contractual, pero no la responsabilidad disciplinaria notarial; la remuneración del notario no está sujeta a arancel. Estas dos últimas afirmaciones han de ser matizadas, sin embargo, por la consideración reiteradamente alegada por la Dirección General de los Registros y del Notariado en tema de gestión de documentos, de que aunque esas actividades no son efectuadas por los notarios "como" notarios, les son encomendadas por los particulares precisamente "por ser" notarios; también hay que

(24) D'ORAZI FLAVONI, Mario: *La responsabilità civile nell'esercizio del Notariato*, "Contributi Giuridici della Scuola di Notariato", "A. Anselmi" nel suo primo decennio (1949-1958), Milano, Giuffrè, 1958, p. 69.

tener en cuenta las atribuciones que corresponden a los Colegios Notariales en su carácter de Colegios Profesionales.

9. Otras ampliaciones de la actividad de los notarios en sentido puramente profesional se han desarrollado especialmente en Francia o, mejor dicho, en algunos territorios franceses casi coincidentes con los del antiguo "droit coutumier", al norte del Loira (de donde pasaron a Bélgica), con exclusión de la región parisina y, en general, de los grandes núcleos urbanos y, claro es, de Alsacia.

Entre estas actividades suelen citarse algunas que evidentemente pueden realizar y de hecho realizan los notarios en casi todas partes, aunque en la práctica no sean excesivamente frecuentes, como las subastas voluntarias; mientras que otras son totalmente ajenas a la generalidad de los notarios de tipo latino, como la colocación de capitales o la administración de patrimonios. Especial consideración merecen de ellas, el consejo jurídico y la negociación.

a) Consejo jurídico. El notario, imparcial por naturaleza, está en las mejores condiciones para desempeñar la función de árbitro, cada día más difundida, salvo que una ley concreta lo impida, como la absurda e inconstitucional ley española 36/1988, de 5 de diciembre de 1988; también puede emitir dictámenes, e incluso devolver a este género literario, con su imparcialidad, el prestigio que en otros tiempos había tenido.

Se trata, en todo caso, de actuaciones minoritarias. El problema está en la consulta jurídica autónoma, habitual en los despachos, y bien difícil de deslindar del consejo funcional; suele prestarse por los notarios gratuitamente, y quizá su remuneración vigorizaría las consultas, y el primer beneficiado sería el público. Aquí está la raíz de una verdadera función de dirección jurídica.

b) Negociación. La puesta en contacto de las posibles partes contratantes, con mayor o menor extensión, en las ventas y arrendamientos inmobiliarios y en los préstamos hipotecarios, tendría la ventaja de anticipar la actuación del

notario a los estadios incipientes del negocio jurídico; pero es ajena a nuestras costumbres (25).

Lejos de las ideas de MAGNAN, para quien el ejercicio tradicional de la función notarial conectado al instrumento público, al que califica de “culto del monopolio de la autenticidad” y hasta de “concepción integrista”, origina “la esclerosis del notariado” (26), nos parece que el instrumento público constituye el núcleo que define la función notarial, mientras que no pasan de periféricas esas otras actividades, que no son función notarial.

74

Desde la perspectiva del Derecho comunitario europeo y de la sentencia *Reyners* nos parece claro, en consecuencia, que estas actividades no conllevan una función pública, y que son separables de la función instrumental. Pero no basta esta escindibilidad para admitir el libre establecimiento; es preciso que las actividades escindidas sean suficientemente significativas de la profesión de notario, pues en otro caso se originaría una inmensa confusión, lo más contrario a un mercado libre. No creemos, por tanto, que un notario francés, por ejemplo, pudiera establecerse en España para llevar a cabo como tal notario esas actividades puramente profesionales, cuando no podría autorizar instrumentos públicos, que es lo que tipifica en España al notario y a su función, y que tiene carácter público. Y lo mismo ocurriría en los demás países comunitarios de Notariado Latino, porque la afirmación de MARTIN de que “las actividades liberadas representan en general las dos terceras partes de la práctica notarial” (27), lo que las haría socialmente significativas de

(25) Conf. el Anexo al Reglamento Nacional francés, *Règles relatives à la négociation*, aprobado por el Guardasellos, Ministro de Justicia, el 27/5/1982; y en la doctrina belga, HAMBYE, Baudouin: “Notariat et négociation”, *Revue du Notariat Belge*, 1979, pp. 6-29.

(26) MAGNAN, Jean-Louis: *Le notariat et le monde moderne*, París, *Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence*, 1979, p. 356; las palabras citadas en pp. 141, 153 y 101, respectivamente.

(27) MARTIN, Clarisse: *La profession notariale dans la perspective du marché intérieur*, Universidad de Rennes, diciembre de 1988, p. 88.

la profesión de notario, carece de toda aproximación a la realidad; no puede sostenerse en absoluto ni respecto a Francia o Bélgica, en que las actividades privadas, como hemos visto, están más desarrolladas que entre nosotros; y menos se sostiene tal afirmación si solamente se citan como actividades libres el consejo y el arbitraje, según hace MARTIN, omitiendo por ejemplo la administración de patrimonios, las subastas voluntarias o la negociación inmobiliaria; a no ser que en el consejo haya introducido subrepticamente el consejo funcional, inescindible del instrumento.

10. La autenticidad o certeza legal que la fe pública imprime al documento notarial sería gravemente dañosa para el interés público y para la paz social si el negocio notariado pudiera estar viciado en su sustancia, pues haría que en muchos casos prevaleciesen negocios ilegales o fraudulentos; o que, para evitarlo, hubiera que acudir al proceso, cuando una de las finalidades de la institución notarial es precisamente la de reducir la conflictividad judicial. Un negocio jurídico ilegal, por ejemplo, que pudiera formalizarse en instrumento público gozaría de una presunción de validez, o al menos de una apariencia de legalidad; sería preciso ejercitar una acción judicial para eliminar esa apariencia; se producirían, entre tanto, unos efectos jurídicos en el ámbito extrajudicial; también podrían aparecer terceros; y, en resumidas cuentas, la ilegalidad acabaría con frecuencia triunfando; la prescripción –adquisitiva o extintiva– purificaría finalmente las situaciones de hecho. Y sobre todo, los instrumentos públicos no podrían ser los títulos que articularan la vida jurídica extrajudicial, y su valor quedaría notablemente depreciado.

No es suficiente pensar, con BARATTA, que “la prohibición (de autorizar determinados actos), desde un punto de vista general, no puede considerarse sólo dirigida a un notario, pues las normas son puestas para todos los ciudadanos, por lo cual los comportamientos prohibidos por la ley ope-

ran frente a todos: por tanto, el precepto en examen (el artículo 28.1 de la Ley Notarial italiana, del que luego tratamos) puede, con fundamento, considerarse superfluo”, “aparece del todo inoperante en las consideraciones peculiares del notario” (28). Aquellas consideraciones, muy al contrario, exigen unas facultades de control sobre el contenido del documento que no pueden ser encomendadas a un profesional, por elevada que sea su formación jurídica, porque se trata de una función pública, que se atribuye al notario por su carácter de funcionario u oficial público.

Extrañan la tardía aplicación de esta función notarial y la lentitud con que fue abriéndose paso en la evolución histórica, frente a la monolítica consideración de la fe pública como función notarial única. Siempre hubo, desde luego, disposiciones concretas, respecto de ciertas ilegalidades que el legislador estimaba de la máxima relevancia, y que se formulaban técnicamente como prohibiciones de autorizar; la Glosa fundamentaba en ellas la necesidad de que los tabeliones tuvieran conocimientos jurídicos, opinión que en gran medida sigue el Abad PANORMITANO, y hemos de llegar a BALDO para que la *iuris permissio* se convierta en uno de los requisitos generales de la autorización notarial (29), por cierto sin demasiado eco.

Al ir aumentando su número, aquellas prohibiciones se reunían, con algunos mandatos, en una *Instrucción* o catálo-

(28) BARATTA, Vincenzo: “Il nuovo ordinamento del Notariato”, *RivNot*, 1966, p. 201, y “La natura giuridica della funzione notarile”, en *Il Notariato nella società moderna e le sue funzioni*, XV Congreso Nazionale del Notariato - Verona, 14-20 maggio 1966; Palermo 1966, p. 204; respectivamente.

(29) Glosa *Servitutii* a la ley *Generali*, CJ, 10.69.3: “*An autem debeat scire leges? Videtur quod sic, ne facientes illicitos contractus poenam subeant*”. Abad PANORMITANO: “*an Notarius debeat scire iura? Videtur quod sic, cum in multis debet esse cautus... Item punitur si conficit instrumentum de actu a iure reprobato*”; *Commentaria in Secundam Secundum Decretalium Libri Partem, Venetiis, M D LXXVIII, 1, Si scripturam*, núm. 7, fol. 118v.

BALDO: “*ut Notarius possit conficere instrumentum, quatuor requiritur, scilicet facti commissio... rei cognitio... iuris permissio, id est quod instrumentum conficiat de permissis, non prohibitis... item, testium praesentia et rogatio*”; Conf. “Baldi Ubaldi Peru-

go abreviado, que llegó a tener carácter oficial (30), y fuera de ellas el notario podía actuar lícitamente, sin incurrir en responsabilidad alguna, aunque el negocio contenido en la escritura fuera nulo. Esta situación se mantiene en FEBRERO, para quien el escribano debe saber y tener presente “lo que no debe hacer, por estarle prohibido, para no incurrir en pena, porque si la ley no se lo prohíbe, aunque el contrato se anule por algún pacto ilegal de los contrayentes, o por otro motivo, no será cargo contra él, pues en dando fe *de que así lo otorgan*, cumple, y ellos vean lo que hacen, y aconséjense de Letrado que los dirija” (31); palabras especialmente significativas en boca de FEBRERO, que fue quien demostró con los hechos, escribiendo su *Librería de Escribanos*, el diferente alcance que podía tener nuestra función, en sus componentes públicos y en sus componentes privados, cuando se ejerciera con una formación jurídica adecuada.

Es, pues, mérito evidente de la Ley Notarial italiana de 1913 la introducción del artículo 28: “El notario no puede recibir actos: 1) Si están expresamente prohibidos por la ley o son manifiestamente contrarios a las buenas costumbres o al orden público”. La doctrina de su país, especialmente desde mediados de nuestro siglo, ha venido dedicando a esta norma las mayores alabanzas: “espinas dorsal de la ley misma” (32), “quicio de nuestra función” (33), “norma que ele-

77

sini Iurisconsulti...” in *III et V. Codicis Librum Commentaria, Venetiis, Apud Iuntas*, M. DCXV; comentario a la rúbrica *De fide instrumentorum*, 4.21, núm. 28, fol. 56v.

(30) Sirva de ejemplo la de 1751: *Instrucción formada por los Señores del Consejo*, “en consecuencia de lo resuelto por Su Majestad, de lo que más principalmente deben observar los Escribanos del Número, Ayuntamiento y Notarios de estos Reynos, conforme a lo prevenido por las Leyes y Autos acordados que en ella se citan”, f. 24.

(31) FEBRERO, José: *Librería de Escribanos, é Instrucción Juridica Theorico práctica de Principiantes*, 1^o. III, XVI. 17; Consejo General del Notariado, Madrid, 1990, facsímil de la edición de 1789.

(32) MANZO, Giuseppe: “Sull’art. 28 N. 1 de la legge notarile”, *RivNot*, 1947, p. 441.

(33) ATLANTE, Matilde y PANVINI ROSATI, Massimo Maria: “Un nuovo ordinamento del Notariato adeguato all’attuale realtà sociale”, *RivNot*, 1976, p. 1316.

va y cualifica la función del notario” (34), “ennoblece la función de nuestra profesión” (35) y conduce a “una definitiva emancipación del notario del gastado cliché del mero «documentador»” (36); como escribió KUSTERMANN “cuanto más artículo 28, tanto más notariado” (37). La jurisprudencia italiana ha mantenido una interpretación sin límites del artículo 28.1 (38), mientras que en la doctrina surgen voces discrepantes; “los actos *prohibidos* son los actos *vetados*, eso es, *los actos que la ley manda no realizar*”, afirma IRTI; “los actos nulos no son, *como tales*, actos vetados, sino actos a los cuales, *por una u otra razón*, la ley rehúsa su propia protección” (39), y la dicción legal no es casual, sino que en los trabajos prelegislativos, bajo los ministros Fani y Aprile, la amplia fórmula inicial fue reducida a los términos que recoge la Ley (40).

78

En España, el artículo 1.º de la Ley del Notariado autoriza al notario “para dar fe, conforme a las leyes”; “sólo” conforme a las leyes está, pues, autorizado el notario para dar fe; conforme a las leyes de Derecho Notarial que regulan la dación de fe en las diversas formas documentales y conforme a las leyes del Derecho sustantivo, civil, mercantil, etc., que regulan el negocio contenido en el instrumento público, aspecto este último en que seguramente no pensaron los legisladores de 1862. Por su parte el Reglamento Notarial, ya desde 1921, recoge en el actual artículo 145 el prin-

(34) PERLINGIERI, Pietro, en *Il ruolo del notaio nella formazione del regolamento contrattuale*, Universidad de Camerino, 1976, p. 1.

(35) MORO, Giuseppe, en la *op. cit.* en la nota anterior, p. 57.

(36) DONISI, Carmine: “Il notaio ed il controllo di leicità del regolamento negoziale”, *RivNot*, 1975, p. 1148.

(37) Citado por SAVIO, Giuseppe: “La funzione notarile”, *RivNot*, 1976, p. 1370, calificándola de “felicísima frase”.

(38) BARALIS, Giorgio y METTIERI, Gennaro: “Ancora sull’collegamento tra l’art. 28 L.N. e l’art. 54 R.N.”, *RivNot*, 1983, pp. 841-54.

(39) IRTI, Natalino: “Ministero notarile e rischio giuridico dell’atto”, *RivNot*, 1996, p. 339.

(40) DELMEDICO, Michele: “Gli atti espressamente proibiti dalla legge ex art. 28 N. 1 legge notarile”, *RivNot*, 1982, especialmente pp. 714-15.

cipio de legalidad con la mayor amplitud; el notario deberá “negar la autorización notarial... cuando el acto o el contrato en todo o en parte sean contrarios a las leyes, a la moral o a las buenas costumbres, o se prescindiera por los interesados de los requisitos necesarios para la plena validez de los mismos”; si bien en el documento no tiene que consignarse expresamente más que el juicio de capacidad, “la afirmación, a juicio del notario, y no apoyada en el solo dicho de los otorgantes –según el artículo 156.8.^a, reiterado en el 167–, de que éstos tienen la capacidad legal o civil necesaria para otorgar el acto o contrato a que la escritura se refiera”.

La amplitud de nuestro artículo 145 es, pues, ilimitada. Cualquier grado de ineficacia es suficiente para que el notario deba rechazar la autorización; incluso cuando derive de la contradicción con el orden público, omitido en el artículo 145 porque, como dijo GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, el precepto reglamentario “viene a recoger en sustancia los límites a la autonomía privada señalados en el artículo 1.255 del Código civil” (41). Hay que tener en cuenta, sin embargo, que se trata de un juicio de legalidad, que en manera alguna puede extenderse a un control de mérito (42); el notario queda en este último ámbito limitado a la función de consejo, pero sin que le sea posible denegar su intervención si el consejo no es aceptado por las partes.

La función privada del notario modaliza también esta función pública de control de legalidad, porque le permite pe-

(41) GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, Manuel: “El deber de imparcialidad del Notario”, *Jornadas Notariales de Poblet - Años 1962-1971*, Barcelona, 1974, p. 156.

(42) La posición amplificadora es defendida en la doctrina italiana, entre otros, por PERLINGIERI, CANTELMO y ANDRINI TAMBORLINI. Conf. PERLINGIERI, *op. cit.* en nota 34, pp. 1 y 2; CANTELMO, Vincenzo Ernesto: “Profilo costituzionale e tipicità della funzione notarile”, *RivNot*, 1975, pp. 1125-30; ANDRINI TAMBORLINI, María Claudia: “Il ruolo del notaio nella formazione del regolamento contrattuale”, *RivNot*, 1977, p. 490.

Posición intermedia es la de Sabatino SANTANGELO: “El control-rechazo, por ejemplo, no siempre podrá ser posible a través del juicio de mérito”; “La funzione notarile oggi”, *RivNot*, 1977, p. 946.

netrar en el fondo mismo del negocio y detectar defectos que hubieran pasado inadvertidos a un documentador de otro tipo. Pero más trascendente es el aspecto cualitativo; la función privada del notario viene a superar el aspecto negativo de todo control, para colaborar positivamente en el hallazgo del medio jurídico más adecuado para dar satisfacción dentro de la ley a los intereses empíricos de las partes. La función pública, por su parte, su condición de funcionario u oficial público, modaliza la actividad profesional del notario como controlador de la legalidad, al estar más obligado a la defensa del Ordenamiento jurídico.

La idea de autenticidad resulta afectada; ya no puede referirse sólo a los hechos; hay una autenticidad de fondo (43) y, es más, como escribió NÚÑEZ-LAGOS, la "historia del documento notarial es la historia de su progreso en cuanto a su contenido" (44), es la conquista de esa autenticidad de fondo.

80

Las mismas expresiones de "calificación" y de "control" sólo son acertadas parcialmente, en cuanto a los elementos (poderes, autorizaciones, títulos, etc.) que las partes aportan al notario, pero no respecto del negocio, en el que tiene que colaborar, incluso cuando se pretenda un otorgamiento según minuta o la elevación a escritura pública de un documento privado, según dispone el artículo 147.2 del Reglamento; nadie califica o controla, en efecto, su propia actuación.

11. El instrumento público, como un todo, produce una eficacia que puede llamarse "sintética", prevalente en la esfera extrajudicial, pero que también se da en el proceso hasta que sea debidamente impugnado y se imponga su consi-

(43) Conf. NÚÑEZ-LAGOS, Rafael: "Documento público y autenticidad de fondo", *Revista del Notariado*, mayo de 1947 y *Estudios de Derecho Notarial*, II, pp. 183-207. También el coloquio celebrado el 14 de marzo de 1986 en la Universidad Católica de Lovaina bajo el lema "*Société - Notariat - Université, Vers une autre authentification?*", Actas, pp. 145 y ss.

(44) NÚÑEZ-LAGOS, Rafael: *Hechos y derechos en el documento público*, Madrid, 1950, p. 63, y *Estudios de Derecho Notarial*, I, p. 510.

deración “analítica”, en vista de su posible ineficacia (45). Esta eficacia en bloque del instrumento público implica un momento o elemento unificador de todas las actuaciones que en él se han desarrollado.

El gran procesalista SATTÀ entendió que esa unificación se producía por un “juicio” del notario: “La verdad es que sólo comprendiendo que el acto del notario, el documento público, es esencialmente juicio, se comprende qué cosa sea el notario...; se comprende sobre todo, en su profunda razón, la fe que acompaña al documento redactado por él, que no es un añadido externo y convencional, una simple fuerza probatoria, para entenderse, sino que es la expresión misma de la función, esto es, de la asunción pública de la voluntad privada, del valer de ésta como voluntad general, en que consiste el juicio” (46). Esta consideración del instrumento público como “juicio” ha arrastrado mayoritariamente a la doctrina italiana, pero rebajando un punto de partida que debería haber llevado, por lo menos, a una teoría de la función notarial como promulgadora de normas de autonomía privada (47), y reconduciéndolo a nivel procesal, en difícil parangón del instrumento público con la sentencia judicial: “el Juez juzga, decide y manda siempre y solamente él –dicen habilidosamente MORELLO, FERRARI y SORGATO–; el

(45) Conf. mi ponencia para el VII Congreso Internacional del Notariado Latino, Bruselas, 1963, “Naturaleza jurídica del documento auténtico notarial”, *RDN*, 41-42, julio-diciembre 1963, pp. 71-183; Centenario de la Ley del Notariado, 2.^a, II, pp. 679-786; y *Escritos Jurídicos*, III, pp. 149-224; especialmente números 27 y 28.

(46) SATTÀ, Salvatore: “Poesia e verità nella vita del notaio”, *Rivista di Diritto Processuale*, 1955, p. 269.

(47) OTERO PEÓN ha sostenido entre nosotros esta teoría que podemos denominar de la “promulgación”: “La función notarial tiene como misión incorporar las normas creadas por los particulares, en uso de esa libertad que resulta esencial en la organización social... al mismo ordenamiento jurídico que rige la sociedad”; pues bien, la “misma misión que tiene la promulgación respecto de las leyes generales dictadas por los órganos legislativos del Estado, la tiene la función notarial respecto de las normas jurídicas elaboradas por los particulares, con las diferencias naturales de matiz”. OTERO PEÓN, Manuel: “En torno al Notario y a la función notarial”, *RDN*, 84, abril-junio 1974, pp. 117 y 119 respectivamente.

notario a su vez juzga, escoge y por tanto decide; la voluntad, el marchamo final, es de las partes que así asumen, haciéndolo suyo, el juicio del notario y por consiguiente se lo autoimponen” (48).

Definía por su parte BELLVER CANO la autorización del instrumento público como “la sanción prestada por el notario al acto jurídico sometido a su jurisdicción” y “comprende la imposición de la fe notarial respecto al cumplimiento de todos los requisitos legales exigibles al acto notariado” (49). Despojemos a esta doctrina de BELLVER de su ropaje jurisdiccional (50), que es lo que la aproxima a la posición de MORELLO, FERRARI y SORGATO, y quedémonos con el grafismo de la denominación de “sanción”, que era ya la terminología de FERNÁNDEZ CASADO (51), y es modernamente utilizada por MANUEL DE LA CÁMARA: “la autorización es la sanción que el notario presta al documento” (52).

82

La eficacia sintética o en bloque del instrumento público, en efecto, tiene que basarse en una actuación unitaria de su autor, el notario; el concepto de unidad de acto también lo exige, porque todas las aseveraciones y juicios contenidos en el instrumento van referidos a su momento final, a la autorización, y si ésta no llega a producirse quedan sin efecto, según ya disponía la ley Contractus de Justiniano (Código, 4.21.17; Instituciones, 3.23,pr.).

El notario realiza esta autorización en el instrumento público, que es un documento escrito, también por escrito, “con

(48) MORELLO, A., FERRARI, E. y SORGATO, A.: *L'Atto notarile - Evoluzione dell'atto notarile - Il documento notarile - Il processo notarile*, Milano, Giuffrè, 1977, p. 457.

(49) BELLVER CANO, Antonio, p. 357 de la *Legislación Notarial de Mateo Azpeitia Esteban*, Madrid, 1930.

(50) BELLVER CANO, Antonio: *Principios de Régimen Notarial Comparado*, Madrid, 1930, p. 17.

(51) FERNÁNDEZ CASADO, Miguel: *Tratado de Notaría*, I, Madrid, 1895, p. 562.

(52) CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel de la: *El Notario latino y su función*, Primer Premio Internacional instituido en la República Argentina para conmemorar el 75 aniversario de la *Revista del Notariado* de la Capital Federal; *RDN*, 76, abril-junio 1976, pp. 65-321; las palabras citadas, en p. 230.

su firma, y con la rúbrica y signo”, según el artículo 19.1 de la Ley, “signando, firmando y rubricando”, como en un triple gerundio expresa el Reglamento, artículo 196.2. Pero un momento final, tan trascendente, es preciso que sea narrado en el documento, y así lo dispone un precepto de gran raigambre reglamentaria, el artículo 188: “No es preciso que el Notario dé fe en cada cláusula de las estipulaciones o circunstancias que, según las leyes, necesiten este requisito. Bastará que consigne al final de la escritura la siguiente o parecida fórmula: “Y yo, el Notario, doy fe de conocer a los otorgantes (o a los testigos de conocimiento en su caso, etcétera) y de todo lo contenido en este instrumento público”. Con esta o parecida fórmula final se entenderá dada en el instrumento de todas las cláusulas, condiciones, estipulaciones y demás circunstancias que exijan este requisito según las leyes”. No se trata, pues, solamente de evitar un feísmo, “dando fe por trozos” que decía NOVOA (53), puesto que el acto de autorización, por el que se da la fe, es un acto unitario.

En esta dación de fe están incluidas, por tanto, las aseveraciones y los juicios; “intrínsecamente –escribe también CÁMARA– (la autorización) consiste en las declaraciones del Notario que se refieren a la veracidad y a la legalidad del documento” (54), pues la fe pública tiene un sentido genérico, que excede a la esfera de los hechos, y que está vinculado a la eficacia sintética del instrumento público, a “la autoridad del documento”, en expresión de COUTURE (55).

Finalmente, y en cuanto a su naturaleza, esta dación de fe o autorización no consiste en un “juicio”, sino en una “declaración” del notario de que el documento cumple todos los requisitos legales, y recibe por ello la cualidad de

(53) NOVOA SEOANE, Ramón: *El progreso del instrumento público*, 2.ª ed., Madrid, 1910, p. 273.

(54) CÁMARA, *op. cit.* en nota 52, pp. 230-231; a continuación reduce la dación de fe general “a la exactitud de los hechos que el documento narra” (p. 231).

(55) COUTURE, Eduardo J.: *El concepto de fe pública*, Montevideo, 1947, p. 31.

instrumento público, y de que el notario, simultáneamente, asume su autoría; sin perjuicio de que, en una visión analítica, cada parcela del documento tenga la eficacia que conforme a su naturaleza le corresponda. Es, pues, el notario, el que “da fe” del documento, el que “atribuye fe pública” al documento, como dicen incluso literalmente los textos legales, en uso del “poder de dar fe” (SANAHUJA) o de la “potestad de autorización” (CÁMARA) (56), que el notario tiene en virtud del Ordenamiento.

(56) SANAHUJA Y SOLER, José M.^a: *Tratado de Derecho Notarial*, Barcelona, 1945, I, pp. 231 y ss.; CÁMARA, *op. cit.* en nota 52, pp. 226-27.

Contra, GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, Manuel, con la colaboración de MANRIQUE ROMERO, Francisco, y MOLLEDA FERNÁNDEZ-LLAMAZARES, José Antonio: “Comprobación notarial de hechos”, ponencia para el tema 4.º del *X Congreso Internacional del Notariado Latino* (Montevideo, 1969), *RNot* 64, abril-junio 1969: “No es el notario quien hace la «fe pública» o «autenticidad». La «autenticidad» o la «fe pública» la hace, o mejor, la da, en su caso, el ordenamiento jurídico. El notario «hace» algo a lo que el ordenamiento jurídico liga unos determinados efectos”, pone “los presupuestos precisos para que un hecho o situación jurídica produzca, por imperativo normativo, una determinada eficacia” (p. 281).

LA FUNCIÓN NOTARIAL EN LA ECONOMÍA DE MERCADO (*)

MANUEL ÁNGEL RUEDA PÉREZ

Notario

85

SUMARIO: **I.** CONSTITUCIÓN NACIONAL Y ECONOMÍA DE MERCADO. UNIONES ECONÓMICAS (UNIÓN EUROPEA, TRATADO DE LIBRE COMERCIO Y MERCOSUR) Y GLOBALIZACIÓN DE LA ECONOMÍA. LOS PRINCIPIOS ECONÓMICOS DE LIBERTAD DE CIRCULACIÓN DE PERSONAS Y DE MERCANCÍAS, DE ESTABLECIMIENTO Y DE MOVIMIENTO DE CAPITALES. **A)** La desaparición de los sistemas político-económicos de inspiración socialista. **B)** Efectos. **1.** *La globalización de la economía.* **2.** *El sistema neoliberal.* **C)** Las uniones interestatales. La Unión Europea: armonización legislativa, mecanismos, efectos en el Notariado. **D)** Consecuencias de todo ello. **E)** La actividad notarial ante

(*) Publicado en *VIII Jornada Notarial Iberoamericana, Veracruz (México), 1998, Ponencias presentadas por el notariado español*, Tema II. Consejo General del Notariado, enero 1998.

esta nueva situación. **II.** LA SEGURIDAD JURÍDICA. **III.** LA SEGURIDAD JURÍDICA COMO VALOR CONSTITUCIONAL. **IV.** ASPECTOS DE LA SEGURIDAD JURÍDICA. **A)** Pública y privada. **B)** Represiva y preventiva; estática y dinámica; el Notariado como mecanismo de seguridad jurídica preventiva o cautelar. **C)** Punto de vista económico. **D)** La consideración popular del notario. **E)** La situación actual del Notariado en la sociedad. **V.** LA FUNCIÓN DEL NOTARIADO DE TIPO LATINO Y LA SEGURIDAD JURÍDICA. **A)** Estado de la cuestión notario funcionario-notario profesional: Resolución del Parlamento Europeo de 18 de enero 1994. **a)** *Asesoramiento jurídico.* **b)** *Conciliación de intereses.* **c)** *Control de legalidad y de legitimación.* **d)** *Redacción de instrumentos públicos.* **B)** La independencia del notario frente a los agentes económicos. **a)** *Necesidad ineludible de mantenimiento de la independencia notarial.* **b)** *Los riesgos de la debilitación de la independencia notarial.* **C)** La defensa de los consumidores y usuarios. **a)** *La legislación española de defensa de consumidores.* **b)** *El reforzamiento del deber de información.* **1.** *Transmisiones de inmuebles, especialmente viviendas: el visado notarial de contratos privados.* **2.** *Los préstamos hipotecarios concedidos por entidades de crédito.* **c)** *El derecho a la libre elección de notario.* **d)** *Otras medidas: condiciones generales de la contratación.* **D)** Función notarial y derechos reales. La colaboración del notario en el acceso a la propiedad de las personas más desfavorecidas. **E)** Función notarial y derecho de obligaciones y contratos. **a)** *Contratos civiles.* **1.** *Cesión de suelo por vuelo.* **2.** *La intervención notarial en el desarrollo territorial.* **b)** *Contratos mercantiles.* **b.a)** *Contratos bancarios.* **b.b)** *Contratos internacionales.* **b.c)** *Nuevas formas contractuales.* **1.** *El leasing y sus derivados.* **2.** *El préstamo "endowment".* **b.d)** *Especial actuación en materia de sociedades.* **1.** *Sociedades de tipo familiar.* **2.** *Las grandes sociedades.* **3.** *Las actas notariales de junta general.* **4.** *Especialidades societarias en la Unión Europea.* **b.e)** *Contratación vía informática.* **F)**

Función notarial y Derecho de familia. **a)** *Matrimonio.* **b)** *Separación y divorcio.* **c)** *Uniones civiles o de hecho.* **G)** Función notarial y Derecho de sucesiones. **a)** *La vivienda familiar.* **b)** *La sucesión en la empresa familiar agraria y ganadera.* **H)** El notario y la ejecución de garantías reales. **a)** *Ejecución de prenda.* **b)** *Ejecución de hipoteca inmobiliaria.* **c)** *Ejecución de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento.* **VI.** LA INFLUENCIA DE LA DEONTOLOGÍA NOTARIAL PARA LA EFICACIA JURÍDICA DE LA FUNCIÓN NOTARIAL. **VII.** EL DOCUMENTO NOTARIAL. **A)** Caracteres del documento notarial. **a)** *Ámbito extrajudicial: título de legitimación para el tráfico.* **b)** *Ámbito judicial: eficacia probatoria privilegiada.* **B)** Documento público y documento privado. **a)** *Eficacia probatoria del documento privado.* **b)** *Eficacia probatoria del documento público.* **c)** *Eficacia ejecutiva.* **C)** La circulación internacional del documento notarial. **D)** Unidad de acto y transacciones internacionales. **VIII.** INFLUENCIA DEL DERECHO ANGLOSAJÓN EN LAS RELACIONES ECONÓMICAS INTERNACIONALES. **A)** Ventajas del Notariado Latino para la seguridad en las transacciones económicas. **B)** Valor añadido y costo de la intervención notarial. **IX.** AMPLIACIÓN DE LAS FUNCIONES NOTARIALES ANTE LA APERTURA COMERCIAL. **A)** Actuación en los denominados actos de jurisdicción voluntaria. **B)** Actuación en relación con funciones actualmente atribuidas a registradores. **C)** Actuación sustitutiva de la Administración. **D)** Una cautela final. **X.** CONCLUSIONES SOBRE LA APORTACIÓN NOTARIAL A LA SEGURIDAD JURÍDICA EN LA ECONOMÍA DE MERCADO.

I. Constitución nacional y economía de mercado. Uniones económicas (Unión Europea, Tratado de Libre Comercio y Mercosur) y globalización de la economía. Los principios económicos de libertad de circulación de personas y de mercancías, de establecimiento y de movimiento de capitales

El enfoque de la actividad notarial en la actualidad y con la vista puesta en el futuro inmediato exige prestar atención a los factores más significativos de la actual situación económica y social del mundo.

A) La desaparición de los sistemas político-económicos de inspiración socialista.

88

El equilibrio más o menos inestable creado en la situación política salida de la Segunda Guerra Mundial dio lugar a la creación de dos sistemas económicos radicalmente distintos y enfrentados en sus planteamientos y en sus principios.

El sistema socialista de inspiración marxista, basado en la primacía absoluta del Estado (que ostenta la propiedad exclusiva de los medios de producción) en la dirección de la economía, como medio único de garantía de evitación de los abusos de los operadores particulares que con tal motivo desaparecen, y con objeto de atribuir al pueblo a través del propio Estado las plusvalías originadas por la actividad económica.

El fracaso de este sistema y su caída en los años noventa ha dado lugar a la ruptura del anterior equilibrio político-económico, dejando a la totalidad del globo en un solo sistema que es el capitalista.

Pero el sistema capitalista tampoco es uniforme o monolítico. En la época anterior los correctores de tipo social en el interior del sistema capitalista dieron lugar a la llamada "sociedad o estado del bienestar", de inspiración socialde-

mócrata, que trataba de asegurar desde el Estado las necesidades básicas del ciudadano, el derecho a la vida, la libertad, la educación, la sanidad, la paz social interna, la participación política, la libre asociación, etc.

El desmantelamiento del sistema socialista ha producido un doble efecto: la uniformidad en la economía mundial y la inclinación del sistema capitalista a sus orígenes más liberalizadores.

B) Efectos.

1. *La globalización de la economía.*

Al lado de los factores señalados han surgido otros:

1.1. La generalización de las comunicaciones a través de los modernos medios de comunicación.

La radiodifusión y la televisión (al principio por ondas, después por cable) ha producido una mundialización de la información. Hoy un hecho producido en un lugar determinado se puede conocer inmediatamente en todo el resto del planeta. Las noticias se difunden a la vez y en cuestión de segundos. Ello determina la posibilidad de recabar y acopiar una información completa y exhaustiva de cualquier hecho trascendental en cualquier ámbito, no sólo social o político, sino también económico.

1.2. Las autopistas de la información.

Este medio de implantación reciente y aún poco explotado, permite no sólo el conocimiento de noticias sino también la posibilidad de almacenamiento de datos, informaciones y conocimientos y su traslado en tiempo real; y no sólo entre estados o entidades públicas, sino también entre particulares; y no sólo en una situación pasiva como ocurre con

los medios de difusión ordinarios, sino en forma activa, de modo que cada ciudadano puede intervenir activamente no sólo en la recepción de datos sino también en su emisión y creación.

Este medio de extraordinarias posibilidades futuras puede materialmente jubilar a las bibliotecas más copiosas.

1.3. Los desplazamientos de capitales y personas.

La facilidad de las comunicaciones terrestres, marítimas y aéreas ha conducido a facilitar los desplazamientos continuos de personas y productos comerciales e industriales en escásimo tiempo, de un país a otro.

Y la facilidad de las comunicaciones electrónicas y telemáticas han facilitado los grandes movimientos de capitales a través sobre todo de las entidades financieras y las bolsas de valores.

Todo este conjunto de factores es lo que se ha venido en denominar la “globalización de la economía” que se caracteriza por la universalización de los efectos de las medidas y decisiones económicas, y por la situación de impotencia frente a ellas, no solo de los individuos, sino también de las entidades privadas o públicas de escasa dimensión, e incluso en muchos casos, de los propios estados, que se ven arrastrados por decisiones ajenas a ellos y externas al propio país.

2. *El sistema neoliberal.*

El estado del bienestar está dando paso a un planteamiento del sistema capitalista de corte neoliberal que se ha venido en denominar “economía de mercado”, en la que, ese elemento, el mercado, es el factor esencial de la actuación de los operadores.

Son características esenciales de ese sistema:

a) El principio de libre competencia como regla que rige el mercado, a través de los antiguos factores de la oferta y la demanda.

b) La ausencia o disminución progresiva de la intervención de los Estados en las decisiones del mercado.

c) La progresiva privatización por parte de los Estados de amplios sectores económicos que hasta estos momentos estaban en su poder. Es decir, la jubilación de los Estados como empresarios. Y ello a través, bien de la efectiva y real privatización (transmisión a los particulares de la propiedad) o la eliminación de la prohibición de competencia y supresión de las situaciones monopolísticas.

d) El principio de “libertad de mercado” como elemento esencial. Ello supone la progresiva “desregulación” de determinados sectores de la actividad económica de modo que sea el “mercado” el que fije las reglas del juego.

C) Las uniones interestatales.

Todo ello ha dado lugar a agrupaciones o uniones entre Estados dirigidas al doble objetivo de crear mercados regionales y a la interprotección frente a agentes económicos externos. Y en cuyas Uniones se cede mayor o menor cota de soberanía según los casos.

Entre ellos (Tratado de Libre Comercio, Mercosur, etc.) y por lo que a España afecta, es digno de citar **la Unión Europea**, cuya evolución no voy a exponer por ser sobradamente conocida, desde su inicio como comunidad comercial del carbón y el acero hasta la actual Unión que en pocos años tendrá una única moneda.

En plazo de aproximadamente cincuenta años se ha pasado del “mercado común” definido por el Tratado de Roma, al “mercado único europeo” establecido en el Acta Única Europea firmada en 1986, y basado en “... la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales...” como pilares básicos del mismo.

El desarrollo de estos principios produce la supresión de barreras aduaneras, eliminación de discriminaciones fiscales, de restricciones de precios, liberalización de los medios de pago e instrumentos de crédito, liberalización de circulación de capitales, etc.

Todo lo cual supone la cesión de un grado notable de soberanía estatal, razón por la cual, la evolución es lenta y compleja.

El efecto inmediato es la necesidad de adaptación de las legislaciones nacionales de los Estados miembros, en un proceso lento denominado de **armonización legislativa**.

Los mecanismos jurídicos para lograr esta finalidad son tres: **1. La Directiva** que impone a los Estados la obligación de legislar sobre cierta materia siguiendo determinadas directrices, pero dejando a aquellos libres para elegir los medios y formas más adecuados; aparte de los casos en que la propia Directiva, por contener disposiciones claras, precisas e incondicionales, es de aplicación directa. **2. El Reglamento**, que tiene carácter normativo y es de aplicación general a todos los ciudadanos europeos, y directa en los Estados miembros formando parte de su Ordenamiento Jurídico. **Y 3. La Decisión**, que tiene también carácter normativo de aplicación directa pero carece de la nota de generalidad ya que se dirige a destinatarios determinados.

92

La armonización legislativa afecta al Notariado europeo y al español en particular, en un doble sentido: 1) En la medida en que la materia objeto de armonización sea una de aquellas que afectan al quehacer diario de los notarios, directa o indirectamente (v. gr: Derecho de sociedades, al que después me referiré). Y 2) En lo que al Notariado como institución inter estatal le puedan llegar a afectar los principios de libertad de establecimiento y libre prestación de servicios.

No es ahora momento de entrar en el análisis organizativo de este último aspecto, por eso, me limito a indicar que tras las dudas planteadas por dos **Sentencias del Tribu-**

nal de Justicia de la Comunidad Europea, de 21 junio 1974 (Sentencia Reyners) y 5 diciembre 1980 (en que admitía la escisión de actividades públicas y privadas en la función notarial, aplicando la excepción del artículo 55 del Tratado de Roma sólo a las primeras pero no a las segundas), la conclusión de la **Conferencia Permanente de los Notariados de la Comunidad Europea en su reunión de 23 marzo 1990**, fue estimar que la profesión notarial tiene carácter unitario y participa de la autoridad pública como única y exclusiva actividad de forma que no hay actividades que sean susceptibles de separación o escisión; tesis que fue finalmente acogida por la **Resolución del Parlamento Europeo de 18 enero 1994 sobre la situación y organización del Notariado en los Estados miembros de la Comunidad Europea**, que llega a la conclusión de que existiendo “una delegación parcial de la autoridad del Estado, como inherente al ejercicio de la profesión de notario, basta para justificar la aplicación a la misma del artículo 55 del Tratado de la CE, en virtud del cual se exceptúan de las disposiciones relativas al libre establecimiento y a la libre prestación de servicios las actividades que, en dicho Estado, estén relacionadas, aunque solo sea de manera ocasional, con el ejercicio del poder público”.

93

No obstante lo cual, el extenso **Informe de la Comisión de Asuntos Jurídicos de 9 de diciembre de 1993**, que dio pie a la citada Resolución y constituye un complemento indispensable de la misma, contiene una doble sugerencia: *Primera*, la supresión del requisito de la nacionalidad para el ejercicio del cargo de notario, lo que supondría la eliminación de uno de los principales obstáculos para permitir el libre establecimiento; y *segunda*, la aplicación de la Directiva 89/48/CEE sobre reconocimiento de títulos de enseñanza superior. Y contiene asimismo una recomendación dirigida a los Estados miembros, sobre la apertura de un período de reflexión y debate encaminado a progresar en la realización del mercado interior y la dinámica europea en su conjunto.

A consecuencia de esa recomendación, y en el seno de la **Conferencia de los Notariados de la Unión Europea**, el Notariado español tomó la iniciativa proponiendo la realización de una encuesta entre los países miembros de la Unión, para conocer las peculiaridades de las normas legales de cada uno de ellos en torno a la función notarial, la organización del Notariado, y el documento notarial. Y fruto de esa encuesta ha sido un libro publicado en los últimos días del mes de diciembre de 1997, cuyo autor es el notario español y verdadero especialista en materias internacionales, **AUGUSTO GÓMEZ-MARTINHO FAERNA**, en el que se ha realizado un extraordinario trabajo de compilación y resumen que pone de relieve las analogías y diferencias de los sistemas notariales de los países citados, y que constituye el primer paso para determinar cuáles son las materias que componen el tronco común esencial e irrenunciable que será la base de la futura armonización del Notariado europeo.

94

D) Las consecuencias.

Pues bien, retomando el hilo conductor de la ponencia, los efectos de la situación de globalización y universalización de la economía, son de diverso orden y signo contrario.

1. El motor de la economía no son los Estados sino las grandes empresas, que presentan una tendencia a adquirir enormes proporciones, dimensiones cada vez más grandes; son las multinacionales o empresas interestatales, con un extraordinario poder económico e influencia social e incluso política. Cuanto más grande y ramificada es la empresa, mayor capacidad de decisión tiene en los mercados nacionales e internacional. Todo lo cual trasladan a sus relaciones comerciales y mercantiles, en las que se presentan como contratantes poderosísimos.

2. El avance en la prosperidad económica de muchos países hasta ahora en vías de desarrollo o incluso sin haberlo iniciado. Así fue reconocido por la **9.ª reunión de la**

Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo celebrada en Johannesburgo en junio de 1996.

3. En el interior de muchos países se observa un crecimiento de las desigualdades económicas entre los ciudadanos con acceso a los medios de comunicación, información y obtención de riqueza y aquellos otros privados de todo ello. Lo que da lugar al aumento de la desigualdad social, el paro, la marginación, los conflictos étnicos, y, en definitiva el desequilibrio social.

4. La deseada desregulación ha producido efectos beneficiosos sobre los precios, la competitividad y la eficiencia económica, pero ha llevado a la necesidad de una nueva "rerregulación", pues sin reglas tampoco es posible el mercado.

5. Una generalizada corriente de **desjuridización** de la vida y de la sociedad, inversamente proporcional a una creciente **economización** de la misma sociedad.

En efecto, en los últimos años se comprueba una tendencia lenta pero inexorable de debilitamiento del papel de los juristas en la sociedad, en favor del de los economistas y singularmente los financieros.

Ello se observa en todos los órdenes de la organización social.

En los bancos y entidades financieras, hasta hace pocos años, tenía una enorme importancia y peso específico los departamentos de asesoría jurídica y las secretarías de los Consejos de Administración. Hoy esa importancia se ha rebajado, en beneficio de los departamentos dirigidos por los financieros y planificadores de la política comercial.

Idéntica situación se observa en las empresas de gran entidad, especialmente en las interestatales, y multinacionales.

Y también en el ámbito del poder político y de las Administraciones Públicas, los Abogados del Estado han perdido su papel en beneficio de los Técnicos en economía.

Ello ha producido una invasión de los términos y lenguaje economista en las leyes. Pero también, y esto es más

grave, una sustitución de los conceptos y figuras jurídicas, acuñadas por una larga tradición y una lenta y paulatina creación, por nociones y estructuras económicas, que en nada coinciden con las jurídicas.

Baste como prueba, el botón de muestra del Impuesto sobre el Valor Añadido, vigente en España desde el 1 de enero de 1986, que al regular los hechos imponible habla de "la entrega de bienes y prestación de servicios". ¿A qué conceptos jurídicos corresponden tales hechos imponible? ¿A la transmisión del dominio o la entrega de la posesión? Porque son cosas distintas, que además se pueden producir en momentos diferentes; en tal caso ¿cuándo nace el hecho imponible? Y la constitución de derechos reales, ¿es entrega de bienes o prestación de servicio?

E) La actividad notarial ante esta nueva situación.

96

Ante la presencia de esos factores económicos que delimitan el actual sistema neoliberal de economía de mercado debemos plantearnos varias preguntas.

Esos principios o factores ¿ponen en cuestión el sistema de seguridad jurídica preventiva?, ¿ponen en cuestión la figura del notario?, ¿exigen la adaptación o modificación de algunos de los rasgos de actuación del Notariado?

El objeto de esta ponencia es precisamente intentar contestar a estas preguntas, lo que voy a tratar de hacer a continuación, siguiendo en lo más posible el esquema que ha planteado acertadamente el Coordinador Internacional del tema, RAFAEL GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, verdadero especialista en la materia.

II. La seguridad jurídica

La primera pregunta que nos hemos formulado es si en la economía moderna neoliberal de mercado ¿debe seguir vigente el sistema de seguridad jurídica preventiva?

Es un hecho constatado que la mayor complejidad de las estructuras sociales produce una mayor incertidumbre e indefensión en el individuo, y una mayor dosis de necesidad de seguridad en todos los aspectos.

El mismo efecto se produce incluso entre las empresas, pequeñas y medianas frente a las grandes, e incluso entre éstas.

Precisamente la situación de desregulación en muchos sectores ha dado paso casi inmediatamente a la necesidad de una nueva regulación, aunque sea de origen distinto y con reglas diferentes.

Pero lo que importa destacar en todos estos casos, es que, se trate de un sistema más o menos intervenido, o más o menos desregulado, lo cierto es que el ciudadano y las empresas necesitan y exigen seguridad en sus actuaciones y sus resultados.

A juicio de GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ (“La seguridad jurídica desde la filosofía del Derecho”, en Seminario sobre Seguridad Jurídica, Universidad Internacional Menéndez Pelayo, Santander 1989, p. 30), “La seguridad jurídica es un concepto cultural o histórico del mundo moderno. Su núcleo central se genera con la formación de la concepción liberal del Derecho y se significa, aunque no se agota, en el Derecho Privado con la codificación y en el público con el constitucionalismo”.

En efecto, las constituciones modernas recogen la noción de seguridad jurídica como un valor esencial.

III. La seguridad jurídica como valor constitucional

La Constitución española de 1978 destaca la importancia de la seguridad jurídica ya en su Preámbulo, cuando dice que “La Nación española deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad...” Como dice JERÓNIMO AROZAMENA SIERRA (“La seguridad jurídica en la Constitución Española y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en Seminario sobre Seguridad Jurídica, Universidad Internacional Menéndez Pelayo, Santander 1989, p. 34), se trata de “una trilogía de objetivos permanentes, trascendentales y abstractos”.

Y ya en el articulado, dispone el **artículo 9.3**, que “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos no individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

98

Habida cuenta de la situación del artículo citado, en el Título Preliminar, se puede considerar claramente el principio de seguridad jurídica, como un “valor inherente al Estado de Derecho” (TC 62/1984).

De esta norma constitucional deduce la doctrina y la jurisprudencia que la seguridad jurídica no es un compartimento estanco en relación con los restantes principios que cita el mismo precepto (TC 27/1981), sino que todos ellos están recíprocamente imbricados, son intercomunicables (TC 99/1987), de modo que el principio de seguridad jurídica enlaza directamente con el de legalidad (TC 71/1982). A juicio de MARIANO MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ (“La seguridad jurídica y el proceso”, en el Seminario sobre seguridad jurídica, Universidad Internacional Menéndez Pelayo, Santander 1989, p. 57), la seguridad jurídica es “un principio fundamental, auténtico núcleo óptico (siguiendo la terminología aristotélica) del que derivan o al que se encuentran subordinados los restantes... (legalidad, jerarquía, etc.)...”

La seguridad jurídica **equivale a certeza** y predictibilidad.

En el ámbito del Derecho Objetivo, certeza en la norma jurídica, en la regla de derecho aplicable y en el contenido de dicha regla. En definitiva, certeza sobre el Ordenamiento Jurídico (TC 15/1986). Ello supone, como dice AROZAMENA (p. 37): normas claramente formuladas, formalmente publicadas, no causantes de incertidumbres. En este sentido, numerosas sentencias del TC 15/1986, 65/1987, 99/1987, etc.

Así entendido, el principio de seguridad jurídica se impone a los poderes públicos, se impone al funcionamiento de todos los órganos del Estado (TC 8/1981). Supone, utilizando la terminología del propio artículo 9.3, la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

Se impone en primer lugar al poder legislativo, entendiendo esta noción como amplia, comprensiva no solo del legislativo en sentido estricto, sino también, de la potestad reglamentaria del ejecutivo.

Se impone en segundo lugar al poder ejecutivo, de modo que los actos de las Administraciones Públicas, deben estar presididos por el principio de legalidad y jerarquía normativa.

Y se impone, por último, al poder judicial, en la aplicación también del principio de legalidad. Pero también del de igualdad de todos los ciudadanos en la aplicación de las normas, de modo que dote a las resoluciones judiciales de un efecto de previsibilidad, es decir, la razonable confianza de que la pretensión jurisdiccional recibirá la misma respuesta obtenida para otros casos iguales.

En este sentido es interesante recordar la idea expresada por JOSÉ LUIS MEZQUITA DEL CACHO (“Seguridad Jurídica y Sistema Cautelar”, Bosch, Barcelona 1989, tomo 1, p. 130) de que el Tribunal Constitucional español no realiza una función jurisdiccional. Su función es precisamente “de Seguridad Jurídica, de un Tribunal de Garantías, que ofrece al ciudadano la seguridad de que ninguno de los poderes políticos traspasará los límites del Estado de Derecho, ni desconocerá sus derechos fundamentales”.

Un principio de seguridad jurídica así entendido, desarrollado y practicado, produce y reafirma la confianza legítima del ciudadano en el Ordenamiento Jurídico (TC 147/1986, 65/1987, 126/1987, etc.).

La seguridad jurídica se canaliza o concreta a través del respeto al principio de legalidad. Y tiene como valor supremo la ejecución o actualización constante de la justicia. Dice a este respecto PECES-BARBA (p. 30) que "La seguridad jurídica no es un término antitético ni en tensión dialéctica con la justicia, suponen por el contrario una dimensión de ésta, es la justicia formal o procedimental".

100

Cierto que una consideración rígida y exageradamente lineal de la legalidad y la seguridad puede producir situaciones e incluso regímenes políticos dominados por el orden público y la fuerza coactiva de la norma y por tanto la dominación de unos ciudadanos por otros; pero también es cierto que un sistema basado en los principios opuestos, es decir, la ejecución de la justicia sin un método concreto y unos cauces prefijados, conduce a la anarquía social y al final el dominio de un grupo social por otro; o sea, idéntico resultado: totalitarismo.

Ni que decir tiene que un difícil equilibrio entre la justicia y la seguridad jurídica a través de la legalidad, es la situación óptima a la que cada Ordenamiento debe tender a base de reglas generales y correcciones excepcionales. En este sentido, el sistema español se enmarca entre los de las democracias constitucionales modernas, en que, como dice JOSÉ LUIS MEZQUITA DEL CACHO (tomo 1, p. 206) "...se parte, como primera premisa para organizar una seguridad jurídica, no del Orden, sino de la Libertad y de la tendencia hacia la igualdad y el Progreso, que han de producir el orden como secuela de la adicción ciudadana a tales objetivos, en los que se contiene lo fundamental de la Justicia".

IV. Aspectos de la seguridad jurídica

A) Pública y privada.

Hemos visto que el principio de seguridad jurídica es un mandato dirigido a los poderes públicos (TC 8/1981), que se predica de las relaciones entre los ciudadanos y el Estado y entre los ciudadanos y la sociedad. Ese aspecto de la seguridad jurídica se puede calificar como “pública”.

Procede ahora que nos preguntemos si este principio de seguridad jurídica actúa o debe actuar también en las relaciones entre los particulares; es decir, como dice MEZQUITA (tomo 1, p. 239), “...las previsiones orientadas a resolver los conflictos que susciten entre los individuos”. Este enfoque de la cuestión puede calificarse como “privada”.

La distinción puede desde luego considerarse artificiosa, pues en efecto, unos aspectos y otros (públicos y privados) no dejan de interferirse e intercomunicarse recíprocamente (no se puede decir que la incertidumbre o inseguridad entre particulares no sea cuestión ajena al interés público y por tanto a la atención del Estado). Pero responde a la antigua y a la vez discutida y pedagógica distinción entre Derecho privado y Derecho público.

Además, el artículo 9.3 de la Constitución, antes analizado, no formula ninguna distinción. Como dice MEZQUITA (tomo 1, p. 246) “...es incuestionablemente unitaria... se extiende, por tanto, a ambas vertientes convencionalmente dualizadas: la pública y la privada”.

Lo que en el fondo nos interesa es profundizar en el principio de la seguridad jurídica en su aplicación a las relaciones jurídicas entre los particulares, a los derechos subjetivos y al tráfico jurídico.

A juicio de AROZAMENA (p. 48), el principio de seguridad jurídica “opera también en el ámbito de las relaciones jurídicas entre particulares”, “informa instituciones en el ámbito del derecho privado” y también “opera en la interpretación

y en la integración del derecho objetivo, en el sentido... más favorable a la certidumbre, la confianza legítima” “Pero también en el ámbito de las relaciones jurídicas entre particulares. En el tráfico jurídico”.

JOSÉ LUIS MEZQUITA DEL CACHO es el primero y hasta ahora único autor de Derecho español que ha formulado un estudio completo y desarrollado de la seguridad jurídica que hemos denominado privada. Lo profundo de sus planteamientos y lo acertado de sus resultados, nos evitan el esfuerzo de profundizar más sobre el tema, que por otro lado sería estéril. Por tanto, en las siguientes líneas nos limitaremos a seguir al citado autor.

102

A la hora de describir lo que a estos efectos debe entenderse por seguridad jurídica privada, dice MEZQUITA (tomo 1, p. 249) que ésta “...mira a las garantías de eficacia de las situaciones jurídicas y de los derechos subjetivos de naturaleza privada, así como de sus actos constitutivos, modificativos o extintivos, y a la regularidad y certeza de las instituciones que operan en este campo del Derecho”.

El contenido propio de la seguridad jurídica privada en el sistema jurídico español se basa en dos ideas o principios: *primero*: el respeto a la libertad de relación jurídica, a la autonomía de la voluntad, es decir, la reserva de un sector de libre autorregulación de los intereses particulares en las relaciones jurídico privadas. *Y segundo*, como corrector del anterior, la función de control y vigilancia del juego de la libertad en las convenciones privadas, con el fin de corregir o evitar los efectos nocivos de los distintos planos de igualdad y libertad desde los que operan las distintas partes en un negocio, ya que se parte del hecho inevitable de que esa libertad no opera en iguales términos para todos los ciudadanos.

Frente a este sistema denominado de seguridad jurídica, propio de los países herederos de la tradición jurídica romano-germánica, se alza el sistema de seguridad económica propio de Estados Unidos.

En este segundo sistema, no se garantiza el derecho subjetivo, sino que se cubre el riesgo económico de su pérdida por la vía indemnizatoria. Su modalidad más exagerada es la del seguro de título que proporciona la correspondiente indemnización en caso de frustración del derecho adquirido. Por tanto no es seguridad jurídica, sino del resultado o valor económico.

B) Represiva y preventiva.

La seguridad jurídica privada puede lograrse mediante la aplicación de un mecanismo o sistema reparador (en la medida en que trata de poner remedio a una infracción o lesión ya producida) o represivo (en el sentido de aplicar una sanción civil a la conducta que ha producido aquella lesión). Es un mecanismo o sistema de actuación judicial, haciendo descansar todo el peso del mantenimiento de la seguridad jurídica en el poder judicial. Es lo que podemos calificar como seguridad jurídica **represiva o reparadora**.

Y puede en segundo lugar establecerse otro sistema que evite el desgaste excesivo de la energía coactiva del Estado, mediante lo que MEZQUITA (tomo 1, p. 269) califica como "tratamiento de anticipación, que tiende a impedir, en la medida de lo posible, perturbaciones y lesiones generadoras de controversias". Es la denominada seguridad jurídica **preventiva**, que tiene por finalidad evitar o disminuir el riesgo de litigios.

Esta seguridad jurídica preventiva admite a su vez un doble punto de vista: el **estático**, que contempla la protección de los derechos y relaciones jurídicas atendiendo a sus títulos creadores o constitutivos. Y el **dinámico**, que atiende a la protección de las situaciones producidas a consecuencia de la confianza suscitada por la apariencia de titularidad de derechos. Llegando a extremos de gran simplificación se puede decir que el aspecto estático afecta a los derechos y el dinámico al tráfico jurídico. Naturalmente esa apariencia

de titularidad se puede basar en un verdadero título, con lo que una y otra visión se aproximan enormemente. Como dice MEZQUITA (tomo 1, p. 272) "...el dualismo puede reducirse al mínimo mediante un sistema en el que la seguridad dinámica promueva simultáneamente la estática, por vía de generalizar el control de los actos del tráfico de modo tal, que, sustantivamente, se propicie la regularización de las situaciones jurídicas establecidas y sus títulos".

Históricamente nace la necesidad de un sistema de seguridad jurídica preventiva de tipo dinámico con la implantación del sistema económico denominado "de mercado" o "de comercio". La idea nuclear de este sistema es el movimiento de capitales y bienes, lo que conduce a la consecuencia de primar la seguridad del tráfico sobre cualquier otra consideración. En este sentido dice gráficamente JUAN JOSÉ LÓPEZ BURNIOL ("Función notarial y documento: exigencia en torno al mismo de la función asesora y del control de legalidad", ponencia presentada en el V Congreso Notarial Español, en Granada, octubre 1993, p. 151) que en la Europa renacentista "...hubo progreso porque hubo mercado; y fue posible el mercado porque hubo seguridad jurídica".

Modernamente, la puesta en el mercado de una gran cantidad de bienes inmuebles y la consecuente consideración de éstos como mercaderías, la organización empresarial de la actividad económica, la aparición en el tráfico de las personas jurídicas, y el nacimiento y organización de los mercados de capitales, son factores que delimitan el desarrollo histórico reciente, en el que se basa la necesidad de la seguridad jurídica de tipo dinámico.

La respuesta a la necesidad de un mecanismo o sistema de seguridad jurídica de tipo preventivo y dinámico en los ordenamientos jurídicos de corte romano-germánico fue, utilizando terminología de LÓPEZ BURNIOL (p. 152) la creación de un sistema que consiste en colocar junto a las partes y entre ellas, un tercero imparcial que se encargue de

redactar el documento incluido el negocio documentado, que sea además consejero legal de las partes, que vele al mismo tiempo por los intereses públicos, los de terceros y los menos protegidos de una parte frente a la otra, y que de fe del documento. Surge así la figura del notario, con la configuración del denominado Notariado de tipo Latino, que hoy perdura.

En el pasado mes de junio de 1997, se publicó por el **Instituto de Estudios Económicos** de Madrid, un informe titulado **Fe pública y vida económica**, realizado por JOSÉ JUAN TOHARIA, catedrático de Sociología de la Universidad Autónoma de Madrid, BENITO ARRUÑADA, catedrático de Economía de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona, y CÁNDIDO PAZ-ARES, catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid. Este informe tiene la virtud de su heterogénea elaboración. Es el resultado de dos encuestas: una muestra nacional de población y la otra entre expertos (jueces, abogados en ejercicio, asesores jurídicos de entidades financieras y directores de riesgo y créditos de Bancos y Cajas de Ahorros) y un seminario con intervención de destacados juristas y economistas y representación institucional de los Ministerios de Justicia y Economía que debatió sobre tres ponencias.

Pues bien, ese informe presenta un acertado enfoque del punto de vista que estamos desarrollando cuando dice que "...en los países herederos de la tradición jurídica romano-germánica (es decir, la práctica totalidad de los países europeos y latinoamericanos, entre ellos España) una de las metas principales del sistema jurídico es justamente **prevenir y evitar** posibles conflictos o litigios entre las partes intervinientes en un acuerdo o transacción. Para ello el Estado encomienda en exclusiva a funcionarios especializados el ejercicio de la fe pública: la intervención de los fedatarios públicos en las transacciones entre particulares dota a éstas de **autenticidad**. Se genera así un sistema de **seguridad jurídica preventiva**: se trata, en efecto, y desde el primer momento

en que los particulares concluyen su acuerdo, de **evitar** posibles **defectos de legalidad y/o de información**, posibles errores o malentendidos interpretativos, tanto de forma como de fondo, que pudieran derivar en su momento en **ineficacia o ilegalidad de lo acordado**, cuando no en conflicto o litigio. Si, pese a todo, la relación se torna conflictiva, la existencia de documento público contribuye a facilitar y agilizar la resolución judicial del caso”.

Como dice PAUL CHARDON (*Revista Internacional del Notariado*, editada por la UINL, n.º 94, 2.º semestre 1997, p. 165), “El Notariado es la seguridad en una época en que todos los valores fundamentales están desquiciados”.

Frente a este diseño del Notariado de tipo Latino, los países que se rigen por el sistema jurídico de tipo anglosajón, optaron por una estructura diferente para garantizar la seguridad de las transacciones, que es como antes se ha dicho, de tipo puramente económico o de resultado. Por tanto, no es un sistema de prevención sino de previsión.

106

C) Punto de vista económico.

No estamos los juristas en general, y particularmente los notarios, acostumbrados a análisis de las situaciones y realidades, desde el punto de vista de la teoría económica, o con criterios economistas.

Por eso, ese enfoque económico de la seguridad jurídica preventiva es especialmente interesante.

En los últimos tiempos se han realizado excelentes estudios del Notariado español desde el punto de vista económico. Sus autores, CÁNDIDO PAZ-ARES, (“El Sistema Notarial, una aproximación económica” edit. Colegios Notariales de España, Madrid 1995), BENITO ARRUÑADA (“Análisis económico del Notariado” edit. Colegios Notariales de España, Madrid 1995) y SANTOS PASTOR PRIETO (“Notariado y litigiosidad civil”, edit. Colegios Notariales de España, Madrid 1995) llegan a resultados extraordinariamente interesantes y reveladores.

El análisis de la acción notarial desde la perspectiva económica configura la actividad notarial (y también la registral) dentro del concepto denominado de los “costes de transacción”. Así considerada, la actividad notarial gozará de la condición de “eficiente” siempre que los costes de transacción sean inferiores a los costes de prevención; siempre que el coste no supere al ahorro por la eliminación de la potencial actividad judicial que hubiera tenido que desplegarse para la resolución del eventual conflicto. Y siempre que el coste global del sistema (notarial y registral) sea inferior a los costes de cualquier otro sistema alternativo que pueda funcionar en régimen de mercado abierto.

Pues bien, las conclusiones en este momento son alentadoras: los denominados costos de información (aquellos que precisa el adquirente para decidir si realiza o no la transacción) son prácticamente nulos. El asesoramiento imparcial se presta a muy bajo coste. Y este mismo coste garantiza un altísimo nivel de seguridad. La seguridad jurídica que proporciona el notario supone la reducción del coste de transacción o reducción de la incertidumbre. Todo ello se basa al final en la existencia de una responsabilidad civil profesional que permite en su caso la reparación de eventuales daños.

Se puede decir que la intervención notarial produce un “valor añadido” que consiste no sólo en la eficacia del documento autorizado basada en la actividad documentadora y autenticadora, sino también en la actividad previa, asesora, asistencial, de consejo, conformadora y redactora, es decir, la denominada función facilitadora.

Si la intervención notarial quedara reducida solo a la función documentadora y autenticadora, se produciría el sobrecurso de tener que pagar también los interesados, un asesoramiento, consejo y labor redactora añadidos.

En este mismo sentido, el **informe “Fe pública y vida económica”** pone de relieve varios aspectos interesantes:

1. La consideración de la “existencia de instituciones eficaces que garanticen la seguridad de las transacciones en-

tre particulares... como un prerrequisito básico para el mejor funcionamiento de la vida económica. Así lo indica taxativamente, por ejemplo, el Banco Mundial en su informe de 1996. Algunos expertos llegan incluso a afirmar que la economía de los países que cuentan con un sistema adecuado de seguridad jurídica crece hasta tres veces más rápidamente que la de aquellos otros con sistemas menos eficientes de garantía jurídica. La seguridad jurídica pasa así a ser percibida como un factor económico de importancia estratégica, y no ya sólo como una mera característica del sistema legal sin mayor trascendencia sobre la vida económica". (Informe pp. 5 y 6).

2. "Por otra parte, el sistema de seguridad jurídica preventiva tiene claras consecuencias positivas para los usuarios: por un lado, implica un claro ahorro inmediato, al disminuir enormemente los costes de información y asesoramiento a la hora de efectuar transacciones; por otro, y al aumentar las garantías de indisputabilidad de lo pactado, proporciona un ahorro de costes más permanente y a largo plazo, derivado de su efecto "profiláctico" respecto de eventuales conflictos".

De todo este breve análisis economicista se deduce una **doble conclusión:**

Primera. Mientras la actuación notarial mantenga sus actuales características y su compleja actividad en todo su contenido, esa actividad seguirá siendo eficiente desde el punto de vista económico, el costo del valor añadido de la intervención notarial seguirá siendo inferior a cualquier otro sistema alternativo, y por tanto, competitivo.

Y segunda. Las posibles quiebras del sistema y las críticas al mismo pueden venir por las disfunciones o prestaciones incompletas, defectuosas o incorrectas de algunos aspectos de la función notarial, y por tanto siempre que eso se observe, debe proveerse inmediatamente a los medios necesarios para evitarlo, pues en tales casos, si los costes de transacción llegan a superar los niveles aceptables, la propia dinámica del mercado buscará inmediatamente medios alternativos.

D) La consideración popular del notario.

Vista la eficacia de la intervención notarial desde el punto de vista de la teoría jurídica y desde el enfoque económico, vamos a dedicar unas breves líneas a la consideración popular del notario.

Del reciente y repetido **informe Fe pública y vida económica** resulta que:

“La preferencia por el sistema de seguridad jurídica preventiva, como sistema más conveniente para el tráfico económico por cuanto genera más seguridad jurídica y menos conflictividad, es expresada... en nuestro país (España) de forma casi unánime por los expertos consultados (jueces, abogados en ejercicio, asesores jurídicos de entidades de crédito y directores de riesgos y créditos de Bancos y Cajas de Ahorro...)... Por otro lado... es asimismo **prácticamente unánime**, tanto entre expertos como entre la población general, **la idea de que la existencia de fe pública:** constituye una **garantía** para los particulares, a los que beneficia y protege; contribuye de forma decisiva a la seriedad y credibilidad de los acuerdos y contratos que se firma; facilita la interpretación de lo pactado; elimina ambigüedades e incertidumbres, haciendo que lo pactado sea más claro y seguro; y **dificulta que existan fraudes y falsificaciones**”.

Y añade el mismo informe: “Como se ve, lo que se espera, idealmente, del fedatario público es una actuación más compleja, detallada y prolongada que la que podría esperarse simplemente de un testigo cualificado. Para el español medio, –pero también para los expertos en Derecho y en Economía consultados– el fedatario público no es un mero operador o intermediario económico más. La función de «dar fe» que realiza es percibida por el contrario como una función que implica toda una serie de prestaciones asociadas e indisolublemente ligadas a aquella: explicar las implicaciones de lo que se va a firmar, redactar el texto, presenciar la firma, conservar el original. Todo eso es lo que

nuestra sociedad entiende que va implícito en el concepto de «dar fe»”.

E) La situación actual del Notariado en la sociedad.

Llegados a este punto, podemos retomar el inicio de la ponencia y formularnos la *segunda pregunta*. **¿Debe seguir vigente la figura del notario y el sistema notarial de tipo latino?**

Hoy los factores que dieron nacimiento al mecanismo de seguridad jurídica preventiva que es el Notariado de tipo Latino, no solo perduran sino que se han agudizado.

1) El tráfico de la propiedad inmueble y en concreto las viviendas, ha dado un paso más, pasando a ser bienes de consumo, produciéndose una verdadera industrialización de su producción y por tanto masificación y mercantilización de su tráfico.

En los últimos tiempos esta tendencia de las viviendas se está trasladando al suelo, en especial el urbano, que ha entrado también en una fase de producción, el tratamiento de los solares como producto o mercadería, sujeto a procesos de producción y comercialización.

Por tanto, este nuevo “objeto de contrato” está también necesitado de un nuevo tratamiento que garantice la seguridad de su creación, producción y tráfico jurídico.

2) La empresa persona jurídica ha dado paso a su escuela de los grandes grupos de empresas y sociedades intercomunicadas a través de holdings. Ello exige una renovación en el estudio y tratamiento del derecho de sociedades acorde con las necesidades de ese tipo de entidades.

3) El enorme desequilibrio que se produce entre los grandes operadores económicos y los consumidores, que sobre los tradicionales esquemas contractuales se presentan como sujetos en pie de igualdad, pero que por las razones citadas se ha producido una quiebra de esa igualdad y por tanto un enorme desequilibrio al tiempo de contratar.

La dispersión de los riesgos y la despersonalización de las responsabilidades que se esfuman en ese entramado de personas jurídicas entrelazadas sin llegar a encontrar verdaderos sujetos a los que poder atribuir responsabilidades, diluyéndose así la capacidad de reacción y reclamación posterior del contratante defraudado o lesionado.

Hoy los contratantes han pasado de ser partes en el negocio, a ser operadores económicos por un lado, y consumidores y usuarios por otro. Los primeros son clientes habituales del notario, fuertes y poderosos, y los últimos clientes ocasionales, débiles y desinformados.

Pues bien, todos estos cambios económicos, sociales y políticos desarrollados en la cultura occidental, hasta estos momentos, parece ser que han sido bien absorbidos por el sistema de seguridad jurídica preventiva y por el sistema notarial en concreto.

Así lo entiende el **informe Fe pública y vida económica** cuyas tres primeras conclusiones dicen:

111

“1. En primer lugar, una opción clara y unánime por el sistema de seguridad preventiva (tal y como está configurado y funciona en los países de tradición jurídica romano-germánica), tanto por parte de los expertos como de los usuarios. La seguridad jurídica preventiva es, en efecto, percibida y valorada como una contribución decisiva a la vida económica, y no como una traba arbitraria o prescindible.

2. Una valoración claramente positiva, tanto entre expertos como entre población general, del sistema de Notariado Latino (como forma prototípica de articulación de dicha seguridad jurídica preventiva) tal y como aparece configurada en nuestro país y en la práctica totalidad de la Unión Europea, y tal y como es definido en todo caso por la Resolución de 18 de enero de 1994 del Parlamento Europeo.

3. Un alto y generalizado reconocimiento a la función que desempeña el fedatario público (figura que en la conciencia social de nuestro país tiende a ser identificado fun-

damentalmente con el notario), cuyo mantenimiento y preservación, con los retoques y adaptaciones que coyunturalmente puedan resultar precisos, queda fuera de toda duda. La existencia misma de la fe pública, la función que realiza y la forma en que se organiza y funciona son objeto de valoraciones muy positivas.”

112

En definitiva, la mejor contestación a la pregunta planteada, es del mismo citado **informe Fe pública y vida económica** cuando dice que “Los especialistas convocados por el Instituto de Estudios Económicos en el seminario sobre “fe pública y vida económica” celebrado el 10 de junio de 1997, se mostraron asimismo unánimemente partidarios del mantenimiento del sistema de seguridad jurídica preventiva existente en nuestro país. La organización y funcionamiento de la fe pública fue objeto de valoración globalmente positiva. Así pues, la conclusión global que cabe alcanzar tanto de las encuestas realizadas entre expertos y población general como del seminario de especialistas organizado por el IEE es que la existencia de fe pública constituye un indiscutible activo social, que contribuye de forma importante a la fluidez y seguridad de las transacciones entre particulares. La figura del fedatario público no sólo no es objeto de ningún tipo de cuestionamiento sino que, de hecho, goza de un llamativo grado de valoración. El notario, en concreto, como figura emblemática en nuestra sociedad de la fe pública, es objeto de un reconocimiento generalizado en cuanto a la utilidad y calidad de sus servicios”.

Llegados a este punto, cabe replantear la *tercera pregunta*. **¿Es procedente, conveniente o necesario que se realicen adaptaciones o modificaciones en el actual sistema?**

El resto de la ponencia se dedica a tratar de responder esta última cuestión.

V. La función del Notariado de tipo latino y la seguridad jurídica

No se trata en este momento de hacer una descripción detallada de la función del Notariado de tipo Latino, en su relación con la seguridad jurídica, ni de sus distintas facetas, actuaciones y deberes, sino más bien, en tratar de actualizar esas funciones a la luz de las *necesidades que nos impone* el nuevo orden social de la denominada economía de mercado que se ha descrito muy someramente en los epígrafes anteriores.

A) Estado de la cuestión notario funcionario-notario profesional.

La primera cuestión a analizar es la relativa a la propia configuración de la figura del notario.

Es especialmente acertada la descripción que de la figura del notario expresa la **Resolución del Parlamento Europeo de 18 de enero de 1994**, al decir que implica “una delegación parcial de la soberanía del Estado que garantiza el servicio público de la elaboración de contratos y la legalidad y autenticidad y fuerza ejecutoria y probatoria de éstos, así como el asesoramiento previo e imparcial prestado a las partes interesadas con miras a descongestionar los tribunales”.

Comentando estas palabras, dice el **informe Fe pública y vida económica** que “Esta definición... pone claramente de relieve los rasgos distintivos tanto de la figura del notario como del sistema de seguridad jurídica basado en su existencia”.

En efecto:

1. Resalta en primer lugar la cualidad del notario como **ejerciente de una delegación de la soberanía del Estado**.

No voy a reproducir aquí la eterna discusión acerca de si el notario es o no un funcionario público, que ha desa-

tado ríos de tinta, pues es bien conocida por todos y cada uno tendrá su propia opinión al respecto.

Pero sí me manifiesto claramente alineado en la tesis que brillantemente se ha ido elaborando en la doctrina notarialista española (JOSÉ GONZÁLEZ PALOMINO, RAFAEL NÚÑEZ LAGOS, JUAN B. VALLET DE GOYTISOLO, JOSÉ LUIS MEZQUITA DEL CACHO, etc.), y ha cristalizado en la definitiva tesis enunciada por ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS (“El Notario: función privada y función pública. Su inescindibilidad” conferencia pronunciada el 8 noviembre 1979, en la Academia Granadina del Notariado, publicada en *Revista de Derecho Notarial*, enero-marzo 1980, reproducida en *Escritos Jurídicos*, edit. Colegios Notariales de España, vol. II, Madrid 1996; y “De nuevo sobre la inescindibilidad notarial”, conferencia pronunciada el 25 de octubre de 1996 en el Colegio Notarial de Granada, edit. *Boletín Informativo de la Academia Granadina del Notariado*, separata número 27), según la cual el notario es a la vez funcionario público y profesional del derecho, en una doble faceta por definición inescindible.

114

No resulta nada extraño al jurista la existencia de figuras jurídicas, especialmente negociales o contractuales, de carácter ecléctico o intermedio, *sui generis*, que participan de las características de otras varias figuras típicas. Es fácil de entender que el “leasing” no es un arrendamiento típico, tampoco una compraventa con precio aplazado, ni un derecho real de garantía, ni un derecho limitativo del dominio de los clásicos; y sin embargo, participando de algunas de las características de todas estas figuras, se configura por la doctrina, la jurisprudencia e incluso ya, más o menos desarrolladamente por la legislación, como una figura *sui generis* y unitaria, en la que no es posible diferencias o diseccionar los distintos aspectos antes enumerados.

Pues bien, ¿no ocurre lo mismo con la figura del notario? En efecto. Somos una figura especial, en la que concurren esos dos aspectos público y privado.

El primero constituye la prestación de un servicio público. El servicio de la fe pública. Que emana directamente del Estado por vía de delegación permanente por ministerio de la ley. Dice el informe Fe pública y vida económica que el notario "...ejerce la fe pública, competencia ésta que es delegada por el Estado y que constituye por tanto un servicio público".

El segundo aspecto, el privado, hace referencia a la forma de actuar. El notario actúa, ejerce la fe pública al modo de los profesionales, utilizando los métodos, medios técnicos y materiales, y responsabilidad civil propios de los profesionales liberales.

Esta posición intermedia es muy proclive a los bandazos históricos. Desde la funcionarización hasta la desregulación. Desde integrar al notario lentamente en el Estado hasta sumergirlo en el mercado. Dice PAZ-ARES (p. 136) a este respecto que "una solución mixta como la existente, puede resultar... la óptima... Mucho Estado podría dar al traste con la función transaccional... Mucho mercado, por su parte, podría atenuar e incluso poner en entredicho la eficacia del control de legalidad, la credibilidad de la fe pública y hasta la propia calidad del servicio más estrictamente privado... La solución existente... es la solución de equilibrio... En mi opinión nos hallamos probablemente ante el mejor ajuste o equilibrio institucional posible... No quiere decirse con ello que no haya nada que reformar. Sugiero simplemente que las modalidades de la reforma deberán ser congruentes con el modelo actual".

El reciente **VI Congreso Notarial Español**, celebrado a mediados del pasado mes de noviembre, adoptó entre otras, la siguiente conclusión "...la esencial característica de la fe pública atribuida a los notarios como funcionarios y profesionales del derecho independientes e imparciales, basada en los principios de inescindibilidad de sus funciones públicas y privadas y de libre elección del notario, como garantía del correcto control de la legalidad que ejerce por delegación del poder público".

a) *Asesoramiento jurídico.*

La función asesora se viene tradicionalmente considerando en cinco niveles o aspectos:

1. *La información.* Dice el artículo 147 RN que “el Notario... informará a aquellos –los otorgantes– del valor y alcance de su redacción –del documento–”.

No pueden los otorgantes formular una declaración de voluntad o prestación de consentimiento bien formada sin un punto de partida que sea el conocimiento exacto de sus consecuencias. Por tanto, la actividad informadora del notario consiste en poner a los contratantes en conocimiento cabal de la trascendencia, alcance, consecuencias y efectos que los actos o contratos que pretenden documentar van a producir en sus personas o patrimonios. Como dice JOSÉ MANUEL RODRÍGUEZ POYO-GUERRERO (“Influencia del Derecho Público sobre el Derecho Inmobiliario”, en *Revista de Derecho Notarial*, enero-marzo 1986, núm. 131, p. 165) el Notario “informará sobre los requisitos necesarios para la validez del negocio jurídico, especialmente sobre sus requisitos externos, como autorizaciones administrativas, declaraciones posteriores, etc., pero también sobre el alcance y consecuencias del acto jurídico que las partes pretenden. Sólo así podrán éstas formar correctamente su consentimiento”.

116

En los casos de inicial desequilibrio entre las partes esta información debe ser desigual al objeto de conseguir una posición equilibrada al tiempo de la prestación del consentimiento contractual. Se trata pues de una “información compensadora o equilibradora”. Enseguida volveremos sobre esta cuestión.

2. *El asesoramiento estricto.* Lo impone como deber principal el artículo 1.2 RN: “como profesionales del Derecho los Notarios tienen la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio”.

Como dice JOSÉ MANUEL RAPOSO FERNÁNDEZ (“El asesoramiento notarial y la información en los contratos”, *Revis-*

ta jurídica *La Ley*, n.º 4228, 13-2-1997, p. 4) “asesorar es recomendar la mejor manera de recorrer los caminos posibles para conseguir el objetivo que desea el cliente”.

Respecto a la función asesora del notario, el *informe sobre Fe pública y vida económica* al enumerar los “rasgos definitorios del fedatario público... mencionados por la práctica unanimitad de los entrevistados (tanto expertos como potenciales usuarios)” cita “**asesorar** a las partes **sobre** las implicaciones de lo **acordado... prestar asesoramiento jurídico general**, con vistas al negocio o contrato concreto que se proyecta celebrar o al fin lícito buscado por quien acude al fedatario”.

Este asesoramiento tiene que ser desde luego imparcial, en eso se diferencia la actuación notarial de la del abogado. Pero esa imparcialidad, como dice LÓPEZ BURNIOL (p. 196) no puede ser neutralidad ni puede ser pasiva o aséptica. Tiene que ser una imparcialidad “compensadora” de la posición del contratante débil frente al fuerte, con el fin de evitar que el desequilibrio de poder entre las partes produzca un resultado injusto contrario a los principios de libertad civil e igualdad, de fraude o injusticia.

3. *La asistencia*. Tiene, a juicio de RAPOSO FERNÁNDEZ, un doble significado:

a) Por una parte, lo que denomina “asistencia continuada”. Se trata de “acompañar” al otorgante en el camino que se ha elegido. Y ello no sólo en lo que en términos de gestión empresarial podríamos llamar “el seguimiento del documento” en sus avatares fiscales, registrales, administrativos, etc., cada día más complejos; sino también en la continuidad en potenciales relaciones jurídicas futuras, como ocurre por ejemplo en materia de sociedades.

b) Y, por otra parte, lo que el mismo autor llama “asistencia especial”, la dispensada al contratante débil, que se encuentra en condiciones de inferioridad y que en definitiva está necesitado de esa atención especial. Luego volveremos sobre esta cuestión.

4. *El consejo.* El artículo 1.2 RN dice que “como profesionales del Derecho, los Notarios tienen la misión de aconsejar a quienes reclaman su ministerio los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que se proponen alcanzar”.

Se trata, como dice JAVIER CUEVAS CASTAÑO (lo cita RAPOSO) de “recomendar un camino concreto”. Con el consejo, dice LÓPEZ BURNIOL (p. 197) “el notario deja de «prevenir» simplemente, y pasa a «intervenir» en la configuración definitiva del negocio”. Aunque, como pone de relieve RAPOSO FERNÁNDEZ (p. 4) “al deber notarial de aconsejar no corresponde un correlativo deber de recibir el consejo”.

5. *La lectura del documento.* Es, como dice LÓPEZ BURNIOL (p. 197), “El último reducto” del deber de asesoramiento, el “momento cenital de la actuación notarial”.

118

Pero la lectura no puede ser una declamación neutra y aséptica del documento, sino, en terminología actual, “lectura explicativa” como la califica ARANGUREN URRIZA o “lectura comunicativa” como dice LÓPEZ BURNIOL (p. 197). En definitiva, la lectura se debe regir por un criterio de eficacia: el notario debe poner todos los medios para poder comunicar a los otorgantes el contenido del documento; debe explicarlo de tal modo que queden enterados de los derechos y deberes de cada uno.

b) Conciliación de intereses.

En la medida en que el notario desarrolla la actividad derivada del cumplimiento de los distintos aspectos que se acaban de enunciar del deber de asesoramiento, en cuanto informa, asesora, asiste, aconseja y conforma el negocio, todo ello supone en numerosas ocasiones, la conciliación de intereses inicialmente contrapuestos, el acercamiento de posiciones entre los otorgantes, y el hallazgo de un punto de equilibrio entre sus respectivos intereses.

Es una de las más claras manifestaciones de la evitación de conflictos, de la supresión de eventuales conflictos que pudieran derivar en la necesidad de desencadenar la actividad judicial.

c) Control de legalidad y de legitimación.

El control de legalidad notarial supone la comprobación por parte del notario de **la regularidad y legalidad del acto o negocio jurídico que se trata de documentar y del propio documento**. El cumplimiento de todos los requisitos que la legislación establece en cada caso.

En términos económicos o empresariales, se podría decir que es una función de “control de calidad del producto”, que es el instrumento público, o de “auditoría legal o jurídica”.

Esta actividad tiene lugar **en la fase predocumental** de la actuación notarial (mediante la obtención de licencias, autorizaciones, etc.); **en la documental** (configuración del negocio, de las declaraciones de voluntad, del objeto, las prestaciones, etc.), y también **en la fase postdocumental** (aprobaciones, declaraciones, etc.).

Y alcanza un **doble aspecto: el interno**, o control de legalidad del propio documento como tal, lo que se denomina autenticidad formal; y **el externo**, relativo al contenido del documento, al negocio documentado, autenticidad material. En términos de derecho de seguros, continente y contenido.

El control notarial de legalidad produce un **doble efecto**:

a) Desde el punto de vista **objetivo o general** supone la comprobación del cumplimiento de disposiciones legales, incluso de ámbitos administrativos, ajenos hasta hace poco tiempo a la materia tradicionalmente notarial. Esta actividad produce la confianza de la Administración en el cumplimiento de esos deberes que la legislación impone, y que afectan al interés general. Y en consecuencia es contempla-

da por el Estado como una forma de colaboración de enorme importancia para los intereses generales, sin costo alguno para el Estado y con grandes garantías de acierto. Este aspecto del control de legalidad tiene algunos grandes campos de acción; así: en el cumplimiento de la legislación sobre inversiones extranjeras y control de cambios; y en el desarrollo de la función y actuación notarial en materia de ordenación del suelo, de gestión y ejecución urbanística.

b) Y desde el punto de vista **subjetivo de los contratantes**, produce la seguridad en la legalidad del acto o negocio documentado, y la confianza en la producción de todos sus efectos legales.

El mecanismo técnico que la legislación pone en manos del notario para llevar a efecto el control de legalidad es el derecho o facultad del notario de denegación de la autorización del documento (art. 145.2 RN), lo que en términos de la teoría económica se denomina función de “guardabarreras”. Pero también en una postura activa, proporcionando a los interesados la información y asesoramiento necesarios para solventar el obstáculo y cumplir los requisitos legales.

120

El control de la legitimación.

Dentro del epígrafe general del control de legalidad, merece una especial mención el concreto control de legitimación de los intervinientes en el documento notarial.

Ello supone, en primer lugar, la comprobación de la capacidad natural de los comparecientes. Las zonas de penumbra que puede haber en la mente humana deben ser consideradas por el notario con exquisito tacto y rigor por ser la base primera de la formación de la voluntad negocial. El problema final de la capacidad es la previa comunicación: el notario debe alcanzar un grado de comunicación con los interesados, que le permita asegurarse de que éstos tienen capacidad suficiente para entender y querer el acto jurídico

en cuestión. Y para lograr tal comunicación el notario debe utilizar todos los medios a su alcance.

En segundo lugar, el control de legalidad se dirige a la comprobación de la suficiencia de la representación alegada por los comparecientes. Y ello en dos aspectos:

Uno el formal: mediante la necesaria exhibición al notario del documento en que se base aquella representación. Documento original, no copias ni siquiera testimonio.

Y dos el material: mediante la decisión del notario acerca de la suficiencia de las facultades representativas conferidas al compareciente. Ello tiene gran importancia en materia de representación de personas jurídicas.

En este aspecto hay que insistir una vez más en que es el otorgamiento de la escritura el momento crucial en que hay que considerar la suficiencia de los apoderamientos. Y que ésta es una función genuinamente notarial que no admite una calificación registral posterior. El sistema denominado de “doble calificación” que es acertado en términos generales, es sin embargo perturbador en esta materia. En palabras acertadas de LÓPEZ BURNIOL (p. 205), “...hay que insistir en lo contrario que resulta al espíritu del sistema, tal y como fue inicialmente diseñado, el sobreponer a la calificación notarial de la representación, otra calificación –la registral–, que constituye –en este punto concreto– un ejemplo claro de aquellos casos de doble calificación no justificados que, a no tardar mucho, la vida práctica rechazará, provocando una situación de crisis que –y sobre esto no hay duda– a todos afectará, por entender quizá –seguro que sin razón– que el conflicto se ha producido, no por un afán extremado de servicio, sino por una exacerbación del celo puesto al servicio de los intereses corporativos”.

En este mismo sentido ha insistido ENRIQUE FRANCH VALVERDE en su ponencia sobre “El instrumento público” (p. 229), presentada en el reciente Congreso Notarial Español al interpretar la legislación registral que impone a los registradores el deber de calificar, bajo su responsabilidad, la capa-

cidad de los otorgantes según lo que resulte del título y de los asientos del Registro, en el sentido de que “no tiene necesariamente que querer decir que los registradores tienen que hacer una nueva calificación de la suficiencia de los poderes de los representantes voluntarios”.

Y el citado **VI Congreso Notarial Español** celebrado el pasado mes de noviembre en Madrid, aprobó entre sus conclusiones la siguiente. “Es aspiración de este Congreso... que en garantía de la seguridad del tráfico jurídico acoja la legitimación notarial según la cual los hechos propios o comprobados por el notario y sus calificaciones jurídicas, especialmente las relativas a capacidad y legitimación de las partes, estén bajo la salvaguarda de los Tribunales”.

d) *Redacción de instrumentos públicos.*

122 La función redactora del notario la impone el artículo 17.1 de la Ley “El Notario redactará escrituras matrices”.

El notario no es un mero “documentador” o “autenticador”, sino que en su actuación compleja, cobra esencial importancia su aspecto como “redactor” del documento.

Los que amamos esta profesión, podemos decir abiertamente que esta es la labor verdaderamente “creadora y creativa” del notario. Es creadora porque en la actividad redactora es cuando el notario vierte sobre el documento todo el bagaje de sus conocimientos técnicos de Derecho, sus principios jurídicos, sus valores éticos e incluso sus recursos literarios y lingüísticos. Y es creativa porque es también en momento de aplicar al Derecho toda la imaginación propia de los artistas.

Y en este sentido, no puede definirse la labor redactora con más belleza y precisión que la contenida en el **artículo 148 Reglamento Notarial** cuando dice que “Los instrumentos públicos deberán redactarse... empleando en ellos un estilo claro, puro y preciso, sin frases ni términos oscuros ni ambiguos, y observando, de acuerdo con la Ley, como

reglas imprescindibles, la verdad en el concepto, la propiedad en el lenguaje y la severidad en la forma”.

El **informe sobre la Fe pública y vida económica** al enumerar los “rasgos definitorios del fedatario público... mencionados por la práctica unanimitad de los entrevistados (tanto expertos como potenciales usuarios)” cita “...**redactar**, o ayudar a redactar, el **texto** del acuerdo que se va a firmar”.

Por esta razón, una importante cuestión que en la práctica se plantea es la de las denominadas *minutas escritas*, es decir, aquellas que se presentan por los interesados, al objeto de acomodar a ellas el contenido de los documentos notariales.

En estos casos, a nuestro juicio es preciso distinguir aquí dos cuestiones diferentes:

Primera. Las minutas escritas procedentes de abogados, o asesores en general, para casos concretos y puntuales, bien sea de actas o de escrituras.

El uso indiscriminado y automático de tales minutas, puede provocar, según decía DÍEZ GÓMEZ y nos recuerda RAPOSO FERNÁNDEZ (II, p. 5), el “empobrecimiento técnico del instrumento público al estar encomendada su redacción a legos no sólo en el arte de la escribanía, sino también en la ciencia del Derecho”.

Pero además provoca un notable perjuicio a la función redactora del notario, que como se acaba de demostrar pertenece a la esencia de la función notarial.

Por eso, la legislación notarial española en el **artículo 147 Reglamento Notarial** mantiene en estos casos el deber del notario de indagar la voluntad de los interesados, interpretarla y adecuarla al ordenamiento jurídico; subsiste en el notario la obligación de control de legalidad del contenido documental; y además, “...en el texto del documento, el notario consignará... que aquel ha sido redactado conforme a minuta y, si le constare, la parte de quien proceda ésta, y si la misma obedece a condiciones generales de su contrata-

ción”, con lo que, como dice RODRÍGUEZ ADRADOS (p. 89), “...queda facilitada la interpretación *contra proferentem* del artículo 1.288 del Código Civil”.

Segunda. Las minutas de escrituras que serán objeto de otorgamientos “en masa”, aportadas por operadores económicos poderosos. Esos casos plantean problemas desde el punto de vista notarial, pero no sólo desde la perspectiva de la función notarial, sino también y sobre todo, en lo que puedan afectar a la independencia y la imparcialidad del notario en beneficio del cliente habitual y poderoso y en perjuicio del cliente ocasional y débil. Inmediatamente nos referiremos a esta cuestión.

B) La independencia del notario frente a los agentes económicos.

124 La independencia en el ejercicio de la función notarial es nota característica del Notariado en general y del español en particular. Lo proclama el **artículo 1 del Reglamento Notarial**: “El Notario disfrutará de plena autonomía e independencia en su función...”.

El **Informe de 9 de diciembre de 1993, de la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo**, que dio lugar a la Resolución de 18 enero 1994, al enumerar lo que denomina “tronco común” o características comunes a todos los Notariados de la Comunidad Europea, cita expresamente la actuación notarial como una “actividad independiente”.

La independencia se manifiesta en el ejercicio de la función pública bajo la forma de una profesión liberal. La independencia se predica por tanto respecto del Estado; el notario no está sujeto jerárquicamente a la Administración del Estado. Y se predica igualmente respecto de los interesados, al existir prohibiciones de actuación notarial en los asuntos en que exista interés de determinados familiares del notario.

La independencia es base, fundamento y causa del deber esencial de imparcialidad, que como pone de manifiesto

AUGUSTO GÓMEZ-MARTINHO FAERNA (“La función del notario en la Unión Europea. Un estudio comparativo”, edit. Colegios Notariales de España, diciembre 1997, p. 31) “es presupuesto ineludible de su función”, y se considera “deber prioritario” respecto de cualquier otro.

La imparcialidad es entendida tal como la define MANUEL GONZÁLEZ ENRÍQUEZ (“El deber de imparcialidad del Notario”, en Jornadas Notariales de Poblet, 1974), como la “actitud psicológica de no tomar partido, por ninguna razón, en los conflictos de intereses dentro de cuyo ámbito ha de desenvolver –el notario– su actuación profesional”.

Uno de los elementos que aseguran y garantizan la independencia funcional del Notariado es precisamente su **independencia y suficiencia económica**. Independencia económica, al estar remunerado por un sistema de honorarios fijos, establecidos por disposición legal. Y suficiencia económica, lo que le permite no sufrir tentaciones crematísticas que puedan debilitar la firmeza de la independencia de su actuación.

Y también desde el punto de vista económico, afirma PAZ-ARES (p. 46) que la imparcialidad “propicia la eficiencia del diseño... El Notario está inclinado a hacer un diseño productivo que maximice la ganancia conjunta y genere una división equitativa”.

a) Necesidad ineludible de mantenimiento de la independencia notarial.

No cabe duda de la necesidad del mantenimiento de la independencia de notario como pilar básico para el cumplimiento del deber esencial de imparcialidad.

Esa independencia se predica respecto de los poderes del Estado, pues, aunque el notario ejerce una función pública y presta un servicio público por delegación estatal, en el ejercicio de esa función no cabe posibilidad alguna de imposición de decisiones de ningún tipo por parte de la Admi-

nistración del Estado, ya que el notario se debe sólo al cumplimiento de las leyes.

Y se predica igualmente respecto de los particulares, que acuden a solicitar su ministerio. Y esa independencia, en principio, no se pierde por la relación de habitualidad del cliente con el notario. Cuando coloquialmente se utiliza la **expresión “mi notario”** se está demostrando el grado de confianza que ese cliente tiene respecto de un notario en concreto en el que deposita todos los elementos necesarios para que aquél le asesore y le aconseje en todos los órdenes jurídicos de su vida en incluso a veces más allá de lo meramente jurídico. Pero desde luego, nunca pretende ese cliente habitual ni desde luego piensa la otra parte que con él contrata, que esa relación de confianza pueda desvirtuar ni mediatizar la independencia del notario en cuestión.

126 **b) *Los riesgos de debilitación de la independencia notarial.***

Pero como antes se ha manifestado, uno de los factores propios del actual sistema económico es el de la aparición de los denominados operadores económicos, entidades de enormes dimensiones económicas y gran poder incluso en los ámbitos políticos, que pueden producir determinadas distorsiones o desajustes en la labor notarial.

La situación de superioridad del denominado de estos operadores económicos, o “cliente poderoso” frente a la situación de clara inferioridad del “contratante débil” ha sido puesta de manifiesto por la doctrina notarialista con abundancia de argumentos y explicaciones. Desde FIGA FAURA en 1973, RODRÍGUEZ ADRADOS en 1989, MEZQUITA DEL CACHO desde 1987, LÓPEZ BURNIOL en 1993, PAZ-ARES en 1995, RAPOSO FERNÁNDEZ en 1997, hasta el reciente Congreso del Notariado Español de noviembre del pasado año.

Y paralelamente a esa constatación, se ha denunciado, por el propio Notariado, los riesgos de que esa fortaleza del

contratante poderoso debilite la imprescindible independencia del notario al que aquél acude con asiduidad.

Pero es preciso reconocer que al notario tampoco se le puede exigir la cualidad de “héroe” en solitario. Debe contar con un apoyo en disposiciones legales adecuadas y respaldo de los órganos colegiales.

C) La defensa de los consumidores y usuarios.

Desde que la evolución de las pautas económicas ha ido acrecentando la diferente posición contractual de las partes, se ha comprobado la enorme dosis de riesgo de que el contratante ocasional-consumidor, construya una voluntad negocial viciada, por causa de ignorancia, desinformación, abuso de la posición dominante de la otra parte, e incluso coacción.

Se ha percibido la necesidad de dar cada vez mayor cobertura y apoyo al denominado contratante débil, y a la vez se ha ido desarrollando la noción de “consumidor y usuario” como un tipo determinado de contratantes especialmente necesitado de protección, frente al otro contratante, que lo es en forma habitual y mantiene una posición superior en poder económico, asesoramiento jurídico, y costumbre documentadora.

Estas nociones eran impensables en la época del Estado liberal decimonónico, creador de los vigentes Códigos Civiles, inspirados en el principio de libertad negocial y reguladores de una situación de igualdad entre los contratantes.

De ahí que las normas jurídicas tradicionales del Derecho Civil y el Mercantil se han demostrado insuficientes para alcanzar aquella protección especial. Insuficiente incluso después del gran empuje que significó la introducción en la reforma de 1975 del Título Preliminar del Código Civil, entre las reglas de interpretación de las normas jurídicas, de su adecuación a la realidad social del tiempo en que se aplican (art. 3 C.c.).

La respuesta debía ser necesariamente legislativa.

Y en efecto, el desarrollo de estas nociones y las reglas de protección ha dado lugar a un cuerpo de legislación y doctrina que ha adquirido ya autonomía propia con la denominación de Derecho de los Consumidores. Su importancia es tal, que algún autor (ALBERTO BERCOVITZ) ha dicho que “En el Derecho Español habría que distinguir tres clases de compraventas sujetas a normas diversas: civil, mercantil y de consumo; y que decir que existe un Derecho civil, un Derecho mercantil y un Derecho de los consumidores. Demasiado complicado”, y ha defendido la unificación de las tres citadas ramas jurídicas en una sola denominada Derecho Privado del tráfico económico.

Tales ideas parten de la aplicación de medidas correctoras de corte social a los mecanismos de aplicación pura de las posiciones neoliberales.

128

A juicio de PECES-BARBA (p. 29) “las limitaciones al tráfico jurídico, a la propiedad y a la libertad de empresa que supone el reconocimiento de esos derechos de los consumidores y usuarios, y la intervención de los poderes públicos para protegerlos, supone más un aseguramiento ante la indefensión del individuo consumidor, es decir, obedecen más al valor seguridad que al valor justicia”.

a) *La legislación española de defensa de los consumidores.*

Pues bien, la noción de la protección de consumidores y usuarios se encuentra en la Constitución Española de 1978, en su artículo 51.1 cuando dice que “Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos”.

Se trata del primer texto constitucional (hoy ya no el único) que contiene una proclamación semejante.

“La técnica utilizada en la Constitución –como dice MARÍA PILAR MONTES RODRÍGUEZ (p. 25)– ha sido la de confi-

gurar la defensa de los consumidores y usuarios como un principio general del derecho, constitucionalizado. Este principio general vincula a los poderes públicos. Todos ellos han de actuar para cumplir adecuadamente el mandato constitucional”.

El poder legislativo, va cumpliendo este mandato, mediante la elaboración de leyes; en concreto, la **Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios de 19 julio 1984**, que se completa por otras sectoriales (como la Ley General de Publicidad de 1988, Ley de Defensa de la Competencia de 1989, Ley de ventas fuera de establecimientos comerciales de 1991, Ley de crédito al consumo de 1995) y desarrollada por disposiciones posteriores de inferior rango, en especial el **Real Decreto Ley de 21 abril 1989** en relación con ventas y arrendamientos inmobiliarios, que establece una serie de requisitos y exigencias en el régimen de la promoción publicitaria y la información previa a la contratación, con la sana finalidad de que el consumidor forme de una manera correcta y libre su voluntad contractual.

A todo ello hay que añadir en el ámbito de la Unión Europea, la **Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 abril 1993**, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, que en este momento está siendo objeto de trasposición a la legislación española a través del Proyecto de Ley de Condiciones Generales de la Contratación, que se encuentra en plena tramitación parlamentaria.

Pues bien, si el Notariado de tipo Latino ha tenido desde sus orígenes una función y finalidad de protección y garantía del derecho de libertad civil de los ciudadanos que permitía la autorregulación de los propios intereses en régimen de libertad y equilibrio contractuales, respondiendo así a la ideología propia de la creación de los Códigos (el español es de 1888) y de las leyes que rigen la profesión notarial (la española es de 1862), en la actualidad y en el futuro, sin perjuicio de mantener esa misma actitud en los casos de contratantes en posición de igualdad, la orientación

del sistema de seguridad preventiva, y la función del Notariado como instrumento principal del mismo, se debe orientar en la corrección de los efectos abusivos de la posición de superioridad del agente u operador económico poderoso, contratante profesional, sobre la del ciudadano contratante ocasional, consumidor de bienes y usuario del servicio notarial, a fin de compensar y reequilibrar las diferentes posiciones contractuales para lograr de nuevo unas declaraciones de voluntad en ejercicio de la libertad negocial.

La sensibilidad notarial atenta a los cambios sociales ha percibido esta necesidad. Y ha orientado su logro hasta ahora, en dos sentidos o por dos caminos: el reforzamiento del deber de información, y del derecho de libre elección de notario.

130

Fruto de ella fue la reforma del Reglamento Notarial 8 de junio de 1984, que dio lugar a modificaciones concretas pero muy trascendentales, como las de los artículos 142 (derecho de libre elección del notario) y el 147 (información específica, asistencia equilibradora o compensadora).

Veamos a continuación los dos caminos citados, a la luz de las normas estrictamente notariales y también las generales.

b) *El reforzamiento del deber de información.*

Si la función notarial en las situaciones de desequilibrio entre los contratantes quiere ser eficaz, debe necesariamente orientarse hacia la asistencia especial al contratante débil, al objeto de que el asesoramiento y consejo notarial sea más profundo y pormenorizado, con el fin de tratar de eliminar aquel desequilibrio inicial, y que las decisiones contractuales se puedan adoptar en una situación de igualdad y libertad.

En este sentido el actual artículo 147 RN dice que "Sin mengua de su imparcialidad, el Notario insistirá en informar a una de las partes respecto de las cláusulas propuestas por la otra y prestará asistencia especial al otorgante necesitado de ella".

El **informe Fe pública y vida económica** dice a este respecto que los "...rasgos definitorios básicos del fedatario cobran especial importancia cuando en la contratación interviene un **consumidor**. Es, en efecto, reclamación creciente de los consumidores la obtención de mayor información y asesoramiento, imparcial y fiable, a la hora de asumir obligaciones contractuales. Una forma lógica de dar satisfacción a dicha demanda sería potenciar la labor informadora del fedatario público así como su imparcialidad mediante el reconocimiento del derecho, no susceptible de renuncia, a elección del fedatario por parte del consumidor. En todo caso la mejor protección de los consumidores parece requerir un **fortalecimiento de la labor informativa y asesora del fedatario**, a) respecto del contenido del contrato en el que el consumidor es parte (evitándose así los posibles costes económicos de la protección a posteriori, por ejemplo vía resoluciones judiciales frente a cláusulas nulas); b) y también, y muy especialmente, respeto de la eficacia ejecutiva y probatoria derivada de la intervención misma del fedatario en la transacción así como de las consecuencias que dicha intervención puede implicar para el consumidor".

131

En el análisis de esta materia presentan algunos rasgos diferenciales los dos tipos clásicos de contratos celebrados entre partes desiguales: las transmisiones de inmuebles y específicamente de viviendas, y los préstamos hipotecarios concedidos por entidades de crédito. Haremos algunas referencias concretas a ambas categorías.

1. Transmisiones de inmuebles, especialmente de viviendas: el visado notarial de contratos privados.

Dando por supuesto que en esta materia no sólo se mantiene sino que se acrecienta la necesidad de que la contratación alcance cotas de alta seguridad, sin embargo, la actuación notarial tropieza con un **obstáculo** muy difícilmente salvable, al menos en la contratación en masa de las trans-

misiones de viviendas: la formación de la voluntad negocial y la prestación del consentimiento al conjunto de cláusulas, uniformes o no, generales y particulares, incluidas las que pueden ser abusivas e incluso ilícitas, se produce en un momento en el que el notario no interviene, en el documento privado previo, desde el que muchos pactos vienen ya determinados y preestablecidos, al tiempo del otorgamiento de la escritura. De este modo, se puede hablar de un “momento constituyente” del contrato que se formula en el documento privado; y un “momento documental” al otorgarse la escritura; sólo en éste se produce el control notarial de legalidad y se desarrolla la función informadora, asesora y asistencial; pero habiendo sido prestado el consentimiento en el primer momento, la eficacia de la función notarial queda totalmente mediatizada, y a pesar de la información que en este momento se le pueda proporcionar al contratante consumidor, éste tiene ya prestado un consentimiento, quizá viciado por desinformado, que ya no puede revocar. Como dice acertadamente MEZQUITA (II-171) “...es en la documentación privada donde... la libertad civil real del contratante consumidor se reduce al mínimo”.

Es evidente, por tanto, que si se pretende una intervención notarial que sea eficaz, y alcanzar de este modo y por esta vía una adecuada información al consumidor, deberá necesariamente hacerse coincidir esos dos momentos, de modo que el notario pueda ejercer el control de legalidad y regularidad en la fuente, se impida así la prestación de un consentimiento viciado, y, al contrario, se propicie una voluntad formada con la debida información y asesoramiento, y declarada con libertad. Como dice PAZ-ARES (p. 37) “Sería deseable... anticipar esta función –se refiere a la llamada mediación informacional que comprende la labor asesora y auditora– al momento antes de contratar, o al momento de precontratar”.

Sólo hay dos procedimientos para lograr este fin:

Primero. Imponer la forma pública con carácter general en este tipo de contratación, de modo que no sea posible la contratación privada. Esta regla, desde luego, choca con el principio general de libertad de forma que preside el Derecho Civil español. No sería ésta la única excepción a ese principio (piénsese en la escritura pública *ad solemnitatem* de la donación de inmuebles, las capitulaciones matrimoniales, la hipoteca, etc.). Sería además una excepción basada en una razón social. Pero habida cuenta de la frecuencia de este tipo de contratación y de la abundancia de este tipo de documentación, llegaría a ser regla, lo que es excepción. Quizá por esta razón el Derecho español de consumo no ha adoptado esta solución.

Segundo. Partiendo de la aceptación de la regla anterior, es decir, del rechazo a la obligatoriedad de la forma pública, se propone la utilización de algún sistema de control notarial del texto de los contratos privados, bien del contrato tipo de cada promoción inmobiliaria sin posibilidad de alejamiento posterior de ese contrato-tipo, o bien, de cada contrato individualmente considerado, mediante la consignación en el documento de un “**visado notarial**” que suponga la comprobación y afirmación notarial de la regularidad de las cláusulas generales y pactos particulares, y una puesta a disposición en el despacho notarial de toda la documentación complementaria con posibilidad del contratante consumidor de solicitar del notario todo tipo de explicaciones, aclaraciones e informaciones al respecto.

El punto de referencia o base con respecto a la cual el notario realizaría la afirmación de regularidad podría ser tanto un listado de pactos prohibidos o declarados abusivos (al modo de como se establece en el proyecto de Ley de Condiciones Generales de la Contratación que después veremos) o un Registro General de Condiciones de ámbito estatal, del tipo del que en la actualidad funciona en el Ministerio de Justicia para los Actos de Última Voluntad.

La forma de cómo ese “visado notarial” deba incardinarse en los esquemas técnicos de los distintos tipos de documentos notariales de cada país, es cuestión de estudio en cada caso, sin que desde luego sea previsible la existencia de problemas de encaje formal.

Alguna tendencia en esta dirección se divisa en el Derecho comparado. PAZ-ARES (p. 37) cita el caso de un proyecto de ley belga en la que se establecía la obligatoriedad de remitir al notario el precontrato de compraventa de inmuebles para que lo comente y asesore.

2. Los préstamos hipotecarios concedidos por entidades de crédito.

134

Es curioso comprobar aquí que en este caso no se plantea, ni remotamente, el problema que se acaba de exponer en el apartado anterior. Es absolutamente impensable la formulación de un préstamo de este tipo en documento privado. Y ello por dos razones: en primer lugar porque la escritura pública es en estos casos forma *ad substantiam*, al contrario de lo que ocurre en la compraventa; y en segundo lugar porque en este caso la forma pública y su eficacia favorece al operador poderoso: no hay fuerza ejecutiva sin escritura.

En estos casos los problemas que se pueden plantear son respecto del cabal conocimiento por parte del contratante ocasional, consumidor, deudor, prestatario e hipotecante, de todo el contenido negocial del documento, cuyo texto, por regla general viene predeterminado, prerredactado y además uniformemente redactado.

La eficacia de la función notarial en estos casos vuelve a ser una información y asesoramiento extremadamente cuidadoso al prestatario. Y en este sentido debe citarse la **Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 5 mayo 1994**, reformada por otra de **27 octubre 1995 sobre Transparencia de condiciones financieras de los préstamos** que basa ese su-

gerente título de “transparencia” (y quizá paradójico título en una materia tan profusamente compleja) en dos pilares:

1) La información que debe proporcionar la entidad prestamista, a través del folleto informativo y sobre todo la oferta vinculante que la entidad de crédito está obligada a proporcionar al solicitante del préstamo,

y 2) Una específica actuación notarial, que se concreta en:

—El derecho del futuro prestatario a examinar en la Notaría, el proyecto de escritura, en el plazo de los tres días anteriores a la firma de la escritura, pudiendo además en esta operación, solicitar las aclaraciones y explicaciones oportunas, “...que el Notario efectuará en el ámbito de su obligación legal de asesoramiento”, como dice la Circular del Consejo General del Notariado de 16 julio 1994.

—La obligada comprobación por el notario de la legalidad y regularidad de determinados extremos de las condiciones financieras del préstamo; en concreto: sobre la posibilidad de discrepancias entre la oferta vinculante y las condiciones financieras contenidas en la escritura, sobre las condiciones del tipo de interés según sea variable o fijo, tasa anual equivalente o coste efectivo de la operación, comisión en caso de amortización anticipado, etc.

Se trata pues de una serie de reglas muy detalladas y especializadas, en las que se trasluce una profundización en el deber de información del notario en un tipo de escrituras, las que formalizan operaciones financieras, en que el desequilibrio entre la entidad prestamista (Banco, Caja, etc.) y el prestatario (consumidor) es manifiesta.

Y a ellas se refiere el Preámbulo de la propia Orden, al hablar de la colaboración del notario para la adecuada comprensión por el prestatario de las condiciones del préstamo, “...advirtiendo expresamente al prestatario del significado de aquellas cláusulas que, por su propia naturaleza técnica, pudieran pasarle inadvertidas”.

c) *El derecho a la libre elección de notario.*

Dice RODRÍGUEZ ADRADOS (p. 92) que "...El ámbito de los actos y negocios jurídicos privados en el que principalmente se desenvuelve la función notarial es el campo de la libertad...".

En efecto, si se piensa que los contratantes, al comparecer ante notario, debidamente informados, asesorados y aconsejados por éste, en mayor o menor medida dependiendo del grado de previo conocimiento y equilibrio en sus respectivas posiciones contractuales, declaran libremente su verdadera voluntad, prestan libremente su consentimiento, no hay ninguna duda de que el notario en su actuación profesional está asegurando, garantizando y promoviendo, el ejercicio de las libertades civiles de los ciudadanos.

136 Pues bien, como sigue diciendo el ilustre notarialista citado, "Nuestro sistema confiere ante todo a los particulares una libertad civil: el derecho de libre elección de Notario...".

El punto neurálgico en el que radica o se basa el derecho de libre elección del notario es discutido entre los autores. Así: para TOMÁS GIMÉNEZ DUART ("La función notarial en España y su futuro", ponencia presentada en el VI Congreso Notarial Español, noviembre 1997, p. 18) "La profesionalidad... es lo que mayormente justifica la libre elección del notario, porque el funcionario no se elige". En el extremo opuesto dice MEZQUITA (tomo 2, p. 35) que "...absolutamente todo lo fundamental es público, y sólo la parte de lo estructural está diseñado al estilo profesional privado...". RAPOSO FERNÁNDEZ (II-p. 3) dice que es "Una importante consecuencia del deber de imparcialidad...". Y para HONORIO ROMERO HERRERO ("Deontología profesional", ponencia presentada en el V Congreso Notarial Español, Granada, octubre 1993, p. 299) "cualquier ataque al principio de libre elección de Notario lo es a la más pura esencia de la función notarial en los fundamentales aspectos del consejo y el asesoramiento...".

La norma básica de regulación del derecho de libre elección se encuentra en el **artículo 142 RN**. Este precepto fue objeto de modificación en la reforma reglamentaria de 1984 antes citada.

Según el citado artículo, la **regla general**, cuando en la escritura intervienen varias personas, es que el derecho de libre elección del notario corresponde "...en defecto de pacto, a quien de ellas deba satisfacer los derechos arancelarios notariales o la mayor parte de los mismos".

Y a continuación establece la **regla excepcional** de contemplación del contrato entre desiguales. Y establece que en los casos de "...transmisiones onerosas de bienes o derechos realizadas por quien se dedique a ello habitualmente o bajo condiciones generales de contratación, el derecho a la elección de Notario corresponde al adquirente".

A pesar de la bondad de la norma, se queda a mitad camino o es incompleta, en la medida en que no se extiende a los casos de formalización de operaciones financieras, que tanto se han desarrollado en los últimos años, y que además mediatizan, en muchos casos, la propia escritura de transmisión de los inmuebles que luego son objeto de hipoteca, eliminando de hecho y por esta vía el derecho de libre elección de notario no sólo de la escritura de préstamo sino también de la de compraventa.

Regla similar pero de superior alcance, es la contenida en el **artículo 5.4.c) del Real Decreto Ley de 21 abril 1989** que atribuye el derecho de elección de notario **al consumidor**, que debe ser informado de tal derecho dentro de la referencia obligada a la forma en que se prevé documentar el contrato.

Comentando este precepto opina MEZQUITA (tomo 2, p. 179) que este derecho se le debe considerar dentro de la categoría de los "derechos básicos", y por tanto por aplicación del artículo 2.1.f) del mismo RDL, y en consecuencia el repetido derecho debe ser considerado como irrenunciable previamente, lo que obliga al notario no elegido por el con-

sumidor a hacer constar en la escritura la renuncia expresa. Todo lo cual supone a juicio del citado autor una sujeción del notario "...a su propio autocontrol de legalidad".

Disposiciones legales posteriores han venido a confirmar las normas anteriores en materia de préstamos y créditos concedidos por las entidades de crédito. Concretamente la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 5 mayo 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, en su artículo 7.1 se remite en materia de elección de notario a "...lo dispuesto en el Reglamento Notarial y demás disposiciones aplicables", que por tanto lo será también el Real Decreto de 1989 que se acaba de citar, siendo por tanto el consumidor, en este caso **el prestatario, el sujeto titular del citado derecho de libre elección.**

Y si nos preguntamos acerca de la eficacia que tales disposiciones tienen en la realidad, la respuesta nos la proporciona el varias veces citado **informe sobre Fe pública y vida económica.**

138

Ante la pregunta "normalmente, las veces que ha acudido usted a un notario ¿ha escogido usted personalmente al notario a que acudir o se lo han dado ya escogido?" El cincuenta por ciento contestó que lo había escogido siempre (43 por 100) o la mayoría de las veces (7 por 100). El treinta y siete por ciento contestó que se lo habían escogido siempre (29 por 100) o la mayoría de las veces (8 por 100).

Y lo que es más significativo: ante la pregunta "Cuando la elección del notario no ha dependido de usted ¿ha tenido la sensación de que el notario actuaba con la misma independencia e imparcialidad que cuando usted lo había escogido?" El cincuenta y uno por ciento contestó que sí. El ocho por ciento que no. Y el restante cuarenta y tres por ciento no contestó.

La interpretación de estos resultados es clara. Se puede decir que un porcentaje muy elevado apreció la independencia e imparcialidad notarial a pesar de que el notario se le había impuesto. Pero sobre todo, que un porcentaje íni-

mo (el 8 por 100) tuvo la sensación contraria, la de pérdida o disminución de la imparcialidad. Y todo ello a pesar de no haber ejercitado el derecho de libre elección.

d) Otras medidas: condiciones generales de la contratación.

El último estadio legislativo en Derecho español en orden a la protección de consumidores y usuarios, es el de los negocios jurídicos dominados por *condiciones generales de la contratación*. En estos casos, como dice RODRÍGUEZ ADRADOS “estamos ante una prerredacción uniforme, generalizada, ... por lo que su rigidez es absoluta”.

Pero esta situación no es mala o desdeñable por sí misma. Y por otro lado, como antes vimos, la contratación en masa es un fenómeno propio de la economía actual, que está generalmente admitido y aceptado.

Lo que ocurre es que en estos casos el contratante débil y ocasional está necesitado de una especial protección. Y para esa especial protección que supone además un control riguroso de la legalidad, la actuación notarial es especialmente idónea o adecuada, pues todos los peligros y riesgos que acechan al consumidor se presentan en el momento de contratar, ni antes ni después. El gran problema del consumidor es llegar a formar un conocimiento y una voluntad no viciados por maniobras ajenas. Por eso, en la medida en que a actuación notarial evita esos problemas y aporta soluciones, es cierta la calificación de MEZQUITA DEL CACHO (tomo 2, p. 167) de “la forma documental pública como factor de protección”.

Entrando en materia, es preciso distinguir las cláusulas o condiciones contractuales que se imponen de una manera rígida o cerrada, de aquellas otras que, además, presentan caracteres de ilegales, abusivas o vejatorias. Su tratamiento debe ser diferente.

En cuanto a las primeras, al notario en estos casos no le queda otro margen de actuación más que la información ex-

haustiva al consumidor. Al actuar el notario, aun en este tipo de contratos, como dice RODRÍGUEZ ADRADOS (p. 90) "...no caben aquí remisiones a otros documentos no conocidos, ni letras pequeñas, ni firmas en blanco; las cláusulas o condiciones generales tienen que estar íntegramente recogidas en la escritura, y su conocimiento por la contraparte se asegura mediante su lectura en el acto del otorgamiento y con aquella información insistida que el notario tiene que dar a una de las partes respecto de las cláusulas propuestas por la otra". Se trata pues de extremar la información al contratante ocasional, al consumidor.

Pero respecto de las cláusulas ilegales, abusivas o vejatorias, la actuación debe ser de abierto rechazo. Ahora bien, teniendo en cuenta el enorme poder que en estos casos puede tener el contratante poderoso, la actuación denegatoria del notario requiere tener un respaldo normativo y corporativo. Veamos por separado estos dos aspectos.

140

a) *Aspecto legislativo.* En en estos momentos se encuentra en tramitación en el Parlamento español, **un proyecto de Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación** que, partiendo de la protección de la igualdad de los contratantes como presupuesto necesario de la justicia contractual, pretende proteger los legítimos intereses de los consumidores, usuarios y en general de todo el que contrate con otro en condiciones generales.

Califica de condiciones generales a aquellas cláusulas contractuales que estén predisuestas e incorporadas a una pluralidad de contratos exclusivamente por una parte, frente a las abusivas que son las que producen un desequilibrio importante e injustificado en las obligaciones contractuales.

Contiene normas dirigidas a los notarios insistiendo en el especial deber de información a los consumidores acerca del contenido de las condiciones generales, y de advertencia respecto de las cláusulas que puedan ser abusivas.

El proyecto de ley contiene una lista de cláusulas que *per se*, se consideran abusivas y por tanto nulas de pleno

derecho. Entre ellas cita la de “renuncia o transacción respecto al derecho exclusivo del consumidor a la elección del fedatario competente según la ley para autorizar el documento público en que inicial o ulteriormente haya de formalizarse el contrato”. Esta disposición supondrá el cierre del sistema en esta materia, al quedar sancionado tal pacto con nulidad absoluta y en consecuencia el derecho del consumidor a elegir notario queda configurado como un derecho irrenunciable.

b) *Aspecto corporativo.* La actuación del notario en el cumplimiento de este tipo de disposiciones, y en especial en la defensa del consumidor frente al contratante poderoso, debe recibir la cobertura de las opiniones, decisiones e instrucciones claras de los órganos corporativos, cuya voz se debe dejar oír en una análisis o dictamen técnico-jurídico sobre las cláusulas generales abusivas. Es necesidad cada vez más sentida la de que los órganos corporativos entren en acción al objeto de emitir informes y dictámenes acerca de la “...corrección o incorrección de ciertas condiciones y cláusulas...”. como ya decía VALLET DE GOYTISOLO y nos recuerda RODRÍGUEZ ADRADOS (p. 90) que deben además ser objeto de la necesaria difusión entre los ciudadanos en general y las organizaciones y uniones de consumidores y usuarios en particular. Este tipo de informes tienen la doble virtualidad de la seriedad y rigor de la entidad de la que proceden, y del respaldo que suponen para la actuación aislada de cada notario.

141

Tras estas ideas generales, vamos a continuación a descender a situaciones más concretas del quehacer notarial.

D) Función notarial y derechos reales. La colaboración del notario en el acceso a la propiedad de las personas más desfavorecidas.

Prescindiendo de los esporádicos casos fracasados en que se ha intentado trasladar a la inscripción en el Registro el

momento de la transmisión del dominio, lo cierto es que en los Ordenamientos sucesores del Derecho Romano y Germánico, toda la virtualidad y sustancia traslativa se sitúa en el otorgamiento de la escritura pública. Es el momento en que se perfecciona el contrato y en el que se realizan y cumplen las prestaciones de las partes.

La complejidad de las relaciones sociales actuales producen el efecto de que la transmisión del dominio de un bien, especialmente los inmuebles, produce una serie de consecuencias de todo orden, cada vez más complejas y abundantes. Y todo ello además, sin perder de vista la situación de los adquirentes-consumidores a que nos hemos venido refiriendo.

Siendo todo ello así, el sistema de seguridad preventiva se fortalecerá en su conjunto cuanto mayor sea la eficacia del documento notarial.

Por eso, a nuestro juicio, se deben seguir las siguientes líneas de conducta:

142

Primera. Incrementar la garantía de la clarificación de la situación jurídica del bien transmitido al tiempo de contratar.

a) Tratándose de bienes inmuebles, ha sido notablemente acertado y está dando magníficos resultados, el sistema denominado de colaboración entre las Notarías y el Registro de la Propiedad para la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario, que inició el **Real Decreto de 18 diciembre 1992**, y actualmente se regula en el **Real Decreto de 29 diciembre 1994**, modificativo a este fin del Reglamento Notarial y el Hipotecario.

El sistema se basa en tener a disposición de los contratantes la información de la situación registral de dominio y cargas, recibida por telefax el mismo día del otorgamiento de la escritura o con muy pocos días de antelación, y en este caso con información continuada por el Registro. Y se completa con la presentación en el Registro también por telefax el mismo día del otorgamiento o el siguiente.

A pesar de sus resultados generalmente buenos, el sistema aún puede ser objeto de perfeccionamiento, mediante:

1. El establecimiento de un mecanismo de cierre del Registro, o de reserva de rango o efecto retroactivo de la presentación, aunque fuera restringido, que permitiría mayor grado de seguridad y garantía para el adquirente, pues precisamente los casos en que se ha producido alguna disfunción o desajuste son aquellos en los que se ha presentado en el Registro algún documento después de expedida la información y antes de recibir la presentación del nuevo documento, aunque sea en un margen muy corto de días, problema en el que la información continuada se ha demostrado poco eficaz.

2. Un paso más sería la conexión informática entre los despachos notariales y los Registros de la Propiedad, lo que permitiría el conocimiento de las situaciones de dominio y carga y la presentación al Diario, en tiempo real, y por tanto, sin ninguna posibilidad de quiebra del sistema. Sería el sistema perfecto de garantía inmobiliaria.

Todo ello permitiría cumplir de manera simultánea la prestación de una de las partes (el pago del precio) y la de la otra parte (la transmisión del dominio libre de cargas).

b) Tratándose de bienes muebles que sean susceptibles de identificación individualizada, el sistema de transmisión debería participar de las características de los bienes inmuebles, al modo que se acaba de describir.

c) Un caso especialmente grave en el momento actual de la legislación española es el de las acciones de sociedades anónimas y participaciones de sociedades de responsabilidad limitada.

La transmisión de este tipo de bienes ha sido objeto de reciente "liberalización", en el sentido de aligeramiento de formas documentales. Así, las participaciones sociales de sociedad de responsabilidad limitada se deben transmitir mediante documento público, en tanto que las acciones en su condición de títulos valores no exigen ninguna forma documental especial, y su titularidad se acredita por la simple certificación del órgano social con referencia al Libro de So-

cios en las acciones nominativas, y por la simple tenencia del título en las acciones al portador.

La realidad está demostrando la frecuencia con que se formalizan escrituras de transmisión de participaciones sociales y de acciones aunque tal forma no venga exigida por la legislación. Ello produce no solo una legítima satisfacción, sino sobre todo el interés que se debe tomar en trasladar a los textos legales esta necesidad sentida por la sociedad. Y en todos estos casos el principio de seguridad o garantía precisa que en la escritura se acredite la titularidad y situación de libertad de cargas mediante la exhibición del título de adquisición, pero también, de la correspondiente certificación social con referencia al Libro de Socios (en participaciones sociales y acciones nominativas) y la exhibición y entrega del propio título o resguardo provisional (en las acciones al portador). Los mecanismos de garantía deben llevar a incorporar a la escritura la certificación social y hacer constar la correspondiente nota de referencia en los títulos.

144

Segunda. Llevar al momento del otorgamiento de la escritura la decisión y acreditación documental de toda una serie de cuestiones accesorias del derecho de propiedad y del bien objeto de transmisión. Así:

a) Acreditar en el momento del otorgamiento de la escritura, la situación de los pagos de toda clase de gastos o tributos que afecten al inmueble objeto de transmisión. Así, impuesto anual sobre la propiedad (IBI), tasas municipales, gastos de la comunidad de propietarios, de urbanización, previsión de gasto de los impuestos que graven el incremento de valor de los terrenos, etc.

b) Acreditar igualmente la documentación necesaria para la eficaz toma de posesión del inmueble, su libre ocupación, su regularidad urbanística (licencias municipales), o para la contratación de los suministros correspondientes (agua, gas, energía eléctrica, teléfono, TV por cable, etc.).

Tercera. Incrementar los medios de colaboración del notario en la vigilancia y seguimiento de los trámites adminis-

trativos posteriores a la formalización de la escritura y adquisición del dominio.

Así, toda clase de impuestos que graven la transmisión, la producción de las altas y bajas correspondientes en registros administrativos y fiscales, la inscripción en los registros sustantivos correspondientes, presentación de recursos de todo tipo hasta su resolución, etc.

Gran parte de estas actividades complementarias de la transmisión del dominio pueden ser realizadas por el notario directamente mediante la remisión de los datos, incluso por conducto informático, a los organismos correspondientes.

Es esta una actividad notarial de naturaleza colaboradora; en un doble aspecto: colaboradora con el adquirente y también con la Administración. Y es además una actividad naturalmente notarial. Es decir, no se trata de una actividad gestora que el notario realiza con independencia de la genuina función notarial, sino como una extremidad de dicha función; que si es utilizada no se resiente la función esencial, pero que en realidad forma parte de ella.

145

La colaboración del notario en el acceso a la propiedad de las personas más desprotegidas.

La mayoría de los Ordenamientos Jurídicos contienen disposiciones legales de protección y fomento del acceso a la propiedad de las viviendas, de personas desprotegidas.

En España, las medidas protectoras se inician en los años cuarenta con la legislación de las denominadas casas baratas. Continúan con la legislación de Viviendas de Protección Oficial, que aún perduran si bien con modificaciones y adaptaciones progresivas, y recientemente las denominadas Viviendas a Precio Tasado.

Resumiendo mucho el sistema actual, sus características más sobresalientes son las siguientes:

1. Los planes de protección comprenden varias anualidades (tres, cinco, etc.) durante los cuales la Administración,

estatal o autonómica, determina el importe total de las ayudas que se van a distribuir, directamente y a través de convenios especiales con las Cajas de Ahorro y la Banca.

2. La protección exige unos requisitos objetivos, como superficie máxima de la vivienda, pero se concede con carácter personal o subjetivo en favor del adquirente, en razón a sus condiciones personales, como nivel salarial, miembros de la familia, etc.

3. La protección se orienta en dos direcciones: subvención a fondo perdido procedente de la Administración. Y ayuda en los préstamos hipotecarios destinados a financiar la adquisición, consistente en subsidiación de los intereses del préstamo (en mayor o menor medida según la calificación personal del adquirente).

Cuenta además con beneficios fiscales en impuesto que grava las transmisiones de inmuebles (Impuesto de Transmisiones Patrimoniales onerosas), pero no en el Impuesto sobre el Valor Añadido. En este último sentido se puede decir que en este momento se está discutiendo en el Parlamento español la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 1998, y por determinados grupos políticos y sociales se está propugnando, con razón, la aplicación a este tipo de transacciones de un tipo de IVA reducido.

El notario español participa en el proceso traslativo de este tipo de viviendas sin que la escritura presente diferencias notables con cualquier otro documento notarial. Redacta y autoriza la escritura de compraventa de la vivienda y de préstamo hipotecario, y todos los documentos conexos, antecedentes o derivados.

¿Cómo es en estos casos la actuación notarial? ¿Tiene algún tipo de especialidad? Pues participa de la naturaleza protectora o tuitiva de todo el conjunto de la legislación. Y ello por dos caminos:

Uno, al tratarse de los ciudadanos más desprotegidos, y carentes no sólo de asesoramiento, sino de pura orientación y mera información, y se trate de operaciones en masa regi-

das por el principio de desequilibrio al que varias veces nos hemos referido, o de una transmisión aislada, lo cierto es que el notario debe extremar su cuidado en la prestación de sus deberes de información, asesoramiento y consejo.

En consecuencia la información y el consejo se debe dirigir no sólo al contenido propio de las escrituras públicas mencionadas, sino también a las especialidades propias de estas operaciones, en especial mediante la información de los procedimientos hábiles para poder gozar de determinados tipos de beneficios. De modo que si el valor añadido de la intervención notarial es en general, como venimos repitiendo, el asesoramiento y el consejo, en estos casos lo es más, o con mayor intensidad o profundidad. La información debe ser más abundante; el asesoramiento más profundo; la asistencia más comunicativa; y el consejo más protector. El notario debe conseguir no sólo que el interesado entienda lo que hace, sino también, las posibilidades que la legislación le proporciona, de obtener beneficios de todo tipo, según sea su situación.

Y dos, el régimen legal de protección ha alcanzado también al costo de transacción, es decir, a los honorarios notariales, que sufren en estos casos una notable reducción, lo que se justifica por la invocación a la razón social subyacente en toda esta legislación. Si el costo de transacción de la actuación notarial se considera aceptable en términos generales, según lo antes visto, en estos casos con mucha más razón.

E) Función notarial y derecho de obligaciones y contratos.

El sector del Ordenamiento Jurídico Privado regulador de las obligaciones y los contratos, sus disposiciones básicas de Derecho Civil, y en las más especializadas de Derecho Mercantil, ha sido tradicionalmente campo de actuación específico de la actividad notarial diaria.

Haremos aquí algunas citas puntuales de concretas situaciones contractuales u obligacionales de actualidad o que precisan actualización constante.

a) Contratos civiles.

No es posible en el marco de esta ponencia un desarrollo ni siquiera enumerativo de la evolución de los distintos tipos de contratos civiles, por lo que, por la importancia de las materias, me referiré sólo a dos cuestiones de gran actualidad en la vida jurídica española.

1. Cesión de suelo por vuelo.

148 Se pretende hacer referencia con esta denominación genérica a todo ese conjunto de negocios jurídicos en que se transmite un terreno con el fin de ejecutar sobre el mismo las operaciones necesarias para su conversión en edificable, construir sobre el mismo para al final del proceso transmitir al inicial transmitente del suelo, determinados elementos constructivos, vivienda, local de negocio, garaje, etc.

No se trata de entrar aquí a estudiar los diferentes métodos o mecanismos técnicos que se pueden utilizar para configurar este tipo de negocios jurídicos, que dependerán de las circunstancias de cada caso. La intención al citarlo es la de llamar la atención sobre dos cuestiones: *La primera*, que por la complejidad de situaciones y prestaciones que en estos casos se pueden dar, tiene el notario ante sí un campo abierto para la información, asesoramiento y consejo a los contratantes, y para la creación jurídica, con lo que ello supone de necesidad de constante estudio tanto individual como colectivo. *Y segunda*, que aunque no es este un contrato tipo de adhesión o condiciones generales, no se puede olvidar que intervienen aquí dos partes, por regla general desiguales, ya que el adquirente del suelo suele ser una empresa fuerte con capacidad económica y jurídica superior

a la del transmitente; que éste transmite, cumple de inmediato su prestación, y queda a la espera de recibir la suya en un período dilatado de tiempo; por tanto, la labor notarial es en estos casos de corte similar a la de los consumidores, es decir, es preciso extremar el deber de información al transmitente de la situación en que quedan sus derechos y expectativas, y el deber de consejo acerca de los mecanismos jurídicos adecuados para evitar el riesgo de que cualquier incumplimiento o insolvencia de la empresa adquirente-promotora volatilice sus expectativas. El factor de seguridad preventiva se proporciona aquí preservando los derechos del transmitente del suelo de cualquier eventual incumplimiento de la otra parte.

2. *La intervención notarial en el desarrollo territorial.*

Es de sobra conocida la importancia que ha tenido la labor notarial en la creación y desarrollo de la regulación convencional y legal de la propiedad de casa por pisos, conocida como propiedad horizontal.

Hoy el reto que se nos presenta en esta materia es el de llevar el mismo concienzudo estudio, imaginación y esfuerzo al desarrollo de situaciones más complicadas como son las derivadas de los complejos urbanísticos, la multipropiedad o propiedad por períodos de tiempo y los instrumentos de redistribución de la propiedad que tienen por objeto el desarrollo urbanístico de las poblaciones.

En todos estos casos el papel del notario sigue las pautas antes enunciadas. Su función es la de proporcionar seguridad jurídica a las diferentes situaciones en que se puede encontrar la propiedad inmobiliaria, sus derechos limitativos y cargas, y preservar y proteger su tráfico jurídico.

Una matización importante en algunos de estos casos, es la necesidad de extremar la aplicación de la función notarial como controladora de la legalidad, por dos razones: *Una*, que a la legalidad jurídico-privada que es habitualmente el

campo de juego del notario, se añade en muchos casos un nuevo aspecto que es la legislación urbanística y de ordenación del territorio. Pues bien, debemos en esta materia demostrar a los poderes públicos la versatilidad de la función notarial y el gran potencial que se puede poner al servicio del interés general si esa capacidad es bien y suficientemente utilizada. Y dos, que hay casos en que se puede formalizar instrumentos públicos, en los que se producen mutaciones jurídico reales, cambios de titularidades, e incluso extinción de fincas y creación de otras destinadas a la sustitución de las antiguas o a servicios de dotación social, todo ello derivado de la ordenación urbanística del territorio, en los que el cumplimiento de requisitos de tipo administrativo (notificaciones, requerimientos, publicaciones, etc.) y la obtención de licencias administrativas, sustituyen la prestación del consentimiento de los titulares.

150

Pues bien, siendo esto así, en estos casos el notario debe extremar su rigor del control de la legalidad privada, urbanística y administrativa de modo que no quepa el menor resquicio a la protección de los derechos de los ciudadanos afectados. Piénsese que en muchos de estos casos, se afecta de manera muy fundamental a propiedades de los particulares, sin que en el instrumento público conste su consentimiento o voluntad. El notario en estos casos debe ser un "anónimo y especial defensor del pueblo" en el control del cumplimiento de las garantías legales. Y éste es precisamente el plus de garantía, el valor añadido de la actuación notarial en estos casos.

b) Contratos mercantiles: especial referencia a los contratos bancarios, a los contratos internacionales y a las nuevas figuras contractuales.

Del mismo modo que en el epígrafe anterior, haré unas breves referencias a cuestiones de actualidad.

1) **La vieja cuestión de la unificación del Derecho civil-mercantil de obligaciones y contratos a la nueva luz del Derecho del consumo.** La difícil aplicación de los principios de contratación mercantil (simplicidad formal principio espiritualista, etc) en relación con consumidores y las "...inseguridades jurídicas resultantes han sido tolerables en tiempos de consumo individualizado, pero –como dice MEZQUITA DEL CACHO (II, p. 147)– no pueden seguir siéndolo en el contexto actual de masivo consumismo”.

Los abusos derivados de la situación de desigualdad de poder y desequilibrio contractual en las relaciones contractuales entre proveedores y consumidores derivan en gran parte de la aplicación de las normas procedentes del derecho mercantil presididas por principios favorecedores de la ausencia de controles de legalidad.

Esta cuestión ha resucitado la antigua propuesta unificadora del Derecho de obligaciones y contratos, civil y mercantil, pero con un nuevo elemento: la introducción en esa fusión, de la legislación sobre defensa de los consumidores y usuarios, de modo que a la tradicional superación del dualismo Derecho civil-mercantil se una también el de consumo, creando un solo Derecho privado del tráfico económico. El gran defensor de esta tesis en Derecho español es ALBERTO BERCOVITZ.

Es cierto. Carece de sentido la existencia de un régimen contractual regido por las normas liberales del puro Derecho civil para contratantes ordinarios en régimen de igualdad y como operación aislada. Otro para operaciones en serie también presidido por un principio de equilibrio entre partes. Y un tercero producido en masa, en el que el desequilibrio en las posiciones contractuales da lugar a una desigualdad que debe ser reequilibrada por mecanismos nuevos, de claro corte social.

2) **La errónea afirmación acerca de la incompatibilidad entre seguridad jurídica y celeridad del tráfico mercantil.** Es tradicional hacer afirmación de la incompatibilidad entre los

mecanismos garantizadores de la seguridad jurídica y las necesidades de celeridad del tráfico mercantil, poniendo así en tela de juicio la viabilidad de la documentación pública y considerándola en ocasiones entorpecedora de la citada celeridad y defendiendo en ocasiones la necesidad de “aligeramiento” de las formas documentales e incluso su supresión.

Desde luego una y otra noción (seguridad jurídica y celeridad del tráfico) exigen un punto de encuentro o equilibrio a veces difícil de hallar.

Pero también es cierto, como dice JUAN BOLÁS ALFONSO (“La documentación pública como factor de certeza y protección de los derechos subjetivos en el tráfico mercantil” en Seminario sobre La seguridad jurídica y el tráfico mercantil, Universidad Internacional Menéndez Pelayo, Santander 1993, p. 48) “tal como demuestra nuestra realidad actual, las inversiones sólo se efectúan en las sociedades dotadas de un adecuado sistema de seguridad jurídica... si se exagera la supresión de garantías formales y de seguridad preventiva en aras de la celeridad del tráfico mercantil puede caerse en el problema inverso, a saber: la reducción del tráfico mercantil por la ausencia de garantías”.

152

Todo el secreto de la celeridad del tráfico mercantil y de la adaptación de la documentación pública a esa necesidad no es otro que el de utilización de los medios materiales necesarios para cubrir esa necesidad, sin renuncia de ninguna de las cualidades de la actuación notarial y del documento público, como factor de certeza de los derechos, situaciones y transacciones.

No es momento de desarrollar esta cuestión ni de estudiar cuáles son esos medios técnicos, que van desde la redacción del documento mediante un programa de tratamiento de textos de ordenador, hasta la remisión y recepción de datos previos o complementarios de la escritura por fax, o por disquetes, o por vías telemáticas (autopista de información).

b.a) *Los contratos bancarios.*

Si en todos los contratos de tipo mercantil está presente el principio de libertad de forma de modo generalizado, en los contratos en que la posición de uno de los contratantes, el banco, es de superioridad respecto del otro, el cliente, ese aspecto se refuerza.

En la legislación española hay diversos grupos de contratos:

a) **Un primer grupo** de contratos bancarios que son suscritos por el banco y el cliente **sin la intervención de ningún tipo de fedatario público**, y constituyendo por lo tanto verdaderos contratos privados. Así:

1. **La apertura de cuentas** en sus diversas modalidades, de cuenta corriente, cuenta o libreta de ahorro, cuenta ahorro vivienda, y bien sean en moneda corriente o en divisas, de residentes o no residentes.

2. **El depósito**, administración y gestión de valores negociables.

3. **Las cajas de alquiler.**

4. **El factoring**, consistente en la cesión en firme y antes de su vencimiento, de un crédito comercial a corto plazo que la entidad cesionaria (denominado factor) acepta asumiendo en su totalidad el riesgo del cobro (en esto se diferencia del descuento comercial), percibiendo a cambio una comisión.

5. **El renting**, consistente en la cesión de uso de bienes de equipo a corto plazo y mediante renta, en arrendamiento simple (en esto se diferencia del leasing, no hay opción de compra).

b) Hay en segundo lugar un grupo de contratos que, ordinariamente, se instrumentan **en póliza**. Así:

1. **El descuento** bancario de letras de cambio y documentos de giro.

2. **El crédito documentario.**

3. **Las tarjetas de crédito.**

La póliza es el documento intervenido por corredor de comercio.

El corredor de comercio es otro fedatario público que existe en España con competencia compartida con el notario pero en ámbito notablemente más reducido que éste. El corredor de comercio nació como un mediador entre las partes contratantes en las operaciones ordinarias del tráfico comercial para después recibir del Estado la atribución de fe pública a los efectos limitados de ese mismo tráfico comercial, habiendo quedado reducido en la actualidad a esta última faceta, perdiendo la condición de mediador.

Su función se basa en el artículo 93 del Código de Comercio, según el cual "...tendrán el carácter de Notarios en cuanto se refiere a la contratación de efectos públicos, valores industriales y mercantiles, mercaderías y demás actos de comercio comprendidos en su oficio, en la plaza respectiva. Y se completa con el artículo 1.429 LEC que atribuye carácter ejecutivo a la póliza".

154

Aunque sea una interrupción incidental del tema, parece interesante indicar aquí que durante los últimos años se ha producido en España un movimiento defensor de la fusión entre los Cuerpos de notarios y corredores de comercio. Esta pretensión viene fomentada especialmente desde el poder político español, en concreto desde el Ministerio de Economía (que es del que jerárquicamente dependen los corredores de comercio, no del de Justicia) y también desde las instancias de la Unión Europea. La pretendida fusión tropieza con notables inconvenientes, algunos de principios (necesidad o no de contar con la licenciatura de Derecho, configuración del documento público, etc.) y otros prácticos (encaje del escalafonamiento, instituciones de previsión social, régimen de actuación profesional como la presencia física en el otorgamiento, la unidad de acto, etc.), lo que ha llevado a que las conversaciones iniciadas entre ambos colectivos por la presión del poder político se hayan paralizado en algunos puntos irrenunciables para ambos.

En este sentido, cabe señalar por último, que esta situación de dualidad de agentes de la fe pública extrajudicial ha sido negativamente considerada por el **informe Fe pública y vida económica**, que, entre otras cosas dice "...esta situación de coexistencia de dos cuerpos con funciones de fedatarios, uno con carácter general, otro con carácter específico, y en todo caso con solapamiento de competencias, es único en la Europa Comunitaria". Y entre las conclusiones del informe, figura la siguiente: "4. De cara al futuro, parece existir un amplio consenso sobre la conveniencia de retoques en la actual organización y funcionamiento en nuestro país de la seguridad jurídica preventiva: ... sobre todo, la búsqueda de una solución de convergencia que ponga fin a la atípica existencia entre nosotros de una fe pública parcialmente compartida (entre Notarios y Corredores de Comercio)...".

Superada esta excesivamente larga interrupción se recoge de nuevo el tema.

c) Hay un tercer grupo de contratos bancarios en los que se produce claramente la **competencia compartida de notarios y corredores de comercio**. Son:

1. **Las denominadas contragarantías o contraavales** que se constituyen en aseguramiento de los avales prestados por el banco en favor de terceros y en beneficio del cliente.

2. **Los créditos y préstamos personales**, es decir, sin prestación de garantía alguna, o con garantía personal (fianza, aval) o real mobiliaria (prenda ordinaria).

3. **Los contratos de leasing, factoring o renting**, que afecten a bienes muebles (maquinaria, informática, tecnología, etc.).

La doble posibilidad de acudir a una forma documental u otra (póliza o escritura) o a un fedatario u otro (corredor de comercio o notario) no depende, generalmente, de los efectos que se pretenden obtener del documento (carácter ejecutivo) que también ambos comparte, sino de los mayores o menores grados de garantía que proporcione cada actuación (presencia física, lectura explicativa del documento, custodia del mismo, etc.) y sobre todo, en la mayoría de los casos,

del mayor o menor coste del mismo. Se trata pues de la aplicación pura de los criterios de competencia del mercado que se decantan por la opción del menor coste económico.

d) Y hay por último un cuarto grupo de contratos bancarios que se formalizan **en escritura pública**. Son los que afectan a bienes inmuebles. Así:

1. **El leasing de inmuebles**, en sus diversas modalidades, a los que después nos referiremos.

2. **Los créditos y préstamos garantizados con hipoteca**. En este apartado se encuentran los préstamos hipotecarios concedidos para la adquisición de viviendas o inmuebles en general, a los que antes nos hemos referido, en el epígrafe destinado a la protección de consumidores y usuarios, dando aquí por reproducido todo lo allí dicho.

Pero hay un segundo tipo de operaciones hipotecarias, de muy variada índole. Se trata de todas aquellas operaciones que tienen por objeto garantizar a la entidad de crédito respecto del pago por el cliente de deudas contraídas con anterioridad, de diversa naturaleza y origen diverso, y que en el mismo acto y en atención a la constitución de la garantía son objeto de la correspondiente refinanciación o renegociación, lo que desde el punto de vista de técnica jurídica da lugar a su novación. Bien se constituyan en favor de una sola entidad de crédito o varias, y en este caso como una sola hipoteca por cuotas indivisas porcentuales o como tantas hipotecas como entidades de crédito sobre los mismos inmuebles y por tanto del mismo rango, y generalmente como hipotecas de máximo en garantía de cuentas de crédito.

En todos estos casos se plantean notables problemas de índole jurídica derivados de la propia configuración de la hipoteca, su naturaleza, pluralidad de fincas, concurrencia de sujetos, etc., que desde luego ponen a prueba la formación jurídica del notario y su capacidad conciliatoria de intereses de las entidades de crédito por un lado y el cliente por otro, en posturas claramente enfrentadas. Y en lo que ahora nos interesa son actos desde luego individuales. No pueden

ser objeto del mismo tratamiento que las hipotecas constituidas en masa o como contratos de adhesión o sujetos a condiciones generales. Pero también aquí debe el notario estar atento a la posibilidad de abusos por parte de las entidades de crédito, no en cláusulas tipo o estandarizadas, sino en cuestiones concretas y específicas del caso y en el conjunto de la operación.

En términos generales, para terminar este epígrafe de contratación bancaria, se puede afirmar que el notario, en la rectitud de su actuación, puede ser gran amigo del banco en la medida en que la eficacia del documento notarial proporciona a la entidad de crédito una seguridad en defensa de sus intereses, al proporcionarle eficacia ejecutiva inmediata. Pero puede ser el gran enemigo de la entidad de crédito en forma directamente proporcional a la dosis de protección a los clientes comunes que el notario les proporcione siempre que esta actuación mediante la información, asesoramiento y consejo pueda desvelar a los interesados aspectos o condiciones de los contratos hasta ese momento desconocidos para ellos y contrarios a su interés o voluntad. Y no puede en estos casos ceder el notario el cumplimiento de sus deberes en beneficio del contento de la entidad de crédito que a su vez le proporciona abundante trabajo.

157

b.b) *Contratos internacionales.*

Se puede entender por contratos internacionales aquellos en que interviene un elemento extranjero, bien sea una de las partes contratantes o las dos, o alguna de las prestaciones, como la finca o el precio, o ambos.

Este tipo de contratos representan para el notario autorizante del documento mayores dificultades que los ordinarios, ya que aparte de las dificultades de comunicación por diferencia de idioma (cuestión que está resuelta por la legislación de cada país), puede haber especialidades normativas de la propia legislación (cuestiones de inversiones extranje-

ras y control de cambios), y sobre todo especialidades legislativas de la legislación extranjera, cuya dificultad de conocimiento es siempre superior.

La Unión Internacional del Notariado Latino tiene en este sector un amplio campo de actuación a través de su publicación periódica, y también por medio de estudios que se pueden realizar dirigidos a divulgar las especialidades en materias concretas.

b.c) *Nuevas formas contractuales.*

Siendo el entramado social un cuerpo vivo, con constantes movimientos, las nuevas situaciones económicas plantean la necesidad de nuevos tipos contractuales, que normalmente surgen del mercado en formas más o menos atípicas, para después ser objeto de contemplación y regulación por el ordenamiento jurídico, reconociendo, con cierto grado de tristeza, que por regla general es el legislador fiscal el primero que pone su huella en las nuevas formas negociales.

158

A modo de ejemplo se pueden citar algunos casos de nuevos tipos contractuales surgidos en los últimos años, algunos espontáneamente y otros con elementos importados de sistemas legislativos ajenos al latino.

1. *El leasing y sus derivados.*

Como es de todos conocido, el “leasing”, que en España se ha titulado por las Leyes “arrendamiento financiero”, es un contrato en el que una parte (entidad de “leasing”) cede a la otra (usuario) el uso de un bien con una opción de compra para adquirirlo al final del período, a cambio del pago de un canon que financia el uso y la futura adquisición, y quedando garantizado el pago mediante la retención de la propiedad del bien que no se transmite hasta el final del plazo si el usuario opta por la adquisición mediante el pago del valor residual.

Se trata de una figura de origen anglosajón (estadounidense) que se ha introducido y adquirido carta de naturaleza en los Derechos de la rama romano-germánica gracias a los beneficios fiscales que la legislación le ha enlazado, pues su función ya estaba cubierta por otros mecanismos jurídicos tradicionales.

Afecta a bienes muebles (de equipo, informáticos, etc.) y a inmuebles.

Especialmente por esta última aplicación ha sido objeto de estudio y análisis por el Notariado español, y desde luego por una jurisprudencia ya abundante basada en una legislación más que estrecha. Habiendo concluido su encaje en los conceptos tradicionales jurídico-romanos entendiendo que se trata de un contrato parcialmente atípico, *sui generis*, que no es un arrendamiento ni una compraventa con precio aplazado, ni un préstamo con garantía, pero que participa de algunas características de todas esas figuras. Y la posición de los contratantes es la de la entidad de “leasing” como un titular de un dominio gravado y de un crédito fraccionado, y la del usuario la de titular de un derecho real de uso financiero y deudor de las cuotas.

Esta figura general tiene multitud de variedades:

- “Leasing” **operativo**, el que conceden los fabricantes, distribuidores, etc. a sus clientes.

- “Leasing” **financiero**, o genuino, el concedido por entidades especializadas, generalmente unidas más o menos directamente a entidades bancarias.

- “**Lease back**”, el que se realiza mediante transmisión del bien por el propio usuario a la entidad de “leasing” para su inmediata cesión en “leasing” en sentido inverso. Es una pura operación financiera que tiene por objeto convertir inmovilizado en recursos disponibles.

- “**Leasing**” **apalancado**, en el que además de las dos partes originarias interviene una o varias tareas con objeto de financiar parte de la operación sin participar en la propiedad del bien pero garantizando su posición mediante determinada preferencia en el cobro.

2. El préstamo "endowment".

Contrato triangular, en el que se combina el préstamo hipotecario con un seguro de vida o supervivencia o indemnización por accidente.

En todos estos casos y en los que en el futuro sin duda se irán presentando, **la posición de los notarios** debe ser de apertura a esas nuevas figuras que el mercado impone, la comprobación de los intereses puestos en juego y en funcionamiento en cada caso, su análisis desde los principios y las reglas concretas del ordenamiento jurídico de cada país, su encaje en el mismo y la facilitación de su aplicación adaptada a la técnica del Derecho Notarial, de modo que pasen de esta forma a formar parte del cuerpo jurídico propio. Y es preciso además mantener vigilante la sensibilidad en orden a la aplicación o no en este tipo de operaciones de las reglas de protección a consumidores y usuarios.

160

Es preciso tener siempre presente que las necesidades del mercado siempre son cubiertas, porque su propia dinámica y vitalidad creativa inventa las formas contractuales y documentales necesarias para su efectividad. Siempre que el mercado demande un mecanismo contractual nuevo para satisfacer la necesidad de seguridad en determinado tipo de nuevas operaciones, lo encontrará del modo que sea. Si el Notariado está presto a proporcionárselo, y siempre que la oferta goce de la nota de eficiencia desde el punto de vista económico, lo aceptará. En caso contrario encontrará otra vía.

b.d) *Especial actuación en materia de sociedades.*

Es conocida la gran labor realizada por el Notariado en la reacción y desarrollo del Derecho de sociedades, especialmente en formas sociales tan domésticas como la sociedad de responsabilidad limitada.

Distinta actuación según los diferentes tipos de sociedades.

Pues bien, el desarrollo extraordinario del Derecho de Sociedades es una característica de los sistemas jurídicos actuales. Pero deben distinguirse claramente dos tipos de sociedades: las pequeñas y medianas empresas y las grandes empresas. El ejercicio de la función notarial es totalmente diferente en unas y otras, aun contando con una misma legislación de cobertura para unas y otras.

1. **La actuación notarial respecto de las sociedades de tipo familiar** debe ser de tipo tuitivo. La extraordinaria complejidad que ha alcanzado la legislación sobre sociedades mercantiles puede llevar a muchas pequeñas empresas a situaciones de ilegalidad o de ruina por incumplimiento de deberes legales o falta de un adecuado asesoramiento.

La labor notarial debe tener como objetivo:

a) Evitar las situaciones de irregularidad en todos los órdenes del cumplimiento de la legislación jurídico-privada (de vigencia de los cargos de los órganos de administración, adaptación de sus estatutos a la cambiante legislación, cumplimiento de los tiempos en los acuerdos periódicos de aprobaciones de cuentas).

b) Llevar al régimen estructural y dinámico de la sociedad contenido en los estatutos sociales y en la escritura de constitución, las especialidades y mecanismos que permitan el mantenimiento del carácter familiar o cerrado, en lo que la doctrina más reciente y especializada encabezada por VÍCTOR-MANUEL GARRIDO DE PALMA ("El órgano de administración de la sociedad anónima de carácter familiar. Caracteres específicos" en Seminario sobre *La empresa familiar ante el Derecho. El empresario individual y la sociedad de carácter familiar*, Universidad Internacional Menéndez Pelayo, Santander 1994, p. 297) denomina "**el protocolo familiar**", regulando adecuadamente a ese fin el capital social, su integración y distribución, las restricciones a la libre transmisión de ac-

ciones o participaciones, incluso su prohibición, el régimen de exclusión o separación de socios, prohibiciones de concurrencia de administradores, prestaciones accesorias, quórum de constitución y votación en las Juntas Generales, etc.

Se trata pues de huir de lo que LÓPEZ BURNIOL (p. 208) denomina “estandarización” de sociedades; es decir, el que “...el mismo ropaje estatutario viste las grandes empresas industriales que las pequeñas compañías comerciales, las corporaciones con capital de múltiple procedencia que las sociedades familiares”.

c) Colaborar en la redacción de acuerdos sociales de especial trascendencia desde el punto de vista jurídico-social, llevanza o acompañamiento de los libros sociales, depósitos de cuentas, etc.

162 En suma, se trata de proporcionar un asesoramiento y consejo constante o continuado. Es una labor de asistencia continuada o de seguimiento permanente que exige una relación y comunicación constante entre el notario y su cliente, en este caso social.

Y no se piense en que de este modo se está sólo protegiendo y proporcionando seguridad jurídica a la sociedad en cuestión, pues la que así se crea es seguridad de tráfico jurídico, pues de este modo las sociedades estarán contratando y actuando en el mercado revestidas de un manto de regularidad y legalidad que evitan cualquier quiebra contractual por falta de legitimación. Lo que al final redundará en la fluidez del sistema.

2. Por el contrario, **las grandes sociedades**, de gran capital, mayor complejidad en entramados de grupos de sociedades, están generalmente dotadas de sus propios asesores económicos, financieros, jurídicos y fiscales. De modo que la configuración de sus estructuras y actos sociales viene generalmente muy meditada y decidida. La función notarial informadora y asesora en estos casos será generalmente superflua. Pero no la función controladora de la legalidad, que es

el campo en el que el notario, en estos casos, debe cuidar su actuación. Ello le exigirá generalmente un conocimiento de disposiciones legales muy determinadas (objetos sociales con regulaciones específicas como seguros, instituciones de inversión colectiva, entidades de crédito, mediación financiera y bursátil, inversiones extranjeras, inmobiliarias, etc.).

3. *Las actas notariales de junta general.*

Un nuevo campo de actuación se ha abierto al Notariado español después de la reforma del Derecho de Sociedades introducido por la **Ley 19/1989 de 25 de julio de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de sociedades.** Se trata de las actas de junta general.

No es que con anterioridad no se pudieran levantar actas en la celebración de sesiones de juntas generales de sociedades. La diferencia es que la regulación actual permite que esas actas no sean unas actas notariales de presencia ordinarias, sino que tengan la consideración jurídica, a todos los efectos legales, de acta de junta general, de modo que queda el Secretario relevado de extender el acta ordinaria, llevando al Libro de actas de la sociedad una copia autorizada del acta notarial. Teniendo esta virtualidad y eficacia está sometida a rigurosos requisitos (sólo puede ser instada por el representante legal de la sociedad, o a su propia decisión o a solicitud de socios, el notario debe comprobar la vigencia de los cargos ejecutivos de la sociedad, en el acta se hacen constar literalmente los acuerdos adoptados, etc.) y produce efectos inmediatos (la innecesariedad de la lectura y aprobación del acta, que redacta el notario por sí, etc.).

Siendo un nuevo campo de actuación no está exento de problemas de ejecución (si hay requerimiento notarial es porque algo no va bien en las relaciones entre socios, son generalmente molestas y prolongadas, se producen la mayoría en el mismo período de tiempo, pueden producir bloqueos en las notarías, etc.).

Pero tales problemas deben tener soluciones tanto individuales como corporativas (turnos especiales, recepción de solicitudes en los Colegios, sustituciones especiales, etc.), porque una adecuada actuación profesional en este campo, presidida por un exquisito respeto a la legalidad vigente y por una clarísima imparcialidad, puede abrir una nueva perspectiva a la actuación notarial, compensadora de aquella estandarización estatutaria de la que antes se hablaba.

4. *Las especialidades societarias en la Unión Europea.*

La materia del Derecho de sociedades es especialmente sensible a la actuación inter estatal, por la razón de la movilidad de los agentes económicos y la circulación de capitales. Por esta razón, se trata de un campo en el que la actividad legislativa comunitaria ha sido profusa, en dos campos.

164 a) En primer lugar en la aprobación de Directivas comunitarias. Existen **ocho Directivas en materia de sociedades mercantiles**, la primera de 1968 y la última de 1984 que afecta a aspectos sustantivos, contables y fiscales. Precisamente la reforma del Derecho de sociedades realizada en España entre los años 1989 y 1995 responde al cumplimiento del deber de adaptación a dichas Directivas.

Se trata, pues, de una materia en la que la armonización europea está muy avanzada. Y en lo que respecta a la concreta actuación notarial, con independencia de los graves problemas que ha proporcionado a la práctica una reforma tan profunda, sólo indicar un aspecto de notable interés: la reforma ha llevado a uniformar la concepción del poder de representación o ámbito representativo del órgano de administración social, siguiendo el modelo alemán, es decir, imponiendo la norma de la atribución a dicho órgano de la totalidad de las facultades ejecutivas y representativas de la sociedad, relegando las posibles limitaciones al orden interno sin trascendencia frente a terceros, y dejando la competencia de la Junta General a un papel deliberante y sólo deci-

sorio respecto de la aprobación de las cuentas anuales, y el control del órgano de administración, su nombramiento y cese. La consecuencia inmediata de este sistema en la documentación notarial es la innecesariedad de acreditar facultades, sino sólo el nombramiento y vigencia del cargo.

b) En segundo lugar, en la creación de figuras societarias de ámbito europeo, sometidas por tanto a un Derecho supra estatal, el Derecho de la Unión Europea.

En tal sentido se pueden citar:

1. **La Agrupación Europea de Interés Económico**, que tiene carácter auxiliar y actúa en el ámbito de la cooperación transaccional para la ejecución de proyectos comunes. Existe un **Reglamento de 1985** que regula las AEIE constituidas en cualquier Estado de la Unión Europea con miembros de otros Estados. Y en España, para las creadas en España entre españoles, y con carácter supletorio de la legislación comunitaria, la **Ley 12/1991 de 29 de abril que regula la Agrupación de Interés Económico española**.

165

2. **La Sociedad Europea**, cuya propuesta de Reglamento está de momento en período de discusión en la Comisión, sobre un proyecto de estatuto, cuyos primeros trabajos se remontan a 1970. La creación de la sociedad europea puede ser por fusión de varias sociedades nacionales, o bien constituida como "holding" internacional, o también como filial común.

La aprobación de este Reglamento significará un paso importantísimo para la reestructuración empresarial, logrando la cohesión interna, y un gran instrumento de competitividad externa.

b.e) Contratación vía informática.

La tecnología del intercambio electrónico de datos se está extendiendo entre la población en los últimos años, a una velocidad sólo comparable a la rapidez con que los avances técnicos y científicos le proporcionan mayor versatilidad y utilidad.

La transmisión de mensajes entre personas distanciadas en el espacio da lugar a un intercambio de datos e informaciones. Pero lo que al Derecho Privado en general y al Patrimonial en especial interesa es el intercambio de manifestaciones o declaraciones de voluntad, que ya empiezan a realizarse, y que pretenden producir efectos jurídicos, crear relaciones jurídicas, derechos, obligaciones, etc.

La contratación electrónica puede ser tan abundante como puedan serlo las posibilidades de ofrecer productos y servicios a personas con las que se pueda conectar por estos medios electrónicos o telemáticos; es decir, las posibilidades inmensas y los eventuales destinatarios, a millones.

La movilización de los juristas en esta materia se está produciendo con gran rapidez. Así:

— UNCITRAL.

— UINL. Comisión para la Seguridad en la Reglamentación Electrónica.

— Unión Europea, la Comisión Informática de la Conferencia de Notariados de la Unión.

— Naciones Unidas, Comisión para el Derecho Mercantil Internacional.

— ABA “American Bar Association”, en cuyo seno se ha creado una sección, “Cyber Notary Commitee” para impulsar el desarrollo de la profesión notarial en EEUU, precisamente en el campo del comercio electrónico.

A su amparo se ha aprobado ya una ley en el Estado de Florida sobre “legalizaciones electrónicas”, más extenso en el Estado de Utah, que se ha generalizado a la mayoría de los Estados.

Y también como resultado de los trabajos de esta Comisión se ha presentado un proyecto de ley de regulación del ciber-notario.

— Italia: el proyecto de ley sobre documentos electrónicos, equiparando los efectos de estos documentos a los tradicionales en papel, siempre que cumplan los requisitos legales, que finalmente dio lugar al Reglamento relativo a Actos, Do-

cumentos y Contratos en forma electrónica, aprobado por el Consejo de Ministros de 5 agosto 1997.

Es preciso pues, analizar la cuestión desde el punto de vista de la actividad notarial. Para el entendimiento de esta materia resulta extraordinariamente pedagógico el magnífico estudio realizado por DIEGO SIMÓ SEVILLA, notario de Valencia y presentado como ponencia el día 19 agosto 1997 en el Seminario sobre "La protección de los consumidores ante las nuevas técnicas comerciales" en la Universidad Internacional Menéndez Pelayo en Santander, pendiente de publicación.

Es curioso y aleccionador comprobar que a pesar del origen norteamericano de la tecnología informática y por tanto de la aplicación a ella no sólo del idioma inglés y la cultura anglosajona, sino también de los mecanismos jurídicos propios de ese sistema, que no son homologables en el nuestro, a la hora de buscar mecanismos nuevos que proporcionen certidumbre se están introduciendo por esta nueva vía nociones y esquemas del sistema notarial del Derecho romano-germánico, incluso en la legislación de algunos Estados de EEUU. En este sentido es digno de citar el tratado elaborado por TED BARASSI, presidente del Comité del Ciber-Notario del Colegio Americano de Abogados (ABA), sobre la ignorada y amplia actividad del escribano en su significación latina y las razones en las que se basa la necesidad de la creación de una adecuada categoría profesional en los EEUU.

El punto de partida para la admisión de la contratación por vía informática o telemática es el mecanismo civil de la concurrencia de la oferta y la aceptación (art. 1.262 C.c.).

En el Congreso de la UINL celebrado en 1992 en Cartagena de Indias, y al hilo de la ponencia presentada por VICENTE DE PRADA titulada "El documento informático: su encaje en el sistema de Notariado Latino", se manifestó la propuesta del notario francés M. BURGAN de la celebración de contrato entre personas relacionadas por ordenador, me-

diante la presencia de un notario junto a cada una de las partes, de tal modo que el contrato y documento se formaliza en papel y por separado bajo la fe de cada uno de los dos notarios, y se transmite copia autorizada de uno a otro vía informática.

Pero la cuestión ahora planteada no es ésta. De lo que se trata es de la posibilidad de contratar por vía telemática directamente, prescindiendo del soporte-papel y por tanto del documento-papel. La novedad es que las dos declaraciones contractuales se producen por un mecanismo o medio electrónico o telemático, y en lo que se denomina “a tiempo real”.

A partir de ahí el gran problema que se presenta es el de la seguridad. Pero no seguridad tecnológica o electrónica, sino seguridad jurídica. Necesidad de certidumbre de la identidad del autor tanto de la oferta como de la aceptación, su identificación, capacidad, declaración exenta de vicios, titularidad, disponibilidad, etc.; evitación de suplantaciones, manipulaciones, alteraciones o errores; certidumbre del texto contractual, su inalterabilidad; etc.

En un reciente artículo suscrito por LUIS SÁNCHEZ LLORIS (responsable del Departamento de Información y Sistemas de la empresa valenciana “Futuros de Cítricos y Mercaderías de Valencia, S.A.”) y publicado el día 6 de diciembre de 1997 en el Boletín Informativo de la Fundación de Estudios Bursátiles y Financieros de Valencia, se plantea la cuestión de la “Seguridad en la red Internet”, y lo hace enumerando como riesgos de la transferencia de documentos, los siguientes: “Suplantación del emisor (autenticidad). Alteración del documento original (integridad). Lectura del documento por parte de terceros (confidencialidad). Y conservación de los documentos (almacenamiento)”.

Es curioso comprobar, que esos riesgos y esas necesidades de la contratación electrónica y telemática son precisamente los mismos riesgos y las mismas necesidades que en el documento-papel han sido resueltas desde siglos por la actividad

de los notarios, que hemos garantizado y asegurado la autenticidad del documento, su integridad, su confidencialidad y su custodia y almacenamiento. En un mundo como el informático con un lenguaje especializado y a veces críptico e ininteligible para los profanos, no deja de sorprender la coincidencia exacta de estos términos con los habitualmente utilizados por los comentaristas y teóricos del Derecho notarial.

El mecanismo que se ha ido ideando y se va imponiendo es el denominado **sistema criptográfico asimétrico**. Consiste en codificar un mensaje que sólo puede ser creado y modificado por su autor y sólo puede ser leído por el receptor o receptores elegidos por el emisor el cual no puede manipularlo.

El mensaje se cifra y se descifra mediante claves. Las claves se suelen también denominar “firma digital” o “sello digital”. La clave está compuesta por códigos matemáticos relacionados. Es doble, tiene una parte pública y una privada. La parte o clave privada es secreta, sólo la conoce su titular y sirve para cifrar el mensaje; y la pública puede ser conocida por las personas a quien interese, los destinatarios, y sirve para descifrar el mensaje. El carácter secreto y personal de la clave privada produce una doble garantía: asegura la autoría del mensaje, y la inexistencia de alteraciones en el mismo. Y asegura igualmente la confidencialidad, pues sólo la persona que disponga de la clave pública podrá descifrar el mensaje.

Remitido el mensaje que contiene la oferta y recibido de este modo, en el caso de que haya coincidencia de intereses, la aceptación se produce por el mismo procedimiento.

Con el sistema de cifrado o firma digital, se puede decir que se asegura la confidencialidad, la integridad del mensaje y la autenticidad del autor. A juicio de SÁNCHEZ LLORIS se puede “asegurar que todos estos mecanismos hacen más seguro un documento electrónico que uno de papel”.

Ello será cierto en el estrecho marco que acabamos de mencionar, es decir, en el ámbito de la necesidad de seguri-

dad electrónica o de la red. Pero desde luego con el sistema descrito, no se garantiza la integridad de la declaración de voluntad, su exención de vicios del consentimiento o su declaración; ni tampoco la acreditación de la titularidad dominical de los bienes, en especial inmuebles, su situación de cargas y gravámenes; ni se resuelve tampoco la necesidad de asesoramiento, asistencia y consejo de todo contratante en general y con relación a inmuebles en particular; ni se realiza ningún filtro o control de legalidad. En definitiva, no se garantiza la seguridad jurídica.

Esa necesidad de seguridad y garantías jurídicas se da a lo largo de todo el proceso, y por tanto en varios momentos.

1. El momento de generación de la clave. La clave puede adquirirse por creación propia o bien por cesión de una empresa especializada. La solicitud y asignación son verdaderas declaraciones de voluntad negociales, ya que una vez concedida y asignada produce una vinculación general por el tiempo que se haya pactado.

170

Habida cuenta de la aptitud de la clave para su utilización repetida, sostiene SIMÓ SEVILLA la equivalencia y equiparación de esta situación con la del poder general.

En consecuencia: 1) la solicitud de la clave debería constar en instrumento público, al objeto de que el solicitante recibiera la necesaria información y asesoramiento acerca de los drásticos efectos jurídicos de la clave (art. 1280-5 C.c.). 2) El contenido de la clave puede ser variado, pero si las facultades que confiere se pretende que excedan de los actos de mera administración, esta circunstancia debe constar de modo expreso (art. 1713 C.c.). 3) Su duración puede ser indefinida o a plazo, pudiendo por tanto establecerse un plazo de caducidad. 4) La revocación de la clave se formalizará también en instrumento público.

Los efectos jurídicos de este sistema son los regulados en las leyes civiles para el poder de representación. Es decir, la vinculación del poderdante en todo lo hecho dentro de los

límites y vigencia temporal del poder; los efectos extintivos de la revocación; y las medidas de perduración de la vinculación más allá de su extinción en beneficio de los terceros de buena fe entendidos como ignorantes de la extinción.

Sin embargo, frente a este sistema de formalización notarial de la obtención de la clave, se presenta el sistema defendido por las empresas de creación de claves, que mantienen su hegemonía en el mercado mediante el procedimiento denominado de “certificación” de la autenticidad de la pertenencia y de su vigencia temporal, que, al proceder de una entidad privada, requerirán siempre algún tipo de homologación oficial mediante algún tipo de licencia o de encadenamiento de certificaciones hacia arriba hasta llegar a una “autoridad certificante” tan superior que pueda ser universal o planetaria.

El Reglamento italiano deja en esta materia una puerta abierta a su posterior desarrollo, pues atribuye esa función de certificación y custodia simultánea a “sujeto, público o privado”.

171

2. El momento del uso de la clave. Plantea numerosas cuestiones: la imputación del mensaje; la necesidad de garantizar la autenticidad de la pertenencia de la clave, el enlace entre la clave y su titular, y la exclusividad de la utilización por éste y no por otro.

Ello ha dado lugar a la creación de sistemas de depósito de claves.

a) En cuanto a la clave privada más que una necesidad absoluta es algo aconsejable para evitar que el fallecimiento o incapacidad sobrevenida del titular deje la clave inoperante, o evitar que la opacidad absoluta de la clave encubra situaciones de coacción, delictivas, etc. El mecanismo ideado para ello es el depósito de una copia de la clave (en disquette o tarjeta) bien en poder de la propia entidad emisora de la clave (sistema de EEUU) o el depósito notarial (sistema regulado en el Reglamento italiano, con las formalidades del testamento cerrado). La garantía de confidencia-

lidad y secreto, y deber de colaboración con la Administración son ya características propias del Notariado.

b) En cuanto a la clave pública la necesidad es absoluta. La autenticidad de la clave sólo puede ser garantizada por un tercero de confianza, lo que los americanos llaman “autoridad de certificación” o en traducción más libre y acertada “entidad certificante”. ¿Quién debe desempeñar esa función?

En la práctica de EEUU esta función la están desarrollando las compañías proveedoras de los servicios telemáticos, mediante certificaciones, de efectos jurídicos muy limitados, por lo que acaban necesitando una homologación pública superior que proporcionará valor jurídico a las certificaciones, y que en el ámbito internacional lleva a la necesidad de otra certificación superior, o sea a una cadena de certificaciones de ingnorado fin, o tan superior que pueda ser planetaria o universal. Todo ello ha dado lugar a la llamada “infraestructura de clave pública” (PKI).

172

No es difícil imaginar aquí una actuación notarial dirigida a autenticar la titularidad de una clave con referencia al **depósito previo o archivo de copia de la clave** y de sus vicisitudes posteriores, como la ampliación, reducción, revocación, extinción, etc. A modo de un “protocolo electrónico”. El Reglamento italiano extiende también a la clave pública el depósito notarial antes citado.

En el mismo acto notarial el interesado autorizará al notario para expedir copias o testimonios del documento a quien acredite interés por haber recibido un mensaje cifrado con la clave privada y pretenda comprobar su paternidad. No hay gran dificultad en adaptar este tipo de acto notarial compleja a las actas del artículo 202 del Reglamento Notarial de legitimación de firma de documento extraprotocolar.

Y la eficacia de esta actuación autenticadora del notario en el ámbito internacional está ya construída y asegurada por el método ordinario de todo documento notarial. Y gozaría además de la ventaja del entramado organizativo de la

Unión Internacional del Notariado Latino para formar un esqueleto de una cadena de legalizaciones en ámbito mundial.

El proyecto de ley italiana regulaba la “Autoridad Notaria de Certificación”, disponiendo las claves criptográficas que están a su cargo, y enumerando pormenorizadamente sus facultades. Pero esta regulación no ha pasado al Reglamento.

En España existe ya la Agencia de Certificación Electrónica (ACE) formada por entidades financieras y medios de pago, para certificar transacciones electrónicas que ha realizado las primeras pruebas con el protocolo denominado SET (Security Electronic Transaction) y que permite asegurar la confidencialidad de la transacción, la dificultad del descifrado por personas ajenas y la garantía de integridad de la información. O sea, garantiza la seguridad electrónica pero no la sustantiva o jurídica.

3. **El momento formalizador.** Es claramente el más complejo. Utilizando los mismos medios, el procedimiento se desarrollaría remitiendo el mensaje cifrado el oferente mediante la inserción de su clave en presencia del notario; el mismo procedimiento el aceptante; y en ambos casos, la adición por el notario de su propia clave o firma digital, previo cumplimiento de sus funciones previas de asesoramiento y control de legalidad; naturalmente la actuación notarial sería doble, un notario en cada uno de los lugares de origen de los mensajes cifrados.

Este sistema ha sido aceptado en germen por la **Directiva sobre la Firma Digital de la American Bar Association** que junto al certificado ordinario de la clave regula otro denominado “certificado contractual” que “refleja los procedimientos tradicionales de certificación llevados a cabo por los notarios latinos y ciber-notarios”.

El **Reglamento italiano** regula una especial forma de actuación notarial en este momento “formalizador”. El notario autentica la firma digital. Pero esta autenticación es más amplia que la mera legitimación de firma. Es preciso que la

firma digital sea puesta en presencia del notario por su titular; y se completa con la comprobación de la identidad del mismo, la validez de la clave utilizada, y el hecho de que el documento firmado responde a la voluntad del interesado y no está en contradicción con el Ordenamiento Jurídico.

Por tanto hay una actuación y eficacia autenticadora de la identidad del titular, de la puesta de su firma, de su declaración de voluntad (lo que exige la previa calificación de la capacidad del interesado, indagación de su voluntad, y la recepción de su declaración) y del control de legalidad del contrato (que exige el asesoramiento y consejo).

De todo lo dicho se puede obtener la conclusión de que una cosa es la seguridad electrónica o de la red, y otra la seguridad jurídica. Que la primera se puede prestar por medios electrónicos. Pero que la segunda exige la presencia de un tercero imparcial que cubra determinadas necesidades de garantía y seguridad jurídicas, que son las que desde antiguo viene prestando el Notariado, y para lo que está perfectamente preparado.

174

Pero hay que reconocer también que es preciso pues profundizar en estas ideas, y hacerlo rápidamente, porque si el problema jurídico más necesitado de resolución es el de la seguridad jurídica preventiva en el ámbito contractual, el sistema notarial debe proporcionar los instrumentos necesarios para seguir cumpliendo su genuina función antes de que el mercado invente nuevos mecanismos externos, que sin duda lo hará.

El desarrollo de estas técnicas sin la presencia notarial impedirá en el futuro nuestra intervención de manera definitiva, de modo que se corre el riesgo de quedar reducido al "soporte-papel" que en no muchos años será una antigüedad.

En el fondo estamos ante un momento de cambio en los medios de actuación, no en los principios ni en las necesidades sociales. El cambio es el papel por el soporte electrónico y telemático. ¿No debió ocurrir algo parecido de la tablilla al papiro, de éste al pergamino y de éste al papel?

No debemos olvidar las acertadas palabras de PAUL CHARDON (RIN, núm. 94, 2.º semestres 1997, p. 166) “el notario deberá tornarse en el guardián de la prensa informática. O aseguramos la validez de esta prueba, o el acto notarial desaparecerá”.

F) Función notarial y Derecho de familia.

La intervención notarial en materia de Derecho de familia es abundante en todos los países. Se trata de una rama del Derecho en el que a pesar de intervenir con intensidad principios protectores de personas con capacidad limitada (menores, incapaces, etc.), que son de orden público y por tanto inderogables por pacto, sin embargo hay un ámbito de actuación muy extenso a la autonomía privada y a la convención, donde la actuación notarial tiene su campo de actuación genuino.

175

Especial referencia al matrimonio, separación y divorcio y a la constitución y disolución de uniones de hecho.

Es ésta una de las materias en que, al menos en Derecho español, se manifiesta con más intensidad la posibilidad de trasvase a la competencia notarial de determinadas materias instaladas ahora en la competencia judicial bajo la rúbrica genérica de la mal llamada “jurisdicción voluntaria”, que ni es jurisdicción (porque no hay *iuris dictio*, decisión judicial, al no haber contienda o contradicción el juez no juzga), ni tampoco es voluntaria (porque en muchos casos es más necesario o inevitable que un pleito en sentido estricto).

Veamos varios casos separadamente.

a) *El matrimonio.*

El matrimonio contraído en España entre extranjeros se celebra con arreglo a la ley española o a la personal de cual-

quiera de ellos (art. 50 C.c.), lo que significa que si esa ley extranjera permite la celebración del matrimonio ante notario, en tal caso el notario español podrá autorizar ese matrimonio.

En cambio el matrimonio que contraen en España los españoles sólo puede celebrarse ante el juez o alcalde o delegado de éste (art. 49 C.c.).

Con independencia de lo anómalo o paradójico que puede resultar esa diferencia en beneficio de los extranjeros, sin prejuzgar sobre la naturaleza del matrimonio ni afirmar tampoco que el matrimonio sólo produzca efectos patrimoniales, lo cierto es que el contenido propio del matrimonio desde el punto de vista negocial o contractual, es la coincidencia de dos declaraciones de voluntad, dos prestaciones de consentimiento entre personas capaces, formada y expresada libremente y con conocimiento de sus efectos. Es decir, el contenido típicamente negocial, nada alejado de la constitución de cualquier tipo de entidad de tipo asociativo.

176

La actuación del funcionario autorizante es de homologación o constatación de la declaración libre de voluntad, de prestación del consentimiento al negocio jurídico que se trata de celebrar y de formalización documental del acta de matrimonio que despues será título suficiente para su inscripción en el Registro Civil a los efectos publicitarios del cambio del estado civil de los contrayentes.

No existe ninguna razón, más que el lastre histórico para que los matrimonios no se celebren mediante el otorgamiento de la correspondiente escritura pública, que, desde luego, tendría carácter *ad substantiam* o *ad solemnitatem*.

b) *La separación y el divorcio.*

La separación y el divorcio están configurados en España como un procedimiento judicial en sentido estricto, es decir, un proceso en el que se ejercita una determinada pretensión, y que termina con sentencia en la que el juez

decreta la separación y el divorcio, o los rechaza (arts. 83 y 89 C.c.).

Ahora bien, en el caso en que tal pretensión es ejercitada de común acuerdo por ambos cónyuges, que son los únicos que se pueden oponer a tal pretensión, la actuación del juez se limita a la coprobación de los presupuestos de hecho objetivos de la situación (capacidad de ambos cónyuges, libre declaración de su voluntad de separarse o divorciarse, cumplimiento de los plazos legales, etc.), por tanto, se trata de una actuación de pura constatación u homologación de hechos objetivos, y en consecuencia no hay razón alguna para no alterar aquella configuración de modo que pueda también atribuirse ese tipo de actos a la competencia notarial.

A lo anterior hay que añadir además dos datos:

Uno, que es unánimemente admitido por la doctrina, la práctica y los Tribunales, que la reconciliación de los cónyuges separados (no los divorciados) se formalice en escritura pública, poniendo así fin a la situación de separación (art. 84 C.c.).

177

Y dos, que el Código Civil español enlaza determinados efectos a la situación de separación de hecho formalizada en escritura pública. Concretamente, tras la reforma de 13 de mayo 1981 el cónyuge supérstite sin descendientes en la sucesión intestada es postergado a los colaterales cuando estuviere “separado de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente” (art. 945). Y esta misma norma es aplicada por algunos comentaristas en materia de legítima para dotar de contenido al artículo 834 que atribuye la legítima al cónyuge viudo que “al morir su consorte no se hallare separado o lo estuviera por culpa del difunto...”, ya que tras la reforma de 7 julio 1981 ya no hay necesidad de declaración judicial de inocencia o culpabilidad, y menos en casos de mutuo acuerdo.

Todo lo hasta aquí dicho en materia de separación y divorcio se entiende sin perjuicio de la actuación necesariamente judicial en relación con los hijos del matrimonio, pues

las decisiones al respecto sí suponen la declaración o al menos la protección de derechos ajenos a ambos cónyuges.

Por tanto, la propuesta anterior sólo es factible cuando no hay hijos o éstos son mayores de edad, o la protección de su situación ha sido de antemano dictada por el juez.

c) *Uniones civiles.*

Las situaciones de uniones entre personas no relacionadas por vínculos matrimoniales, y sean del mismo o diferente sexo, y lo sea con parentesco o sin él, es materia que se ha desarrollado en los últimos años al margen del puro Derecho civil, a cuya luz estas situaciones no pasaban de ser meras uniones de hecho.

178 Sin embargo, se ha ido desarrollando una línea doctrinal y jurisprudencial de reconocimiento de determinados derechos derivados de tales situaciones, en relación con prestaciones sociales como las pensiones de viudedad, en el ámbito patrimonial, titularidad dominical de los bienes adquiridos durante la unión, repercusiones fiscales, etc.

Las **leyes de 13 mayo 1981 y 7 julio 1987** de reforma del Código Civil, admitieron la posibilidad de la adopción conjunta de hijos por parejas unidas de forma permanente.

La **Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 noviembre 1994** reconoce el derecho a la subrogación de la vivienda arrendada en caso de fallecimiento del arrendatario, a “la persona que hubiere venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la de cónyuge...”.

En el ámbito de la Comunidad Económica Europea (hoy Unión Europea) la **Resolución del Consejo de Europa de 7 mayo 1988** postula el reconocimiento de los efectos de los pactos y contratos matrimoniales de hecho. Y la **Resolución del Parlamento Europeo de 8 febrero 1994** reconoce el principio de igualdad de trato a todos los ciudadanos europeos con independencia de su orientación sexual.

La cuestión de la regulación de las denominadas uniones de hecho no es desde luego fácil, pues toda reglamentación de una situación de hecho la convierte por definición en relación jurídica. Pero sobre todo porque cualquier intento de regulación se debate entre los principios de libre desarrollo de la personalidad contenido en el artículo 10 y no discriminación establecido en el artículo 14, ambos de la Constitución Española, y el deber de protección social, económica y jurídica de la familia, consagrado en el artículo 39 de la misma Constitución. Y ello sin entrar en el debate acerca del origen exclusivamente matrimonial de la familia o por el contrario, la desconexión entre una institución y otra. Y todo ello adobado además por la tesis jurisprudencial de la protección constitucional del matrimonio (art. 32 CE), lo que no ocurre con la unión no matrimonial.

En la actualidad están en trámite en el Parlamento español varias proposiciones de ley sobre regulación de las uniones o parejas de hecho (son cuatro en total, presentadas por los Grupos parlamentarios del Congreso, Popular, Socialista, de Izquierda Unida y Coalición Canaria).

Todas ellas utilizan la técnica legislativa de la "Ley modificativa", es decir, una ley que establece algunos principios rectores (en este caso la definición de lo que deba entenderse por unión de hecho o pareja de hecho o contrato de unión civil) y a continuación modifica parcialmente una serie de leyes vigentes, en aquellas materias en que a la unión o pareja de hecho se le debe reconocer eficacia jurídica (obligación de prestar alimentos, derechos sucesorios en la sucesión intestada, en relación con la declaración de ausencia legal y sus efectos, derecho de traslado en materia de contrato de trabajo, pensión de viudedad y auxilio o indemnización por fallecimiento, excedencia voluntaria del funcionario público en caso de agrupación familiar, beneficios fiscales en el impuesto de sucesiones, etc.).

Pero la orientación de la configuración y definición de la situación que tratan de regular es diferente.

Tres de ellas (Socialista, Izquierda Unida y Coalición Canaria) contemplan la unión o pareja de hecho como una situación creada por la realidad social y **nacida de la notoriedad** de los hechos. Por tanto las únicas formalidades que exigen son de finalidad probatoria de tal situación. Y en consecuencia admiten como medios de prueba o “acreditación” la inscripción en los registros específicos o documento público.

180

La cuarta proposición (Grupo Popular) regula la denominada “unión civil”. Se configura la unión civil como un contrato entre personas mayores de edad, no casadas, y sin consideración alguna al sexo, que acuerdan convivir y prestarse ayuda mutua. Es por tanto un **contrato creador** de una determinada situación, que produce relaciones jurídicas, derechos y obligaciones. Su configuración es pues mucho más amplia. Se rige por un amplio principio de autonomía en orden al régimen económico, que puede ser cualquiera de las modalidades de los regímenes matrimoniales y al régimen sucesorio que se puede establecer, por tanto, extratestamento. Con el fin de obtener la necesaria seguridad jurídica se establece obligatoriamente la forma documental pública notarial y la inscripción en el Registro Civil.

Cualquiera que sea la orientación que finalmente triunfe en el Congreso, y la ley que definitivamente se apruebe, el Notariado debe estar preparado para asumir este nuevo tipo de documentación, estudiarla, desarrollarla y ofrecer a la sociedad un nuevo servicio, que por afectar a cuestiones tan íntimas de los ciudadanos como es el de la estructuración de su entorno vital, produce un gran calado en la sociedad.

G) Función notarial y Derecho de sucesiones.

También en un campo de actuación tan genuinamente notarial como el Derecho de sucesiones en que, al menos en España, la competencia notarial en esta materia ha reducido notablemente la intervención de otros profesionales del De-

recho (abogados, asesores fiscales, etc.) se puede comprobar la existencia de varios casos de expedientes de los llamados de jurisdicción voluntaria cuyo trasvase de la competencia judicial a la notarial es claramente posible. Así:

1. **El reconocimiento del testamento ológrafo** (arts. 690 y ss. C.c.). El juez comprueba la identidad del testador y la autoría del testamento, y ordena su protocolización por notario. Su función es pues de pura comprobación u homologación para terminar con la protocolización notarial, por lo que tanto su fundamento como el principio de economía procesal aconsejan abiertamente su traslado a la competencia notarial.

2. **El reconocimiento del testamento cerrado** (arts. 712 y ss. C.c. y 1956 y ss. LEC). El procedimiento, similar al anterior consiste en el examen del pliego o sobre cerrado, su apertura en presencia del notario que en su día hubiere autorizado el acta en el propio pliego o sobre y testigos, su lectura y posterior protocolización notarial.

181

En estos casos la comprobación de la identidad y capacidad del testador ya se realizó por el notario en el momento de extender el acta sobre el pliego o sobre. Por tanto, la ulterior actuación judicial sólo consiste en la comprobación de hechos, ni siquiera entra a analizar la legalidad del contenido de las disposiciones testamentarias.

Por eso tiene razón RODRÍGUEZ ADRADOS y nos recuerda RAFAEL GÓMEZ-FERRER SAPIÑA (p. 114) cuando dice que en esta materia la regulación de la LEC es insostenible. Y dice con acierto nuestro coordinador internacional (p. 114) que "Ningún derecho se garantiza por el juez en este acto que es de documentación, y cuya finalidad se ha logrado ya con la intervención notarial". La consecuencia final es la conveniencia de atribuir a la competencia notarial este tipo de actos.

3. **La determinación de herederos en la sucesión intestada.** Cumpliendo parcialmente las recomendaciones del Consejo de Europa sobre eliminación de tareas no propiamente jurisdiccionales del ámbito de los Tribunales de Justicia, el

legislador español realizó una tímida reforma admitiendo la atribución a la competencia notarial (pero sin excluirla de la judicial de modo que en la actualidad es compartida), de la determinación por medio de acta notarial de notoriedad, de los herederos del fallecido sin testamento.

La reforma, introducida por la **Ley 10/1992 de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal**, permite la actuación notarial, que desarrolla un nuevo artículo 209 bis del Reglamento Notarial introducido por **Real Decreto 1368/1992 de 13 de noviembre**, regulando el acta de notoriedad para la determinación de las personas llamadas por la ley a una herencia intestada, creando el Registro Informático Central para la comunicación de la iniciación de actas y la prohibición de expedición de las copias hasta veinte días después de esa comunicación.

Y al respecto es interesante hacer dos puntualizaciones:

182 *Una*, que no se comprende el porqué la reforma ha sido parcial, de modo que sólo se admite en los casos de sucesión entre cónyuges o línea recta, tanto ascendente como descendente, pero no en la colateral, en cuyo supuesto la competencia sigue siendo judicial exclusiva. Siendo idéntica la naturaleza de ambos supuestos el distinto tratamiento carece de fundamento, según ya puso de manifiesto la comisión notarial que informó en su día el proyecto (integrada por los notarios RODRÍGUEZ ADRADOS, CAMPO VILLEGAS y GARCÍA VILA, los dos últimos, además, jueces).

Y no es argumento en contra la dificultad de encontrar o de llegar al conocimiento de la existencia de los parientes colaterales, pues el notario puede por sí realizar todo tipo de publicaciones y edictos.

Y *dos*, el éxito indudable de la medida. Según resulta del estudio realizado desde el punto de vista económico y estadístico y publicado en 1995 por SANTOS PASTOR PRIETO, catedrático de Economía, el resultado es de mayor celeridad, notable abaratamiento y gran reducción de la actividad judicial.

1. Mayor celeridad porque la duración media es de los veinte días que el precepto reglamentario prescribe frente a los nueve meses de media del procedimiento judicial.

2. Notable abaratamiento, porque el coste de las actas de notoriedad no supone siquiera la cuarta parte del coste de la declaración judicial.

3. Y la reducción de la actividad judicial, porque la estimación que el citado autor realiza supone haber descargado a los juzgados de Primera Instancia de un 34 por 100 de la demanda de tutela judicial en jurisdicción voluntaria, y de un 11 por 100 de la demanda total civil.

Si éste es el resultado a pocos años vista de la reforma, cobra mayor peso la crítica señalada en la puntualización anterior. Y es además un argumento válido con carácter general para reivindicar el traslado de otro tipo de actuaciones de la competencia judicial a la notarial.

183

La sucesión en la vivienda y empresa agrícola, ganadera e industrial, familiar.

En los últimos años existe en España una tendencia legislativa protectora de la vivienda y la empresa familiar.

a) *La vivienda familiar.*

1. **El artículo 1.406.4 del Código civil**, que en su reforma de 13 mayo 1981 introdujo como novedad un especial derecho de adjudicación preferente de la vivienda familiar en la hijuela del cónyuge supérstite al tiempo de practicar la liquidación de la sociedad de gananciales.

2. **La Ley 14/1996 de 30 diciembre**, conocida como de "acompañamiento" de la de Presupuestos Generales del Estado, que establece la reducción de la base imponible del Impuesto de Sucesiones en un 95 por 100, en la adjudicación de la vivienda familiar, al cónyuge viudo, descendientes, ascendientes o colaterales mayores de sesenta y cinco años

que hubiesen convivido con el causante durante los dos últimos años.

b) *La sucesión en la empresa familiar agraria y ganadera.*

La tendencia de la legislación española actual protectora de la empresa familiar tiene varias manifestaciones:

1. **El artículo 1.406.2 del Código civil** establece la misma preferencia en la adjudicación al tiempo de la liquidación de la sociedad de gananciales, de la explotación agrícola, comercial o industrial del cónyuge que la hubiere llevado con su trabajo.

2. **La Ley 19/1995 de 4 de julio de Modernización de Explotaciones Agrarias** establece una serie de medidas destinadas a crear explotaciones agrarias viables y competitivas, creando la nueva figura de la “explotación prioritaria”, título que se otorga por la Administración previo cumplimiento de determinados requisitos.

El desarrollo de este tipo de explotaciones se incentiva con numerosos beneficios fiscales en todo tipo de tributos, incluso los que gravan las transmisiones, tanto *inter vivos* como *mortis causa*.

3. **La Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 1973** fue objeto de modificación parcial por la citada en el apartado anterior, introduciendo determinado orden específico de suceder en la explotación prioritaria, que modifica los términos establecidos en el Derecho Civil puro.

Y atribuye importancia decisiva a los efectos sucesorios a la designación del titular en su testamento y a la condición de cooperador habitual del adquirente, en el cultivo de la explotación.

4. **La antes citada Ley 14/1996 de 30 diciembre de “acompañamiento”** de la de Presupuestos Generales del Estado, establece la reducción del 90 por 100 de la base imponible del Impuesto de Sucesiones en la adjudicación al cónyuge o descendiente, de la empresa individual o participaciones en sociedades familiares.

H) El notario y la ejecución de garantías reales (prenda e hipoteca) sobre bienes muebles e inmuebles.

Estando en el Derecho español sancionado con nulidad el denominado tradicionalmente pacto comisorio, que permite al acreedor hacer suya la cosa gravada en caso de incumplimiento por el deudor, la única forma de ejecución de garantías reales ha sido siempre la pública subasta.

La subasta es figura generalmente admitida en Derecho español, no sólo en relación con la ejecución de garantías reales, sino también en otros campos del Derecho. Prescindiendo de las subastas públicas, especialmente como mecanismo de contratación por las Administraciones, y concretándonos sólo en las de Derecho Privado, se pueden citar: la subasta de acciones del socio moroso en el desembolso de los dividendos pasivos de la sociedad anónima (art. 45.2 LSA de 1989); de los bienes muebles adquiridos a plazos en caso de incumplimiento del pago del precio (Ley de 1965) que se remite a la regulada para la prenda en el C.c.; etc.

185

Las subastas en algunos casos son forzosamente judiciales (venta del buque en condominio, art. 595 C.Co., o del buque hipotecado, Ley Hipoteca Naval, venta de acciones en situación de autocartera, art. 76 LSA, etc.); otras veces son forzosamente notariales (art. 1.872 C.c. para la prenda); y otras son competencia compartida con jueces (hipoteca inmobiliaria) o con corredores de comercio (venta acciones de sociedad anónima).

Interesa ahora destacar la ejecución de la garantía hipotecaria y pignoratícia.

a) *Ejecución de prenda.*

Regulada en el artículo 1.872 C.c. Este tradicional sistema de ejecución es objeto de una regulación muy escasa. En orden al procedimiento sólo se imponen dos reglas: *primera*, la necesidad de que el deudor y el titular de la cosa

pignorada sean citados a la subasta; y *segunda*, que si el acreedor se hiciere dueño de la cosa pignorada por quedar desierta la subasta, deberá dar carta de pago de la totalidad de la deuda.

Por tanto, salvando esas dos reglas imperativas, hay un amplísimo margen o ámbito de libertad para las partes al tiempo de contratar y para el notario en el momento de ejecutar la garantía, en orden a la determinación de la forma en que la citación debe realizarse, domicilio, plazos, publicaciones, forma de subastar, posibilidad o no de una o varias subastas, etc.

Carecemos en este caso de datos estadísticos al modo de los antes expuestos en las actas de notoriedad de determinación de herederos, pero es de todo punto evidente la rapidez con que estos procedimientos se desarrollan en las notarías.

186 Sentada esta afirmación cabría preguntarse por las garantías en especial en su comparación con los procedimientos judiciales. Teniendo en cuenta que en este tipo de actuaciones la actuación del juez es similar a la del notario, es decir, no son actos en los que intervenga la “*autoritas*” judicial en mayor medida que la que pudiera representar el notario, el grado de garantías que proporciona seguridad jurídica al resultado final de la ejecución depende del cumplimiento de los trámites de citaciones y publicidad.

Los requerimientos de pago al deudor y al titular de los bienes pignorados, y las citaciones a los mismos sujetos, para la subasta, garantizan el derecho de éstos. Las publicaciones de edictos de convocatoria de la subasta dirigidos al público en general, garantizan el carácter público de la subasta y la posibilidad de todo ciudadano de acudir a ella. La posibilidad de presencia tanto activa como pasiva en el desarrollo de la subasta, y por tanto de intervención en la misma de cualquier persona, incluido el deudor, el titular de la cosa y el acreedor, garantiza un resultado satisfactorio. Y todo ese conjunto de garantías, en forma directa e indirecta, aseguran al rematante o adquirente de la cosa subastada,

en la perfección e imperturbabilidad de su adquisición. Por tanto, el cumplimiento de todos los requisitos expuestos completa una adquisición segura y satisface la pretensión solutoria del acreedor en la medida del importe del remate. Y la adjudicación final consecuencia del remate en la subasta supone un título legitimatorio hábil para el tráfico.

Un caso específico. Nos referimos a la ejecución de la prenda de acciones de sociedad anónima o de participaciones de sociedad de responsabilidad limitada. A lo antes expuesto añaden algunas peculiaridades derivadas de su propio régimen jurídico, y que se concretan, sobre todo, en la necesidad de tener en cuenta los posibles derechos de adquisición preferente de los restantes socios, lo que obliga normalmente a suspender la adjudicación definitiva hasta el momento en que tal derecho se haya ejercitado, renunciado o caducado.

b) *Ejecución de hipoteca inmobiliaria.*

El procedimiento de ejecución notarial (denominado extrajudicial) está regulado en la Ley y Reglamento Hipotecarios desde antiguo. Pero es un procedimiento tradicionalmente en desuso. “Por ello, ante la necesidad de agilizar las ejecuciones hipotecarias y de remover los obstáculos procedimentales que pudieran constreñir la expansión de crédito territorial, se ha considerado oportuno revisar la disciplina del denominado procedimiento ejecutivo extrajudicial. El propósito no ha sido sino otro que el de arbitrar un dispositivo viable, equilibrado y seguro que ofrezca un cauce alternativo para la satisfacción del derecho del acreedor”. Así se expresa la Exposición de Motivos del **Real Decreto 290/1992 de 27 de marzo** que modificó el Reglamento Hipotecario en materia de ejecución extrajudicial de hipotecas.

A pesar de las buenas intenciones de la reforma reglamentaria, el procedimiento, en los años transcurridos, no ha funcionado en la medida en que sería deseable.

SANTOS PASTOR PRIETO (p. 73) incluye en su estudio un apartado relativo a este tipo de actuaciones. Pero en estos casos hay una serie de variables que impiden de momento contar con una estadística fiable; así, se puede saber cuántos procedimientos de ejecución judicial se han tramitado con resolución de fondo (auto o sentencia, pero se ignora cuántos lo son sin resolución; las resoluciones apeladas son en principio muy superiores a la media normal; etc.) En definitiva, y en vía aproximativa, PASTOR PRIETO (p. 74) termina afirmando que las 197 actas de ejecución extrajudicial terminadas entre abril de 1992 y abril de 1993, representan un 0,15 de la carga total, lo cual es un resultado evidentemente negativo.

188

También es cierto que las pocas que se han realizado suponen un notable acortamiento del tiempo de duración en relación con los procedimientos judiciales. Una estimación aproximativa sitúa la duración del procedimiento judicial en varios años (dos o tres) y la notarial en varios meses (de cuatro a seis).

Entonces, ¿cuáles son las causas o razones de ese inicial fracaso de la medida?

A nuestro juicio hay varias, imputables a agentes externos y también al propio Notariado.

1. La necesidad de acudir al juzgado para obtener la posesión del inmueble ejecutado, después de la adjudicación, con lo que al final, el interesado (en este caso el adjudicatario, no el actor) no se libra de la actuación judicial.

2. La innecesariedad de intervención de letrado y procurador en la tramitación notarial, lo que impide a estos profesionales el cobro de sus honorarios, cosa que no ocurre en el procedimiento judicial.

3. El hecho de que la imposibilidad de encontrar al deudor para ser requerido de pago y notificado de la ejecución obligue a la paralización de la tramitación para continuarla por la vía judicial.

4. Y el escaso interés práctico de los propios notarios en realizar este tipo de actuaciones. Y ello por varias razones: la dificultad que supone un documento (el acta de ejecución) que no se incorpora al protocolo hasta el último momento, lo que le dota de cierta sensación de inseguridad interna; la complicación que supone la realización o comprobación de las necesarias operaciones matemáticas para la determinación de la cantidad efectivamente adeudada, que se complica extraordinariamente en el caso de intereses variables.

c) Ejecución de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento.

Regulada en la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de 16 diciembre 1956 para bienes muebles identificables (la hipoteca) y conjuntos de bienes (cosechas, bienes almacenados, etc.) presenta características similares al caso anterior en orden a los requerimientos, convocatorias, publicidad, etc.

189

La única especialidad es la existencia de un trámite de requerimiento al titular de los bienes gravados de pago de la deuda o entrega de la posesión. Pero en el caso de que no la entregue, se produce el mismo problema que en la ejecución de la hipoteca inmobiliaria.

Y se reproducen en este caso los mismos problemas que en el anterior.

VI. La influencia de la deontología notarial para la eficacia jurídica de la función notarial

Es fácilmente perceptible el hecho de que el actual prestigio del Notariado como institución, con independencia de la eficacia que las leyes atribuyen a su función y a su obra, tiene su base y origen en la altura moral que sus compo-

nentes han demostrado durante varios siglos. Cada vez que un nuevo notario obtiene su título e inicia el ejercicio profesional de su función, debe tener presente que es heredero y por tanto deudor de varias generaciones de notarios que le han precedido, a los que les debe el alto grado de prestigio que la sociedad le atribuye por el mero hecho de ser notario, y con los que tiene contraída la deuda de continuar esa misma línea de conducta presidida por los valores morales, para trasladar a sus sucesores, a las futuras generaciones de notarios ese mismopreciado tesoro.

Los distintos aspectos de la ética profesional del notario han sido objeto de atención, estudio y profundización desde antiguo. Autores de la talla de JOSÉ GONZÁLEZ PALOMINO, JUAN B. VALLET DE GOYTISOLO, JOSÉ-ANTONIO MOLLEDA FERNÁNDEZ-LLAMAZARES, LUIS FIGA FAURA, MANUEL DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, MANUEL GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, JULIÁN DÁVILA, JOSÉ-MARÍA DE PRADA GONZÁLEZ, JAVIER CUEVAS CASTAÑO, y por todos, como más moderno y además a modo de recopilador de estudios anteriores, JUAN-FRANCISCO DELGADO DE MIGUEL (“Deontología notarial” edit. Consejo General del Notariado, 1992).

190

Sin embargo, en este momento, me voy a permitir la licencia de citar a un autor como JOSÉ-MANUEL RAPOSO FERNÁNDEZ, que es juez de Primera Instancia e Instrucción y por tanto ajeno al Notariado, pero que manifiesta públicamente su “...veneración por la profesión notarial, que desde siempre ha sido considerada como oficio de honor...”, y lo cito y sigo precisamente por no ser sospechoso de endogamia o ensimismamiento, cosa que por otra parte no atribuyo ni remotamente a todos los antes citados.

En su análisis acerca del asesoramiento y la información notarial en los contratos, tras analizar el diseño legal de la citada función notarial, la problemática actual de su actuación y las deficiencias de la práctica, el autor citado sugiere como método para evitar desviaciones, la ética profesional como pauta de comportamiento, y “la recuperación de los

valores tradicionales que desde siempre han orientado la dación de fe”.

Partiendo de ese principio, y recogiendo la idea propuesta por LÓPEZ BURNIOL (p. 257) de la autorreforma articulada desde dentro, con anticipación a la acción de la Administración, propone los siguientes remedios que me voy a limitar a enumerar sin profundizar en ellos:

1) Recuperar la imagen del notario como **hombre moral**, asumiendo responsablemente la obligación de obrar en conciencia, con rectitud de criterio.

2) Poner el acento en la **dimensión social** y vocación de servicio de la función notarial.

3) Afianzar la **honestidad**, desterrando y sancionando cualquier tipo de práctica competitiva desleal.

4) Regenerar la **independencia** incluso respecto del cliente poderoso y habitual.

5) **Erradicar el posibilismo**, consistente en creer que todo problema jurídico que entra en la notaría tiene forzosamente una solución.

191

6) **Erradicar el eficientismo**, consistente en proporcionar soluciones que no se conforman a Derecho pero que producen la eficacia práctica buscada.

7) Recuperar la **prudencia**, en la reconducción de la voluntad de los contratantes a las formas negociales y exigencias legales.

8) Recuperar la **diligencia**, lo que significa dedicar a cada caso el tiempo y el sosiego que se merece y resolverlo con prontitud.

9) Vigorizar la **responsabilidad civil**, verdadero escudo frente a los defectos que puede producir un asesoramiento y una actuación errónea o desafortunada.

10) Vigorizar la eficacia de las decisiones de la **organización colegial**, en el ejercicio de las funciones de control de las pautas deontológicas de actuación.

11) Recuperar el **culto por la verdad**, como idea matriz, general, envolvente de toda la actividad notarial; como for-

ma de sentir y practicar el Derecho, de servir a la sociedad y hasta un estilo de vida.

Más paradójica que la anterior resulta la posición defendida por PAZ-ARES que en su análisis del Notariado desde el punto de vista económico se muestra extraordinariamente escéptico respecto al efecto que lo que él califica como “incentivos perversos a la imparcialidad”, es decir, la inclinación en favor del cliente poderoso y habitual, se solucione mediante la atribución al cliente pequeño del derecho de elección de notario (p. 47). Y sin embargo opina que la base del cumplimiento de los fines públicos de integridad e independencia (control de legalidad) y el mecanismo para asegurar la calidad del producto (conformación del negocio), reside en la ética profesional.

192

HONORIO ROMERO HERRERO, en el V Congreso Notarial Español celebrado en 1993, defendió la conveniencia de elaborar un Código Deontológico Notarial, regulador de las relaciones entre notarios (cuestiones de competencia ilícita y desleal), las relaciones entre notarios y corporación notarial (obligaciones corporativas), y de determinadas cuestiones relativas al instrumento público (en materia de actas, testamentos y escrituras, especialmente las cláusulas inmorales, abusivas e ilícitas).

VII. El documento notarial

Es de todos sabido que el mecanismo técnico a través del cual actúa el notario como medio de conseguir la seguridad jurídica preventiva es el documento público notarial, técnicamente conocido como instrumento público.

La opción legislativa por la articulación documental de la vida jurídica extrajudicial, presente en el sistema de raíz romano-germánica, como dice RODRÍGUEZ ADRADOS, y recuerda LÓPEZ BURNIOL (p. 171) “carecería de base si el documento público fuese un mero medio de prueba, ya que entonces

habría que concluir que los negocios son primordialmente orales, y el escrito no puede ser otra cosa que la prueba de un negocio verbal anterior”. Y ello prescindiendo de los casos especiales en los que la legislación establece la forma como requisito *ad solemnitatem*.

A) Caracteres del documento notarial.

En efecto, desde el punto de vista de la seguridad jurídica preventiva, que es lo que en esta ponencia nos interesa, la principal característica del instrumento público es el de su **autenticidad**. El documento notarial no sólo hace prueba, sino que hace fe, que es un efecto muy superior.

Esta autenticidad se ha dicho que es formal y material:

Formal, es decir, referida al documento en sí mismo. Es la eficacia genuina de las actas notariales. Hacen fe de las declaraciones estrictamente documentales, es decir, las propias de la propia forma documental, y aquellas otras que el Notario consigna acerca de lo que ve, oye o percibe por sus sentidos y las propias afirmaciones y actuaciones notariales. También se encuentran, desde luego, en las escrituras.

Material o interna, relativa al fondo. Se refieren al acto o negocio documentado. En su virtud el contenido del documento, y por tanto el acto, negocio o contrato se goza de la presunción no sólo de su existencia sino también de su validez y eficacia.

La nota de autenticidad formal y material de la escritura pública despliega toda su eficacia en el ámbito judicial y el extrajudicial.

a) *En el ámbito extrajudicial.* Esta eficacia supone que la escritura **es un título de legitimación para el tráfico jurídico**, es, en palabras de OLAVARRÍA (citado por LÓPEZ BURNIOL, p. 184), “... el título de tráfico por antonomasia, en cuanto reúne todos cuantos requisitos son precisos para la plena seguridad jurídica”.

Y como tal título de legitimación para el tráfico produce plenos efectos frente (oponibilidad) y a favor (utilizabilidad) de terceros (art. 1.218 C.c.), siempre que no sea el que JOSÉ-MARÍA PRADA GONZÁLEZ (“La forma de los actos jurídicos privados y la seguridad jurídica”, en *Seminario sobre seguridad jurídica*, Universidad Internacional Menéndez Pelayo, Santander 1989, p. 119) llama “tercero restringido del que habla la Ley Hipotecaria”. Y entre tales efectos, los de inscripción en los registros públicos, en especial, para inmuebles, en el Registro de la Propiedad, al objeto de obtener la publicidad de tal legitimación.

La eficacia del instrumento público así entendida, como título de legitimación para el tráfico jurídico, derivado de su autenticidad formal y material, produce la consecuencia de proporcionar seguridad jurídica a la titularidad de los derechos (aspecto estático) y a su transmisibilidad en el mercado (aspecto dinámico); de este modo se evitan los riesgos de eventuales conflictos futuros (aspecto preventivo o cautelar).

194

b) En el ámbito judicial. Y para el caso de que ese fin no se logre en su totalidad, porque nadie está libre de recibir una demanda presentada por cualquier ciudadano, la forma notarial, el instrumento público, produce una **eficacia probatoria privilegiada** frente al documento privado.

B) Documento público y documento privado.

El principio de libertad de forma que preside el ordenamiento jurídico de países de tradición castellana, que se inició en España en el Ordenamiento de Alcalá en contradicción con la tradición romana consagrada en las Partidas, permite que cualquier obligación o contrato se contraiga en forma verbal, o por escrito, y en este segundo caso, en documento público o privado. El principio pasó al artículo 1.278 del Código civil y 51 del Código de Comercio.

Por tanto, parece que pueda ser contradictorio con el sistema notarial occidental, basado en la forma documental pública como centro del sistema. Mas no es así. En efecto, “de cualquier forma que el hombre quiera obligarse, queda obligado”. La concertación de negocios, contratos, obligaciones no exige para su existencia forma alguna. Pero, como dice DÍEZ-PICAZO (citado por DE PRADA, p. 106) la forma es un vehículo o medio de expresión que sirve a las partes para expresar su voluntad. En palabras de JOSÉ-MARÍA DE PRADA GONZÁLEZ (p. 106) “Para poder hacer valer una voluntad es preciso probar su existencia y no sólo en el proceso, sino incluso y fundamentalmente en el mundo extraprocesal”. Y como decía el gran notarialista RAFAEL NÚÑEZ LAGOS (“Perfiles de la fe pública”, Anuario de Derecho Civil, enero-marzo 1949, reproducido en *Estudios de Derecho Notarial*, Instituto de España, Madrid 1986, tomo I, p. 459) “La forma y la prueba son dos planos paralelos y superpuestos en estratos (existir y persistir). El mismo hecho jurídico en dimensión tiempo”.

195

De ese modo, la eficacia probatoria del documento notarial, no siendo su único efecto, como acabamos de ver, como dice RODRÍGUEZ ADRADOS (“Valor y efectos de la escritura pública” en *Estudios sobre Derecho Documental*, edit. Consejo General del Poder Judicial-Consejo General del Notariado, Madrid 1997, p. 123) “fue su función originaria, y continúa siendo una de las contribuciones más trascendentes a la vida jurídica y a la realización de la justicia, puesto que, como tantas veces se ha dicho, los hechos que no pueden probarse es como si no existieran”.

a) *Eficacia probatoria del documento privado.*

LÓPEZ BURNIOL (p. 172) describe magistralmente la eficacia del documento privado, afirmando que dicha eficacia “... no depende de sí mismo, sino de su reconocimiento legal bajo juramento a la presencia judicial... por lo que dicho

reconocimiento tiene naturaleza confesoria de la firma, es decir, de la autoría del documento, pero no comprende al contenido de éste, de modo que quien haya reconocido como propia la firma de un documento privado todavía podrá alegar, y probar, que firmó en blanco, sin leerlo, con violencia e intimidación, etc., conservando así un abanico de defensa que ante la escritura tiene que pasar por la tacha de falsedad”.

Es la misma idea que con palabras igualmente geniales exponía NÚÑEZ LAGOS (p. 307), “El documento privado en sí mismo es neutro, y totalmente ineficaz. Necesita una diligencia posterior de Derecho Público; una diligencia funcionalista de adveración; pero ésta se limita, en todo caso, a legitimar (esto es, a hacer legítimo lo que nació ilegítimo) la paternidad del documento, nunca la declaración antecedente que continúa fuera del Derecho Público, que persiste exógena y por lo tanto, inauténtica. El tipo principal de esta diligencia funcionalista es el reconocimiento judicial de firma... (p. 509) el contenido del documento privado queda íntegramente a la libre apreciación del Juez. No está valorado por la Ley”.

196

b) *Eficacia probatoria del documento público.*

Deriva del artículo 1.218 C.c. Supone el efecto de autenticidad material.

Pero en su interpretación se debe distinguir claramente la eficacia probatoria de las escrituras públicas y de las actas.

1. **La escritura pública** hace fe del “hecho que motiva su otorgamiento”, lo que, como es sabido, ha sido generalmente entendido por doctrina y jurisprudencia como un hecho complejo, es decir, en términos generales, el conjunto de hechos simples, que NÚÑEZ LAGOS (“Hechos y derechos en el documento público” Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, serie monografías de Derecho español, núm. 10, Ma-

drid 1950, reproducido en *Estudios de Derecho Notarial*, Instituto de España, tomo I, p. 512) clasifica en:

1) Hechos inconvertibles, o con fe pública; es el documento auténtico de la LEC.

2) Hechos convertibles, que constituyen presunción *iuris tantum*. Son las declaraciones de voluntad y prestaciones del consentimiento.

3) Hechos adjuntos. Son las declaraciones de verdad de las partes.

RODRÍGUEZ ADRADOS (*Estudios sobre Derecho Documental*, pp. 123 y ss.) resume magistralmente la eficacia probatoria de la escritura pública.

Es un medio de prueba “**procesal**” y “**extraprocesal**”, ya que opera en juicio y fuera de él.

Es además un medio de prueba “preconstituido”, en sentido cronológico pero también causal.

Es un medio de prueba “**autosuficiente**” ya que despliega su eficacia probatoria sin necesidad de ningún tipo de verificación, a diferencia de lo que ocurre con el documento privado según acabamos de ver.

Es además una prueba “**directa**” en la medida en que en la escritura coinciden el objeto a probar con el medio de prueba.

Y es finalmente, en el sistema español actual, un medio de prueba “**legal**”. Por tal tipo de pruebas se entiende aquellas que no son de libre valoración por el juez en el curso del proceso, sino que gozan de una valoración impuesta por la Ley. Y ello es lógico, pues, como sigue poniendo de manifiesto RODRÍGUEZ ADRADOS (“Valor y efectos...”, p. 125), no es posible que los documentos notariales desempeñen en el proceso efectos diferentes y de inferior grado de los que producen en la vida jurídica extraprocesal. Si la escritura pública tiene entraña constitutiva, modificativa, extintiva, etc. de relaciones jurídicas, derechos y deberes, y constituye un título de legitimación en el tráfico jurídico, no puede por menos que producir estos mismos efectos en el proceso. Lo

contrario sería no sólo una quiebra del sistema sino una burla fácil del mismo.

Esta configuración no se ve desvirtuada por la creciente doctrina de la apreciación conjunta de las pruebas, ni por las reformas procesales llevadas a cabo en la legislación española por la **Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985**, y **Ley de Enjuiciamiento Civil, reformada por la Ley de 30 abril 1992 de Medidas Urgentes de Reforma Procesal**, ya que en la medida en que la eficacia de prueba legal del documento notarial pueda ser rechazado en un proceso, es posible el recurso de casación por la vía de la “infracción de las normas del ordenamiento jurídico” del artículo 1.692.4 de la citada Ley, según así lo ha entendido el Consejo General del Poder Judicial en su informe a la Ley de reforma, y por el Ministro de Justicia al tiempo de su presentación en el Congreso de los Diputados.

198 El conjunto de todas estas notas, especialmente las dos últimas, hacen que la escritura pública haga prueba (haga fe) “... aun contra tercero...”. (art. 1.218 C.c.). Para terminar con palabras de RODRÍGUEZ ADRADOS (“Valor y efectos...”, p. 125) “La contribución de la escritura pública a la seguridad jurídica es así inconmensurable...”.

Y de ello se deduce como conclusión última, que el efecto de fijación y certeza derivado del principio de autenticidad material y formal del documento notarial trasciende de tal modo al proceso judicial que, en palabras del magistrado VICENTE-MANUEL ROUCO RODRÍGUEZ (“Eficacia de la escritura pública en los procesos declarativos”, en *Estudios sobre Derecho Documental*, edit. Consejo General del Poder Judicial-Consejo General del Notariado, Madrid 1997, p. 157) “... la segura previsión del efecto de certeza que el juez por disposición de la ley ha de reconocer al documento aboca a que los posibles contendientes lo tengan ya presente... eliminando, o minorando al menos, los riesgos de litigio ante la previsión de los resultados de fijación del hecho que la prueba legal ha de producir ante el juez”.

Desde el análisis económico, dice PAZ-ARES (p. 33) que “Siendo la información notarial la de más calidad dentro del sistema... la justicia se facilita, casi se automatiza... Esto no es importante sólo porque aligera la labor de los Tribunales, sino sobre todo porque crea incentivos –y las partes lo saben– para cumplir voluntariamente... esto retrae a las partes de pleitear y, en definitiva, las invita a cumplir. De ahí que afirmemos que la intervención notarial reduce los costes de transacción ex post o costes de transacción del cumplimiento”.

2. **Las actas notariales** producen una eficacia probatoria similar a la de las escrituras, lo que ocurre es que su función es mucho más reducida, pues se concreta en esa función probatoria, careciendo de contenido negocial o contractual.

En este sentido decía ya NÚÑEZ LAGOS (“Hechos y derechos...”, p. 485) que “El acta es copia del natural, y el hecho queda desnudo, sin que el acta le vista ni agregue nada. El acta es sólo medio de prueba; a lo sumo, su eficacia es un efecto reflejo del orden jurídico: requerimiento de pago, mora, denuncia de contrato, etc.”.

Como medio de prueba el acta notarial goza de las características antes señaladas para la escritura. Pero a ello se debe señalar un elemento más, lo que puede denominarse el “efecto psicológico” del acta notarial, o más bien de la presencia notarial. En efecto, es bien sabido y directamente comprobado que en muy numerosas ocasiones con el acta notarial se busca la garantía de la veracidad de determinados hechos que acaecen bajo la presencia del notario, con el fin de alcanzar un efecto de fijación de tales hechos. Pero también en muchas ocasiones lo que se pretende es proporcionar determinada seriedad por la simple presencia del notario, en base a la confianza que proporciona la imparcialidad de su actuación “... suscita en el público en general, ya que estos documentos –las actas– sólo en momentos muy raros tienen que ser presentados en un pleito y agotan su contenido en el mero anuncio de que ha estado

presente el Notario”, como dice acertadamente DE PRADA GONZÁLEZ (“La forma de los actos y la seguridad jurídica” en Seminario sobre seguridad jurídica, Universidad Internacional Menéndez Pelayo, Santander 1989, p. 114).

En la actualidad se observa una revitalización del acta con esa doble finalidad citada, como medio de asegurar la veracidad de hechos y como procedimiento adecuado para evitar situaciones de conflicto.

Así, sin ánimo exhaustivo, que por otra parte es imposible dada la variedad de situaciones, se pueden citar las actas de presencia en juntas generales de sociedades y entidades en general, en materia de arrendamientos (de presencia y comprobación del estado de abandono del inmueble arrendado, de requerimientos a vecinos, de notificaciones de alteraciones de rentas, etc.) de sorteos, de cotejo de fotografías con la realidad, de procesos electorales políticos y también de entidades privadas, de decisiones de jurados, etc.

200

c) *La eficacia ejecutiva.*

La eficacia ejecutiva de la escritura pública constituye una equiparación a la sentencia judicial para la efectividad de los derechos.

Presta una función de seguridad por la vía de la “expeditividad”, utilizando la terminología de MEZQUITA DEL CACHO (tomo 2, p. 230). Es, a juicio de este mismo autor, una manifestación de la función genérica de fijación de los hechos constituidos en la escritura, entre sus propios autores y sus causahabientes (art. 1.218 C.c.). Y su finalidad es la de preservar frente el riesgo de quebranto interno, de impugnación de una parte frente a la otra, por eso la califica como función o eficacia “endoactiva”.

En Derecho español se manifiesta en el artículo 1.429.1 LEC, que configura la escritura pública como el primero de los títulos que llevan aparejada ejecución siempre que sea primera copia o segunda con determinados requisitos.

Este efecto de la escritura pública que nació en la Toscana del siglo XII, proporciona, como pone de manifiesto RODRÍGUEZ ADRADOS (“Valor y efectos...”, p. 128) “seguridad y celeridad en el cobro y en la ejecución de las correspondientes deudas”. Es pues una tradicional contribución del principio de autenticidad del documento público notarial a la seguridad jurídica preventiva.

Una especialísima forma de eficacia ejecutiva de la escritura es la que proporciona la denominada “facultad resolutoria expresa” pactada como forma de garantía del pago del precio de la compraventa, al amparo del artículo 1.504 del Código civil español. La eficacia de tal mecanismo es tal que puede producir la resolución de la compraventa sin ningún conocimiento judicial de la cuestión. Por su origen, dicho pacto nació (“pacto de la *lex commissoria*”), precisamente para sustraer de la competencia judicial este tipo de situaciones.

201

Este mecanismo ha sido utilizado en España durante muchos años y a su través se ha desarrollado la financiación de enorme número de viviendas en la explosión demográfica de los años sesenta, sin necesidad de acudir a la vía bancaria e hipotecaria.

Pero es preciso reconocer que a pesar de los extraordinarios resultados que dio, en la actualidad está en regresión, pues los Tribunales admiten la enervación de la resolución contractual por el comprador incumplidor por motivos o razones ajenas al propio cumplimiento de la obligación del pago, con lo que está perdiendo la eficacia que producía como forma de garantía, suponiendo así una merma a la actividad notarial.

C) La circulación internacional del documento notarial.

La gran circulación de personas, mercancías, capitales y bienes en general, característica de la economía globalizada

y de la facilidad de desplazamientos, produce también la cada vez mayor circulación de documentos en general y notariales en particular. Así, poderes de todas clases, ratificaciones, aceptaciones o repudiaciones de herencias, declaraciones de herederos, ofertas de contratos o sus aceptaciones, constituciones de sociedades, sus modificaciones posteriores, singularmente designaciones de cargos, etc.

Los consiguientes problemas que de ello se derivan, son no sólo los diferentes idiomas, sino sobre todo las diferencias de los ordenamientos y sistemas jurídicos.

Es éste un campo propio para los tratados y convenios internacionales. Podemos citar los siguientes.

1. **Convención de la Haya de 5 octubre 1961** que estableció el sistema de la apostilla en sustitución de la legalización para acreditar la garantía de autenticidad formal de autoría del documento, singularmente el notarial.

202 2. **Convenios Internacionales números 16 y 17 de la Comisión Internacional del Estado Civil**, sobre dispensa de legalización y de apostilla en actos relativos al estado civil de las personas, que tiene alguna aunque escasa incidencia notarial. Así en poderes para contraer matrimonio o prestar el consentimiento para la adopción, reconocimiento de hijos, etc.

3. **Tratados de Bruselas de 27 septiembre 1968 de los Estados de la Unión Europea, y de Lugano de 16 septiembre 1988 entre los miembros de las Comunidades Europeas (hoy Unión Europea) y la Asociación Europea de Libre Cambio.**

Ambos regulan en términos muy similares la eficacia ejecutiva en un Estado contratante, de los documentos públicos otorgados en otro Estado contratante.

Afecta a los documentos públicos excluidas las resoluciones judiciales, de modo que en realidad afecta por regla general sólo a los notariales.

En cuanto a la materia, se trata de documentos que contengan actos civiles o mercantiles. Y quedan excluidos los relativos al estado civil y capacidad de las personas físicas,

regímenes matrimoniales, testamentos, sucesiones, procedimientos concursales, arbitraje y seguridad social.

Para que tales documentos tengan fuerza ejecutiva en otro Estado, es preciso en primer lugar que lo tengan en el de origen.

Se establece un procedimiento de un peculiar *execuator* especial de títulos ejecutivos, consistente en solicitud de la parte interesada y resolución judicial de los requisitos de fondo y de forma del documento; éstos últimos, con arreglo a la ley del Estado de origen.

4. **La Resolución del Parlamento Europeo de 18 enero 1994**, varias veces citada, contiene respecto a la cuestión de la circulación de documentos notariales en la Unión Europea, dos sugerencias: *una*, que se complete el Tratado de Bruselas de 1968 con disposiciones que tengan en cuenta aspectos particulares de la circulación transfronteriza de documentos notariales. En este sentido el **Informe de la Comisión de Asuntos Jurídicos**, de 9 diciembre 1993, previo a la Resolución, desarrolla más esta idea, sugiriendo una extensión del contenido del Convenio de Bruselas a los actos notariales distintos de los que tienen carácter ejecutivo. *Y dos*, que se utilicen los instrumentos jurídicos adecuados del Tratado de la Unión para garantizar el reconocimiento mutuo sin formalidades de los documentos notariales.

5. **En materia de poderes**, la Comisión de Asuntos de la Unión Europea, de la Unión Internacional del Notariado Latino, tiene publicado un formulario de los poderes de cada país, lo que permite a cualquier notario de la Unión Europea, autorizar poderes que surtirán efectos en otro país de la Unión, en los términos y con los requisitos formales del país de destino. Ello permite una circulación de poderes extraordinariamente dinámica.

D) Unidad de acto y transacciones internacionales.

Uno de los problemas más graves que plantea la contratación internacional o entre personas situadas en diferentes lugares del globo, sin posibilidad de encuentro físico, es el de la colisión con el principio de unidad de acto.

Si la unidad de acto supone la fijación del momento en que se entienden producidas las declaraciones de voluntad y prestaciones de consentimiento, es decir, la concurrencia de todos los elementos necesarios del contrato, es obvio que de tal requisito no se puede prescindir.

Las legislaciones notariales proporcionan normalmente recursos suficientes para resolver los problemas que en torno a la unidad de acto puedan plantear los contratos entre personas distanciadas. Así, la utilización de poderes o ratificaciones, el mecanismo de la oferta y la aceptación, etc.

204

VIII. Influencia del Derecho anglosajón en las relaciones económicas internacionales

Como es sabido, el sistema jurídico denominado anglosajón o de "Common law" es radicalmente distinto al continental o romano-germánico.

El sistema anglosajón se caracteriza por carecer de un Derecho codificado, incluso escrito; por ser esencialmente consuetudinario y jurisprudencial; basado en una administración de justicia ágil y expeditiva que juzga no con arreglo a ley, sino con arreglo a "precedente", siendo por tanto el Derecho, de creación jurisprudencial.

El sistema es espiritualista, carente de formas y por tanto desconocedor de la noción de documento público, de fe pública, de título ejecutivo y de prueba tasada.

En estas condiciones, la seguridad de las transacciones es siempre represiva o reparadora (según se mire), de modo que en caso de conflicto, se garantiza por la actuación judi-

cial. Esto por lo que se refiere a los sub-sistemas de seguridad jurídica, porque, dentro del sistema general anglosajón, existe el sub-sistema norteamericano que ha renunciado a la seguridad jurídica que ha sido sustituida por la meramente económica o de seguro libre denominado "seguro de título".

El **informe Fe pública y vida económica** contiene una descripción muy acertada del sistema anglosajón: "En este sistema el Estado no establece apenas controles formales previos sobre las transacciones entre particulares: éstos disfrutan de la máxima libertad y flexibilidad para establecerlas. Posteriormente y en caso de disenso o desacuerdo acerca del contenido o alcance real de lo pactado, las partes implicadas resuelven el conflicto recurriendo a la ayuda legal especializada y/o a la instancia judicial. En la práctica este sistema tiende a derivar con frecuencia en la generalizada disputabilidad de los acuerdos, según pueda convenir en cada momento a alguna de las partes una determinada reinterpretación de algún aspecto de los mismos. El recurso a la asistencia legal especializada (abogados, tribunales) permite entonces garantizar, a posteriori, y en última instancia, la seguridad de la transacción realizada. En este tipo de sistemas los mecanismos de aseguramiento jurídico sólo entran, en realidad, en funcionamiento, cuando se produce un conflicto entre las partes respecto de lo acordado".

205

Es lógico pensar que un sistema tan distinto del continental de base romano-germánica tiene muy pocas posibilidades de alcanzar puntos de encuentro o aspectos comunes, razón por la cual, en los trabajos de los Estados miembros de la Unión Europea para lograr el tronco común, no hay cabida para este tipo de sistemas, por lo que países como Gran Bretaña, Irlanda o Dinamarca, quedan excluidos de todo esfuerzo.

Y ello con independencia de la lección de adaptabilidad y sentido práctico que nos ha proporcionado la práctica inglesa que ya hace tiempo inventó la figura de los "scriveners notaries" de la City de Londres, que redactan docu-

mentos (principalmente poderes) destinados a surtir efectos en alguno de los países continentales, y con todas las características del documento notarial de corte latino.

A) Ventajas del Notariado Latino para la seguridad en las transacciones económicas.

Un análisis sobre las ventajas o inconvenientes del sistema romano-germánico de seguridad jurídica preventiva o cautelar frente al sistema anglosajón de seguridad jurídica judicial y a posteriori, o simplemente de seguridad económica, no podría realizarse aisladamente del resto del ordenamiento jurídico o de la realidad jurídica de un país o grupo de países.

Es indudable que para los ciudadanos y los juristas criados en la tradición del romano-germánica, en la codificación y el principio de legalidad, no hay mejor sistema que el nuestro. Lo que tampoco quiere decir que sea el mejor, simplemente que es el mejor para nosotros.

Quiero decir con ello que aun en el caso de que se considerase de superior calidad el sistema anglosajón, su adaptación a los ordenamientos jurídicos de corte romano-germánico produciría una alteración en toda la estructura jurídica de proporciones probablemente incalculables. Así: modificación de los Códigos de Derecho Privado (civil y de comercio) y leyes accesorias o derivadas (Derecho de sociedades, Legislación Hipotecaria, etc.), nueva configuración de la concepción de los documentos como medios de prueba judicial y extrajudicial, reestructuración de la administración de Justicia para asumir las nuevas funciones ante la multiplicación de los conflictos, cambio en la mentalidad y cultura jurídica de los ciudadanos. etc. El impacto, como se puede ver, trasciende el orden jurídico para trasladarse al social.

A pesar de lo dicho, y con objeto de reafirmarlo, es preciso tener en cuenta que las compañías de seguros norteamericanas obtienen grandes beneficios del "seguro de título",

por lo que, no es la primera vez que se produce el intento de introducción de ese sistema en los países de Notariado Latino, por la presión de las citadas compañías, que tienen gran poder económico y capacidad de influencia.

B) Valor añadido y costo de la intervención notarial.

¿Y cuál es la situación desde el punto de vista económico?

Partiendo de la idea de que todos los sistemas son mutuamente sustitutivos y por tanto intercambiables, un elemento importante en la decisión acerca de esa sustituibilidad (además de los que acabo de enumerar) es el coste económico.

Ello supone realizar un análisis comparativo en la relación costes/beneficios de ambos sistemas.

Pone de manifiesto PAZ-ARES (p. 12) cómo en un artículo de prensa titulado “Un asombrado economista extranjero en España”, suscrito por D. R. STREET y publicado en 1994, se quejaba el autor del elevado coste del servicio notarial español frente al del notario americano. El análisis es desde luego parcial –por no decir tendencioso–, pues la función del notario español es extraordinariamente más amplia y eficaz que la del notario americano que se limita a legitimar la firma en el contrato privado como testigo cualificado. Y además, el análisis económico se debe llevar al terreno de los costes globales de transacción, es decir, la suma de costes privados y públicos o sociales.

Cita PAZ-ARES (p. 62) un estudio titulado “**Analyses des coûts de la transaction immobilière dans la CEE. Honoraires des intervenants juridiques lors de l’acquisition immobilière**” realizado por la sociedad consultora francesa **Ander- sen Consulting**, y publicado en 1993, que demuestra cómo en aquellos países europeos en que no existe Notariado, (Inglaterra, Irlanda y Dinamarca) y cuya actividad es sustituida por abogados generales o especializados, los costes de transacción son más elevados que en los países que siguen

el modelo del Notariado Latino, y entre éstos, el español presenta los costes más bajos.

Y el propio PAZ-ARES (p. 63) demuestra numéricamente cómo los costes de efectuar una transacción en Estados Unidos (abogados, seguro de títulos, notario americano y récord) son considerablemente más elevados que la suma de los costes notariales y registrales, no solo españoles, sino también de los restantes países de Notariado Latino.

La **conclusión final** por tanto en esta materia es la superioridad del sistema notarial latino sobre el anglosajón, no sólo desde el punto de vista jurídico sino también económico.

IX. Ampliación de las funciones notariales ante la apertura comercial

208

Cuando se habla de ampliación de las funciones notariales se puede estar haciendo referencia a dos cosas: *una*, la atribución al Notariado de funciones que hasta este momento no tenía, cuya realización puede encajar o encaja en los esquemas, la estructura y la configuración del Notariado, pero que no tienen la nota de “notarialidad”, es decir, que no participan genuinamente de las notas características de la función notarial tradicional, y *dos*, la atribución al Notariado de actividades que siendo en este momento de competencia ajena (jueces, registradores, Administración, etc.) por su finalidad, por su modo de producirse, por sus medios y por los objetivos que se trata de alcanzar, deben ser de la competencia notarial.

Los casos que a continuación se van a exponer pertenecen a ambas categorías.

A) Actuación en los denominados actos de jurisdicción voluntaria.

Esta materia fue magníficamente estudiada por el coordinador internacional RAFAEL GÓMEZ-FERRER SAPIÑA en su ponencia “Ejercicio de la jurisdicción voluntaria por el Notario” presentada en la **VI Jornada Notarial Iberoamericana, celebrada en Quito en 1993.**

Parte de la definición legal de la jurisdicción contenida en el **artículo 114.3 de la Constitución Española**, como la actividad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, que debe tener lugar en el proceso, en el que se trata de satisfacer determinada pretensión, y que produce el efecto esencial de cosa juzgada. Partiendo de esta configuración, los actos tradicionalmente denominados de jurisdicción voluntaria, no son actos de jurisdicción, porque en ellos ni se juzga, ni hay proceso, ni pretensión ni efecto de cosa juzgada.

Sin embargo la propia Constitución permite la actuación de los Tribunales en aquellas otras funciones “que expresamente le sean atribuidas por la ley en garantía de cualquier derecho”. Por tanto, el elemento diferencial o fronterizo entre la denominada jurisdicción voluntaria y lo que por esencia no es tal, es la protección cautelar de algún derecho. Y aún se puede restringir más si se sigue la tesis de JUAN-ALBERTO BELLOCH JULBE (“Notas en torno al Notariado y la jurisdicción voluntaria” en *Revista Jurídica del Notariado*, abril-junio 1992, p. 37, a la sazón Ministro de Justicia), de que los únicos derechos cuya protección reclama la competencia judicial exclusiva son los derechos fundamentales y libertades públicas (Sección 1.^a del Capítulo Segundo del Título I de la Constitución Española).

De modo que por esta vía se llega a la conclusión de que todos aquellos actos atribuidos tradicionalmente a la competencia judicial por la vía de la jurisdicción voluntaria, que no tengan una finalidad protectora de alguno de los derechos fundamentales o libertades públicas, son susceptibles de ser sustraídos a tal jurisdicción.

En definitiva, se trata de todos aquellos actos que tienen como finalidad la homologación o determinación de situaciones jurídicas, o acreditación de determinados hechos a los que el ordenamiento jurídico enlaza determinados efectos. Así cita GÓMEZ-FERRER (pp. 157 y ss.) las informaciones para perpetua memoria, formación de inventarios, subastas, legalización de libros deslindes y amojonamientos sin contención, actas inmatriculadoras y de reanudación de tracto, consignaciones, matrimonio civil, separación de mutuo acuerdo, divorcio consentido por ambos, adopción de mayores de edad y menores emancipados, apertura de testamento cerrado, protocolización del abierto, elevación a escritura del testamento hecho de palabra, determinación de herederos abintestato, protesta de averías, apertura de escotillas, etc. A algunos de ellos nos hemos referido en los epígrafes anteriores, por lo que no vale la pena insistir sobre ello.

210 Y tales actos encajan perfectamente en la función notarial, pues se trata de una actividad de función pública, sobre intereses o relaciones jurídicas entre particulares y que tienen como finalidad la garantía y certeza de situaciones o relaciones jurídicas. Se trata pues de una función genuinamente notarial. De este modo, tales actos deben salir de la competencia judicial para ingresar en la notarial, cumpliendo así la sugerencia propuesta por BELLOCH JULBE (p. 37) cuando decía que “sería perfectamente razonable transferir al Notariado, prácticamente en bloque, los expedientes de jurisdicción voluntaria a través de los cuales se pretenda tutelar exclusivamente el derecho de propiedad y el derecho de sucesiones... así como los expedientes propios del ámbito del Derecho mercantil”.

Referencia a recomendación de la Comunidad Europea.

Y para terminar esta sección, un solo apunte de pura eficacia jurídica y eficiencia económica, que es, el análisis de los resultados hasta ahora alcanzados en aquellas materias en que tímidamente se ha desarrollado una competencia compartida con los jueces. El estudio económico realizado por

PASTOR PRIETO (p. 76) demuestra estadísticamente que la litigiosidad civil ha crecido más en materias no intervenidas por notarios.

B) Actuación en relación con funciones actualmente atribuidas a registradores.

En medida mucho más limitada que lo anterior, se observa que en el Derecho español hay varios casos de actuaciones atribuidas a la competencia de los registradores que no sólo no encajan con su función sino que son propiamente notariales.

Me refiero a:

1. Las legalizaciones de libros de los comerciantes (atribuidos a los registradores mercantiles) y de los libros de las comunidades de propietarios (atribuidos al registrador de la propiedad donde radique el edificio).

En estos casos el registrador no está cumpliendo una función de calificación ni mucho menos de inscripción, sino de simple cotejo, fijación del contenido de los libros e identificación de todas sus hojas al objeto de obtener certeza y evitar manipulaciones. Función típicamente notarial. La pretensión de enlazar el libro con la finca registral o con el folio de la sociedad se hubiera podido muy bien realizar después de la actuación notarial legitimadora, sin desvirtuar las funciones notarial y registral.

2. Los numerosos casos contenidos en la legislación registral española en que se admite determinados actos o declaraciones se realicen mediante instancia o documento similar suscrito en presencia del registrador. Con ello se convierte al registrador en receptor de la declaración de voluntad de los particulares y su actuación análoga a la legitimación de firma puesta en su presencia. También son funciones típicamente notariales que deben salir de la esfera registral cuanto antes.

En todos estos casos no se trata de defender la atribución de actuaciones al Notariado sino simplemente de la

recuperación de funciones propias o genuinas. Y en el fondo, de una delimitación clara de funciones entre notarios (receptores de las declaraciones de voluntad de las partes y conformadores de los negocios jurídicos) y registradores (calificadores de documentos e inscribidores de derechos reales sobre inmuebles).

C) Actuación sustitutiva de la Administración.

212

Los procedimientos y tramitaciones administrativas cada vez más complejos, y en una Administración cada vez más estratificada y departamentalizada están llevando a la legislación española en los últimos años a iniciar una línea de atribución a la competencia notarial, generalmente compartida con la administrativa, de determinados procedimientos o trámites. Este tipo de medida produce un doble efecto: *uno*, la descongestión del aparato administrativo, que se desocupa y despreocupa de la cuestión pudiendo de este modo realizar con mayor eficiencia otro tipo e actividades, y *dos*, la mayor eficacia y rapidez en la realización de los trámites, no sólo por la mayor eficacia de la actuación notarial sino también por la facilidad de acceso del interesado a la actividad notarial en relación con las dificultades que ordinariamente encuentra en los estamentos de la Administración.

Desde luego se trata sólo de la cesión de procedimientos o trámites pero no de la adopción de acuerdos o decisiones que siguen permaneciendo en la competencia de la Administración.

Este tipo de actuaciones está produciendo resultados excelentes para los particulares y para la Administración. Es por tanto generalizable. Pero hay que reconocer que no son actuaciones genuinamente propias de la función notarial aunque el Notariado las pueda realizar con plenitud de eficacia. Por eso las he denominado actuaciones "sustitutivas" ya que en mi opinión, su atribución al Notariado no debe-

ría excluir a la vez la competencia de los órganos administrativos, quedan así en una competencia compartida.

D) Una cautela final.

No obstante todo lo anterior, es preciso realizar este tipo de actuaciones de ampliación de funciones por traslación de otros órganos con la cautela necesaria para que tales actividades sean eficaces, desde el punto de vista de los ciudadanos, del Estado y del propio Notariado, pues toda actuación nueva debe someterse a los principios generales de actuación notarial que definen y delimitan la función notarial y el instrumento público.

X. Conclusiones sobre la aportación notarial a la seguridad jurídica en la economía de mercado

213

Primera. El notario de corte latino, jurista de grado superior, como depositario de la fe pública que ejerce en forma privada, creado por la necesidad social como receptor de las declaraciones de voluntad de los particulares, asesor y consejero, redactor y conformador del negocio jurídico y controlador o auditor de su legalidad, es el instrumento adecuado para alcanzar la seguridad jurídica de tipo preventivo, en el ámbito de las relaciones jurídicas privadas.

Segunda. El documento público notarial caracterizado por su integridad, autenticidad formal y material, custodiado y archivado por el notario, por su eficacia procesal y extra-procesal, ofrece todas las garantías de seguridad como título de legitimación en el tráfico jurídico.

Tercera. Desde el punto de vista económico, la seguridad jurídica del tráfico es requisito básico para el crecimiento económico de los países. Y los costes de transacción que

representan la actuación notarial y registral son notablemente más bajos que los existentes para el cumplimiento de la misma finalidad en el sistema anglosajón.

Cuarta. El papel equilibrador entre las partes que el notario ha desarrollado como derivación del principio de imparcialidad basada en su independencia tiene que variar hacia la protección de la posición de los contratantes débiles y ocasionales, mediante su asistencia preferente y el cumplimiento y desarrollo de la legislación protectora de consumidores y usuarios.

La asistencia equilibradora al consumidor supone llenar el vacío de una necesidad de información imparcial y fiable.

En el ámbito de los contratos en masa de adquisición de viviendas, es imprescindible y urgente establecer mecanismos legales que permitan al notario desarrollar el control de legalidad y regularidad en la fuente, es decir, en el momento de la formación de la voluntad y la prestación del consentimiento. Considerándose un mecanismo altamente eficaz la exigencia de un “visado notarial” de la regularidad de las cláusulas contractuales de los documentos privados.

214

En los préstamos hipotecarios también en masa, para la adquisición de viviendas, debe el notario realizar una información y asesoramiento específico al prestatario. Y debe atribuirse legislativamente al mismo prestatario el derecho de libre elección del notario, contribuyendo así al mantenimiento del esencial deber de imparcialidad e independencia.

Respecto de las condiciones generales de la contratación, el papel del notario es crucial pues es el tercero imparcial que está presente en el momento de contratar. A él se debe atribuir la función controladora de la legalidad y regularidad de las condiciones generales, sobre la base de disposiciones legales y con la cobertura de las organizaciones colegiales.

Quinta. La actuación notarial en Derecho inmobiliario debe dirigirse al establecimiento de mecanismos de protección del adquirente mediante la presentación al tiempo del otorgamiento de la escritura, de la situación de titularidad y cargas al día, llevando por tanto toda la eficacia del sistema de seguridad al momento documentador y no al registral.

Sexta. En Derecho de sociedades la función notarial debe desarrollar un especial seguimiento de la vida jurídica de las sociedades y la prestación rigurosa de la fe notarial en las actas de juntas.

Séptima. Es especialmente urgente en estos momentos la profundización en el estudio de la documentación notarial por vía informática, y la presentación a los poderes públicos de sistemas de control notarial de legalidad de ese tipo de contratación. Y ello teniendo presente que se trata de una materia que al estar dominada por empresas multinacionales de extraordinario poder económico, la necesidad que actualmente presentan de seguridad jurídica, si no se la prestamos, la obtendrán por otros caminos.

215

Octava. La circulación internacional de documentos notariales cada vez más abundante, lleva a la necesidad de aplicar sistemas sencillos de producción de efectos en un país, de los documentos notariales generados en otro, y ello en relación con toda clase de documentos notariales y no sólo los ejecutivos. Por su propia especificidad, estos procedimientos o sistemas deben ser también notariales y no necesariamente judiciales.

Novena. La ampliación a favor del Notariado de funciones actualmente desarrolladas por la judicatura y por los registradores (en especial en Derecho de familia, sucesiones y ejecución de garantías reales), o la actuación sustitutiva de la Administración (especialmente en materia de ordenación

y gestión del territorio), deben ser aspiraciones generales de los Notariados Latinos, al doble objeto de descongestionar los juzgados y la Administración, y de llevar al Notariado las funciones que son genuinamente notariales y están erróneamente atribuidas a otros órganos por una simple razón de inercia histórica.

TERCERÍA DE MEJOR DERECHO.
PRELACIÓN DE CRÉDITOS.
ESCRITURA PÚBLICA Y SENTENCIA

219

Sentencia N.º: 958/1997
Fecha Sentencia: 05/11/97

En la Villa de Madrid, a cinco de Noviembre de mil novecientos noventa y siete. Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Badajoz, como consecuencia de autos de juicio de tercería de mejor derecho, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia Número Dos de Badajoz; cuyo recurso fue interpuesto por C. S. M. y F. A. G., representados por el Procurador L. R. N.; siendo parte recurrida J. O. C., representado por el Procurador R. R. M. Autos en los que también han sido parte M. A. G. y E. G. S., que no se han personado ante el Tribunal Supremo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. La Procuradora E. P. P., en nombre y representación de C. S. M. y F. A. G., interpuso demanda de juicio de tercería de mejor derecho, ante el Juzgado de Primera Instancia Número Dos de Badajoz, sobre tercería de mejor derecho en cuanto a los bienes embargados en los juicios ejecutivos acumulados números 161/91 y 285/91, siendo parte demanda-

da J. O. C., M. A. G. y E. G. S., alegando, en síntesis, los siguientes hechos: Que los demandados M. y E. reconocieron, por escritura pública, adeudar a los actores una determinada cantidad, en garantía de dicha deuda los demandados mencionados constituyeron una hipoteca sobre prenda sin desplazamiento; sobre el cobro de dicha cantidad los actores consideran que tienen derecho prelativo respecto el derecho de J. O. C., en relación a bienes embargados en juicio ejecutivo instado por éste último. Alegó a continuación los fundamentos de derecho que consideró oportunos para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia "declarando el mejor derecho de C. S. M. y F. A. G. a ser reintegrados de sus créditos, en las proporciones dichas, con preferencia al acreedor ejecutante J. O. C., imponiendo las costas procesales a los demandados".

2. El Procurador H. B. F., en nombre y representación de J. O. C., contestó a la demanda oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró oportunos para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia "por la que, desestimando íntegramente la demanda de tercería, absuelva a mi representado de sus pedimentos e imponga las costas del juicio a la parte actora, por su temeridad y mala fe".

220

3. Por Providencia de fecha 4 de diciembre de 1992, habiendo transcurrido para contestar a la demanda, se declara en rebeldía a los demandados M. A. G. y E. G. S.

4. Recibido el pleito a prueba, se practicó la que propuesta por las partes fue declarada pertinente. Unidas las pruebas a los autos las partes evacuaron el trámite de resumen de prueba en sus respectivos escritos. El Juez de Primera Instancia Número Dos de Badajoz, dictó sentencia con fecha 2 de marzo de 1993, cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLO: Que desestimando la demanda promovida por E. P. P., sobre tercería de mejor derecho, en nombre y representación de C. S. M. y F. A. G., contra J. O. C. y E. G. S. y M. A. G., éstos últimos en situación de rebeldía, absuelvo a los citados demandados de los pedimentos contenidos en la misma, con imposición de costas a la parte actora, debiéndose llevar testimonio de esta resolución a los autos de juicio ejecutivo de los que esta tercería es incidente".

SEGUNDO. Interpuesto recurso de apelación contra la anterior resolución por la representación de F. A. G. y C. S. M., la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección Primera, dictó sentencia con fecha 13 de julio de 1993, cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLAMOS: Que con desestimación del recurso de apelación interpuesto por la representación legal de los actores C. S. M. y F. A. G. contra la sentencia dictada por la Illma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Badajoz en los autos de juicio de menor cuantía seguidos en dicho juzgado bajo los núme-

ros 161/91 y 285/91 acumulados, a que esta resolución se contrae, debemos confirmar y confirmamos la misma, dando aquí su parte dispositiva por reproducida, todo ello con expresa imposición de las costas originadas en la presente alzada al recurrente”.

TERCERO. 1. El Procurador L. R. N., en nombre y representación de C. S. M. y F. A. G., interpuso recurso de casación respecto la sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Badajoz de fecha 13 de junio de 1993, con apoyo en los siguientes motivos, **MOTIVOS DEL RECURSO.** *PRIMERO.*—Al amparo del número 4.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se denuncia infracción por inaplicación indebida del artículo 10 de la Ley de 16 de diciembre de 1954, reguladora de la hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento, en relación con los artículos 1922.2.º y 1926.1.º del Código Civil. *SEGUNDO.*—Bajo el mismo ordinal se denuncia infracción por inaplicación del artículo 1924.3 del Código Civil, en relación con el artículo 1929.1 del mismo cuerpo legal, así como la Jurisprudencia recaída en interpretación del artículo 1924.3 del Código Civil. *TERCERO.*—Bajo el mismo se alega violación por inaplicación del artículo 1218 del Código Civil, en relación con los artículos 1924.3 del Código Civil. *CUARTO.*—Bajo el mismo ordinal se alega infracción por aplicación indebida de los artículos 1232 y 1233 del Código Civil.

221

2. Admitido el recurso y evacuando el traslado conferido, el Procurador R. R. M., en representación de J. O. C., presentó escrito de oposición al mismo.

3. No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 17 de octubre de 1997, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Antes de analizar los motivos del recurso conviene recordar los hechos constitutivos de la causa de pedir y de la oposición a la demanda, sumamente claros, reconocidos por las partes y demostrativos de que el problema suscitado en el juicio de tercería es exclusivamente jurídico.

Los actores de la tercería eran acreedores de los demandados en los juicios ejecutivos 161/91 y 285/91, seguidos ante el Juzgado número dos de Badajoz. El crédito a favor de aquéllos fue expresamente reconocido como deuda líquida en escritura pública de 11 de julio de 1990. En éste, además de reconocerse la deuda y su causa (suministro de piensos para cerdos de engorde) constituyeron en garantía del pago de la deuda prenda sin desplazamiento, con vencimiento el día 30 de septiembre de 1990. Cuyo objeto eran mil cabezas de ganado porcino que pastan en la finca P. del término de Cáceres. La lectura de su texto, disipa toda duda sobre la naturaleza del

contrato de garantía hecho al amparo de la ley de 16 de diciembre de 1954, a pesar de que tanto en la plica como en el encabezamiento del documento se le denomina hipoteca sobre prenda sin desplazamiento.

Vencida la prenda, y no ejecutada, en el año 1991, se incoan los juicios ejecutivos antedichos, y se embargan bienes que los hoy terceristas y recurrentes entienden ser los pignorados, por lo que instan tercería de mejor derecho tanto por ser titulares de un derecho de prenda, como por ser titulares de un crédito que consta en escritura pública. Tanto el Juzgado como la Audiencia afirman que entre los bienes embargados en los procesos ejecutivos no se encuentran las cabezas de ganado pignoradas y desestiman la tercería. La Audiencia, además, al resolver en apelación sobre la posible preferencia de cobro entre la escritura de 11 de julio de 1990 y las sentencias de los juicios ejecutivos obtenidas por los ejecutantes el 11 de abril de 1991 y el 18 de junio de 1991, entiende que al no haber ejecutado la prenda sus titulares y no tratarse de una ejecución concursal, carece de importancia la fecha del crédito escriturario, puesto que la ejecución en que se ejercita la tercería no es concursal o de quiebra.

SEGUNDO. Esto sentado, y como es un hecho incólume y del que hay que partir en casación, que los cerdos embargados en juicios ejecutivos, no son los que se pignoraron en el documento notarial, la consecuencia ineludible es la desestimación del motivo primero en el que se denuncia por el cauce del número cuarto del artículo 1692, la infracción del artículo 10 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento, en el que se reconoce preferencia y prelación con relación a los bienes muebles del deudor dados en prenda de una deuda.

TERCERO. Otro es el resultado del análisis del motivo segundo, fundado también en el número cuarto del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por no haberse aplicado el artículo 1924.3 del Código Civil, en el que se establece, con relación a los demás bienes muebles e inmuebles del deudor, la preferencia de los créditos que sin privilegio especial consten: A) En escritura pública, y B) Por sentencia firme, si hubieren sido objeto de litigio. Añade el precepto que estos créditos tendrán preferencia entre sí por el orden de antigüedad de las fechas de la escritura y de las sentencias.

La aplicación de este precepto ha llevado a esta Sala a afirmar que escrituras públicas y sentencias son de análogo rango y que son sus fechas las decisivas para establecer su clasificación y orden de prelación.

Y en el caso de autos la escritura pública, que además de ser título constitutivo de un derecho real de prenda sobre un ganado, es declarativo de la existencia de una deuda vencida, líquida y exigible, hay que concluir que es preferente a los créditos generadores de dos sentencias posteriores, prescindiendo ahora de si son o no firmes las dictadas en juicio ejecutivo, a los efectos del artículo 1924.

Sostener, como hace la Audiencia, que la inejecución de la prenda puede conllevar la pérdida de orden reconocido en el artículo 1924 es inadmisibile, pues al titular de un derecho real de garantía le corresponde el derecho a ejecutarla tras el vencimiento mientras no haya prescrito su acción, pero además aquí no se está considerando sólo el ejercicio de la acción real.

Los terceristas junto a su errónea pretensión de que se les reconozca un derecho preferente para el cobro de su crédito con la venta de ganado que nada tiene que ver con el pignorado, ejercitan también con la correcta invocación de los artículos 1924 y 1929 el mejor derecho a cobrar del producto de unas ejecuciones seguidas en los procedimientos ejecutivos, en los que sería incluso verosímil pensar que pudieran existir otros bienes trabados.

Y su preferencia de cobro, como consecuencia de las reglas de la prelación, la ejercitan en este cauce procesal, absolutamente idóneo, pues es afirmación equivocada decir que para hacer uso del derecho de prelación es preciso ejecutar, pues lo único cierto es que basta con hacer valer escritura pública demostrativa de la existencia y vencimiento de la deuda. Quien por otra parte quiera hacer valer su derecho cuando no conste en escritura pública, naturalmente ha de demandar y obtener sentencia.

También es contra derecho afirmar que las normas del Código Civil comprendidas en los artículos 1921 y siguientes, sólo son aplicables (y lo son) en los juicios concursales o de quiebra, puesto que son estas normas, con las demás que en nuestro derecho reconocen algún grado de prelación (sean laborales, mercantiles, tributarias, etc.), las que sirven de apoyo jurídico al ejercicio de las tercerías de mejor derecho, en las que tras hecho trance y remate de los bienes en subasta pública, obliga al órgano ejecutante a aplicar el producto obtenido en el encante, según el orden que marquen los títulos de los respectivos créditos, si es que no fueren rigurosamente comunes, en cuyo caso se aplica el prorrateo.

Las tercerías de mejor derecho, en fin, son procesos en los que se produce el concurso de varios acreedores, con pretensión de cobrar sus créditos con el producto de los bienes embargados concretos y no sobre el patrimonio universal del deudor, pues esto se da en los juicios universales.

CUARTO. En conclusión, si los terceristas son acreedores con título público preferente sobre el de los ejecutantes, su crédito es exigible y han utilizado la tercería de mejor derecho al amparo de los artículos 1532, en tiempo anterior al señalado en el artículo 1533, con apoyo en título exigido por el artículo 1537, procede declararlo así, casar la sentencia, y ordenar que se pague antes a los terceristas, cumpliendo lo dispuesto en el artículo 1536, todo sin necesidad de analizar los restantes motivos del recurso.

QUINTO. No ha lugar a imponer las costas a ninguna de las partes, ni en este recurso ni en las instancias, haciendo uso así de la facultad que confieren al Juzgador los artículos 523 y 710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y del precepto del artículo 1715.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

F A L L A M O S

QUE DAMOS LUGAR AL RECURSO DE CÁSAción interpuesto por el Procurador L. R. N., respecto la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Badajoz, de fecha 13 de julio de 1993. Casamos la sentencia recurrida, revocamos la de primera instancia y en su lugar declaramos el mejor derecho de los terceristas a cobrar el crédito reconocido en la escritura pública de 11 de julio de 1990, con preferencia a los ejecutantes aquí demandados.

Todo sin expresa imposición de costas de la instancia y de este recurso. Devuélvase el depósito constituido para recurrir.

Y líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.—...— Rubricados. PUBLICACIÓN.—Leída y publicada fue la anterior sentencia por el ..., Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

224

COMENTARIO

Los hechos constan de modo muy expresivo en los fundamentos de la sentencia.

La cuestión, como se desprende de la lectura, consiste en decidir sobre la preferencia de créditos, que constan uno en escritura pública y otro en sentencia dictada en juicio ejecutivo.

El recogido en escritura pública proviene de un préstamo con garantía prendaria sin desplazamiento de ganado porcino, que una vez vencido no se intentó cobrar ejecutando la prenda. Nada se dice en la sentencia ni se discutió en el pleito sobre las razones que determinaron al acreedor a no perseguir el cobro con los cerdos dados en prenda. Sólo uno de sus razonamientos dice que la preferencia no exige, para hacerla valer, acudir necesariamente a su ejecución. Tampoco se dice si la razón de no acudir a la ejecución fue por

haberse infringido la obligación del depositario de conservar los animales (arts. 59 y 60 de la Ley de Prenda). Se puede suponer que la desaparición de los cerdos pudo originar acciones civiles o penales, pero en ningún caso era posible sacarlos a subasta sin tenerlos a la disposición del órgano ejecutante para entregarlos al mejor postor.

El demandante de tercería, consciente de la inexistencia del ganado, acude a la vía del mejor derecho alegando tanto su derecho real de prenda como la existencia de un préstamo vencido, líquido y exigible que consta en escritura pública.

Característica de la tercería de mejor derecho es que su tramitación (a diferencia de la tercería de dominio) no interrumpe la acción ejecutiva en marcha. Solamente produce el efecto de, caso de ser estimada, conceder al tercerista vencedor el cobro de su crédito con preferencia al del demandante en el juicio ejecutivo, con sentencia de fecha posterior, cobro que se efectúa con el dinero obtenido con el trance y remate de los bienes del deudor.

El demandante de tercería, que tuvo poder de disposición adquirido en virtud de la prenda en garantía del préstamo vencido, y que acudió al incidente de ejecución, vio desestimada su demanda en las dos instancias, basándose la desestimación en que los cerdos embargados en el juicio ejecutivo no son los cerdos pignorados ni están en la finca donde se constituyeron en depósito.

Al desestimar la demanda los Tribunales de instancia no han tenido en cuenta el principio procesal de congruencia. Según éste, complemento de los principios también procesales de aportación de parte y de rogación o de instancia, los Tribunales están obligados a resolver las cuestiones sometidas a debate según los hechos y fundamentos alegados.

La incongruencia puede darse cuando se concede más de lo pedido, distinto de lo pedido o se deja sin resolver alguna petición. Para apreciarla es necesario acudir a los escritos fundamentales del pleito y comparar el Suplico con la

parte dispositiva de la sentencia. En general, las sentencias desestimatorias de demandas se entiende que son congruentes, pero existen excepciones a esta regla. Una excepción es cuando el juez, haciendo uso del *iura novit curia*, utiliza normas jurídicas cuya aplicación al caso altera la causa de pedir y produce indefensión en el demandado que nada ha podido argüir en su defensa; porque la vieja regla *da mihi factum dabo tibi ius* tiene este límite.

226 Aplicando estos razonamientos al caso comentado, se aprecia que el Tribunal Supremo tuvo presente para decidir su recurso que el demandante de tercería alegó como fundamentos fácticos de su pretensión la existencia de un derecho real de prenda y de un préstamo vencido, líquido y exigible que consta en escritura pública. Que no llevara a la estimación de la demanda la garantía prendaria alegada, debió dar lugar a analizar el valor, a efectos de preferencia y prelación, de la existencia de la escritura pública y a decidir con apoyo en el artículo 1.924 del Código civil, según el cual en el apartado tercero gozan de preferencia entre sí, por el orden de antigüedad de las fechas de las escrituras y sentencias, los créditos que sin privilegio especial consten en ellas.

Este artículo y apartado tercero ha dado lugar a dudas y vacilaciones, resueltas por el Tribunal Supremo. Así, la que dice que A. escrituras públicas y B. sentencias, son absolutamente iguales siempre que los créditos carezcan de privilegio especial, y por tanto sus fechas deciden.

Problema de interpretación plantea también el concepto escritura pública, que ha determinado al Tribunal Supremo a declarar que *a los solos efectos* del artículo 1.924 son equiparables las escrituras públicas y las pólizas intervenidas de préstamo, en las que lo determinante es la fecha de la escritura y la del vencimiento, puesto que el préstamo origina el deber de pagar desde que se recibe y vence, y equiparables también las pólizas de crédito, en las que lo determinante no es la fecha de su creación sino la de su liquidación tras el vencimiento, puesto que el crédito sólo obliga a

devolver la cantidad resultante de su liquidación. En el caso comentado, este problema no se plantea pues el préstamo consta en escritura pública y no en póliza a ella equiparada a los efectos del artículo 1.924.

Sí se plantea el de la congruencia pues el Tribunal de instancia no tuvo en cuenta que la demanda tenía por bases de hecho, además del derecho de prenda, la realidad de un préstamo constituido en escritura pública y debió reconocer la preferencia a la escritura sobre la sentencia, que es de fecha posterior. Sentencia dictada en juicio ejecutivo en la que los bienes embargados, también ganado porcino, aunque fueran cerdos distintos de los pignorados, formaban parte del patrimonio del deudor y sujetos por tanto al principio de responsabilidad patrimonial universal, y al cumplimiento de la obligación derivada del préstamo que goza de la preferencia de la fecha, tal como ha reconocido el Tribunal Supremo al estimar el motivo segundo del recurso por inaplicación al caso de los artículos 1.924 y 1.929 del Código civil.

227

Cuida el Tribunal Supremo de recordar una vez más que las normas sobre preferencia y prelación de créditos recogidas en el Código civil no se aplican sólo en los procesos universales sino que deciden cuando concurren varios acreedores al cobro de sus créditos en ejecuciones singulares. En otro caso, no existirían las tercerías de mejor derecho tal como se conciben en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

“Derecho Privado Europeo”, COING, Helmut. Tomo I: Derecho Común más antiguo (1500-1800), Tomo II: El Siglo XIX. Traducción y apostillas: Prof. Dr. Antonio Pérez Martín. Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1996, 862 y 854 págs., ISBN (obra completa) 84-87161-81-2.

Una obra monumental con una traducción genial. COING ha sido el primero que en los años ochenta se atrevió a intentar una exposición de la Historia del Derecho Privado a partir del siglo XVI; ahora PÉREZ MARTÍN con su traducción al español ha hecho accesible a su círculo jurídico por primera vez una de las investigaciones básicas de la historia jurídica alemana de finales del siglo XX. El hecho de que él colaborara durante largos años con COING en Francfort es un punto a favor de esta versión. No se echa en falta la concisión en las definiciones y la clarificación de conceptos. El público de lengua española, incluso de América Latina, se beneficia además de nuevos índices que más que antes facilitan el aprovechamiento de esta suma de la erudición alemana. Anotaciones oportunas sobre las Siete Partidas y la Novísima Recopilación ubican además esta obra en el marco español de la investigación. Es una suerte que PÉREZ MARTÍN, uno de los representantes más competentes de esta orientación, aceptara la presentación de una de las investigaciones más importantes sobre la historia del ordenamiento jurídico europeo y por consiguiente también del español.

La obra satisface también al jurista práctico. COING es ante todo jurista. Como fundador del Instituto para la Historia Europea del Derecho se esforzó siempre por no romper la conexión con el derecho vigente. Su asesoramiento durante muchos años a los grandes bancos y su múltiple actuación como perito, especialmente en cuestiones sucesorias, influyó igualmente en su visión de la Historia del Derecho, así como su docencia durante décadas en la Facultad de Derecho, donde enseñó sobre todo el Derecho Pri-

vado vigente. Además hay que mencionar junto a la Filosofía del Derecho su interés inusual por el Derecho Comparado. La Historia del Derecho de COING estuvo siempre orientada al planteamiento de las cuestiones más urgentes que presentaba la época posterior a la codificación. Con la superación del derecho nacional pretendía aportar una contribución histórica a la solución de problemas futuros.

COING es indudablemente el último representante de varias generaciones de investigadores alemanes, que remonta sus orígenes a FEDERICO CARLOS DE SAVIGNY. En ellos son evidentes la erudición y los conocimientos vastos. En este contexto basta sólo con recordar nombres como MAX KASER y FRANZ WIEACKER, el uno para la investigación del antiguo Derecho Romano, el otro para la Historia del Derecho de la Edad Moderna. Frente a ellos COING se beneficia de la experiencia que a lo largo de más de 20 años atesoró su Instituto de Francfort con las fuentes del *ius commune* desde el renacimiento del Derecho Romano y el auge del Derecho Canónico. Nadie como él estaba capacitado para escribir este compendio. El éxito de los próximos años le dará la razón, independientemente de la dirección que siga en el futuro la investigación iushistórica. Incluso aquellos, cuya crítica más o menos abiertamente se dirige contra él, no podrán prescindir precisamente de este gigantesco estudio. Su clara dirección de las ideas y la transparencia de su lenguaje la convierten más allá de la Historia del Derecho en una obra maestra de la cultura europea actual. Con ella se puede valorar el pensamiento postmoderno.

Tal maestría se manifiesta ya en la prudencia con que caracteriza el estado de la investigación. COING, a pesar de ser uno de los mejores conocedores del *ius commune*, sabe limitar su objetivo. El primer tomo debe ser básicamente sólo un inventario del Derecho Común del siglo XVII. Entonces había concluido en gran medida la recepción del Derecho Común en los países de Europa del oeste y del sur que entran sobre todo en consideración. A esto hay que añadir que en esta época diversas y voluminosas exposiciones globales habían preparado el saber jurídico de los últimos siglos. Partiendo de esta base se puede considerar globalmente el derecho culto y con ello también todo el ordenamiento jurídico vigente en la Edad Moderna. Así pues, COING tiene en cuenta autores iuscomunitarios como VINNIO, VOET y LAUTERBACH, sin olvidar a STRYK y STRUVE, así como a las grandes obras sistemáticas de todo el siglo XVIII. Para el mundo español hay que mencionar a este respecto sólo a ASSO y DE MANUEL, junto a HEINECIO, que influyó ampliamente todavía en la jurisprudencia y en la doctrina del último siglo. Tampoco hay que omitir las iniciativas legislativas de la época de la codificación. Con pesar renuncia únicamente a las numerosas colecciones de decisiones del Antiguo Régimen. Teniendo en cuenta el cometido inmenso de hacer justicia respectivamente en pocas páginas tanto al estado de la investigación como también a las exposiciones jurídicas de la época, la predecisión de COING revela no sólo su modestia sino una competencia que trata de equipararse a estas obras.

En el tomo primero trata en primer lugar del derecho de las personas y de la familia, entre lo cual, de acuerdo con la doctrina de entonces, incluye también el derecho de las organizaciones, en particular el de la *universitas*, tal como lo había desarrollado la Canonística y la Legística desde la Baja Edad Media. Aquí se muestra, especialmente para países como la católica España, entre otras cosas, la delimitación cautelosa del dogma protestante frente al derecho matrimonial determinado por el Derecho Canónico tradicional: los juristas vinculados al *ius utrumque* mantuvieron el carácter espiritual del matrimonio, a pesar de la oposición luterana. En los derechos reales hay que destacar cómo COING con suma cautela no sólo utiliza por ejemplo los conceptos actuales, sino que además procura sistematizar los derechos de disposición y de disfrute sobre bienes inmuebles y muebles. Así, por ejemplo, trata también el mayorazgo y los derechos de tanteo y de retracto. El derecho contractual lo extiende de hecho al derecho mercantil y marítimo. El tomo se cierra con debates sobre el derecho de sucesiones del *usus modernus*.

El tomo segundo está dedicado al siglo XIX. En él se comprenden cronológicamente los años de las grandes codificaciones hasta la primera Guerra Mundial. COING trata aquí muy hábilmente en primer lugar el Derecho nuevo, es decir, los problemas característicos y sus soluciones de acuerdo con la época. En primer plano están las organizaciones privadas, el derecho de la competencia, los inicios del derecho del trabajo y la modificación del derecho inmobiliario. Este tomo finaliza con una exposición comparada del derecho en 400 páginas. A este respecto trata de las reglas establecidas como materias tradicionales del *ius commune* en el curso del siglo XVIII. Muestra en especial su evolución o modificación en los derechos individuales y en los derechos reales, así como en las formas contractuales y en el derecho de sucesiones. Preliminarmente trata, entre otras cosas, de la doctrina de las fuentes del derecho y del origen del derecho subjetivo.

No se puede acentuar suficientemente que esta obra en absoluto interesa sólo a los historiadores del derecho. Aquél que, por ejemplo, como historiador quiera saber qué significaba el *ius commune* y su metodología, encuentra una información excelente sobre ello en el tomo primero. Hay que destacar sobre todo la exposición sobre la lógica y la tónica, así como sobre la *communis opinio doctorum*, es decir, sobre la teoría científica y la epistemología del Antiguo Régimen. El hecho de que hasta hoy falte el tomo correspondiente del Handbuch de COING sobre el movimiento codificador del siglo XVIII, explica que COING trate aquí esta temática con especial extensión. Son muy útiles los datos bibliográficos que proporciona tanto aquí como en otros temas. Asimismo, uno de los capítulos más importantes es el dedicado a la formación de los derechos nacionales partiendo del *ius patrium*. Pues de todos modos esta investigación del Derecho Privado estuvo desde el principio bajo el signo de todo el ordenamiento jurídico. Para COING con la reformulación del Derecho Privado se prefigura la evolución del Derecho Penal y Procesal. Lo mismo vale desde su punto de vista para la posterior diferenciación del Derecho Público.

Para ser todavía más concretos: por lo que se refiere a la investigación de la tradición jurídica catalana y con ello del Derecho foral catalán vigente, nadie puede en el futuro pasar por alto esta obra básica. Por ejemplo, sería rechazable la historia de los dogmas con respecto a la enfiteusis, a base sólo de la erudición local, sin tener en cuenta las conexiones con el Derecho Común. La investigación de JOAN EGEA I FERNÁNDEZ sobre *Estructura i natura dels heretaments en el dret civil català*, distinguida en 1981 con el premio Durán i Bas, documentada con su recurso especialmente a FONTANELLA y CÁNCER, tiene una vinculación tan estrecha con el Derecho Común, como expone claramente COING. Tanto si se trata de la *lesió ultra dimidium* de MIGUEL MARTÍN I CASALS (1984) como de la *venta a carta de gracia* de PEDRO DEL POZO (1984), cada tesis doctoral del círculo de las cátedras de Derecho civil de las universidades barcelonesas demuestra con su argumentación histórica lo que aquí se entiende. Quien ha observado hace años los preparativos de estas tesis doctorales en el Max-Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte de Francfort, sabe que COING con su última gran obra puso a su disposición un instrumento de trabajo único.

Los manuales españoles usuales en la enseñanza de la Historia del Derecho previsiblemente serán completados a base de la Historia del Derecho Privado de COING. Hasta ahora faltaba en España una investigación sólida de este tipo. Las investigaciones institucionales fueron en el pasado una gran excepción, sobre todo si se las compara con el número de estudios sobre interpretaciones frecuentes de los textos normativos de cada época. Fieles a su propia procedencia retórica, comparados con COING, se circunscriben a situaciones jurídicas relativamente estáticas, más que a los momentos en los que el Derecho se constituye conceptualmente o continúa operando más de un día. La enseñanza en adelante también en España puede recurrir a una tradición iushistórica segura desde siglos personal e institucionalmente. A partir de ahora son más fácilmente comprensibles tanto conceptos fundamentales del *ius commune* como también distinciones sutiles del Derecho Privado y por ello deben tener entrada también en la enseñanza del derecho.

Entre las ventajas de la exposición de COING se cuenta sin duda su concisión que de nuevo se basa en su capacidad de comprender los hechos más complicados y las figuras jurídicas. COING era y es minucioso hasta el exceso. En este sentido se considera comprometido con la Ilustración, que en Alemania desde finales del siglo XVII en medida creciente supo romper con la simple recopilación y con los florilegios del pasado. A partir de entonces no sólo la ciencia jurídica tuvo como ideal el pensamiento riguroso, lógico. El modelo contrario era un estilo afectado, antinatural. Desde el punto de vista de la ciencia jurídica la Historia del Derecho a partir de SAVIGNY debía estar determinada en particular por el interés, francamente siempre en un aprovechamiento profundamente racional de la materia jurídica. Es típico de este tipo de trabajos, orientados a los problemas, nunca derivados de los párrafos de la ley, observar por ejemplo cómo COING al

tratar de los derechos reales se decide por un tratamiento separado del *usus modernus pandectarum*, a diferencia del tratamiento de los derechos de las personas y de la familia. Lo mismo vale para el tratamiento audaz de problemas y soluciones jurídicas del siglo según el *Code civil français*. Otro ejemplo nos lo suministra la investigación de COING sobre el derecho inmobiliario de la época, en la cual está en primer plano la reorganización del crédito inmobiliario, pero sobre todo la hipoteca. Así pues, ambos tomos pueden ser leídos también bajo puntos de vista metodológicos para –si fuera necesario– corregir las propias premisas.

Pero la publicación de una versión española parece surgir en el momento adecuado, porque los representantes que marcan el tono de la Historia del Derecho español piensan seguir otras vías. En consecuencia ahora se ofrece al lector la posibilidad de establecer comparaciones. Mientras sólo existía el texto alemán, en España era más fácil la decisión. Desde el punto de vista científico ahora ha aumentado la necesidad de fundamentación. Así, por ejemplo, para la cuestión discutida desde BARTOLOMÉ CLAVERO de hasta qué punto se puede hablar de Estado Moderno incluso antes de las constituciones españolas del siglo XIX. Ahora COING muestra también que en vez de eso se debe partir de investigaciones puntuales, pasa por alto toda afirmación global, porque no hace justicia al proceso fuertemente discutido de la formación del Estado. A su lado palidece sin más toda habladuría sobre la *Revolución burguesa*. Un segundo complejo presenta la llamada lectura católica del derecho desde la Edad Media. A este respecto COING documenta en ambos tomos que la legislación sobre las circunstancias sociales jugó un papel completamente autónomo, lo cual en último término no deja de tener relación con el auge de los expertos en Derecho. Frente a CLAVERO y a sus epígonos la Teología no debe enturbiar en absoluto la óptica de modo y manera que la doctrina y práctica iuscomunitarias desaparezcan detrás de ella. Quien con CARLOS PETIT se dispone a buscar la Historia del Derecho español fuera de toda razón, a ese tal sólo le queda convencer al círculo íntimo de amigos del carácter científico de sus esfuerzos, una empresa de por sí lógicamente inútil. Logros a corto plazo son también a lo sumo éxitos a corto plazo. Incluso las redes sociales estables semejan corrientes de moda en las ciencias del espíritu y sociales. Pueden cambiar bruscamente de un día a otro en su contrario. La mejor prueba de esto sería si uno finalmente se decidiera a escribir una historia social de la historia del Derecho español y su proceso a partir de GARCÍA-GALLO.

En COING se demuestra que la decisión por una idea (política) no es incompatible con un nivel científico. Su decisión sin límites por una Europa adecuada se manifiesta no sólo en el título. Lo ha fijado él como política jurídica. Nunca deja aparecer la más mínima duda de que la Historia del Derecho hay que ponerla a su servicio. Por el contrario, se refiere negándola de por sí, cuando no puede aportar mejores argumentos objetivos. COING demuestra hasta el detalle cómo incluso una discusión común impregnó todavía una juridificación europea, cómo ataques intensamente nacionales

dominaron la imagen en el ordenamiento jurídico tradicional. Por el contrario, no basta con explicar la vigencia subsidiaria del *ius commune*. Quien explicita como COING lo que se entiende bajo un ordenamiento jurídico común constituido de los modernos, ese tal debe ser refutado precisamente en esos puntos. De lo contrario sus preguntas quedan sin respuesta. Hasta esto vale que todavía en el siglo pasado concepciones jurídicas supralocales y problemas estructurales sociales de todo tipo programaron la formulación jurídica de la sociedad de entonces. COING suministra a los juristas otro argumento metodológico con la indicación relativa a la comparación intensa del derecho, que sólo difícilmente se puede debilitar. Y a este respecto no se trataba del *ius commune* y de una enseñanza del derecho acuñada escolásticamente durante siglos en estos países.

Visto así el objetivo central de la investigación después de COING consiste en aceptar la historia de la ciencia. Esto es exacto para España en especial medida desde el siglo XVIII, preferentemente para la Historia del Derecho. Cuando COING trata la ciencia jurídica del siglo XIX no silencia casualmente las aportaciones de la jurisprudencia española. Según su visión junto a Francia y Alemania parece que no merece tratarse de ningún otro país. Todavía hay que descubrir en España las tendencias histórico-jurídicas y las nuevas concepciones eventuales sobre cómo pensaban y trataban los juristas españoles el Derecho español. Si hoy día se polemiza únicamente contra aquella ciencia local, que en la formulación de JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS ha ensalzado el estilo latino y el sentido jurídico del pueblo español, no se ha ganado nada ni desde el punto de vista científico ni desde el de la Historia del Derecho. De este modo PETIT se descalifica por sí solo. Sin tener en cuenta la cualificación: oposición ciega y simples opciones políticas han sido para él pésimos consejeros. Toda la obra de la vida de COING, tal como se manifiesta en los dos tomos de su Historia del Derecho privado europeo, es una prueba única de que en caso de intereses metodológicos simultáneos sólo el análisis histórico jurídico minucioso promete una síntesis continuada.