



REVISTA
JURIDICA

— DEL —

NOTARIADO

ABRIL~JUNIO 1999

REVISTA JURIDICA
DEL
NOTARIADO

Antigua **Revista de Derecho Notarial**

Fundada en 1953 por

Rafael Núñez-Lagos

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

I.S.S.N.: 1132-0044

Depósito legal: GU-72/92

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

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-Radio
- 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

- 3 ANDRINO HERNÁNDEZ, Manuel: "Fuentes de la bibliografía notarial española".
- 19 GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, Rafael: "El rapto de la hipoteca".
- 168 MATA POSADAS, Gonzalo de la: "Ley 8/1999 de 6 de abril de reforma de la Ley 49/60 de 21 de julio sobre propiedad horizontal".
- 133 RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: "La forma notarial de la declaración de voluntad".
- 222 ROMERO COLOMA, Aurelia M.: "La mujer casada y el principio de igualdad".
- 245 SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan: "Principio mayoritario y conflicto de intereses en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995".

Práctica notarial

- 287 CERDÁ GIMENO, José: "El título constitutivo de la propiedad horizontal".

Actualidad notarial

- 368 —Declaración de la Asamblea de Notariados miembros de la UINL en la reunión celebrada en Buenos Aires el día 2 de octubre de 1998.

FUENTES DE LA BIBLIOGRAFÍA NOTARIAL ESPAÑOLA (1)

MANUEL ANDRINO HERNÁNDEZ

Notario

9

SUMARIO: **I.** INDICACIÓN GENERAL. **II.** *DE ARTE NOTARIATUS*, DE NICOLÁS ANTONIO. **III.** *TABELLIO, NOTARIATUS*, DEL ALFABETO DE GIL DE CASTEJÓN. **IV.** *LA ESCRIVANÍA SIVE NOTARIATUS ARS*, DE FRANKENAU. **V.** *EL CATÁLOGO ALFABÉTICO*, DE COS-GAYÓN. **VI.** *LA BIBLIOGRAFÍA DEL "DICCIONARIO"* DE GONZALO DE LAS CASAS. **VII.** *LA BIBLIOGRAFÍA NOTARIAL*, DE ROCA Y CORNET. **VIII.** *EL DICCIONARIO* DE DIONISIO HIDALGO. **IX.** *LAS BIBLIOGRAFÍAS*, DE TORRES CAMPOS. **X.** *LOS APUNTES BIBLIOGRÁFICOS*, DE FERNANDO LEÓN Y OLARIETA. **XI.** *LA NOTICIA BIBLIOGRÁFICA*, DE ALCALDE PRIETO. **XII.** *DE LAS OBRAS QUE ILUSTRAN EL NOTARIADO y LET-*

(1) Una versión, menos extensa, de este estudio fue publicada en 1995, bajo el título de "Bibliografía de bibliografías notariales españolas", dentro del *Libro Homenaje a José María Chico y Ortiz*, pp. 1431 a 1453.

TERATURA NOTARILE D'OGNI SECOLO E PAESI, DE VLADIMIRO PAPPALAVA. **XIII.** LA BIBLIOGRAFÍA NOTARIAL, DE TIRSO DE LA TORRE ("Letrado Riestro"). **XIV.** LA BIBLIOGRAFÍA JURIDICONOTARIAL ESPAÑOLA, DE JOSÉ MARÍA MENGUAL Y MENGUAL. **XV.** LA NOTICIA BIBLIOGRÁFICA, DE GIL AYUSO. **XVI.** EL CATÁLOGO DEL CENTENARIO DE LA LEY DEL NOTARIADO. **XVII.** LOS FORMULARIOS NOTARIALES, DE BONO HUERTA. **XVIII.** LA LITERATURA NOTARIAL EN ESPAÑA E HISPANOAMÉRICA, DE LUJÁN MUÑOZ. **XIX.** EL ÍNDICE ALFABÉTICO SOBRE NOTARÍA Y NOTARIOS, DE PALAU. **XX.** OTRAS BIBLIOGRAFÍAS. **XXI.** CONCLUSIÓN.

I. Indicación general

La *Academia Matritense del Notariado* convocó en 1874 un certamen para premiar la mejor *memoria* sobre bibliografía del notariado nacional y extranjera (2). El premio fue concedido a la memoria presentada por el bibliotecario de la Academia de Jurisprudencia y Legislación, y luego catedrático de Derecho Internacional de la Universidad de Granada, D. MANUEL TORRES CAMPOS (3). En ella TORRES CAMPOS afirmaba no existir "una obra general o particular relativa a la Bibliografía del Notariado" y, como única referencia a un trabajo español, mencionaba los artículos de

(2) La Academia señaló un premio de "3.000 reales y la medalla de oro laureada", y justificó la convocatoria en el hecho de que "el Notariado necesita con urgencia esa fuente de conocimientos bibliográficos, base de los estudios profundos de los Notarios, y que por ello no había otro remedio que estimular el honor de los hombres eruditos". *Vid. Gaceta del Notariado* de 13 de diciembre de 1874, p. 734.

(3) Fue impresa con el título de *Estudios de bibliografía española y extranjera del Derecho y del Notariado*, en Madrid, Establecimiento Tipográfico de Eduardo Cuesta, 1878.

ROCA Y CORNET sobre los notarios de Cataluña (4). Sin embargo, aunque tal juicio fuera básicamente certero con referencia a una gran obra específicamente dedicada a la bibliografía notarial (5), no lo era en tan absolutos términos como los empleados, y desde luego no era el trabajo de ROCA Y CORNET la única aportación a la bibliografía notarial española, ya que por entonces se habían publicado los trabajos de NICOLÁS ANTONIO, GIL DE CASTEJÓN, FRANKENAU, COS-GAYÓN, GONZALO DE LAS CASAS y DIEGO HIDALGO, a los que vamos a pasar revista seguidamente, junto con las fuentes bibliográficas publicadas con posterioridad a las obras de TORRES CAMPOS.

(4) Como "incompletísimos catálogos", mencionaba, entre las extranjeras, las obras de ROLLAND DE VILLARGUES (*Code du Notariat et des droits de timbre, d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe*, 1836) y de MICHELOZZI (*Il Notariato secondo la nuova legge italiana*, Prato, 1875). En 1880 se publicaría la obra de U. PAPPÀFAVA *Delle opere che illustrano il notariato*, Zara, 1880, que es la única relativa a bibliografía notarial inserta en el conocido trabajo de LÉON VALLÉE *Bibliographie des Bibliographies*, París, 1883. V. PAPPÀFAVA amplió en 1883 su mencionada obra, con otra que tituló *Letteratura notarile d'ogni secolo e paese con cenni storici*. A finales del siglo XIX, según refiere JOSÉ GARCÍA ROMERO DE TEJADA, éste colaboró, por lo que a España respecta, en el "Sumario periódico de revistas de derecho o tabla mensual de todos los estudios jurídicos publicados en los periódicos belgas y extranjeros", editado por Otlet y Laforetaine. Vid. "El Notariado ante la clasificación decimal", (347-961), en la revista *La Notaría*, Barcelona, 1896, pp. 153-4.

(5) Enjuiciando esta obra, FÉLIX MARÍA FALGUERA escribió que "hasta ahora no existía un verdadero trabajo bibliográfico que se ocupase ex profeso de la ciencia notarial: contábamos únicamente con listas incompletas de obras notariales sin orden ni clasificación completa: la Memoria del Sr. Torres Campos es el primer trabajo completo sobre la materia, escrito después de minuciosas y profundas investigaciones, perfectamente clasificado, y acompañado de breves y acertadísimas consideraciones sobre el valor científico de una gran parte de las obras en él descritas". Fue publicada esta crítica en la revista *La Notaría*, y reproducida en la *Revista de Derecho y del Notariado*, año II, números 17 y 18, Barcelona, 1.º de septiembre de 1879, p. 463.

II. De arte notariatus, de Nicolás Antonio

La primera aportación a la bibliografía notarial española se hizo dentro de la obra del también primero de nuestros bibliógrafos, el sevillano NICOLÁS ANTONIO (1617-1684), ya que en su *Bibliotheca Nova*, insertó, en el índice de materias, dentro de la categoría de obras jurídicas, una sección titulada “*De arte notariatus specialiter*”, con un total de dieciséis obras, a las que se añadieron otras dos en la segunda edición (6), y sin perjuicio de otras de contenido notarial importante que fueron incluidas en los apartados sobre la práctica procesal (7), Derecho civil (“*Varia civilia*”), o el Derecho propio de cada uno de los reinos hispánicos. No se contiene en la relación dato alguno sobre ediciones de las obras (8), que sí aparecen en la parte principal, es decir, la

12

(6) Son éstas las de Antonio de ARGÜELLO, Diego BRAVO, GONZÁLEZ VILLARROEL (VILLAREAL), Diego de RIBERA, DÍAZ DE VALDEPEÑAS, GONZÁLEZ DE TORNEO (*Práctica y Orden*), ORTIZ DE SALCEDO, Agustín del CASTILLO, Juan ARIAS, Juan de MEDINA, Miguel MORENO, Pedro MELGAREJO, Felipe de ARÉVALO, Roque de HUERTA, y la que se denomina *Anonymus Infante*. En la segunda edición se añadieron la *Práctica de testamentos*, de Juan de la RÍPIA, y el *Tratado de cláusulas instrumentales*, de Pedro de SIGÜENZA. Como se sabe, la primera edición de la *Bibliotheca Nova* se publicó en 1672, en Roma; y la segunda apareció en Madrid entre 1783 y 1788 (el tomo II de la *Nova* es de 1788), y estuvo al cuidado de Tomás Antonio SÁNCHEZ y Juan Antonio PELLICER. Hay una edición facsímil de la *Bottega d'Erasmus*, Torino, 1963, que es la consultada habitualmente por mí.

(7) Así, en la sección “*Praxis hispani fori*”, se incluyen las obras de Bartolomé CARVAJAL (*Instrucción de escribanos y jueces*), de GÓMEZ VAYO (*Práctica de todas las causas civiles y criminales*) y de Juan RODRÍGUEZ DE PISA (*Curia Pisana*). Algunas obras, como el *Compendio* de MELGAREJO se mencionaron asimismo en la sección de “*Varia civilia*”.

(8) Las menciones editoriales hechas por NICOLÁS ANTONIO son las siguientes:

1) Antonio de ARGÜELLO: Madrid, Juan de la Cuesta, 1620, in 8.º; 2) Diego BRAVO: Sevilla, Simón Fajardo, 1623, 8; 3) Diego GONZÁLEZ DE VILLARROEL: no cita edición; 4) Diego de RIBERA: Granada, 1671; 5) Fernando DÍAZ DE VALDEPEÑAS: Toledo, 1546, in folio; 6) Francisco GONZÁLEZ TORNEO: a) *Práctica de escribanos*: Medina del Campo, 1603; y Madrid, 1625, 8; & 1651; b) *Orden de examinar testigos*: 1579, 8; 7) Francisco ORTIZ DE SALCEDO: Madrid, 1610, in 4.º. Y 1615 Luis SÁNCHEZ, en 4.; 8) Jaime Agustín del CASTILLO: Zaragoza, año 1548, 8; 9) Juan ARIAS: Madrid, 1575, in 4; 10) Juan de MEDINA: Valladolid, 1538, 4 (aunque Juan de Medina fue el editor, N. Antonio dice “scripsit”); 11) Juan de la RÍPIA: Cuenca, Antonio NÚÑEZ ENRÍQUEZ, in 4; 12) Miguel MORENO: no señala edición; 13) Pedro MELGA-

alfabética por el nombre del autor, orden que igualmente se utiliza en esta sección de materias. La ausencia más destacable del elenco es la de GABRIEL DE MONTERROSO Y ALVARADO, que, sin embargo, sí estaba incluido en el índice de autores (9). Falta también la mención a las “Notas del Relator”, es decir, al formulario del relator de Juan II, FERNÁN DÍAZ DE TOLEDO (10).

III. *Tabellio, notariatus, del Alfabeto de Gil de Castejón*

Como segunda obra de la bibliografía notarial, pudiera considerarse el *Alphabetum Iuridicum*, del consejero GIL DE CASTEJÓN (11), publicado en 1678 (12), que según indica el

REJO: in 4. Granada, 1652. Madrid, Melchor SÁNCHEZ, 1667, in 4; 14) Pedro de SIGÜENZA: “apareció por segunda vez en Madrid, 1646”, in 4, oficina de Carlos Sánchez; 15) Felipe de ARÉVALO: in 4, sin otra indicación; 16) Roque de HUERTA: Salamanca, Juan de Junta 1551, in 4; 17) Anónimo INFANTE (Juan INFANTE): Sevilla, Domingo de Morales, 1551, in folio; 18) Bartolomé CARVAJAL: Granada, 1580, 4; 19) Gabriel de MONTERROSO: Madrid, 1603, in folio, & antes en Alcalá, 1571, in folio, 20) GÓMEZ VAYO: Salamanca Antonium (sic) Ramirez, 1627, 4 dos tomos; después Lyon, Juntas, in folio.

(9) Después de señalar su origen toresano y su residencia vallisoletana (*Tua-rensis origine, at Pincianus incolatu*), se refiere a la opinión de algunos autores acerca de la verdadera autoría de la obra, que atribuían a un personaje de gran relieve (*Indubitatum est aliquibus auctorem huius operis non hunc, qui nomen suum apposuit, sed senatorem quemdam fuisse magni nomini*), volumen I, p. 508. También aparece en el índice “de las patrias”, o lugares de nacimiento (*ex urbe Toro*).

(10) Puede verse respecto de él la semblanza de Antonio PÉREZ SANZ en *La Gaceta de los notarios*, n.º 14, de abril de 1990.

(11) Según Domingo ALCALDE PRIETO, GIL DE CASTEJÓN fue “natural de Ágreda (Soria), Colegial de San Bartolomé de Salamanca, 1640, en el que enseñó Derecho canónico; oidor en La Coruña, Fiscal en la Chancillería de Valladolid, Consejero de la Cámara de Castilla y de Indias y primer marqués de Solana. Su célebre Alfabeto jurídico aunque algo pesado, fruta propia de la época, le honra sobremedra. El lic. Herrero, Abogado de los Reales Consejos, imprimió un tomo de Ilustraciones a esta obra. Fue uno de los redactores de la Recopilación de las leyes de Indias”. *Vid. Introducción al estudio del Derecho civil español*, Valladolid, 1889, p. 388.

(12) *D. Aegidii de Castejon... Alphabetum Iuridicum, canonicum, civile, theoricum, practicum, morale, atque politicum*. Tomus secundus. Matriti. Ex Typographia Regia. Apud Ioannem Garcia Infançon. Anno M.DC.LXXVIII. Fue reimpresa en Lyon, 1730, y en Colonia, 1737.

autor en su advertencia “Al lector”, es el resultado de las pacientes anotaciones realizadas por él en los libros manejados tanto por razón de estudio como en el desempeño de sus cargos públicos, ya desde la época en que había sido estudiante en la Universidad de Salamanca, a la que afectuosamente recuerda como “Minerva de todas las ciencias” (13). La obra en realidad consiste en una colección de referencias bibliográficas por materias, es decir, ordenadas por instituciones, y éstas a su vez dispuestas alfabéticamente (14). En ella, bajo el epígrafe “*Tabellio, notarius*” (15), se incluyen cuarenta puntos referentes al origen y naturaleza del oficio notarial, clases de notarios, reglas para su nombramiento y actuación, y valor legal del instrumento público. Hay que advertir, sin embargo, que los autores y obras a que remite CASTEJÓN son en su totalidad los cultivadores del “Derecho común”, tanto españoles como extranjeros, con exclusión de los autores específicamente notariales o *prácticos* (16).

(13) *Cum utriusque iuris disciplinae, in Salmanticensi Academia, omnium scientiarum Minerva, multis ab hinc annis, operam impendere... Qua potui industria, diligentique cura incertae memoriae pericula evadere decrevi, et quo facilius id assequi potuissem, quidquid, vel adiscendi cupiditate, vel litterariis actibus adimplendis, legibam, Alphabeto ordine, observare, et quasi scientiam litteris alligare, et mandare, coepi, et quasi ex commentario sapere ut Senecae verbis utar. Multa studiosarum lucubrationum, evasere, in operis praecipue, initio. Sed quae superatis desidia, et oblivione, currente tempore, minutatim digesta fuerunt, isti voluminis initium conficere coeperunt. Ad Lectorem.* Edición de Salamanca citada antes.

(14) De esta obra escribe Rafael GIBERT que “proporciona una minuciosa orientación sobre la literatura jurídica, no sólo la española, sino de otros autores, que como el francés Tiraquel (1488-1558), fueron familiarmente utilizados por nuestros escritores”. *Ciencia jurídica española*, Granada, 1982, p. 15. Ya Fernando LEÓN Y OLARIETA había destacado que la obra de GIL DE CASTEJÓN “puede servir de mucha utilidad para el (estudio) del Derecho en general, y por consiguiente para el del Derecho civil, pues se puede citar a las fuentes que se indican o citan en dicha obra”. *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Valencia, 1877, p. 358.

(15) A una temática fundamentalmente notarial están también dedicados los epígrafes *instrumentum* y *scriptura*, donde se citan prácticamente los mismos autores que en el artículo “*Tabellio, notarius*”. Falta un epígrafe sobre *formularium*.

(16) Los autores citados son Guido PANZIROLUS, Gregorio LÓPEZ, Diego de COVARRUBIAS, Jerónimo CASTILLO DE BOBADILLA, Anne ROBERT, Gaspar de ESCALONA,

IV. La *Escrivanía sive notariatus ars*, de Frankenau

En la primera obra específicamente de bibliografía española, de índole exclusivamente jurídica, es decir, la publicada bajo el nombre del danés GERARDO ERNESTO DE FRANKENAU con el título de *Sacra Themidis Hispanae Arcana*, en Hannover, en 1703, y sobre cuya real autoría se discute aún (17), se dedica el apartado XXXVI de la sección quinta, precisamente a los autores que han comentado el modo de hacer los contratos y el oficio de la *Escrivanía*, o Arte del Notariado, así como otras cuestiones concernientes al mismo (18), si bien exclusivamente para disculparse de no hacer una exposición detallada que si bien podría hacerse sin agravio (*nec injuria*) recargaría en exceso la obra, innecesaria por otro lado al existir la de NICOLÁS ANTONIO. Fuera de ese apartado, FRANKENAU se refiere a civilistas y procesalistas

15

ARGÜELLO, Pedro NÚÑEZ DE AVENDAÑO, Juan BAUTISTA LARREA, Gaspar de HERMOSILLA, Juan GUTIÉRREZ, Gabriel PAREJA, Rodrigo SUÁREZ, Alfonso NARBONA, Hermenegildo de ROJAS, Luis MOLINA, Salgado de SOMOZA, Alfonso PÉREZ DE LARA, Johannes Aloysius RICCIUS, José VELA DE OREÑA, Cyriacus NIGER, Alfonso de GUZMÁN CENSOR, Jerónimo GONZÁLEZ, Johannes SURDUS, Prosperus FARINACIUS, Francisco Jerónimo de LEÓN, Hércules MARESCOTTUS, Jerónimo CEVALLOS, Alvaro VALASCO, Borgninus CAVALCANUS, Juan Bautista VALENZUELA, Lorenzo MATHEU, Marius GIURBA, Antonio GÓMEZ, Petrus Franciscus de TONDUTIS, Giacomo MENOCHIO, Alfonso de OLEA, Andreas TIRAQUELLUS, Juan CASTILLO DE SOTOMAYOR, Francisco CARRASCO DEL SAZ, Agustín BARBOSA, Tomás CARLEVAL, Juan SEGURA DE AVALOS, Martín de AZPILICUETA NAVARRO, Kaspar MANZIUS, Antonio AGUSTÍN, Juan SOLÓRZANO, Marcos BURGOS DE PAZ, Blas DÍAZ FLÓREZ DE MENA y Domingo ANTÚNEZ PORTUGAL.

(17) Gregorio MAYANS Y SISCAR acusó a FRANKENAU de haber plagiado una obra manuscrita del erudito sevillano Juan Lucas CORTÉS (1624-1701), y así fue admitido por Francisco CERDÁ Y RICO, en la edición española publicada en 1780, y esto llegó a ser lugar común principalmente al ser defendido por UREÑA y consagrado en el *Curso de Historia del Derecho* de GALO SÁNCHEZ. Actualmente, sin embargo, se adopta una postura más cauta, y así Bartolomé CLAVERO resume su actitud diciendo que "si hay presunción, con conjeturas más que pruebas, habrá de ser de inocencia y para todos" (presentación de la edición y traducción de María Angeles Durán Ramas, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993).

(18) *Nec injuria referri huc possent et illi, qui de modo erigendorum contractuum, Escrivanía sive notariatus arte aliisque eorum ad munus spectantibus fuere commentati*, p. 97 de la edición de 1780 (Madrid, apud Antonium Sancham), y pp. 240-1 de la edición citada de 1993.

particularmente preocupados con la materia notarial, destacando especialmente la obra de GABRIEL DE MONTERROSO (19).

V. El Catálogo alfabético, de Cos-Gayón

En 1853 se comenzó a publicar en el *Boletín del Ministerio de Gracia y Justicia* (20), un llamado “Catálogo alfabético de libros originales de autores españoles, acerca de las diversas materias de la Jurisprudencia y la Administración”, del que se decía que aunque “incompleto sin duda, estaba hecho con cuidado y detención en vista de todos los datos que proporciona en su actual estado la bibliografía española, de los libros que sobre las diferencias materias del derecho, la legislación y la administración se han escrito por autores españoles, o sobre cuestiones españolas, desde el establecimiento de la imprenta” (21). Dentro de este Catálogo, y precisamente en los números 71 y 72, se incluyó, con el número 18, un apartado dedicado a la “Administración de Justicia, causas célebres, libros sobre Abogados, Notarios, etc.”, en el cual se reseñó, por orden alfabético de títulos, un importante conjunto de obras tocantes al ejercicio de la fe pública judicial y extrajudicial.

(19) Reproduce respecto de MONTERROSO el juicio de Nicolás ANTONIO sobre la autoría de la obra, y lo refuerza con el testimonio de CASTILLO DE BOBADILLA y Francisco CARRASCO. Entre los escritores civilistas y procesalistas menciona, entre otros, a GÓMEZ BAYO, CARLEVAL, CARRASCO DEL SAZ, Bartolomé CARVAJAL, Diego de COVARRUBIAS, Juan GUTIÉRREZ, HEVIA BOLAÑOS, PARLADORIO, Juan INFANTE, Diego MESSIA, Juan de MONTALEGRE, Gabriel HENRÍQUEZ, Alfonso de VILLADIEGO, MATIENZO, Pedro de MOLINOS, Antonio MOLL, NUÑEZ DE AVENDAÑO, Luis PEGUERA, Jerónimo de PORTOLÉS, RIPOLL, RODRÍGUEZ DE PISA, Francisco de SOLSONA, Rodrigo de SUÁREZ y SUÁREZ DE PAZ.

(20) Madrid. Imprenta de Don José María Alonso, calle de Capellanes, núm. 10. Se trataba de una publicación semanal que aparecía los miércoles, la cual había comenzado el 7 de enero de 1852, y de la que se publicaron un total de cuatro tomos, llegando a finales de 1853 a los 104 números.

(21) Número 65 correspondiente al miércoles 30 de marzo de 1853, año II, tomo III, p. 403. El Catálogo se insertó además de en ese ejemplar (pp. 404 a 416) en los números 66 (pp. 438 a 448), 67 (pp. 469 a 480), 68 (pp. 504 a 512), 69 (pp. 528 a 544), 70 (pp. 568 a 576), 71 (pp. 588 a 608) y 72 (pp. 633 a 640).

El trabajo apareció en forma anónima, si bien en la nota introductoria se puede leer que “parte de este catálogo lo publicó ya su mismo autor como apéndice de un libro original suyo sobre administración”, por lo que parece indudable que su autor fue el célebre erudito, tratadista y político FERNANDO COS-GAYÓN (22) que, precisamente en 1851 había publicado una *Historia de la Administración Pública de España* (23), a la que incorporó un “Índice alfabético de libros originales de autores españoles sobre los diferentes ramos de la Administración”, cuyas semejanzas con el Catálogo de 1853 no deja lugar a dudas (24).

La relación está ordenada por orden alfabético de títulos, dentro de cada sección, y generalmente se reseña el lugar y fecha de edición, el número de volúmenes y su tamaño. A veces se incluyen varias ediciones, y no parece que el autor se haya preocupado de averiguar la fecha de aparición de la obra, pues se limitó a mencionar las señaladas por NICOLÁS ANTONIO, o en las posteriores a éste, las que él tuviera a la vista o bien encontrara reseñadas en algún otro catálogo. A este respecto hay fundamento para pensar que COS-GAYÓN utilizó el *Boletín bibliográfico* publicado por DIONISIO HIDALGO desde 1840, puesto que algún error como el denominar a la obra de FELIPE SÁNCHEZ *Nuevo formulario de contratos*, en vez de “instrumentos”, procede de éste, bien originaria-

17

(22) Había nacido en Lérida en 1825. Entre otros cargos ostentó los de Censor de los Teatros del Reino, Director de la *Gaceta de Madrid*, Secretario de la Real Casa y Patrimonio, Ministro de Gobernación, Gracia y Justicia y Fomento. Falleció en Madrid en 1898. Fue autor de una *Historia jurídica del Patrimonio Real* y de un *Diccionario manual de Derecho administrativo español*.

(23) Ha sido reeditada por el Instituto de Estudios Administrativos, en Madrid, 1976.

(24) El Catálogo está dividido en dieciocho partes, y el índice se articuló en un total de ocho apartados que se correspondían con los de aquél: Derecho Diplomático (13.º del Catálogo), Derecho Público y su historia (8.º), Preceptistas político-morales (9.º), Administración política (10.º), Economía política y estadística (11.º), Hacienda (12.º), Derecho Público y Administración Eclesiástico (14.º), y Administración Militar y Órdenes Militares (17.º). Todas las obras de este índice están recogidas en el Catálogo, bajo la misma disposición, es decir, mediante alfabetización de títulos.

mente o bien por mediación del “Boletín de la Librería de Razola”, a que se refiere HIDALGO.

Es indudable que COS-GAYÓN utilizó el trabajo de NICOLÁS ANTONIO, puesto que las ediciones que cita se corresponden, prácticamente sin excepción, con las de NICOLÁS ANTONIO, aunque en muchos casos no se trate de la primera (25), y, además, se da el hecho revelador de que cuando en el último autor falta el lugar o la fecha de impresión faltan también en COS-GAYÓN, como ocurre respecto a FELIPE DE ARÉVALO, GONZÁLEZ VILLARROEL, o GÓMEZ VAYO (26). Lo que extraña es la omisión por COS-GAYÓN de algunas obras relevantes dentro de la historia de la literatura específicamente notarial como las de DIEGO DE RIBERA y ROQUE HUERTA, o las *Notas de Escrivanos* de HERNÁN DÍAZ DE VALDEPEÑAS (27), y no deja también de sorprender que algunas de

(25) De las citadas por Nicolás ANTONIO son primera edición las de ARGÜELLO, GONZÁLEZ TORNEO (en cuanto a su *Orden de examinar testigos*), ORTIZ DE SALCEDO (existe la edición de 1610, existente en la Universidad Complutense y reseñada por J. SIMÓN DÍAZ, *Bibliografía*, XVI, p. 316), Jaime A. del CASTILLO, Juan ARIAS, MEDINA, MELGAREJO y HUERTA.

Respecto de los demás hay las siguientes diferencias, indicándose en primer lugar las fechas señaladas por Nicolás ANTONIO y luego, entre paréntesis, la primera actualmente conocida: RIBERA, 1617 (1560); DÍAZ DE VALDEPEÑAS, 1546 (1541); TORNEO (*Práctica*), 1603 (1587); SIGÜENZA, 1646 (1627), y MONTERROSO 1571 (1563).

En el caso de Diego BRAVO, Nicolás ANTONIO citó una edición de 1623, desconocida (según J. SIMÓN DÍAZ y BONO), pero que repite COS-GAYÓN. Respecto de Juan de la RÍPIA, la primera edición es de Madrid, 1674, y Nicolás ANTONIO (COS-GAYÓN le secunda) alude a la de Cuenca, que apareció sin fecha, y parece es de 1676.

(26) En cuanto a Felipe de ARÉVALO, repite la indicación de Nicolás ANTONIO de que se publicó en 4.º, y no señala lugar ni fecha; en el caso de GONZÁLEZ VILLARROEL, pese a las numerosas impresiones conocidas, no se ofreció dato alguno en ninguno de los dos autores; y en cuanto a GÓMEZ VAYO, si Nicolás ANTONIO menciona la impresión de Salamanca de 1627 (con error en el nombre de la impresora, que fue Antonia Ramírez del Arroyo, al parecer viuda de Diego de Cussio, y no “Antonium Ramírez”), y añade *postea Lugduni simul in folio*, COS-GAYÓN menciona también la de Salamanca y luego escribe: “Lyon, 16 ...”. Lejos, pues, de completar la indicación de Nicolás ANTONIO con los datos de la edición de Lyon de 1671 (*Ex officina Anissoniana*) reemplazó el adverbio *postea*, por puntos suspensivos en el siglo XVII.

(27) También falta la *Suma de notas* editada por Juan de MEDINA, y los *Avísos* de Miguel MORENO. Respecto de éstos puede verse ANDRINO, Manuel: “Miguel Moreno” en la *Gazeta de los notarios*, n.º 49, septiembre, 1993.

las obras citadas por NICOLÁS ANTONIO como notariales, aparezcan en el Catálogo de COS-GAYÓN incluidas en una sección diferente (28), y a la inversa, como ocurre con la BARTOLOMÉ FRÍAS (29). Como obras posteriores a la segunda edición de la Biblioteca de NICOLÁS ANTONIO aparecen en COS-GAYÓN, entre las propiamente notariales, la Colección de JAIME MORELLÓ (30), el *Nuevo formulario* de FELIPE SÁNCHEZ, la *Historia* de XIMENA Y ORTEGA, el *Manual del escribano*, anónimo de 1845, y las *Instituciones* de LUENGO.

VI. La Bibliografía del “Diccionario” de Gonzalo de las Casas

En 1852 había comenzado JOSÉ GONZALO DE LAS CASAS Y QUIJANO (31) la publicación de su *Diccionario General del Notariado de España y Ultramar*, que comprendería diez tomos, el último publicado en 1857. En el tomo segundo de este *Diccionario* se insertó un artículo (el número 4421) titulado “BIBLIOGRAFÍA”, en el cual se define a ésta como “el catálogo de obras para conocer sus ediciones”, añadiendo a continuación que “bajo este concepto debemos citar en

19

(28) Así, en la de Derecho civil, la *Cartilla Real de Escribanos*, según la edición de Santiago de la PEÑA (p. 438), y las de Juan de la RIPA (p. 474), Antonio ARGÜELLO (p. 475), y la *Librería* de FEBRERO (p. 442), con otras inspiradas en ella. En la sección de Derecho canónico se incluyen las obras de Juan de ARIAS (p. 601) y ORTIZ DE SALCEDO (p. 595).

(29) En cuanto a la de Bartolomé FRÍAS (*Arte de los contratos*), COS-GAYÓN cita la edición de Valencia, 1573, que es la misma que menciona N. ANTONIO, con indicación del impresor (Pedro de Huete) en la parte de autores (I,194), y que en su parte sistemática está en la sección de *Varia civilia* (II,601). En cuanto a la de José POZUELO *De institutione tabelliorum secundum foros Aragoniae*, Zaragoza, 1589, en 4.º, mencionada por COS-GAYÓN dentro de las *Legislaciones provinciales* (p. 604), también aparece en N. ANTONIO (I,817) bajo la rúbrica de *Ad leges Aragoniae, Cataloniae, Valentiae, & Navarrae*, II,605).

(30) Incluida como anónima en la sección de “Legislaciones Provinciales” (p. 603), y ya con su autor en la sección notarial (p. 608).

(31) Respecto a este autor puede verse la semblanza de Antonio RODRIGUEZ ADRADOS en la *Gazeta de los notarios*, n.º 11, de enero de 1990.

este lugar las principales obras que consultamos para la redacción de este *Diccionario*", y catalogando seguidamente un conjunto de obras, con un total de volúmenes, según la cuenta llevada al margen, de 264 (32). El catálogo aparece distribuido en tres apartados, dedicados respectivamente a las "Obras especiales de autores españoles, latinos y portugueses", "Obras generales" y "Autores franceses".

En el apartado primero, que es el que principalmente importa, GONZALO DE LAS CASAS hizo una selección de obras históricas y modernas, comprensivas tanto de estudios propiamente notariales como tratados procesales, civiles y penales. Si se compara esta relación con el *Catálogo* de COS-GAYÓN resulta que solamente dos obras notariales, ambas recientes, faltan en la última, además de un trabajo sobre el papel sellado del que era autor el propio GONZALO DE LAS CASAS (33). Además, hay numerosas coincidencias en errores sobre títulos y fechas, y también una conformidad total en cuanto a las ediciones mencionadas (34), por lo cual, es evidente la dependencia de uno de los trabajos respecto del otro (35).

(32) Gonzalo de las CASAS repite, y por tanto contabiliza dos veces, el *Breve manual*, de Manuel de PRADO, y el *Arte de los contratos*, de Bartolomé de FRIAS, señalando como fecha de esta obra, en la segunda entrada (p. 90), "Valencia 1734", edición ésta inexistente puesto que de tal obra sólo se conoce la edición de Valencia 1573, citada por Gonzalo de las CASAS en primer lugar (p. 88).

(33) Las obras notariales son la *Biblioteca de Escribanos*, de ORTIZ DE ZÚÑIGA, y el *Tratado* de Ignacio MORENO.

(34) Así, en la obra de Jayme MORELLÓ, *Colección de contratos*, falta la indicación de autor; en *El Notariado en España*, a Ximena se le menciona como "Jimena", y a Isidro O. Salomón, como "Isidro Ortega Salomón"; la obra de GONZÁLEZ VILLARROEL se reseña simplemente como *Examen de los escribanos*, en lugar del título correcto, o sea, *Examen y práctica de escribanos*; la obra anónima publicada en 1845 mencionada como *Manual Escribano, compendio...*, contiene varias alteraciones del título, coincidentes en ambos (Manual de; o compendio; "se dediquen", por "se dedican", "Un Abogado", por "Un Abogado del Colegio"); además, mencionan a "González Torneo", que en su obra aparece como "González de Torneo".

(35) Faltan en Gonzalo de las CASAS las obras de Juan INFANTE, VILLADIEGO, el *Orden de examinar testigos* de GONZÁLEZ DE TORNEO; SIGÜENZA, MONTERROSO Y ELIZONDO. Algunas, como la *Práctica* de Pedro MOLINOS, y el *Tractatus de successionibus* de Andrés SERVETO, las incluye Gonzalo de las CASAS en esta sección, mientras que en COS-GAYÓN se insertaron en el apartado de "Legislaciones provinciales".

Como hay coincidencia de fechas, puesto que COS-GAYÓN publicó las relaciones de esta sección en los números del *Boletín* correspondientes a los días 11 y 18 de mayo de 1853, y curiosamente la entrega o cuaderno de las páginas correspondientes al artículo de "Bibliografía" de GONZALO DE LAS CASAS fue también de mayo de 1853 (36), pudiera dudarse sobre la prioridad entre sí. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que GONZALO DE LAS CASAS cita entre las "obras generales" consultadas, precisamente el *Boletín del Ministerio de Gracia y Justicia*, con mención de tres tomos, y como quiera que los números reseñados forman parte del tomo III (comprendivo del primer semestre de 1853), si es que cita este tomo es que su cuaderno de mayo debió salir con retraso respecto de la fecha nominal. Por ello, y otras razones (37), debe considerarse que la bibliografía de GONZALO DE LAS CASAS fue un simple resumen de la de COS-GAYÓN, aunque él dijera se trataba de las obras consultadas para el Diccionario, y aclarara que "no se incluyen otras muchas obras de menos interés" (38).

21

(36) Por una de esas raras casualidades que tanto alegran a los amantes de los papeles viejos, ha llegado a nuestras manos el cuaderno separado del *Diccionario*, donde efectivamente está manuscrito con letra de época el mes de mayo indicado.

(37) Así, en la *Práctica* del bejarano Doctor GÓMEZ VAYO, Gonzalo de las CASAS suprime la mención de la segunda edición, que como se recordará era "Lyon, 16..." en COS-GAYÓN. No sería lógico que si éste se hubiera inspirado en aquél hubiera añadido ese dato incompleto, que manifiestamente procede de Nicolás ANTONIO, como antes vimos. Es también extraño que si, como Gonzalo de las CASAS dice, no hubiera querido incluir otras obras de menos interés, diera entrada a los libros prácticamente desconocidos de autores portugueses como la *Práctica criminal* de Gaspar PEGADO, la *Práctica de tribunales e escribaos*, de Gregorio MARTÍNEZ, y la *Práctica judicial*, de Manuel de MONTE OLIVETE, mucho más comprensibles dentro del Catálogo de COS-GAYÓN, por su mayor alcance. Y pónganse en relación la acogida de dichas obras portuguesas con la omisión de libros importantes de nuestra historia como las de Roque HUERTA, o las *Notas del Relator*, además de las ya indicadas de MONTERROSO y SIGÜENZA, mucho menos disculpables en Gonzalo de las CASAS que en COS-GAYÓN.

(38) Gonzalo de las CASAS publicó otra relación de formularios notariales adaptados a la ley notarial y a la hipotecaria, en la *Guía notarial y del Registro de la Propiedad... por la Redacción de la Gaceta del Notariado* (Madrid, 1863), en la

Las obras están ordenadas, también, como en el Catálogo de COS-GAYÓN, por orden alfabético de títulos, aunque con desviaciones al principio y final del artículo.

VII. La *Bibliografía notarial*, de Roca y Cornet

Como se recordará hemos dicho, MANUEL TORRES CAMPOS había señalado como única publicación de bibliografía notarial española los trabajos publicados por JOAQUÍN ROCA Y CORNET, notario de Barcelona, que merece más atención de la que se le ha prestado, tanto en el orden notarial como en el cultural. Nacido en Barcelona el 6 de febrero de 1804, y fallecido en la misma ciudad el 11 de enero de 1873 (39), estudió la carrera de Derecho en Cervera, participó activamente en la *Renaixença* o movimiento del renacimiento cultural catalán (40), y desplegó una gran actividad periodística (41),

22

que incluyó las siguientes obras: *Bajo el epígrafe de Castilla*: folleto de 97 páginas publicado por el Establecimiento tipográfico de J. A. Ortigosa (*Formulario de escrituras públicas: Comprende 20 modelos*); y las de ARIZA, GÓMEZ DE LA SERNA, CARRERA, CALLEJO, GONZALO de las CASAS (*Comentarios, Formularios y Concordancias de la Ley Hipotecaria*). Para Aragón, la del Colegio Notarial. Para Cataluña, la de Pablo CARDELLACH. Y para Valencia, la del Colegio Notarial. Declaraba, asimismo, que “se han publicado además multitud de folletos y obras de menor interés, por las que preceden, todas las que con más provecho pueden consultarse”. *Vid.* pp. 585 y 586.

(39) Fue enterrado en la iglesia del Mas den Bosch, en el término de Salou, reproduciéndose en la lápida la poesía “A mi sepulcro”, que puede verse en la obra citada de A. ELÍAS de MOLINS, pp. 477-8. Sobre ROCA Y CORNET puede verse ANDRINO, Manuel: *Gazeta de los notarios*, n.º 59, julio-agosto de 1994, p. 6.

(40) Alguna de sus composiciones poéticas fue incluida en la antología *Los trovadors nous*, publicada por Antonio de BOFARULL en 1859. Fue miembro de la Academia de Bones Lletres de Barcelona. Tradujo obras literarias, religiosas y morales, y escribió otras del mismo carácter. Su obra de teatro *La última noche de Babilonia*, sirvió como texto para un oratorio musical de Bernat Calví i Puig.

(41) Parece ser que desde los quince años colaboró en el *Diario de Barcelona*, del que fue redactor único desde marzo de 1831 hasta marzo de 1839. Fundó las revistas *La Religión*, de la que fue único redactor de 1837 a 1841 y *La Civilización*, y dirigió el diario *La Esperanza*. Según A. ELÍAS de MOLINS, en 1832 se le había ofrecido la dirección de la *Gaceta de Madrid*, “que no admitió para no trasladar su residencia a la corte”. *Ob. cit.*, p. 471.

cultural (42), además de la profesional como notario, y representante corporativo del notariado catalán (43). Además, desempeñó el cargo de director de las bibliotecas municipal, universitaria y provincial de Barcelona (44), y dejó inédito un *Tratado de bibliografía* (45). A veces utilizó pseudónimos como los de INARCO CORTEJANO, CINTIO Y LAMPILLO. Fue redactor de la revista *La Notaría* (46) y allí publicó una serie de trabajos entre los que destacan tres artículos dedicados a la valoración de las fórmulas como recurso práctico

(42) Aparte de las obras ya mencionadas, en 1847 publicó un *Ensayo crítico de las lecturas de la época*, de la que BALMES escribió que es “una obra seria, grave, de un carácter científico” (vid. BALMES, Jaime: *Obras completas*, BAC, Madrid, 1950, tomo VIII, p. 378). Entre su producción literaria es curiosa una obra sobre *Reglas sencillas de cortesía para las niñas*. Fue también redactor de la enciclopedia en treinta tomos publicada bajo la dirección de Basilio SEBASTIÁN CASTELLANOS DE LOSADA, titulada *Biografía eclesiástica completa*, y según A. Elías de MOLINS, “redactó trescientos artículos bien pensados y mejor escritos” en esa obra. Fue amigo íntimo de BALMES, y figura relevante de la “Escola Apologetica Catalana”. Parece fue el editor de la obra de BALMES *Poesías póstumas*, aparecida en 1849. A él le dirigió BALMES ocho cartas públicas, publicadas en la revista *La Religión*, y que están recogidas en el tomo I de las obras completas, de dicha edición de la BAC.

(43) Entre otros cometidos importantes, fue comisionado junto a FALGUERA para, en nombre de los Colegios de Notarios de Cataluña, “hacer al Gobierno de S. M. y a la Comisión del Congreso de los Diputados algunas respetuosas observaciones sobre las bases del proyecto de ley de Notariado”. Puede verse en *La Notaría*, año I, n.º 2, pp. 12 a 15.

(44) Al establecerse el cuerpo de Archiveros, Bibliotecarios y Arqueólogos, ingresó en él, llegando a alcanzar el rango de oficial segundo. Según A. Elías de MOLINS, a ROCA Y CORNET se debe la organización fundamental de la biblioteca provincial de Barcelona establecida en el antiguo convento de San Juan, al lograr ordenar “un gran número de obras hacinadas y metidas en unos 500 serones y formar el índice general de autores por papeletas y consiguiente catalogación de las obras que se iban completando, con separación de las duplicadas”. Vid. ob. cit., p. 472.

(45) Según la reseña de Antonio Elías de MOLINS, se componía de un total de 349 páginas manuscritas. Véase, así como el conjunto de obras publicadas e inéditas de ROCA Y CORNET, en la obra de A. Elías de MOLINS, *Diccionario biográfico y bibliográfico de escritores y artistas catalanes del siglo XIX*, Barcelona, 1889. Edición facsímil de Georg Olms Verlag, Hildesheim, New York, 1972, tomo II, pp. 470 a 482.

(46) El primer número apareció el 9 de abril de 1858, y se proclamaba *Órgano oficial, autorizado y único de los Notarios de Cataluña*, formando la “comisión ejecutiva” D. Félix María Falguera, D. Joaquín Roca y Cornet y D. Miguel Martí y Sagristá. De los tres primeros tomos, correspondientes a los años 1858 a 1863, hay edición facsímil, de Banchs Editor, Barcelona, 1974, “edición especial para el Ilustre Colegio Oficial de Notarios de Barcelona”.

para la redacción de los instrumentos públicos (47), y un discurso sobre las obligaciones (48).

En esta misma revista publicó, a partir de mayo de 1859, una serie de artículos bajo la rúbrica general de "BIBLIOGRAFÍA NOTARIAL, o sea, apuntes bibliográficos sobre algunos notarios escritores de Cataluña". En total vieron la luz doce artículos (49), y en ellos, por orden cronológico, pasó revista a una serie de notarios catalanes que habían publicado obras sobre "materias propias de la profesión", y "otros estudios y aficiones", aclarando que, aunque circunscrito a Cataluña, "nuestros deseos hubieran sido el poder hacerlo ya desde luego con todos los notarios de España", "para formar con el tiempo una completa bibliografía notarial de España", para lo que invitaba se sirvieran remitirle "por cualquier conducto toda noticia biográfica o bibliográfica... de algún escritor español perteneciente a tan distinguida profesión" (50).

Así pues, por un lado, la bibliografía quedaba circunscrita a las obras de notarios catalanes, y por otro, ampliada a cualquier producción bibliográfica de ellos. Y ciertamente que, sobre todo en los siglos XIV, XV y XVI, predominan

(47) Puede verse en las pp. 28-30, 32-5 y 41-4. Además de rastrear su origen en el Derecho romano, pretendió "vindicar ante los ojos del público las fórmulas del antiguo notariado con el análisis, siquiera de alguna de ellas", p. 44.

(48) "Discurso pronunciado por D. Joaquín Roca y Cornet en un acto académico de la clase de DERECHO CIVIL, bajo la presidencia del señor D. Ramón Martí de Eixalá, en Barcelona, año 1839", *La Notaria*, números 121 y 123, pp. 901 a 904, y 909 a 910. Corresponden esos números al 30 de julio y al 13 de agosto de 1860.

(49) Once numerados y el último como "conclusión", que aparecieron en los siguientes números: I, n.º 59, pp. 465-6; II, n.º 70, pp. 553-5; III, n.º 76, pp. 601-3; IV, n.º 78, pp. 617-8; V, n.º 79, pp. 625-7; VI, n.º 87, pp. 689-91; VIII (*sic*), n.º 91, pp. 721-2; IX, n.º 101, pp. 801-6; X, n.º 111, pp. 857-9; XI, n.º 130, pp. 963-5; XII, n.º 134, pp. 983-5; y conclusión, n.º 173, pp. 1209-1211.

(50) Número 59, p. 466. Al final se lamentaría de que "aislados en nuestra tarea, pocas noticias se nos han facilitado para completarla cual hubiéramos deseado, ni aun por aquellas personas que podían tener un interés en proporcionarlas por el buen nombre de sus progenitores o por el lustre de la facultad. Bien que siempre es tiempo de que secundando nuestros esfuerzos y respondiendo a nuestra invitación, aparezcan noticias bibliográficas de nuestros dignos funcionarios, aunque sea fuera del estrecho círculo que nos ha sido dado recorrer", p. 1209.

en su lista las obras no jurídicas. El primer autor propiamente notarial mencionado es GABRIEL CAÑELLAS, autor de un vademécum titulado *De tribus partibus quibus ars notariae constat breve compendium*, apareciendo sucesivamente las obras de GERÓNIMO GALÍ Y RAMÓN (p. 690), FRANCISCO SOLSONA (p. 722), JOSÉ COMES (p. 857), la traducción de ésta por SANPONTS Y BARBA (pp. 859-60), VICENT GIBERT (p. 963), JOSEF JUAN Y COLOM (p. 983), JAIME MORELLÓ, FRANCISCO POU, MARÍA JOSÉ SALA, JOAQUÍN NEGRÉ, FÉLIX M.^a FALGUERA, MARTÍ Y CARDELLACH (los últimos en las pp. 1210-1), acompañando la mención con comentarios más o menos breves sobre la vida de los autores y la significación de sus obras (51).

VIII. El *Diccionario* de Dionisio Hidalgo

25

En 1860 el abogado y librero DIONISIO HIDALGO comenzó a publicar, mediante entregas (52), un *Diccionario general de Bibliografía española*, cuyo original había presentado un año antes a un concurso de la Biblioteca Nacional, en el cual no fue premiado. El autor consideraba a ésta como la primera obra de bibliografía general, publicada en España “después de cerca de doscientos años”, y en su ánimo estaba

(51) Se refirió asimismo a D. José Martras y Ballester, “matriculado (como aspirante) desde 1835 en uno de los Colegios de esta ciudad”, y que tenía “recogidos numerosos y ricos materiales para una obra extensa de historia del arte notarial, que es al propio tiempo unas Instituciones del notariado en sus diversos ramos de contratación común, mercantil, terrestre y marítima y administrativa, y en la parte judicial de procedimientos civiles y criminales”, p. 1211.

(52) En el anuncio de la obra señalaba HIDALGO que cada uno de los seis tomos previstos se distribuiría en ocho entregas de ochenta páginas cada una, y no fijaba “el tiempo que tardará la publicación de una entrega a otra por evitar reclamaciones, pero estando ya preparado el original de la obra como puede verlo el que guste en casa del autor, se procurará no retardar el momento de terminar una publicación que tal útil debe ser a todos en general, y particularmente a los que se dedican al comercio de libros”. Vid. *Boletín Bibliográfico Español*, tomo II, Madrid, 1861, última página.

incluir en primer lugar los libros publicados en el siglo XIX, y además en suplementos los de los siglos anteriores. Fallecido HIDALGO a poco de concluirse la publicación del primero de los tomos, el *Diccionario* acabó comprendiendo únicamente los libros del siglo XIX, distribuidos en cuatro tomos, un quinto como suplemento, y dos de índice para autores y materias respectivamente (53). Los materiales de que se sirvió HIDALGO para este *Diccionario* fueron esencialmente los acopiados en sus publicaciones precedentes, consistentes en el *Boletín Bibliográfico Español y Extranjero*, primera serie de 1840 a 1850 (54); *El Bibliógrafo Español y Extranjero*, segunda serie del primero, de 1857 a 1859; y en parte, el *Boletín Bibliográfico Español*, publicado a partir de 1860 (55). A su vez, para la redacción de estos boletines en sus diferentes series HIDALGO utilizó variedad de fuentes,

(53) La edición original apareció con el título de *Diccionario General de Bibliografía Española*, Madrid, en diversas imprentas, entre 1862 y 1881, en siete volúmenes. El "Índice de materias", donde aparece la bibliografía de jurisprudencia, constituye el tomo séptimo y fue impreso en Madrid, Imprenta y Litografía de La Guirnalda, calle de las Pozas, núm. 12, 1881. Se ha hecho una edición facsímil por la editorial Georg Ohms Verlag, Hildesheim, New York, 1973, que es la que yo he consultado.

(54) Según el anuncio inserto en el tomo I del *Boletín Bibliográfico Español*, de 1860, esta primera serie comprendía "la noticia exacta y circunstanciada de todas las obras, folletos y periódicos publicados en España en los once años que abraza esta primera época, con el punto de edición de cada obra, el año, precio, número de tomos y la librería en donde se vende. En sección separada va la indicación de más de ocho mil obras publicadas desde la invención de la imprenta hasta 1849, y un gran número de las más notables en francés y otras lenguas".

(55) Al publicar el primer tomo del *Boletín*, HIDALGO decía que para llenar el vacío producido por la falta de una obra general de bibliografía española antigua y moderna, estaba "dispuesto a acometer tan gigantesca empresa, dando a luz pública el Diccionario general de bibliografía española que tengo formado, si Dios me conserva la vida algunos años, y los amantes de las glorias nacionales me ayudan con sus noticias y con su apoyo material, porque mi fortuna no alcanza a sufragar los gastos de una obra tan colosal" (p. VIII). Sin embargo, en un anuncio incluido al final del tomo V del mismo *Boletín*, se dice que éste era "la continuación y complemento del Diccionario general de bibliografía española; lo primero porque limitándose éste a lo que se ha publicado en los sesenta primeros años del siglo actual que habían transcurrido cuando empezó su impresión el BOLETÍN, contiene lo que se va dando a luz desde aquella fecha hasta el día, y es el Complemento por comprender las obras de los cuatro siglos anteriores al XIX".

pues mientras en algunos casos reseña libros existentes en su librería o en otras que, según expresamente invitaba a hacer, le exhibían para realizar su reseña, en no pocos casos se atuvo simplemente a los catálogos o listas de librerías de nuevo o de viejo, con lo que en ocasiones se arrastraron errores, algunos de los cuales, como el caso del *Formulario* de FELIPE SÁNCHEZ, al repetirse por otros autores hasta el presente, ha dado lugar a una obra fantasma (56), airoosamente campante por diccionarios y tratados.

Concretándonos a la bibliografía notarial, el *Diccionario* de HIDALGO, en su tomo séptimo o “Índice de materias”, dedicó, siguiendo el plan del francés BRUNET (57), una sección a la “Jurisprudencia”, y dentro de ella incluyó la literatura notarial, aunque, a diferencia de BRUNET, no separó estas obras de las restantes jurídicas (58). En total son trein-

(56) Efectivamente, al parecer, por un error en un catálogo de la librería madrileña, situada en la calle de la Concepción Gerónima, la de la Viuda de Razola, se anunció el *Nuevo formulario de contratos públicos*, y el anuncio fue recogido en el número 9, de primero de mayo de 1844, del *Boletín* de HIDALGO (p. 136, del tomo V), que me ha sido dado consultar gracias a la amabilidad del librero de la Cuesta de Moyano y gran coleccionista de material bibliográfico, Alfonso Riudavets, ya que ese tomo no existe en la Biblioteca Nacional. Al publicar el *Diccionario*, HIDALGO recoge esa obra, ahora con indicación de la librería de la Vda. de Razola, que faltaba en el *Boletín*, y además el correcto y existente *Nuevo formulario de instrumentos públicos*, cuyos demás datos eran idénticos. Ya entonces el libro fantasma había pasado al *Catálogo* de COS-GAYÓN, y a la *Bibliografía* de GONZALO DE LAS CASAS, y más tarde pasaría a la *Bibliografía* de TORRES CAMPOS, y sucesivamente al *Manual* de PALAU, y a otras obras donde se hace de él un asomo de crítica, respecto de la cual, por lo vidrioso del asunto, es mejor no entrar en más detalles. Sobre el autor, Felipe SÁNCHEZ, puede verse ANDRINO, Manuel: “Felipe Sánchez, el notario autor de un formulario real y otro fantástico”, en *Gazeta de los notarios*, n.º 64, enero de 1995, pp. 8-9.

(57) Respecto a éste, HIDALGO escribió que en realidad sólo contábamos entonces, como bibliografía general española, con “un libro extranjero, el *MANUEL DU LIBRAIRE* de Mr. Brunet, el cual por lo que a nosotros toca, está no sólo muy incompleto y en varios de sus artículos inexacto, sino que su mucho coste y el tener las notas en francés, disminuye en gran parte la utilidad que de él pudiera sacarse. Es sin embargo una obra donde se acude con frecuencia en todos los casos que ocurren dudas, y no hay persona que se ocupe de estos estudios que, pudiendo adquirirla, no la tenga entre sus libros”. Tomo I, del *Boletín*, Madrid, 1860, p. VIII.

(58) BRUNET rubricó con el título de “Notariat; Ministère des huissiers, etc.”, un apartado, dentro de la segunda parte (*Derecho nuevo, a partir de 1789*) del Derecho

ta y tres las obras propiamente notariales, todas aparecidas en el siglo XIX, algunas de tal rareza que apenas se cuenta con otra referencia que esa de HIDALGO (59). Sin embargo, su relación no es en modo alguno completa, ni aun con los límites temporales señalados (60). Una particularidad de esta bibliografía es la indicación de precios, que en ocasiones fueron recogidas en obras posteriores como la de TORRES CAMPOS (61).

francés civil y criminal. Las obras propiamente notariales comprendieron los números 2942 a 2946 ("Dictionnaire du notariat", 13 vol., 1856-61; "Le nouveau parfait notaire", 3 vol., 1828; "Jurisprudence et style du notaire", 9 vol., 1823-39; "Le manuel des notaires", 4 vol., 1842 y s.; "Traité général du notariat", 8 vol., 1863 y s.; "Théorie et pratique du notariat", 3 vol., 1858-60; "Traité théorique et pratique, ou formulaire général et complet du notariat", 2 vol., 1863; "Journal des notaires et des avocats", 91 vol., 1808-62). Las cuatro primeras obras y la séptima están citadas entre los libros franceses por Gonzalo de las CASAS, si bien hay diferencias en el número de volúmenes y las fechas.

(59) Se pueden mencionar especialmente el "Aviso cristiano político a todos los señores escribanos, secretarios, y otros funcionarios para el desempeño de sus cargos con la mayor pureza, rectitud, honor y decoro: por D. Isidro Rivagorda, escribano de los reinos de S. M. Madrid (1829), lib. de Cuesta. En 4.º, 3 (reales). Gaceta 7 de julio de 1829"; "Catálogo de los protocolos o registros de escrituras públicas otorgadas en esta ciudad (Barcelona) desde la creación de los Notarios. Barcelona 1857. lib. de J. Rubió. En 4.º"; *El escribano perfecto*, de ALIAGA, edición de Alvarado y de la Peña; "Programa de lecciones para la cátedra de primer año de la carrera del notariado. Madrid, 1852, imp. de J. G. de la Peña. En 8.º mayor, 40 págs. Está firmado por el catedrático del notariado D. Pedro López Clarós"; otro programa del mismo profesor para el segundo curso con el mismo texto, y la indicación de ser profesor de segundo año.

(60) Así, faltan las siguientes: el *Tratado*, de COMES (1829); el *Formulario*, de PASTOR (1833); los *Elements*, de SALA (1834); el *Formulario*, de FALGUERA (1836); el *Tratado*, de MAS (1836); las *Memorias*, de PONTMARTÍN (1849); el *Manual*, de RADA; y la *Filosofía del Notariado*, de CELLIER (1855).

(61) Hay que advertir que en el índice sólo se reproduce el título de la obra, sin mención siquiera del autor, haciéndose al margen indicación del número asignado a la obra en el repertorio de autores que es donde debe buscarse la descripción detallada, y por tanto el precio. En cuanto a éste, HIDALGO advirtió que "el precio... que yo señalo es el que han tenido cuando se publicaron, y que se entiende por precio fuerte; pues sucede con frecuencia que una obra... que en su día puede adquirirse en cualquier baratillo por 2 rs. vuelve a tener su primitivo valor, o acaso más, si escasean los ejemplares...". *Diccionario*, tomo I, p. 3, nota c).

IX. Las *Bibliografías*, de Torres Campos

Ya hemos mencionado a MANUEL TORRES CAMPOS como ganador del premio convocado en 1874 por la Academia Matritense del Notariado, para un trabajo de bibliografía notarial. La memoria ganadora se publicó en 1878 (62), pero más que una bibliografía notarial se trata de un trabajo heterogéneo, de historia jurídica y literaria, y de bibliografía jurídica general.

Al acometer la exposición de la bibliografía notarial, TORRES CAMPOS dice que “muchas obras han aparecido en España con anterioridad al presente siglo”. Y tras la fórmula poco comprometedora de “pueden citarse”, relaciona seguidamente las más importantes, sin ánimo exhaustivo, y siguiendo un orden cronológico respecto de la fecha de la impresión, pero no de la primera sino de la que él menciona, provocando así distorsiones como la de situar a DIEGO DE RIBERA, cuya obra apareció en 1560, después de ORTIZ DE SALCEDO (primera edición, 1610). Y la edición que él cita es precisamente la señalada por NICOLÁS ANTONIO, siempre, salvo algún caso particular en que añade otros datos (63). Faltan en TORRES CAMPOS las obras no recogidas en la *Biblioteca* de NICOLÁS ANTONIO, así como las *Prácticas* procesales y los tratados de Derecho civil de relevante contenido notarial. En virtud de esa dependencia respecto de NICOLÁS ANTONIO, se limita a incluir al final del bloque tomado de él, las obras citadas sin fecha de impresión (64), con lo que se rompe todavía más una correcta secuencia cronológica, en más de un siglo si relacionamos la *Instrucción* de

29

(62) *Estudios de bibliografía española y extranjera del Derecho y del Notariado. Memoria premiada con la medalla de oro en el certamen público de la Academia Matritense del Notariado de 1876*, Madrid, Establecimiento Tipográfico de Eduardo Cuesta, calle de la Cava-alta núm. 5, 1878, 261 páginas numeradas.

(63) Así, respecto de GONZÁLEZ DE TORNEO, reseña, trasladando el título completo, una edición de Alcalá de 1640.

(64) Es decir, GONZÁLEZ VILLARROEL, DE LA RIPIA y ARÉVALO.

ARÉVALO (primera mitad del siglo XVI) y el *Compendio* de MELGAREJO (1652). Después de este bloque, TORRES cita otras siete obras, pasa luego a exponer bibliografía extranjera, y retoma la española para tratar de FEBRERO (al que errónea e imperdonablemente llama JOSÉ BERMÚDEZ DE FEBRERO), y sus continuadores, citando algunas ediciones, en todo caso sin demasiado rigor ni intención de elaborar una bibliografía completa (65), para seguidamente insertar un bloque bajo el concepto ambiguo de “estudios notariales”, que comienza con COMES y termina con ZARZOSO. Y luego incluye otro bloque de “obras sobre materias sobre estudios particulares” que comienza con FELIPE SÁNCHEZ (del que felizmente sólo cita la obra auténtica, es decir, *Nuevo formulario de instrumentos públicos*) y termina con RUIZ GÓMEZ. Cita a continuación obras de la “índole de la citada de Febrero”, incluyendo en este grupo libros tan alejados de la obra de aquél como el *Prontuario criminal*, de JIMÉNEZ SERRA; reseña otras como “de consulta para los contratos y sucesiones”, en otras materias como el papel sellado, y en nota relaciona algunas de las escritas como libros escolares en las Cátedras del Notariado, en cuya cita es evidente la inspiración en HIDALGO.

Como juicio general de este trabajo, se puede afirmar que aunque sí contenga numerosos datos, y pueda ser cierto lo que él dijo de que fue el “producto de investigaciones continuadas”, es indudable que su redacción, sistematización y reseña bibliográfica se hicieron de forma harto apresurada

(65) *Vid.* p. 210. No menciona la primitiva (1769 y 1781), limitándose a considerar como mejor la de 1789-90; del FEBRERO reformado de J. MARCOS GUTIÉRREZ, cita la edición 5.^a; del adicionado de AZNAR la 7.^a y 8.^a (contadas desde la primitiva); del novísimo de TAPIA, la primera, y menciona el novísimamente redactado, que sería la cuarta; del FEBRERO de GARCÍA GOYENA cita la primera, y menciona también la segunda y tercera con la colaboración de MONTALBÁN, y la cuarta con la de CARAVANTES. Respecto de las ediciones del FEBRERO puede verse ANDRINO, Manuel: “El fondo de la Librería de Febrero”, en el libro *Bicentenario de la muerte de D. José Febrero*, Consejo General del Notariado, Madrid, 1991, pp. 123 a 125.

y ligera (66), y que de ninguna manera le conviene el juicio laudatorio realizado por FÉLIX FALGUERA (67).

Más rigor empleó TORRES en su otra obra titulada *Bibliografía Española Contemporánea del Derecho y de la Política*, dividida en dos partes, la primera con las obras aparecidas desde 1800 a 1880, y la segunda de 1881 a 1896 (68). Como fuentes para esta obra, TORRES indica el *Diccionario* y el *Boletín* de HIDALGO (69), el “Boletín de librería de Don Manuel Murillo, los catálogos de las principales bibliotecas, y los diversos prospectos, catálogos y boletines de los principales libreros y editores”. Asimismo, confiesa que cita “muchas obras que ni siquiera he podido ver”.

La obra está presentada según un orden sistemático por materias, en el que, con evidente poco acierto, incluye al notariado dentro del Derecho procesal (70), haciendo dentro

(66) No obstante, Vladimiro PAPPALÀ dijo de esta obra: “E un lavoro pregevolissimo, che merita la considerazione del publico e onorato posto nelle librerie degli studiosi.- L'illustre autore, benemerito per l'attività che spiega nel rannodare le comunicazione fra gli scienziati spagnuoli con quelli degli altri paesi...”. “Delle opere che illustrano il Notariato”, Zara, 1880, p. 344.

(67) “Nada ha omitido este señor de todo cuanto se ha escrito en Europa, y hasta en América, sobre la ciencia notarial, su historia, su moral, su filosofía, su biografía y su legislación”. Vid. recensión en *loc. cit. Revista de Derecho y del Notariado*, año 1870, p. 463.

(68) La primera impresa en Madrid, 1883, 208 páginas; y la segunda también en Madrid, 1898, con 167 páginas, en que se incluyen un índice alfabético de autores, otro alfabético de materias, y un tercero general, los tres referidos a ambas partes.

(69) “Aun cuando incompletos uno y otro, constituyen el más abundante arsenal a que acudirse puede para conocer la bibliografía española de 1800 a 1868”, p. 9, de la primera parte.

(70) Respecto del lugar del notariado dentro del orden sistemático de la bibliografía ordenado por el sistema decimal, puede verse el trabajo ya citado de José GARCÍA ROMERO DE TEJADA (*La Notaría*, 1896, pp. 153-6). El mayor mérito es su intento de ordenación sistemática del contenido del Derecho notarial, ampliando y mejorando el esquema utilizado en Bruselas por OTIET y LAFORETAINÉ.

En el *Sistema Decimal* de DEWEY, la materia notarial se comprende en el apartado D345.7 - D345.9, referente al Derecho Procesal Civil, indicando que el apartado 733 (“Derecho notarial - Notarios”) puede dividirse como 940-999, es decir, por países, y que “si se desea, según se indica en D345.6, pueden utilizarse letras para diferenciar entre sí las obras sobre derecho notarial y notarios”. Vid. Melvil DEWEY, AM, LLD, *Sistema de clasificación decimal, Traducción del inglés de la 15.ª edición*

del notariado una serie de separaciones, sin rúbrica, que parece responder a legislación, historia, tratados, formularios, manuales, memorias y exposiciones, con acierto muchas veces discutible. En total incluye cincuenta y siete obras (desde los números 2845 a 2901, con dos duplicados, en las páginas 172 a 175), siendo evidente la dependencia de DIONISIO HIDALGO, cual revela la repetición de los errores de éste, como asimismo la inclusión del libro fantasma sobre "contratos" de FELIPE SÁNCHEZ. Sin duda por influencia del mismo autor se señalan los precios y esto en reales como él, aunque en ese momento ya la unidad monetaria fuera la peseta (71).

En la segunda parte, se mantiene la misma estructura, si bien el autor, ya residente fuera de Madrid y frustrado en su primitivo anhelo de convertirse en catedrático de literatura jurídica (72), reduce mucho el número de las obras y

revisada por *Norah Albanell Maccoll*, publicada por Forest Press, Inc. Essex County, N. Y., 1955, p. 156.

(71) Justifica el dato del precio diciendo que "entra por mucho en los motivos de adquisición de una obra, y entre varias que se encuentren sobre un asunto, puede ser causa de que se prefiera una a otra". Y en cuanto a señalarlo en reales, escribe que "me sirve de unidad el real, que es la empleada con más frecuencia". Primera parte, p. 7.

(72) En el prólogo de esta segunda parte confiesa que "prepararme para hacer oposición a esta Cátedra (de literatura jurídica en el Doctorado de la Facultad de Derecho), si se creaba, fue el principal móvil que me impulsó a dar a la prensa dicha obra (es decir, la primera parte, de 1883)". "Creada en 1883 la Cátedra de literatura jurídica, aunque al principio se anunció que se proveería por oposición, cosa natural por tratarse de estudios nuevos, se proveyó por concurso, en el que no pude tomar parte, por falta de condiciones. Ingresé por oposición en el Profesorado oficial en 1886, en la Cátedra de Derecho internacional, que actualmente desempeño en la Universidad de Granada, y desde entonces me ha llevado mi deber a reconcentrar mi actividad en esta importantísima rama de los estudios jurídicos". Por esas y otras razones que daba, concluía diciendo que con el nuevo tomo trataba "pura y simplemente (de) continuar la Bibliografía española del Derecho y de la Política desde 1881 hasta 1896", pp. 5 y 6, de la segunda parte. Además de las citadas, TORRES CAMPOS publicó unas *Nociones de bibliografía y literatura jurídicas de España*, Madrid, 1884, en que aparte de conceptos generales sobre el libro y la bibliografía repasa, con algunas indicaciones críticas, las obras jurídicas españolas más destacadas, y que es especialmente interesante por las noticias biográficas que aporta sobre juristas españoles. No hay en ella, sin embargo, referencias a la literatura notarial.

desde luego el de las notariales, que es solamente de once (números 5088 a 5098, p. 194-5), de las cuales, entre las principales, están las de ZARZOSO, SANCHEZ TELLO, FERNÁNDEZ CASADO Y SASOT. Es curioso advertir que en esta segunda parte, la unidad monetaria para los precios ya es la peseta.

X. Los *Apuntes bibliográficos*, de Fernando León y Olarieta

En 1877 publicó este autor valenciano una *Metodología de la Ciencia del Derecho* (73), en la cual menciona numerosas obras notariales, acompañando su reseña de comentarios, más o menos extensos, y en general gratulatorios para sus contemporáneos. Así, en la sección que él denomina "Institutistas de Derecho español", se refiere a la obra de LUENGO, al que califica de "maestro inolvidable del que escribe estas líneas", y de su obra dice que es "notable por su claridad, exactitud, método y carácter eminentemente práctico" (74).

33

Entre las obras que incluye en la sección de "Enciclopedias y Diccionarios", debe destacarse su referencia a FEBRERO, obra que también califica como "notabilísima", y de la que hace una relación de sus reformadores, con alguna noticia interesante como el "Febrero hispano-americano" del bibliófilo valenciano VICENTE SALVÁ (75). También en esta

(73) "*Metodología de la Ciencia del Derecho, seguida del programa de ampliación de Derecho civil y Códigos españoles, y de unos apuntes bibliográficos sobre esta asignatura*, 2.^a edición, Valencia, 1.^o de setiembre de 1877". Los "Apuntes bibliográficos acerca de la asignatura de Derecho civil español" ocupan las páginas 213 a 357.

En 1871 había publicado la que considera primera edición de la anterior bajo el título de *Observaciones acerca del método que debe emplearse en el estudio de la Ciencia del Derecho, seguida del Programa de Ampliación del Derecho civil y Códigos españoles, y de unos apuntes bibliográficos sobre esta asignatura*, Valencia, 1871.

(74) Vid. pp. 242-3.

(75) Se equivoca LEÓN Y OLARIETA en el verdadero título original de la obra de FEBRERO ya que no es, como dice, el de *Librería de jueces, abogados y escribanos* sino simplemente *Librería de escribanos, e instrucción jurídica teórico práctica de*

sección incluye el *Diccionario* de GONZALO DE LAS CASAS, al que considera “de notable mérito como lo son todas las de este distinguido notario y escritor, que bien merecido tiene el título de Jurisconsulto” (76).

Aunque en otras secciones mencione diversas obras notariales (77), la verdadera bibliografía notarial está contenida en las notas bibliográficas correspondientes a las lecciones dedicadas a los contratos. Incluye ahí las obras de PAREJA, MELGAREJO, BARTOLOMÉ DE ALBORNOZ, LÓPEZ FANDO, VICENTE GIBERT (“es notabilísima”), SIGÜENZA, FEBRERO y sus continuadores, JUAN IGNACIO MORENO (“sobremanera útil”), LUENGO, CASAS Y MORAL, CARMELO TÁRREGA, y asimismo se refiere a las fórmulas de las Partidas, y al formulario del Colegio Notarial de Valencia (78), y al libro de ZARZO (79).

principiantes, y, por otro lado, tampoco es correcta la fecha de aparición de la primera edición, 1789, puesto que los volúmenes correspondientes a la primera parte aparecieron sucesivamente en 1769, 1774 y 1775, mientras que los tres de la segunda lo hicieron en 1781. Del FEBRERO de SALVÁ dice lo siguiente: “Hay también una edición del Febrero publicada en París por el célebre bibliófilo valenciano D. Vicente Salvá con el título de, Febrero hispano-americano, la cual comprende la legislación especial de las Repúblicas americanas de origen español”. *Vid.* p. 248.

(76) *Vid.* p. 252. Se refiere también a su *Tratado de Instrumentos* (Madrid, 1871).

(77) Así, entre las obras de Cataluña incluye la de COMES, diciendo que “también se consulta el arte de Notaría de Comes que es un Manual escrito para los Notarios, publicado en Gerona en 1704, con el título de *Viridarium artis Notariatus*, y en particular la traducción que se hizo del mismo en Barcelona en 1826”, p. 273.

(78) Respecto a las Partidas dice ser conveniente estudiar las “fórmulas que para toda clase de escrituras contiene el tít. 18 de la Partida 3.^a”. Y en cuanto al formulario del Colegio de Valencia, dice: “Como obra de actualidad es notabilísima la colección de fórmulas publicadas por el Colegio de Notarios de esta ciudad, que acredita la laboriosidad, inteligencia y distinguidas dotes que han dado siempre tan justo renombre a tan ilustre corporación, y sus dignos y entendidos individuos”, pp. 332-3.

(79) Lo considera como de “relevante mérito”. Con relación a FALGUERA, escribe que “pueden verse con mucho fruto unos preciosos artículos del Sr. D. Félix M.^a Falguera, Catedrático del Notariado de Barcelona, sobre bibliografía del Notariado antiguo, *Gaceta del Notariado*, de 25 de agosto de 1872 y 31 de octubre de 1875”, p. 332.

XI. La Noticia bibliográfica, de Alcalde Prieto

El catedrático de Derecho civil de Valladolid, D. DOMINGO ALCALDE PRIETO, publicó en 1880 un *Curso* para su asignatura (80) dentro del cual, como apéndice, incluyó una "Noticia bibliográfica y cronológica de Derecho civil español común y foral ordenada y redactada por agrupación de materias y seguida de dos índices alfabéticos de autores nacionales y extranjeros antiguos y modernos, con las traducciones más conocidas de los últimos".

Como indica en el título, las obras están relacionadas siguiendo un orden cronológico dentro de los correspondientes apartados sistemáticos, incluyéndose estudios notariales en algunos de esos apartados. Así, en el dedicado a "Obras doctrinales, elementales y definicionarios", menciona la de LUENGO; entre los Diccionarios, Repertorios, Enciclopedias, etc., menciona a FEBRERO, aunque en la edición de 1852, indicando erróneamente que la primera fue de 1789 (81); también inserta el *Diccionario* de GONZALO DE LAS CASAS, aunque habla de dos tomos, y señala como fecha de él la de 1868 (en realidad comenzó en 1852 y terminó en 1857, y, como ya hemos dicho, comprende diez tomos).

En el apartado de "contratos", relaciona las obras de ALBORNOZ, FRANCISCO GARCÍA, MELGAREJO (edición de 1774, a la que atribuye un valor de 10 reales), MORELLÓ, CARREIRA y CARDELLACH.

Entre las obras sobre escrituras relaciona las de ARGÜELLO (del que cita una edición de Madrid de 1605, con valor

(80) *Curso teórico-práctico, sinóptico-bibliográfico de Derecho civil español, común y foral*, Valladolid, 1880.

(81) En su otra obra, ya citada, *Introducción al estudio del Derecho civil español*, Valladolid, 1889, escribió que su "obra fue ilustrada y reformada después por Don Juan Marcos Gutiérrez, cuya quinta edición (1839) es la mejor", p. 399. Como quiera que de la obra de Marcos GUTIÉRREZ se hicieron siete ediciones desde 1801 a 1829, ALCALDE debió querer referir a la de 1819, que efectivamente fue la quinta. Vid. ANDRINO, Manuel: *El fondo de la Librería de Febrero*, loc. cit., p. 123.

de 8 reales) (82), y de JUAN MIGUEL MARTÍNEZ (*Formulario*, 1862). Dentro de la rúbrica de "Hipotecas", incluye la obra de CASAS Y MORAL, y la *Guía* impresa en Granada en 1872. En el apartado de "Instrumentos", incluye las obras de SINGÜENZA (sin fecha), PAREJA (1668), JUAN I. MORENO (1856), CASAS Y MORAL, el *Tratado* de G. DE LAS CASAS, y el de ZARZOSO. Finalmente en el epígrafe de "Notarios", incluye la *Guía*, de Madrid, 1862, la *Colección legislativa* de MARTÍN (1864), y el *Tratado general del Notariado*, de G. DE LAS CASAS. En el apartado "Sucesión", finalmente, inserta la obra de JUAN DE LA RIPIA (Cuenca, 1680).

XII. *De las obras que ilustran el notariado y Letteratura notarile d'ogni secolo e paesi*, de Vladimiro Pappafava

36

También en 1880, apareció, en la ciudad de Zara, una obra en italiano (83), que su autor, el italo-dálmata VLADIMIRO PAPPFAVA (84), calificó como ensayo, y en la cual, junto con otras, principalmente italianas, francesas y alemanas, aparecen cerca de setenta obras de autores españoles referentes a asuntos notariales, principalmente de los siglos XVIII y XIX, aunque no falten algunas clásicas como la de FERNÁN DÍAZ DE TOLEDO, *El Relator* (atribuida a "Medina",

(82) Téngase en cuenta que la primera, de la que se conocen ejemplares es de 1630, si bien Nicolás ANTONIO admite la existencia de otra de 1620. *Vid.* SIMÓN DÍAZ, José: *Bibliografía de la literatura hispánica*, V, segunda edición, Madrid, 1973, p. 619.

(83) *Delle opere che illustrano il Notariato*, Saggio di Vladimiro Dr. Pappafava, Zara, Nicolò Solic. Librajo-Editore, 1880, Tipografia Spiridione Artale, 360 páginas, más la de la portada y otra hoja al final con la fe de erratas.

(84) Nacido precisamente en dicha ciudad de Zara, en 1850. Según el *The National Union Catalog*, Mansell, 1976, volumen 440, es autor, además de la mencionada, de las siguientes obras relacionadas con la bibliografía notarial: 1) *Letteratura notarile d'ogni secolo e paesi con cenni storici*, Innsbruck, 1883, 228 p. NP 0070556. 2) *Geschichte und Bibliographie des Notariates* (Zara?), 1895, 192 p. NP 0070544. 3) *Études historiques et bibliographiques sur le notariat*, Zara, 1895, 192 p. NP 0070540.

es decir, a su editor), MONTERROSO, ARGÜELLO, ARIAS, BRAVO (con el título en italiano) o CARVAJAL.

Aunque es posible que PAPPAFAVA manejara alguna de las obras reseñadas, ya que a veces las enjuicia e incluso selecciona e inserta pasajes de ellas, en su mayor parte la relación parece que fue elaborada a simple vista de la memoria de MANUEL TORRES CAMPOS *Estudios de Bibliografía española y extranjera del Derecho y del Notariado*, aparecida, como hemos dicho, en 1878, y alabada por él. En el prefacio del libro, se refiere asimismo PAPPAFAVA a la ayuda recibida “dell'illustre commendatore Don José Gonzalo de las Casas” (85), de cuya amistad decía honrarse (86).

Por otro lado, es indudable, que al menos en lo referente a la literatura española, la obra fue elaborada por PAPPAFAVA muy apresuradamente, lo que, junto con su falta de familiaridad con el sistema onomástico español, dio lugar no sólo a numerosos yerros, algunos de difícil corrección, sino al nacimiento de verdaderos libros-fantasma. Así, por ejemplo,

37

(85) Lo de “commendatore” procedía, sin duda, de la distinción de que Gonzalo de las CASAS hacía gala como “Comendador de número de la Real Orden americana de Isabel la Católica y de la Real y militar Orden portuguesa de Nuestro Señor Jesucristo”, no sólo en sus publicaciones sino también en la *Gaceta del Notariado español*.

(86) PAPPAFAVA no escatimó elogios a la obra de Gonzalo de las CASAS. Así, respecto de su *Diccionario general del Notariado*, escribe que “di questa opera, pregevolissima per la ricchezza dei materiali e per la serietà e profondità delle vedute, l'illustre autore, della cui personale relazione altamente ci onoriamo, sta preparando una seconda edizione”, p. 32.

En cuanto a la obra *Filosofía del Notariado*, escribe que “l'autore si palesa per un dottissimo, acuto e profondo giureconsulto, il quale, molto famigliare all'insieme della materia, la padroneggia maestrevolmente”, p. 33. Y respecto al *Tratado general filosófico-legal teórico y práctico de Notariado*, dice que “è questa un'opera stupenda, scritta con mirabile semplicità di forma e vastità di dottrina, e serve ugualmente alle esigenze della scienza e della pratica”, p. 34.

No hay que excluir que Gonzalo de las CASAS le enviara una relación de obras notariales en la que, como hizo en su *Guía notarial* de 1863, distinguiera los correspondientes a Castilla, encabezando éstos con su *Diccionario General del Notariado* (Madrid, 1857), lo que pudo llevar a PAPPAFAVA a incluir tal *Diccionario* bajo la autoría de “Castilla”, sin perjuicio de haberlo ya insertado en el apartado correspondiente a “Casas (De Las)”. Esto resolvería el enigma sobre tal *Diccionario general del Notariado*, que se decía publicado por “Castilla”.

el *Proyecto de reforma* de FERMÍN FORMOSO, lo alfabetiza por FERMÍN, sin que se mencione el apellido; las *Observaciones acerca del Notariado*, de MIGUEL GARCÍA NOBLEJAS, las colaciona atribuyéndolas simplemente a GARCÍA; y las obras de JUAN-EUGENIO RUIZ GÓMEZ, las refiere a GÓMEZ, a secas. Menciona también una *Theorica artis Notariae* (Barcinnonae, 1772), que atribuye a un desconocido MORENUS, pero que sin duda se trata de la obra de VICENTE GIBERT (87). Y se inventa un “*summarium artis notariae*”, de CASTILLO, del que dice se hizo una traducción española en Zaragoza en 1548, pero que debe corresponder al *Sumario del origen y principio y de los privilegios, estatutos y ordinaciones del Collegio de los notarios del número de Zaragoza*, de JAIME AGUSTÍN DEL CASTILLO Y HOSPITAL, impresa efectivamente en Zaragoza en 1548 (88).

Escaso es, por tanto, el valor práctico de esta obra, que, al menos en lo referente a España, constituye poco más que una curiosidad bibliográfica, por lo demás, sumamente rara.

También rara es una obra posterior de PAPPAAFAVA, la publicada en Insbruck, en 1883, como edición separada del *Manuale illustrativo dell'ordinamento notarile austriaco*, del mismo autor, y que constituyó el volumen XVIII de la *Racolta di legge ed ordinanze della Monarchia Austriaca*. No

(87) Parece que este error se produjo por una mala lectura de la obra que le sirvió de fuente, que en este caso debió ser la citada *Memoria* de TORRES CAMPOS, a la que considera “lavoro pregevolissimo che merita la considerazione del pubblico e onorato posto nelle librerie degli studiosi”. Efectivamente en la página 211 de ella, TORRES CAMPOS menciona por este orden a D. Vicente GIBERT (del que en nota a pie de página reseña su *Theorica Artis Notariae*), y a D. Juan Ignacio MORENO (del que también a pie de página cita su *Tratado elemental sobre el otorgamiento de instrumentos públicos*, edición de Madrid, 1847). Parece que PAPPAAFAVA se confundió y atribuyó al segundo la obra del primero, latinizando extrañamente su apellido; y luego cuando tuvo que incluir la obra de MORENO, lo hizo considerándola como anónima, alfabetizándola por *TRATADO elemental*..

(88) Reseña también una obra de “CASTILLA, *Diccionario general del Notariado*, Madrid, 1857”, desconocida como tal y que pudiera corresponder al *Diccionario* de Gonzalo de las CASAS.

obstante su rareza, en cuanto a la impresión original, actualmente es muy accesible, por cuanto fue reproducida en 1959 por la *Revista Internacional del Notariado* (89). En esta nueva obra, la reseña de los libros se ha ampliado considerablemente, si bien los comentarios y la reproducción de textos se redujo mucho, limitándose el autor a marcar con un asterisco las obras relevantes “por su valor intrínseco o histórico”. Respecto a las obras españolas la ampliación de las reseñadas supera las de la primera obra, ya que las nuevamente mencionadas son noventa, de las cuales se distinguen con asterisco veinte, mereciendo la misma distinción otras veintiséis de las incluidas en la primera obra, siendo muy discutible el criterio utilizado para esta distinción, por cuanto se concede a simples discursos o artículos de revista, y se niega a obras tan importantes como la de DIEGO RIBERA (90) o de MELGAREJO. Pese a esta importante revisión, prácticamente dejaron de corregirse todos los errores cometidos, ya que ni se varió el criterio de alfabetización (91), ni se subsanaron dislates tan pintorescos como los ya señalados

39

(89) Apareció reproducida en los números 41, 42-3, y 44, correspondientes al 1.º, 2.º, 3.º y 4.º trimestre de 1959. En la nota de presentación del entonces director de la revista, el notario de Madrid, V. Fausto Navarro Azpeitia, se señaló que “respondiendo a la importancia que deben merecernos los temas propiamente notariales”, se había decidido la reproducción fotográfica de tal obra “rarísima, totalmente agotada, cuya cesión para este fin ha hecho nuestro ilustre compañero don Rafael Núñez Lagos. Obra que imprimimos no sólo para generalizar su conocimiento, lo que ya justificaría el trabajo, sino para estimular a las Corporaciones Notariales y a los Notarios de los países de la UINL, directamente o por medio de nuestra ONPI, a la ingente labor de completar, hasta ponerla al día, tal obra bibliográfica”, n.º 41, pp. 9-10.

(90) Se reseñó de nuevo y con referencia a una supuesta edición de Granada, 1617, desconocida, ya que la única colacionada en ese año es de Madrid, y las de Granada corresponden a 1560, 1563 y 1577. Además, en lugar del título correcto (*Escrituras y orden de partición*), le dio el de *Orden de hacer escrituras*.

(91) Además de los cometidos en *Delle opere*, se reseña en *Letteratura* la obra de Pedro MELGAREJO MARIQUE DE LARA, como de LARA (D.P.M.M.); la de Francisco ORTIZ DE SALCEDO, como de SALZEDO (F.O.); la de Francisco GONZÁLEZ DE TORNEO, como de TORNEO (F.G.); y la de Diego GONZÁLEZ DE VILLARROEL, como de VILLARROEL (D.G.).

relativos a “FERMÍN” o al “Morenus” (92), y se cayó en otros parecidos como duplicar la obra de JUAN MIGUEL XIMENA e ISIDRO ORTEGA SALOMÓN, atribuyéndola una vez a un tal ORTEGA (Salomón) y otra a “Ximena y Salomón”, o reseñar la obra de ANTONIO DE ARGÜELLO, como de “Argüelles” (93). Puede decirse que no hay ninguna exclusión salvo la mención de la edición de JOSÉ COMES, de 1826, bastante discutible por lo demás (94).

XIII. La *Bibliografía notarial*, de Tirso de la Torre (“Letrado Riestro”)

El notario valenciano TIRSO DE LA TORRE E IZQUIERDO publicó en 1902, bajo el pseudónimo de “El Letrado Riestro”, una obrita titulada *Bibliografía notarial. Crítica de obras y revistas notariales* (Madrid, 1902). Aunque al reseñarla él mismo, posteriormente, dijera que “analiza minuciosamente y critica la mayor parte de las obras notariales modernas” (95),

(92) Además de la inclusión del *Tratado elemental*, sin indicación de autor, se repitió bajo el nombre de “MORENO (D. Juan Ignacio)”, distinguiéndola con el asterisco, que falta en la reseña anónima.

(93) En *Delle opere*, mencionó solamente “Arguello. Tractatus de notaro”, mezclando, pues, latín e italiano. Y en *Letteratura*, mantuvo esta reseña, y le antepuso la siguiente: “Argüelles (A.). Tratado de escrituras y contratos públicos con anotaciones. Madrid, 1620”. Cita pues la edición desconocida, mencionada por Nicolás ANTONIO solamente.

Tampoco castellanizó el título de la obra de Diego BRAVO *Manual de Escribanos*, que en ambas publicaciones aparece como *Manuale dei notari*.

(94) En *Delle opere*, reseñó la obra así: “COMES (D. José)-Tratado teórico-práctico del arte de Notaría-Madrid, 1826”. Y añadió: “Dello stesso-Viridarium artis notariatus”. Por el contrario, en *Letteratura* reseñó bajo el nombre de COMES, exclusivamente el *Viridarium*, y luego, bajo el nombre de SANPONS Y BARBA, el *Tratado teórico-práctico*, repitiendo el error de señalar como lugar de impresión Madrid, cuando debería haberlo corregido por Barcelona (“En la Imprenta de J. Mayol y Compañía”), y no aclarando que la obra se compone de tres tomos que llevan respectivamente las fechas de 1826, 1828 y 1829. Lo que sí hizo fue indicar en una nota que “é una traduzione del Viridarium artis notariatus of Don J. Comes”.

(95) *Colección de ejemplos y plantillas de escrituras y documentos notariales*, Valencia, 1907, tomo I, p. 59. Añade que “sirve de guía para el Notario que, con poco dinero, quiera emplearle bien en la adquisición de libros selectos del ramo”.

lo cierto es que se limita a criticar, eso sí es verdad, “con su punzante péñola”, según propia expresión, obras de ocho autores, tres revistas y dos obras prácticas (96).

Más amplia es la bibliografía que el mismo autor incluyó en su obra *Colección de ejemplos y plantillas de escrituras y documentos notariales* (97). En el primer tomo, y bajo el título de “Bibliografía notarial”, relacionó una serie de obras distribuidas en tres grupos: “Sumaria relación de publicaciones que contienen formularios notariales”; “formularios extranjeros”; y “obras que sin contener formularios se relacionan con la redacción de instrumentos públicos” (98). La mayoría de las obras citadas fueron contemporáneas del autor (99), y los libros están inventariados siguiendo un orden cronoló-

(96) Las obras criticadas son el *Tratado sobre el Notariado* de Gonzalo de las CASAS; el *Instrumentos* de ZARZOSO; el *Tratado* de Santiago BAGLIETTO LEANTE; los *Apuntes* de Miguel SASOT; el *Tratado* de FERNÁNDEZ CASADO; los *Estudios histórico-filosóficos* de FALGUERA; los *Comentarios a los Aranceles*, de FUERTES Y ALEMÁN; las *Innovaciones* de MARTÍNEZ CONDE; la *Gaceta del Notariado*; *La Reforma Legislativa*; la *Gaceta de Registradores y Notarios*; la *Recopilación* de GÓNGORA; y la *Guía* de ESCOSURA.

De estas obras, según de la TORRE, sólo se salva la de SASOT (recomendable aunque incómoda por su formato) y la de FERNÁNDEZ CASADO (“trabajo serio, original”). La de G. de las CASAS, según él, si ya tenía muchos defectos en 1877, en 1898 “sólo puede leerse como una muestra de los errores notariales de la anterior generación fedatarial” (p. 35); la de ZARZOSO es imposible que “escape al anatema del jurisperito” (p. 37), “no se compre; y si se compra, no se lea; y si se lee, que no sea en serio, sino para pasar entre notarios amigos un rato de broma”, p. 68; la de BAGLIETTO no le es precisa al notario en su librería (p. 87); la de FALGUERA, aunque recomendable desde el punto de vista cultural merece crítica por su “secreta tendencia regionalista” (p. 118); la de FUERTES Y ALEMÁN aunque en principio le agrada, tiene “pocos argumentos, y estos pocos pecan de difusos” (p. 142).

El autor tenía previsto continuar con la crítica de los autores RUIZ GÓMEZ, FALGUERA, SANCHO TELLO, NOVOA SEOANE y VILLALOBOS, así como de los periódicos *La Notaría*, de Barcelona, *El Notariado*, de Reus, y *El defensor del Notariado*, y también de “cuantas publicaciones notariales lleguen a mis manos”, aunque el proyecto, en definitiva frustrado, lo supeditaba a “si es que encuentro lectores para esta primera parte, y no pierdo demasiado dinero con su impresión”.

(97) Valencia, 1907. Dos tomos, el primero de 671 páginas y el segundo de 844.

(98) Comprende las páginas 53 a 60 de este tomo I.

(99) Entre las históricas se refiere a la *Summa* de ROLANDINO, las *Notas del Relator* (a la que califica de “curiosísima obra, perla libraiica”), el *Artis Notariae*, de GALÍ, el *Viridarium*, de COMES; la *Librería* de FEBRERO, y la *Colección* de MORELLÓ.

gico de las ediciones que menciona. A veces inserta comentarios sobre el contenido o la propiedad de los ejemplares que cita, y que parece siempre los tuvo a la vista. No resulta que se sirviera de ninguna bibliografía y su bisonñez en este terreno se desprende de su declaración final de que “Zúñiga cita como autores notariales a Vizcaíno, Fando y Alvarado de la Peña. No he podido hallar tales obras” (100).

En el tomo segundo, sin embargo, TIRSO DE LA TORRE amplió y mejoró muy considerablemente su relación, y además ya utilizó la bibliografía de TORRES CAMPOS, sin que desaparecieran sus limitaciones, según se desprende del hecho de que confesara que las obras de CASAS Y MORAL, NEGRÉ y CASES (*Formulario*), TÁRREGA y HERNÁNDEZ DE ARIZA, las cita dicho autor, y “son los únicos cuatro libros que no he visto” (101). No sólo cita la mayor parte de las obras históricas impresas sino también códices manuscritos existentes en la Biblioteca Nacional, o de propiedad privada como un *Formularium diversorum instrumentorum*, anónimo valenciano del siglo XV (102). Entre los méritos de esta relación está el de haber aclarado, indudablemente gracias a la consulta de las obras citadas, que algunas de las habitualmente tenidas como notariales, no lo eran, cual ocurría con la *Honra de Escribanos*, de PEDRO DE MADARIAGA, dedi-

(100) ORTIZ DE ZÚÑIGA no incluyó una bibliografía sino que en la presentación de su *Biblioteca de Escribanos*, se refirió a la dificultad de conocer el derecho vigente con las obras históricas, citando la de HEVIA BOLAÑOS, FEBRERO, “y las que han dado a luz Vizcaíno, Fando y Alvarado de la Peña”. *Vid.* cuarta edición, Madrid, 1846, p. X.

(101) La bibliografía contenida en este tomo comprende las páginas 632 a 654; la cita anterior se encuentra en la página 645.

(102) Perteneciente, según indica, al “médico valenciano, apasionadísimo de las antigüedades valencianas, socio fundador de *Lo Rat Penat*”, D. LUIS CEBRIÁN MEZQUITA, p. 634. Es interesante la noticia que da respecto de la adquisición de un ejemplar de las *Notas del Relator*, edición de 1520, con notas manuscritas, y que dice haber adquirido “en Madrid en el presente año de 1907, para la biblioteca del Colegio Notarial de Valencia”, p. 634-5.

Como dato chocante debe mencionarse que al reseñar el *Artis Notariae* de Vicente Juan de EJULVE Y POLO, parece considerar el término “exulve”, como palabra latina común: *Vicentio Iohanne ex exulve auctore*, p. 637.

cada al arte de escribir o meramente caligráfico (103). Sin embargo, incluye entre los “tratados notariales o relacionados con la notaría, sin fórmula de escrituras”, la obra de VIZCAÍNO *Instrucción o prontuario de las facultades y obligaciones de los Alcaldes o pedáneos de España*, en la refundición de Alvarado de la Peña, publicada en 1828, y que, sin duda, al toparse con ella, debió pensar se trataba de la del mismo VICENTE VIZCAÍNO, mencionada por MANUEL ORTIZ DE ZÚNIGA (104) siendo así que a la que este último se refería era a la titulada *Código y práctica criminal arreglado a las leyes de España que para la dirección de los alcaldes y jueces ordinarios y Escribanos Reales*, que también escribió D. VICENTE VIZCAÍNO PÉREZ (105), la cual, aunque no es nota-

(103) Él mismo dice que “engañado por el título examiné esta obra en la sección de raros de la Biblioteca Nacional; y aunque pronto me convencí de que no era pertinente a mis propósitos, sin embargo la hojéé entonces, y la reseño ahora en mérito a su originalidad”, p. 649, nota.

(104) Tras referirse ORTIZ DE ZÚNIGA a la multitud de obras publicadas sobre la función de los escribanos, y a la dificultad de encontrar fácilmente soluciones en ellas, añade: “Pruebe si no cualquiera que se proponga instruirse suficientemente para ejercer el cargo de escribano, a conseguirlo, estudiando ese mismo libro de Hevia Bolaños, la extensa obra de Febrero, las publicadas por sus muchos y entendidos comentadores, adicionadores y reformadores, y las que han dado a luz Vizcaíno, Fando, Alvarado de la Peña y otros varios, que dotados de celo e instrucción, han escrito con el objeto de enseñar a los que aspiran a ejercer dicho cargo”. *Biblioteca de Escribanos, o Tratado general teórico-práctico para la instrucción de estos funcionarios*, cuarta edición aumentada, Madrid, 1846, tomo I, p. X.

(105) Fue publicada en Madrid, en 1797, en tres tomos, divididos en cuatro libros, en la imprenta de la Viuda de Ibarra, y su autor la presentó como “segunda parte de la Dirección de Alcaldes, que escribí y publiqué en el año de 1784”. De ella hizo una nueva edición reformada el Notario Real, Santiago ALVARADO DE LA PEÑA, en 1833, texto, “adicionado y arreglado a las citas de la Novísima Recopilación”. En el preámbulo, escribe VIZCAÍNO haber “preguntado a muchos de los Escribanos de los Pueblos, y a los Receptores, que van por comisión a substanciarlas en ellos, ¿qué libros tenían para gobernarse en la dirección de estas causas criminales?, y uniformemente me responden los más, que sólo se dirigen por lo que han visto practicar a los Escribanos a quienes sirvieron de Amanuenses antes de ser examinados, y obtener las Notarías de Reynos, o el título de Escribanos Reales: otros me responden que por un Formulario manuscrito, que les ha dado otro compañero suyo; de que he venido a deducir que no tienen otros principios que el de seguir la rutina de sus predecesores, que sólo aprendieron aquellas preguntas que por lo común se les hace en los exámenes para salir aprobados”, p. IV, del tomo I.

rial sí fue dirigida por el autor a los escribanos, para que les sirviera de guía en los asuntos criminales (106). Por el contrario, la otra obra, es decir, *Dirección de alcaldes*, apenas hace referencia a los escribanos, por lo cual no tiene encaje en una bibliografía notarial, ni aun desde una perspectiva histórica (107).

De los cuatro libros en que está dividida, el primero "contiene los Fueros privilegiados, y quiénes son exentos de la Jurisdicción Real Ordinaria, y en qué casos, para evitar competencias entre las Jurisdicciones Reales y las de privilegio; y el segundo el Código de los delitos criminales y sus penas". El libro tercero "contiene las fórmulas y orden de sustanciar los Procesos Criminales, según exige la clase de los delitos; y el cuarto, contiene varias anotaciones y advertencias muy necesarias para el acierto en la justificación de los delitos, en la de los agresores, y defensas de los procesados por ellos".

Aunque esta obra no se incluye dentro de la bibliografía de asuntos gallegos (J. VILLAAMIL Y CASTRO, A. COUCEIRO FREIJOMIL, F. J. RÍO BARJA; en la *II Exposición del Libro Jurídico Gallego*, de 1985, sí se inserta la obra sobre *Dirección de alcaldes*), presenta aspectos de mucho interés en esa materia, ya que el autor fue "Fiscal en la Real Audiencia del Reyno de Galicia", y por recoger en las fórmulas judiciales supuestos de hechos desarrollados en esa región, así como por referirse a ciertas prácticas y usos peculiares de ella, puede servir de fuente para el conocimiento de la sociedad gallega en el siglo XVIII. Especialmente, debe mencionarse el procedimiento conocido con el nombre de "espontáneas", mediante el cual "las mugeres que por una desgracia, efecto de la fuerza, o de la fragilidad, han quedado embarazadas", se podían presentar ante cualquier juez, haciendo la declaración de la causa de su embarazo, con lo cual recibían un testimonio del auto correspondiente ordenando que "ninguna Justicia la moleste ni procese por este preñazgo, ni persona alguna la injurie", y a la vez para que las autoridades cuidaran de la protección del nasciturus (tomo II, pp. 222 a 236).

(106) "Es excelente alhaja —escribe— una copiosa librería; pero es más útil estudiar muchas veces un buen libro, y como no es fácil tener todos los que se necesitan para dirigir y decidir los varios casos que ocurren, es estimable uno que reúna metódicamente los acaecimientos más frecuentes en las causas criminales, y las fórmulas que puedan servir de imitación a los Escribanos que han de actuar en ellas...". Ed. cit., p. VI.

(107) Únicamente alude a ellos a propósito de cuestiones como que el escribano de concejo carecía de voz y voto (p. 111); la obligación que tenían los escribanos de presentar sus títulos en el Ayuntamiento antes de actuar (p. 121); la facultad de las Justicias Ordinarias para reconocer los títulos de los escribanos (p. 135); la posible sumisión de los escribanos al fuero militar (p. 284); la prohibición de actuar los escribanos como abogados en los pleitos que ante ellos pendieren (p. 366); y la obligación que tenían las Justicias, "en las causas criminales, y civiles arduas", de examinar por sí a los testigos "y no lo cometan a los Escribanos" (p. 372). Todas las citas se refieren a la edición reseñada por TORRES IZQUIERDO, es decir, la publicada por Santiago de ALVARADO y DE LA PEÑA, en Madrid, en 1828. La primera edición se publicó en Madrid en 1781, en la imprenta de D. Joachin Ibarra, y estaba

XIV. La *Bibliografía juridiconotarial española*, de José María Mengual y Mengual

Al final del volumen II, del tomo II, de su obra *Elementos de Derecho Notarial*, publicado por JOSÉ MARÍA MENGUAL Y MENGUAL, en Barcelona, en 1933 (108), insertó el autor una “Bibliografía juridiconotarial española”, a la que dedicó un total de 56 páginas, con la advertencia preliminar de que “la bibliografía juridiconotarial en España, no es, desgraciadamente, muy numerosa” (109), y que “sin la pretensión de aproximarnos a la enumeración de todas las publicadas, sí haremos mención de algunas de ellas, didácticas unas, monográficas otras y casi ninguna que merezca los honores de unos Comentarios a la legislación notarial”.

MENGUAL presentó su exposición bibliográfica siguiendo un orden cronológico, pero cayendo en el mismo defecto que ya hemos señalado en el caso de TORRES CAMPOS, y que se iba a repetir en el Catálogo de la exposición notarial de 1962, es decir, que la fecha decisiva para él es la de la impresión que ha podido consultar, con lo cual los desajustes son enormes, agravados además por el hecho de la menguada fortuna en la búsqueda, hasta el punto de que tuvo la desgracia de no dar jamás con la primera edición, en el caso de multiplicidad (110).

45

dedicada a D. Pedro Rodríguez de Campomanes, siendo su título completo el siguiente: *Tratado de la jurisdicción ordinaria, para dirección, y guía de alcaldes de los pueblos de España. Trata de sus elecciones, su gobierno, y de los exentos de su Fuero, conforme a las Leyes, Pragmáticas, y Ordenanzas Militares, publicadas hasta este año.*

(108) *Elementos de Derecho Notarial*, por José M.^a MENGUAL Y MENGUAL, notario y abogado, jefe superior honorario de Administración Civil, etc. Con un prólogo del Doctor Don José CASTÁN Y TOBEÑAS, catedrático de Derecho Civil en la Universidad de Valencia, Librería Bosch..., 1933.

(109) Añadía que “fuera de la época en que los árabes dominaron nuestro país, en cuya época se registran algunos tratados de Derecho Notarial, en su mayor parte dedicados al formulario, algunos de ellos, para la época en que se publicaron, de bastante importancia, se producen pocas obras destinadas a nuestra disciplina, y ninguna de ellas que merezca el título de fundamental en la materia”, p. 637.

(110) Así comienza en 1646 con la obra de SIGÜENZA, cuya primera edición es, sin embargo, de 1627; sigue con MELGAREJO, con referencia a 1704, cuando la pri-

Aunque advierte que la reseña ha de hacerla “lo más concisamente posible”, en realidad, su exposición se compone de varias partes: una primera, que inicia con referencia al año 1646, en la que comprende 53 obras, que resume y comenta, dedicando a veces hasta dos páginas por obra (como en el caso del *Progreso del Instrumento público*, de NOVOA SEOANE o del *Manual de Asuntos notariales*, de OTERO VALENTÍN); otra segunda parte, en la que simplemente menciona algunas obras aparecidas antes de 1646, en que dice con toda seriedad que “se publicó el libro ya indicado de Sigüenza”; ella incluye siete obras, con un supuesto orden cronológico, con el mismo defecto indicado (DÍAZ DE VALDEPEÑAS, 1646, en vez de 1541; DIEGO DE RIBERA, 1617 en vez de 1560), siendo manifiesto en esta parte el modelo utilizado, que es la obra de PAPPALAVA, ya que siempre cita las ediciones mencionadas por él, y repite incluso algunos errores singulares (111). Sigue luego otra parte, con un total de lo que llama veinticuatro “trabajos monográficos”; un total de catorce “reformas propuestas en la legislación Notarial”; y finalmente un conjunto de quince obras de formularios, que comienza con la obra de FELIPE SÁNCHEZ.

Quizás el mayor interés de esta reseña bibliográfica esté precisamente en lo referente a estas obras menores y cercanas temporalmente al autor. También tiene interés el juicio que hace de las obras del primer grupo, aunque, contradiciendo su inicial severidad, predomina un tono encomiástico que le lleva a decir de la obra de MELGAREJO que es “un bien pensado comentario legal”; de la de JUAN JOSEF SÁN-

mera fue de 1652; la *Carta Real*, de quien llama BUSTO LINARES, o sea, de BUSTOS LISARES, la fecha en 1816, y la primera es de 1718; la de VICENTE GIBERT la coloca en 1828, porque dice que no pudo encontrar la de 1772; la de ORTIZ DE ZÚÑIGA la coloca en 1855-6, cuando la primera fue de 1839; y en cuanto a la de SANCHO-TELLO, cita la de 1900, cuando la primera fue de 1885.

(111) Así, la obra de Diego de RIBERA la titula *Orden de hacer escrituras y particiones*, en vez de *Escrituras y orden de partición*; a Antonio de ARGÜELLO lo llama Antonio ARGÜELLES; y la obra de Diego BRAVO la titula *Manual de Notarios*, en lugar de *Manual de Escrivanos*.

CHEZ, que “es un estudio muy completo del derecho Civil en su aplicación al Derecho Notarial”; de la GIBERT dice que “sentó los jalones de una verdadera disciplina notarial”; de la de JUAN IGNACIO MORENO afirma que su “contenido, claro, detallado, sistemático, lleno de sana doctrina jurídica y con un plan armónico que subyuga”; de la obra de XI-MENA Y SALOMÓN afirma que “tiene excepcional importancia”; al *Diccionario* de GONZALO DE LAS CASAS lo califica de “obra magna”, “una de las obras más importantes en la literatura juridiconotarial”; etc., etc., etc.

Por lo demás, el autor muestra escandalosas carencias en materia histórica, ignorando la naturaleza de las diferentes categorías de notarios y aspectos paleográficos tan elementales como la existencia de las *eses* altas, que él transcribe como *efes* (112).

XV. La *Noticia bibliográfica*, de Gil Ayuso

Si bien en algunas de las bibliografías reseñadas, como la de HIDALGO o TORRES CAMPOS, se incluyen ediciones de textos legales contemporáneos a los autores, en ninguna de ellas se intentó hacer una bibliografía de los textos legales históricos relacionados con el notariado. Esta tarea sí la acometió GIL AYUSO, al publicar en 1935 su obra *Noticia bibliográfica de textos y disposiciones legales de los Reinos de Castilla impresos en los siglos XVI y XVII*, aunque ciertamente no separó, sino a través del índice de materias (113), las disposiciones notariales de las restantes. De acuerdo con

(112) Respecto al primer punto, afirma que José COMES fue “ilustrado Notario de la Curia eclesiástica de Vich”, cuando el título empleado por él era el “de notario cívico por las autoridades apostólica, real y episcopal”.

La confusión de la *ese* con la *efe* tiene lugar al transcribir partes de la obra de MELGAREJO, donde aparecen términos como *enfeña*, *fca*, *fu*, *fin*, etc. *Vid.* p. 639.

(113) Los conceptos con que están inventariados son *Escribanías*, con un total de 11 disposiciones, y *Escribanos*, con un total de 35.

este índice, GIL AYUSO inventaría, con total rigor bibliográfico, un conjunto de treinta y siete ediciones de pragmáticas, escrituras, cédulas, ordenanzas, cuadernos, sobre provisión de escribanías y desempeño de la función de los escribanos. Es curioso destacar que GIL AYUSO relacionó, cual si se tratara de disposiciones legales, los formularios notariales titulados “Notas del Relator” (n.º 1606, ed. 1531), “Notas de Valdepeñas” (n.º 230, ed. 1559; n.º 1609, ed. 1544), y la “Recopilación de notas”, de ROQUE HUERTA (n.º 150, ed. 1551).

XVI. *El catálogo del centenario de la Ley del Notariado*

48

Con motivo de la conmemoración en 1962 del centenario de la Ley del Notariado, se celebró en Madrid una exposición bajo el título “El documento notarial en la Historia”, y se formó un catálogo, en principio correspondiente a dicha exposición, aunque en realidad fuera más amplio pues incluye muchas obras no expuestas, de las que se da simplemente su referencia bibliográfica (114). Este catálogo fue redactado por un grupo de bibliotecarios bajo la dirección de LUIS SÁNCHEZ BELDA (115), y se publicó en 1963. Comprende varios capítulos, de los cuales, el III y IV comprenden una relación de ordenanzas, estatutos y disposiciones legales anteriores a la Ley, y el VIII se dedica a los “Tratados teóricos” (números 393 a 476), aunque también se incluyen en él textos legales, o se reseñen pequeños trabajos que evidentemente no encajan en el concepto de “tratados”, como son las ejecutorias, cédulas, estatutos, aranceles

(114) Así, LORENZO NIEBLA (n.º 402), con referencia a PALAU; “*Notas de escribanos apostólicos*” (n.º 475), con referencia a Nicolás ANTONIO. Tampoco se indica el expositor sino que sólo se alude al PALAU, u otros bibliógrafos, en los números 395, 397, 404, 406, 410, 412, 416, 426, 432, 434, 438, 441, 442, 445, 446, 450, 451, 452, 455, 458, 460, 464, 466, y 471.

(115) Los redactores se dice fueron D. Justo García Morales, D.ª Pilar León Tello, D.ª María Teresa de la Peña y D.ª Carmen Crespo.

y hasta simples artículos de revista que relaciona (116). El orden acogido es el cronológico, pero, como ocurre con las bibliografías de TORRES CAMPOS y de MENGUAL, no se hace siempre teniendo en cuenta la primera edición sino la conocida por los redactores, con lo que se producen las distorsiones que en otro momento hemos ya señalado (117). Se sigue incluyendo como “tratado” notarial la obra de MADARIAGA sobre caligrafía a que antes hemos hecho referencia, y faltan obras importantes como las *Notas del Relator*, la *Política de escripturas* de NICOLÁS DE IROLO, el *Diccionario* de GONZALO DE LAS CASAS, los manuales para la enseñanza en las cátedras del notariado (118), los proyectos de ley del notariado, salvo el de LAMAS PARDO, y las revistas notariales anteriores a la Ley del 62, además de *La Notaría* o *El Restaurador del Notariado*, como *La Fe Pública* (1846), *El Notario* (1856), *El Eco de la Ley* (1859) y *Propiedad y Fe Pública* (1862).

XVII. Los Formularios notariales, de Bono Huerta

En 1978 pronunció una conferencia el notario JOSÉ BONO HUERTA sobre los “Formularios notariales españoles de los siglos XVI, XVII y XVIII”, que fue publicada como volumen I del tomo XXII de los *Anales de la Academia Matritense del Notariado*. Como se deduce de su título, esta exposición bibliográfica tiene una doble limitación, una por razón de la materia, ya que exclusivamente se refiere a for-

(116) Así, los números 473 y 474, referentes a pequeños artículos publicados en la revista *La Notaría*. En el número 472 se incluye como una supuesta *Historia del Notariado*, lo que no fue sino un mero prospecto publicado en la revista *El Restaurador del Notariado*. Quizás lo que se pretendió fue inventariar publicaciones periódicas notariales.

(117) Como más destacados pueden señalarse los casos de MELGAREJO (1652), 1704; y de VICENTE GIBERT (1767), 1828.

(118) Puede verse la reproducción de sus portadas en la *Gazeta de los notarios*, números 56 y 57, correspondientes a mayo y junio de 1994, respectivamente.

mularios notariales, y otra temporal, puesto que se excluyen los formularios del siglo XIX y XX, si bien BONO hizo excepción con la obra de MORELLÓ, publicada en 1827, por considerarla perteneciente “por su contexto” al último cuarto del siglo XVIII. La relación de los formularios está hecha desde el punto de vista cronológico, si bien al final se da un índice por orden alfabético de autores, en el que se mencionan ochenta y seis obras. En el texto principal se da alguna noticia de los autores y la naturaleza y calidad de las obras, y en nota se reseñan brevemente todas las ediciones conocidas. El trabajo corresponde por su rigor y riqueza al prestigio de su autor hasta el punto de que puede considerarse como intachable, pues sólo se le pueden achacar omisiones o errores de escasísima importancia.

50

Entre las omisiones se puede indicar la de la obra de GABRIEL CAÑELLAS, reseñada como vimos por ROCA Y CORNET, e igualmente un pequeño tratado publicado por el receptor de los Reales Consejos, Gabriel Vicente de la Oliva, en 1765, en el que se incluyen fórmulas literales y concretas sobre renunciaciones en las escrituras públicas (119). Y también la omisión, entre las obras de MANUEL DE ALIAGA,

(119) “Manual promptuario para escribanos, en que se explica el contexto substancial de las Leyes, y Capítulos que deben renunciarse en las Escrituras públicas para la validación, y subsistencia de los contratos, y estipulaciones. Su autor el Bachiller Don Gabriel Vicente de la Oliva, Receptor de los Reales Consejos, sus Juntas, y Tribunales de la Corte. Dedicado a el Ilustrísimo Señor Don Diego de Roxas y Contreras, Obispo de Cartagena, y Gobernador del Real, y Supremo Consejo de Castilla. En Madrid: En la Imprenta de Andrés Ramírez, calle de San Pedro Martyr. Año de 1765”. Se compone de doce hojas sin numerar y 54 páginas numeradas. El ejemplar de mi propiedad tiene unas dimensiones de nueve por catorce centímetros. Las fórmulas de las renunciaciones están en las páginas 48 y siguientes, y como ejemplo podemos citar las siguientes: “Para las Escrituras de fianza de la Haz, o Cárcel segura, se dirá: Y para su mayor validación renunció la Ley Sancimus, Codice de Fideijusoribus”. “En las Escrituras de Venta, permuta y otras en que puede intervenir lesión, o engaño en más o menos de la mitad del justo precio, haciendo el Otorgante donación de ello, se dirá: A cuyo fin renunció la Ley del Ordenamiento Real, fecha en Cortes de Alcalá de Henares, y demás que con ella concuerdan, y especialmente la primera, ti. 11. lib. 5. de la Recopilación, y la última de título final, partida sexta”.

de su *Arte de testar*, y su *Arte de enjuiciar en lo criminal*, lo cual es absolutamente disculpable por la rareza de sus ejemplares (120). Quizás también debería reseñarse la obra de CARLOS TARGA, traducida y publicada en 1753 por Juan Manuel Girón sobre los contratos marítimos, puesto que en ella, además de tratarse en un capítulo del “Notario de navío”, se insertan varios formularios, en documento privado o público, referentes a la compraventa del navío, fletamento general, conocimiento de embarque, cambio marítimo, encomienda, colona, protesta, echazón, etc. (121). Se trata de una obra originalmente no española, pero al parecer sí inspirada principalmente en el Consulado del Mar de Barcelona, y adaptada, como señala CAMPOMANES en su aprobación preliminar, al comercio marítimo español (122).

Como limitación del trabajo de BONO, aparte de las intencionadas acotaciones temática y temporal ya indicadas, está (de acuerdo con la índole del trabajo, en cuanto conferencia) la omisión de descripciones bibliográficas detalladas (123), puesto que lo que se pretendió fue realizar una sim-

(120) El *Arte de testar*, tomo primero, fue publicado en Barcelona en 1806, y el único ejemplar conocido se encuentra en la biblioteca del Monasterio de El Escorial; y el *Arte de enjuiciar en lo criminal*, tomo primero, “en ofensa”, apareció en Cervera en 1804, y el único ejemplar conocido pertenece al autor de este escrito. Vid. ANDRINO, Manuel: “El Licenciado Aliaga”, I y II, en *Gazeta de los notarios*, números 87-8 y 89-90.

(121) “Reflexiones sobre los contratos marítimos, sacadas del Derecho civil, y canónico, del Consulado del Mar, y de los usos marítimos, con las fórmulas de los tales contratos... Su autor Don Carlos Targa, célebre jurisconsulto genovés, traducida del idioma italiano al español por el licenciado Don Juan Manuel Girón... En Madrid: En la Imprenta de Francisco Xavier García, Calle de la Salud. Año de 1753”.

(122) También señala Pedro RODRÍGUEZ DE CAMPOMANES como mérito de esta obra frente a la de HEVIA BOLAÑOS, denominada *Tratado del Comercio Terrestre y Naval*, que “faltábale a aquella Obra la extensión, o formularios de los Instrumentos, y Contratos Náuticos, que es lo que añade con propiedad la presente”.

(123) Falta la indicación de algunas raras ediciones, entre las que cabe mencionar las siguientes: a) Respecto a la *Summa de notas de Valdepeñas*, una edición existente en la biblioteca del autor de esta nota, impresa en Sevilla en 1550, “en casa de Dominico de Robertis que santa gloria aya en cal de abades junto a las casa que han labrado don Juan Ponce de Leon”.

ple relación de obras, y no la descripción con rigor bibliográfico de ellas y de todas sus impresiones. Esta limitación

b) En cuanto a la *Curia eclesiástica*, de Francisco ORTIZ DE SALCEDO, menciona como primera edición la de Madrid, 1615, cuando existe una anterior, de 1610, Madrid, también impresa por Luis Sánchez, que ya había sido mencionada por Nicolás ANTONIO, ALVAREZ Y BAENA, y por PAPPAFAVA, y de la que existe un ejemplar en la facultad de Filología de Madrid (*Signatura 14.047*), y otro en la Vaticana, de Roma, reseñado por José SIMÓN DÍAZ (*Bibliografía de la Literatura Hispánica*, Madrid, 1994, tomo XIV, p. 316, n.º 2778). En esta obra se incluyen seis impresiones de la *Curia*, no mencionadas por BONO, que corresponden a los años 1618, 1625, 1634, 1652, 1665 y 1766. Esta, que parece fue la última, fue impresa por Joaquín Ibarra, teniendo, según el ejemplar propio, 4 hojas sin numerar y 502 numeradas. Respecto de esta obra hay también que indicar que el autor modificó el título en la segunda edición, y que BONO transcribe el de la segunda y posteriores, en las que se omitió la referencia a los notarios *Latinos*, y por el contrario se incluyó como destinatarios de ella a los “Jueces eclesiásticos, ordinarios y apostólicos”. El título de la edición de 1610 es el siguiente: *Curia ecclesiastica para Secretarios de Prelados, Notarios Apostolicos, y Ordinarios, Latinos, y de Visita, con muchas y varias cosas, utiles y curiosas, compuesta por Francisco Ortiz de Salzedo, Notario publico Apostolico, por autoridad Apostolica y ordinaria, aprovado para Latin y Romance, descripto en el Archivo de la Curia Romana, vezino y natural de la villa de Madrid*. Esta primera edición está dedicada al cardenal don Bernardo de Sandoval y Rojas, cuyo escudo de armas ilustra la portada. Respecto de este autor, puede verse ANDRINO, Manuel: “Ortiz de Salcedo, o el autor notarial de mayor éxito editorial en España”, en *Gazeta de los notarios*, n.º 99, pp. 25-6.

c) Respecto del *Tratado de escrituras y contratos públicos*, de Antonio de ARGÜELLO, se omite una edición de 1625, que ha de considerarse la primera conocida, puesto que de la mencionada por Nicolás ANTONIO de Madrid, 1620, se desconocen ejemplares, impresa en Madrid por Luis Sánchez, a costa de Miguel Martínez (“Véndese en la calle Mayor, junto a las gradas de San Felipe”). Un ejemplar de ella fue anunciado (y desdichadamente vendido antes de su posible adquisición) en el catálogo n.º 20 del librero de Madrid Guillermo Blázquez. Su precio, 180.000 ptas.

d) Respecto de la *Practica* (“practiga”) *de escrivanos*, de Francisco GONZÁLEZ DE TORNEO, una impresión de 1640 (en el explicit 1639), “en Alcalá. Por Antonio Vazquez Impressor de la Universidad. A costa de Manuel Lopez Mercader de libros, a la Puerta del Sol”. Es curioso indicar que en la primera edición del *Manual* de PALAU se insertó una *Práctica de Escribanos*, aparecida en Alcalá en 1640, de la que sería autor Antonio VÁZQUEZ, evidentemente, simple editor de la de GONZÁLEZ DE TORNEO. Existe un ejemplar de esta edición en la biblioteca del autor de esta nota.

e) Respecto al *Manual de Escribanos*, de Fr. Diego BRAVO, la existencia de una edición, impresa en Madrid, “En la Imprenta Real”, sin fecha, aunque necesariamente posterior a 1674, ya que en ella se hace mención de acontecimientos y textos de 1674 (pp. 130 y s.). Está impresa conjuntamente con otra, titulada *Exposición de la Regla de N. Serafico P. San Francisco*, siendo continuadas las signaturas a pie de página. En cuanto al contenido de la obra en esta edición, uno de cuyos ejemplares también existe en la propia biblioteca, en lugar de la advertencia inicial y 35 más, que reseña BONO, aparece una “advertencia, y fundamento universal para todo

se puede advertir especialmente respecto a la bibliografía de las obras de FEBRERO, de la que felizmente hay en la actualidad una exposición muy amplia, aparecida con motivo del bicentenario de su muerte (124).

Como errores cabría mencionar el correspondiente a la indicación de la primera edición de la obra de GONZÁLEZ DE VILLARROEL, en lo que se refiere a la fecha de aprobación del consejo, que no fue de 1632, como se dice, sin duda llevado por la errata que aparece en la edición de 1728 manejada probablemente por él, sino de 1631. Otra cuestión es la determinación de la fecha de la primera edición, respecto de la cual BONO pone, cautamente, un signo de interrogación, y que parece hemos probado tuvo lugar en 1631 (125).

Quizás las inexactitudes más importantes, aunque afectantes a obras de escasa transcendencia, son las que pueden advertirse en los párrafos 42 y 43, en relación con las

53

lo que se dize en este Manual"; 34 advertencias numeradas; una "advertencia ultima", "acerca de otras qualesquier escrituras"; nueva "advertencia ultima"; y una "adición a esta advertencia muy importante", en la que precisamente se inserta un breve de Clemente X, fechado el 31 de agosto de 1674. Y sigue luego una "Instrucción para hazer las informaciones de los Novicios, que se han de recibir a la Orden de nuestro Seraphico Padre San Francisco".

f) Respecto de las obras de Francisco de SOLSONA *Stilus capibreviandi* y *Lucerna laudemiorum*, la existencia de una edición, incluidas en el tomo X, parte II, del *Tractatus universi iuris*, colección de tratados publicada a iniciativa y bajo los auspicios del papa Gregorio XIII, fecha "Venetiis MDLXXXIII". Puede verse en la Biblioteca Nacional, 3/57966.

(124) Vid. mi trabajo ya citado sobre "El fondo de la Librería de Febrero". La corrección más importante de los datos ofrecidos por BONO, sin duda siguiendo a MATO, se refiere a la cuarta edición que fue de 1789-90, y no de 1797, y ha sido la precisamente reproducida en facsímil por el Consejo General del Notariado en 1991; y de la quinta, "cuya fecha ignoramos", dice BONO, y que es precisamente de 1797, aunque se imprimió como "cuarta impresión", lo que es explicable dado el diferente número de ediciones de la primera y segunda parte, de forma que en vida de FEBRERO se hicieron cuatro ediciones de la primera parte, y sólo tres de la segunda. Por esto mismo también Miguel AZNAR al publicar la primera edición de su *Febrero adicionado*, la llamó "5.ª impresión", y llegó, con este orden, hasta la octava.

(125) Vid. ANDRINO, Manuel: "Diego González de Villarroel", en *Gazeta de los notarios*, número 44, marzo de 1993. Aparte de las fechas de licencia, corrección y tasación, el argumento principal está en la mención de esta obra realizada por PÉREZ DE MONTALVÁN en la impresión de su *Para todos*, aparecida en 1632.

obras de VICENTE GIBERT, PARERA Y PAGÉS, respecto de las cuales, sin duda por la suma rareza de las mismas, el autor hubo de seguir las referencias ofrecidas por autores comúnmente fiables. El caso es que, después de la referencia a la obra de VICENTE GIBERT, *Theorica artis notariae* (Barcelona, 1772), se menciona, indicando que tuvo “la misma finalidad”, la de PEDRO JAIME PERERA, *Compendium Theoricae seu Rudimenta artis notariae*, pese a que, como se señala en la nota correspondiente, la últimamente mencionada había sido publicada con anterioridad a la primera, o sea, la de GIBERT, que había aparecido en Tarragona, en 1767. Y por otro lado, el autor se llamaba PEDRO JUAN PERERA, y no Pedro Jaime, y debió conocerse simplemente como Juan, pues como tal se menciona en la obra de PEDRO PAGÉS (126). Seguidamente, ya en el párrafo 43, habla BONO de “la aparición de algunas obras didácticas, como la de IGNACIO PERERA, *Compendium artis notariae ad usum educand. in Gymnasio noviter a Coll. Not. publ., Barc. statutum*, y la inédita del notario de Barcelona PEDRO PAGÉS, *Artis Notariae Theorica*, ms. 1796, del que sólo conocemos su referencia; estaba dispuesta en forma de diálogo, y con formulario en español”. Pues bien, examinando las obras citadas (127) y habida cuenta, además, de las referencias ofrecidas por un autor temporalmente bastante próximo a ellas, como fue ROCA Y CORNET (128), resulta lo siguiente: a) que el men-

(126) “*Primus qui Cathaloniae hujus Artis Theoricam à Praxi segregatam typis excusam in lucem edidit, fuit anno 1767 Joannes Perera, Dertusensis Notarius, & anno 1772 Vincentius Gibert, Barchinonensis publicus de numero Tabellio, aequo instructivo penso, secundus*”, en el prólogo, página primera, sin numerar.

(127) El título correcto de la obra de Pedro PAGÉS, tomado de la portada del ejemplar propio, es el siguiente: “*ARTIS NOTARIAE THEORICA, Ad usum Juvenum educandorum in Gymnasio noviter à Collegio Notariorum Publicorum Regionum de Numero Barchinonae statuto, vigore Regiae Provisionis à Supremo Regiae Majestatis Consilio expeditae die 17 Aprilis anni 1795. Barcinone. Ex Typ. Regiis Francisci Suriá & Burgada*”. 2 hojas s.n. y 387 páginas numeradas, más otra con la “Fe de erratas”.

(128) Este autor, efectivamente, no hace ninguna alusión al supuesto Ignacio PERERA, y justifica la aparición de la obra anónima escrita por Pedro PAGÉS, pese a existir ya en Barcelona la de Vicente GIBERT, en el hecho de que existían dos Cole-

cionado IGNACIO PERERA jamás existió, y por ello la obra que le es atribuida es, pura y simplemente, un libro fantasma, mencionado sin duda por un error de imprenta, probablemente por la confusión con el impresor de la segunda edición de la obra de PEDRO JUAN PERERA, llamado IGNACIO PORTER (129); b) que, aunque se publicó en forma anónima, la obra *Artis Notariae Theoricae* en realidad tuvo como autor a PEDRO PAGÉS; y c) finalmente, respecto a la supuesta obra inédita de PEDRO PAGÉS, no es el *Artis Notariae Theoricae*, dialogada y con formularios en español, sino, como nos dice el mismo ROCA Y CORNET, afirmando conservarla en su poder, una obra “que contiene en diálogos los elementos de Notaría, escritos en latín, sin duda con el objeto de facilitar a los aspirantes el repaso de las materias para el examen, y además una abundante colección de fórmulas en español para todo género de poderes”, y exclusivamente de poderes (130).

55

gios de Notarios, el de Número y el de los Notarios Reales, y en ellos había sendas cátedras, por lo cual “tal vez el espíritu de corporación indujo a Pagés a hacer esta nueva publicación para que pudiera servir en la enseñanza de las cátedras de su propio colegio”. Y añade que “nosotros, que alcanzamos en nuestra mocedad la existencia de estas cátedras y que asistimos a ellas, vimos adoptada siempre la obra de Gibert, valiéndose únicamente los catedráticos de la de Pagés para los preliminares, tal vez por no dejar del todo desairada la producción por otros títulos apreciable de un individuo del mismo Colegio que aquellas cátedras sostenía”. “Bibliografía notarial”, *La Notaría*, n.º 140, de 10 de diciembre de 1860, pp. 1012-3.

(129) La descripción completa de portada de esta segunda edición, conforme al propio ejemplar, es la siguiente: “*COMPENDIUM THEORICAE, SEU RUDIMENTA ARTIS NOTARIAE, EX QUAMPLURIMUS EIUSDEM ARTIS Auctoribus compilata a PETRO JOANNE PERERA, ET BLASCO, Apostolica, atque Regia auctoritatibus Notario Publico, & de Numero Collegii Dertusae, ejusque Priore, ac pro ipsius Civitatis Populo in Patrio Conventu, actu Personario Syndico, CUM REGIARUM ORDINATIONUM ad Artem Notariae pertinentium insertione, atque in hac impressione nonnullarum aliarum additione. IPSI MAGNIFICO, ET DISCRETO Collegio dicatum. CUM SUPERIORUM PERMISSU = Figueriis: Ex Officina Ignatii Porter Typographia, Anno Domini M.CC.LXXII*”. Hay, pues, un error en la determinación del año, que debió ser M.D.CC.LXXII, según fue señalado ya por BROCA.

La anteportada lleva un título más resumido (“*COMPENDIUM THEORICAE, SEU RUDIMENTA ARTIS NOTARIAE*”), lo que sin duda puede haber también favorecido la confusión, al considerar obras diferentes la descrita conforme a la portada y a la anteportada, atribuyendo una y otra a personas diferentes, que es lo que ha hecho BONO.

(130) *Vid. loc. cit.*, p. 1013, donde añade que se trataba de una “colección singular por cierto de esta clase de instrumentos, a los cuales parece se dedicó el autor

Creo, como se ha anticipado, que estos *lapsus* respecto de PERERA y PAGÉS, se produjeron al haberse guiado BONO por la obra de GUILLERMO MARÍA BROCA, *Historia del Derecho Civil de Cataluña*, ya que en ésta se encuentra la misma confusión del nombre de Pedro Juan por el de Pedro Jaime, y la mención de un supuesto autor "Ignacio del mismo apellido" (131). Dada la rareza de estas obras que sin duda ha hecho difícil su examen directo, las referencias de BROCA, fundadamente se consideraron, de acuerdo con la solvencia de tal escritor, fiables, y fueron utilizadas por ANTONIO PALAU Y DULCET, en su *Manual del Librero* (132), con lo que se consolidó el error.

con especialidad. No hay duda que el solo ramo de poderes ofrece al Notario un estudio minucioso e importante, pues de su buena o mala redacción depende muchas veces el buen éxito de un negocio. El ramo de poderes viene a ser un complejo de todos los negocios cuya gestión o desempeño puede confiarse a un mandatario, y así en la exposición del mismo negocio, como en la limitación de las facultades que se conceden al apoderado, se ha de proceder con el mayor pulso e inteligencia. Esta colección inédita, pues, del señor Pagés, tiene en nuestro concepto más importancia de la que presente a primera vista, y es una prueba patente de su inteligencia y laboriosidad. El prólogo que acompaña al libro, y hasta la forma material en que se halla escrito, indican que tenía intención de publicarlo".

(131) Dice BROCA que "contienen rudimentos de derecho civil, los trabajos notariales de Pedro Jaime Perera (en nota: *Compendium Theoricae seu Rudimenta Artis Notariae*).—Tarragona, 1767 y Figueras, 1772. En la portada, erróneamente, se expresa MCC.LXXI. 1 vol. in 4.º) e Ignacio del mismo apellido (en nota: *Compendium Artis Notariae ad usum juvenum educandorum in Gynasio noviter a collegio notariorum publicorum regionum de numero Barchinonae statuto, vigore provisionis regiae a Suprema Majest. Consilio expeditae 17 aprilis 1795.*—Barcelona; Suriá, 1 vol. in 4.º). *Historia del Derecho de Cataluña, especialmente del Civil...*, Barcelona, 1918, 1, p. 458, de la que hay edición facsímil publicada en Barcelona, Generalitat de Catalunya, Departament de Justicia, en 1985. También Joaquín de CAMPS Y ARBOIX, en su obra *Historia del Derecho catalán moderno*, Barcelona, 1958, reseña este supuesto *Compendium* de Ignacio PERERA, en la página 260, junto al de Pedro Juan PERERA, al que también equivocadamente denomina Pedro Jaime.

(132) Reseñó bajo el número 218855 la obra de Ignacio PERERA con esta mención: "*Compendium artis notariae. Barcinona, Franciscus Suriá, 1795, 4.º*". Y asimismo la de PERERA y BLASCO (J.) según el texto de la anteportada de la impresión de Figueras "*Compendium theoricae seu rudimenta Artis Notariae*", añadiendo: "Véase el n.º 218855". ¿Se trata del mismo autor y obra? Hay, pues, indicios de desconfianza y atisbos del carácter fantasmal de la obra de Ignacio PERERA, pero equivocadamente se remite a la obra de Pedro Juan PERERA, y no a la de Pedro PAGÉS, a la que corresponde, pese a que está incluida en su *Manual*, descrita con bastante

XVIII. *La literatura notarial en España e Hispanoamérica, de Luján Muñoz*

En 1984, dentro del tomo XXXVIII, del *ANUARIO DE ESTUDIOS AMERICANOS*, fechado en Sevilla en 1981, JORGE LUJÁN MUÑOZ publicó un trabajo en el que, si bien en principio pretendía “elaborar una relación lo más completa posible de todas las obras sobre el arte notarial que se usaron en Hispanoamérica durante la época virreinal”, luego siguió la consideración de que “lo mejor era no circunscribirnos en esa forma, sino hacer referencia amplia a las que usaron y conocieron también en España, que es factible que hayan sido conocidas en la América española sin que necesariamente dejaran evidencia documental”. El resultado fue la inclusión, a veces con alguna indicación sobre datos biográficos de los autores, y de ediciones diferentes a la señalada en el texto principal, de un total de cincuenta y siete títulos, que según el cálculo hecho por el propio autor, excluidas “las de procedimientos y práctica judicial”, quedarían unas “cuarenta obras dedicadas exclusivamente al ejercicio escribanil, especialmente al de factura de escrituras”.

57

Para hacer esta relación, el propio autor confiesa no haber pretendido el ser “exhaustivos, ni haber registrado todas las ediciones”, sino haber citado solamente “las que llegaron a nuestro conocimiento directo o indirecto”. En realidad, LUJÁN, según también confiesa, utiliza las relaciones contenidas en un trabajo de JAVIER MALAGÓN (133), complementa-

corrección tanto bajo la rúbrica “PAGES (P)”, con el número 298711, como bajo la de “ARTIS NOTARIAE”, con el número 18118, donde se aclara que “el autor es Pedro Pagés”.

Es en los apéndices de la obra, preparados por Agustín PALAU CLAVERAS, donde se dirá, finalmente, lo siguiente: “Perera (Ignacio) 218855 creo error ver Artis 18118 su autor Pedro PAGÉS”. *Vid. Manual, Indices... correcciones...*, Empuries, 1985, tomo V, p. 353.

(133) MALAGÓN BARCELÓ, Javier: *La literatura jurídica española del siglo de oro en la Nueva España. Notas para su estudio*, México, 1959. Las citas tomadas de él se refieren a ARGÜELLO, ARIAS, DÍAZ DE VALDEPEÑAS, GALÍ, GONZÁLEZ TORNEO, GON-

do con las citas de NICOLÁS ANTONIO (134), y otras menciones de JULIÁN CALVO (135), AGUSTÍN G. DE AMEZÚA Y MAYO (136), con algunas aportaciones personales (137).

De lo dicho se deduce que se trata de un trabajo, sin ninguna pretensión ni logro indagatorio, para el que se han utilizado fuentes poco rigurosas, lo que se traduce en el escaso rigor en la cita de ediciones (138), sin que las notas sobre los autores y singularmente sobre sus destinos notariales sean acertados en muchos casos (139).

ZÁLEZ VILLARROEL, IROLO, MELGAREJO, MOLINO, MORENO, ORTIZ SALCEDO, PALOMARES, RIBERA, SIGÜENZA, FRÍAS DE ALBORNOZ, FRANCISCO GARCÍA y MONTERROSO.

(134) Toma de él las referencias a la *Forma libellandi* (que como ANTONIO, atribuye a autor anónimo), y a ARÉVALO, BRAVO, LA RIPA, CASTILLO y HOSPITAL, HUERTA y MEDINA, sin que rectifique o supla las fechas dadas por el sevillano, ni se separe de él, en ningún otro particular.

(135) CALVO, J.: "El primer formulario jurídico publicado en la Nueva España: La Política de escrituras", de Nicolás de IROLO (1605), en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, I, 3-4, México, 1951, pp. 41-102. Toma de él las citas de Bartolomé de CARVAJAL (*Instrucción y memorial para Jueces executores, e Instrucción y memorial para Escrivanos*), GONZÁLEZ DE TORNEO (*Orden de examinar testigos*), CARDOSO DE AMARAL (*Summa seu praxis iudicum*, Olisipone, 1610), Alfonso de HEREDIA (*Dechado de jueces*), Fray Pedro de los ÁNGELES (*Compendio del orden judicial y práctica del tribunal de religiosos*, Madrid, 1643), Luis de MIRANDA (*Libri ordinis iudiciari*), Juan MUÑOZ (*Práctica de procuradores*), Luis de PEGUERA (*Praxis criminalis*), PICHARDO VINUESA (*Practicae instituciones*), Amador RODRÍGUEZ (*De modo et forma vivendi et examinandi processum in causis civilibus*), José de SANTA MARÍA (*Tribunal de religiosos*), Juan SEGURA DE ÁVALOS (*Directorium iudicum ecclesiasticorum*), SUÁREZ DE PAZ (*Praxis*).

(136) Además de dos formularios manuscritos existentes en la Biblioteca Nacional, cita las obras de Juan de MEDINA (*Notas breves y Summa de notas*), la *Instrucción*, de ALONSO DE VILLADIEGO, y la *Curia filípica*, de Juan de HEVIA BOLAÑOS.

(137) Como tales se refiere al *Formulario de actos extrajudiciales* (Zaragoza, 1523, reeditado por la Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España en 1968); a los tomos primeros de la obra de Manuel de ALIAGA (que dice tuvo la oportunidad de consultar en la Biblioteca del Congreso de los Estados Unidos); el *Prontuario* de Juan LÓPEZ FANDO (que por error cita como López Pando); y finalmente, el tomo II de una edición de la *Cartilla Real de Escrivanos*, de su colección privada, pero a la que "falta la página de portada interior", declarando no haber "podido consultar una edición completa". Alude asimismo a la *Práctica*, de ÁLVAREZ POSADILLA, y a la obra de FEBRERO, y algunos de sus continuadores, aunque extrañamente no se refiere al "Febrero mexicano".

(138) De las ediciones que menciona pocas son las que corresponden a la primera impresión, y así nos da 1630 para ARGÜELLO (de 1620); 1603 para Juan ARIAS (de 1575); 1546 para DÍAZ DE VALDEPEÑAS (de 1541); 1684 para GALÍ (de 1674).

(139) Así, de GONZÁLEZ VILLARROEL que había sido escribano del número de

XIX. El Índice alfabético sobre notaría y notarios, de Palau

En 1985 apareció el tomo quinto del *Índice alfabético de títulos-materias, correcciones, conexiones y adiciones del Manual del Librero Hispanoamericano de Antonio Palau y Dulcet*, formado y publicado por AGUSTÍN PALAU CLAVERAS. Dentro de ese tomo y bajo el epígrafe "Notaría, Notarios y Escribanos" (140), se contiene una relación de obras notariales, primero con un pequeño conjunto de obras generales, y luego por bloques temporales, dentro de los que se relacionan cronológicamente obras referentes al notariado, desde la *Summa* de ROLANDINO, de 1485, al *Valor jurídico del documento notarial*, de NÚÑEZ LAGOS, de 1945. Como se trata de un índice auxiliar, la reseña de las obras se hace muy sumariamente, remitiéndose al *Manual* de PALAU, por medio del término alfabetizado en él (141), y el número correlativo

59

Valladolid, y luego uno de los seis escribanos de Cámara del Consejo, se dice simplemente que fue escribano real, dándose la paradoja de que precisamente eran los escribanos de Cámara los únicos que no precisaban del título de escribano real ni estaban sujetos a examen, según el testimonio del también escribano de Cámara Antonio MARTÍNEZ SALAZAR, que en su obra *Colección de memorias y noticias del gobierno general y político del Consejo*, Madrid, 1764, p. 658, nos dice que "los Escribanos de Cámara juran en el Consejo en Sala primera de Gobierno, y se les pone en posesión sin que preceda examen". Asimismo, nos dice que "si por enfermedad o por otro motivo no puede concurrir el Escribano Mayor de las Cortes, por medio de Consulta, que se hace a S. M., se habilita a uno de los Escribanos de Cámara del Consejo, como se egecutó en las Cortes celebradas el año de 1712, con calidad de que sea Notario de los Reynos, porque en su defecto se le despacha Título", p. 605. Respecto de estos escribanos de CÁMARA, puede verse ANDRINO, Manuel: "La presencia notarial en el Madrid de los Austrias", en *Historia y documentación notarial. El Madrid del Siglo de Oro*, Consejo General del Notariado, Madrid, 1992, pp. 221-5.

También respecto de Miguel MORENO, que fue "escribano de provincia", se dice por LUJÁN MUÑOZ que era "Escribano de la curia regia, secretario de Felipe IV", traduciendo a lo que parece literalmente dice Nicolás ANTONIO ("*in curia Regia notarius*"... *in ejus sepulcro... adjungitur Regium fuisse secretarium*"). Respecto de Miguel MORENO y la condición de escribano de provincia, puede verse ANDRINO, Manuel, en *Gazeta de los notarios*, n.º 49, septiembre 1993.

(140) Se remite asimismo a otros epígrafes como "Aranceles, Instrumento Público y Protocolos".

(141) Hay algún error importante como duplicar la *Práctica* de MONTERROSO y ALVARADO, atribuyendo a "Alvarado" la edición de 1563 y a "Monterroso" la de 1566.

asignado en dicho *Manual*. Es una relación que tiene en cuenta exclusivamente el título, y por tanto la presencia en él del término notarial o afines, por lo cual incluye obras no notariales como la célebre *Honra de escribanos*, de MADARIAGA, y omite libros tan importantes como los de SOLSONA, SIGÜENZA y MELGAREJO.

De todas formas, puede decirse que este *Índice* contiene un conjunto estimable de obras notariales, apreciable sobre todo por los pequeños trabajos, cuya mención quizás únicamente se encuentre en este *Índice*, y en la obra principal a la que complementa.

XX. Otras bibliografías

60

Aparte de las obras bibliográficas citadas, debemos mencionar otras que de alguna manera complementan las anteriores. En este concepto entran la *Guía* de THOMAS W. PALMER, el *Catálogo general* de la Casa "Hijos de Reus", el llamado *Catálogo de Monografías Jurídicas* de la "Comisión Jurídica Asesora", y la *Bibliografía* de PASCUAL NIETO. Y además parece conveniente examinar algunas obras que más o menos accesoriamente contienen relaciones de bibliografía notarial, de las cuales la más reciente es el *Código notarial*, edición al cuidado de JUAN FRANCISCO DELGADO DE MIGUEL.

En cuanto a la *Guía* de PALMER (*Guide to the Law and legal Literature of Spain*), se trata de un interesante trabajo promovido por la biblioteca del Congreso de Washington y publicado en 1915, en el cual el autor, a la vista no sólo de los fondos de dicha biblioteca sino de sus investigaciones directas en España, hizo una exposición del estado de la bibliografía jurídica en ese momento, dedicando un apartado al "notarial law", en el cual, después de encarecer la importancia del notariado en España, y referirse a su influencia en el sistema de Puerto Rico y Filipinas, reseña las obras notariales más importantes tanto de carácter legal (MEDINA

y MARAÑÓN) como de carácter doctrinal (ESCOSURA, COSTA) y práctico (NOVOA SEOANE, ROMERO Y DELGADO, ZARZOSO y TIRSO DE LA TORRE).

Respecto al *Catálogo* de Reus, fue publicado en 1917, agrupándose en su índice sistemático un conjunto de obras notariales de finales del siglo XIX y principios del XX, interesante principalmente respecto de las ediciones de textos, programas, contestación a éstos, y pequeñas obras de naturaleza ocasional o polémica (142). La misma casa editorial publicó un nuevo catálogo en 1933 (143), en el cual se clasificó la bibliografía por materias, por lo cual fue dedicada una sección al “Derecho Notarial”, si bien se incluyeron solamente catorce obras. Sin embargo, en otras secciones, como “Formularios”, “Legislación”, “Notarías determinadas” (“Contestaciones a Notarías determinadas”; “Notarías”) y “Derecho procesal”, se relacionaron otras obras, a las que se hizo asimismo el correspondiente llamamiento en el “Índice de materias”, que sigue al “Índice de autores”.

61

El llamado *Catálogo de Monografías Jurídicas*, de la Comisión Jurídica Asesora. Fue esta Comisión el órgano auxiliar legislativo durante la II República, que había reemplazado a la tradicional Comisión General de Codificación (144),

(142) *Catálogo general de las obras y publicaciones de venta en la Casa Editorial, Librería e Impresora Hijos de Reus... I. Filosofía, Derecho, Ciencias Sociales*, Madrid, 1917, 343 pp. Las obras notariales están agrupadas en el índice bajo los epígrafes *Notarios* (con un total de 35) e *Instrumentos públicos* (con un total de 8). A veces se acompaña a la reseña de un comentario, y así respecto de la obra de COSTA, *Reforma de la fe pública*, se dice: “El autor vuelve a insistir particularmente en la reforma de la institución notarial, según las últimas necesidades sentidas y tendencias manifestadas. La honda impresión que ha causado en el Notariado español hace de la obra un documento indispensable para el conocimiento de su historia y aspiraciones”, p. 88.

(143) *Catálogo general de las obras y publicaciones de venta en la Librería Editorial Reus*, Madrid, 1933, 317 páginas.

(144) Fue establecida por Decreto de 6 de mayo de 1931, publicado en la *Gaceta* del 8, con el carácter de “organismo asesor, que si a la postre quedara incorporado a la estructura constitucional, vendría a representar el órgano de continuidad que diera unidad de sentido técnico jurídico a las disposiciones emanadas de distintos Departamentos ministeriales”, según se decía en su preámbulo. Según el artícu-

y, seguramente como instrumento para uso interno, editó dicho *Catálogo*, que fue impreso sin indicación de lugar ni de fecha, en reducido número de ejemplares, quizás, en su mayor parte, individualmente dedicados (145). Aunque mucho menos rico en materia notarial que en otras secciones jurídicas (especialmente en la constitucional y en la parlamentaria), no deja de ofrecer interés, por la inclusión de publicaciones sobre asuntos notariales apenas conocidos, pudiendo afirmarse que dicho *Catálogo* es apreciable precisamente en los aspectos que contradicen su título, “monografías”, ya que si respecto de éstas es poco lo colegido, ofrece, sin embargo, una serie de exposiciones y pequeños escritos, cuya reseña es valiosa para completar la bibliografía notarial (146).

lo 2.º de ese Decreto, la Comisión dependía del Ministerio de Justicia, y su función consistía en “elaborar los proyectos de ley que el Gobierno le encomiende, presentar ante el mismo aquellos que por propia iniciativa estime conveniente preparar, y evacuar los informes que el Gobierno solicite sobre cuestiones de orden especial y concreto”. Tuvo su sede en el Palacio del Senado, y su presidencia la ostentó Luis Jiménez de Asúa. A ella pertenecieron, asignados a la Subcomisión de Derecho Civil, los notarios de Madrid, José Luis Díez Pastor y Luis Sierra Bermejo. Al trabajo de esta Comisión se debieron los más importantes anteproyectos legislativos de la República, incluida su propia Constitución.

(145) El manejoado por mí está dedicado al “Excmo. Sr. D. Francisco Becerra González”.

(146) Las referencias notariales están insertas en los tres apartados siguientes:

1. En el de la letra I, número 2, páginas 439 a 443, cuya rúbrica es “Abogados: Historia y problemas actuales”. Aquí, junto a la mención de artículos de revistas sobre el notariado, o bien de obras clásicas como el *Diccionario*, de Gonzalo de las CASAS (por supuesto, mal alfabetizado), y el *Derecho notarial de España*, de SANCHE TELLO, o de formularios como el de HERNÁNDEZ DE ARIZA, se hace mención de textos desconocidos como es el caso del “acta de apertura de las cátedras de Derecho en la Sala de la Audiencia territorial de Madrid para los que se dediquen a la carrera del Notariado”, 1848, y diferentes “observaciones”, “memorias” y “exposiciones”, de individuos y colegios notariales, entre las que cabe destacar la de Juan José MARTÍNEZ MOSCOSO titulada *Memoria a S. M. la Reina Gobernadora, sobre la necesidad del arreglo de Escribanos del Reino*, 1834.

2. En el apartado letra L, número 7 c), pp. 636-9, que se titula *Legislación hipotecaria*, se incluyen, junto a obras generales como el *Derecho hipotecario y notarial*, de Federico BARRACHINA Y PASTOR, o la *Colección legislativa*, de Manuel FERNÁNDEZ MARTÍN, raros escritos como la exposición titulada “A la Comisión del Congreso de los Diputados que ha de emitir dictamen sobre el proyecto de reforma de la Ley Hipotecaria. Informe de la Asociación de Notarios denominada «Bloque notarial», con la adhesión de varios Colegios notariales.— Un cuaderno. Madrid, 1908”.

En cuanto a la obra de NIETO, en su tomo II, o de materias, comprende una rúbrica titulada "Notariado", si bien en nota aclara que "solamente contiene la bibliografía que afecta al Derecho civil y mercantil" (147), lo cual no es tampoco cierto puesto que muchos de los trabajos reseñados se refieren a cuestiones estrictamente notariales, como proyectos de reforma y arreglo del notariado, estado social y económico de la profesión notarial, estudios formativos del notario, etc. La relación se nutre exclusivamente de artículos de revistas publicados de 1847 a 1954, siendo especialmente interesantes los referentes a la época anterior a la Ley del Notariado, si bien se trata de un censo muy parcial, en el que faltan, por ejemplo, los trabajos publicados en la primera revista del notariado, *La Fe Pública* (148).

Aparte de las obras precedentes, debe mencionarse asimismo algún catálogo de bibliotecas, como la del Colegio Notarial de Madrid, publicado en 1950 (149), o de exposiciones como la titulada "El Notariado, una necesidad de ayer y de hoy", patrocinada por el Colegio Notarial de La Coruña. Este catálogo (Santiago de Compostela, 1993), presenta más interés en el aspecto artístico o plástico de las

3. En el apartado letra L, número 15 c), pp. 663-4, titulado *Notarios*, junto a más "exposiciones", y a las ediciones de textos legales de carácter notarial, y especialmente sobre aranceles, se incluyen raros escritos como la "Instrucción provisional para los Escribanos y Notarios sobre las nuevas obligaciones que se les imponen por la ley del Registro.- Madrid, Collado, 1821".

(147) *Bibliografía de Derecho civil, mercantil y procesal civil*, Aguilar, Madrid, 1956, p. 526.

(148) Fue publicada en Barcelona desde el primero de febrero de 1846 al 6 de febrero de 1848. Las revistas citadas por NIETO son las siguientes: *Derecho Moderno*, *Faro Nacional*, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* y *Gaceta del Notariado*, con un total de artículos anteriores a 1862, de 1, 1, 3, 2, y 1 respectivamente.

(149) A él parece aludir la obra titulada *Bibliografía Jurídica Española*, publicada por el Instituto de Derecho Comparado, Barcelona, 1954, cuando se refiere a una "*Bibliografía de Derecho hipotecario y notarial*, Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 1950", p. 42. Esta obra contiene dentro del Derecho civil ("Obras especiales, letra g") un apartado para el Derecho notarial, pero solamente incluye la *Introducción al Derecho notarial* de GIMÉNEZ ARNAU, y las *Instituciones* de GONZÁLEZ PALOMINO.

reproducciones, que en el bibliográfico, dada la parquedad del número de “Tratados teóricos impresos y otras obras notariales anteriores a la Ley del Notariado” inventariados, y asimismo la falta de criterio teórico directivo, que se advierte especialmente en el hecho de presentar como única obra de FEBRERO, precisamente nacido en Mondoñedo, y además mediante una tardía edición, la de GARCÍA GOYENA de 1852 (150).

Una última referencia debe hacerse a algunas obras que contienen indicaciones sobre bibliografía. Entre las obras de información práctica puede citarse el “Anuario de Registradores y Notarios, nomenclator hipotecario y notarial”, publicado por la *Gaceta de Registradores y Notarios*, donde se hace una relación de “Libros de consulta para la moderna legislación notarial” (151). En obras de carácter doctrinal, y pese a sus muchos errores, ha de mencionarse la bibliografía incluida en el *Derecho civil de España*, de FEDERICO DE CASTRO (152), debiendo destacarse especialmente el eruditísimo trabajo de ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS sobre la Pragmática de Alcalá (153), que contiene un índice bibliográfico de quince páginas en el que están reseñadas las obras históricas más importantes para el notariado español. Y asimismo el *Índice* redactado por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ, y luego reelaborado y ampliado por MARÍA VICTORIA RODRÍGUEZ DE PRADA, referente a la *Revista de Derecho Nota-*

(150) Más interés tienen los documentos reproducidos sobre la enseñanza del notariado a partir del Real Decreto de 1844.

(151) Imprenta de Frías y Compañía, Madrid, 1867, pp. 12 y 13, donde se relacionan once obras legislativas y prácticas.

(152) Madrid, 1955, tomo I, pp. 337-8. Engloba lo procesal con lo escriturario, y dice que “modernamente esta literatura (“Estilos de Tribunales y prácticas de escribanos”) ha sido sustituida por la de los formularios judiciales y notariales” y dentro de éstos relaciona, por este orden, “las obras de Moreno, Melgarejo y Gonzalo de las Casas”.

(153) “La Pragmática de Alcalá, entre las Partidas y la Ley del Notariado”, publicado en el volumen VII del *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, Consejo General del Notariado, Madrid, 1989, pp. 517 a 813.

rial (154), importante no sólo por su reseña de los trabajos publicados en esa revista, sino también de las reseñas y comentarios sobre publicaciones notariales aparecidas en el período que el mismo índice abarca, es decir, de 1953 a 1968.

También conviene citar, pese a su poco rigor, la bibliografía notarial incluida en la obra de JOAQUÍN DE CAMPS Y ARBOIX, *Bibliografía del Derecho catalán moderno* (155). Más completa, en cuanto a la bibliografía catalana, es la que fue incluida por el Arzobispo Antolín López Peláez al publicar el sermón pronunciado por él sobre el notariado en 1914 (156). Y en algún aspecto, como el relativo a “informaciones, campañas reformistas, proyectos”, merece citarse la bibliografía inserta por RAFAEL AZPITARTE SÁNCHEZ en sus *Estudios de Derecho notarial* (157).

(154) Ya antes se había publicado un índice con los veinte primeros números, que fue refundido para comprender los años 1953 a 1968; y nuevamente refundido y ampliado hasta 1983. Comprende índices de números, de autores, y de materias. Al presentar el tomo de 1953 a 1968, escribió RODRÍGUEZ ADRADOS lo siguiente: “Nuestro agradecimiento a José María Chico y Ortiz; él solo ha echado sobre sus hombros la abrumadora tarea de redactar este índice, y la ha dado cima; haciendo un alto en sus trabajos jurídicos, ha gastado su tiempo para que economicemos el nuestro, ha trabajado humildemente para facilitar el trabajo de los demás”.

(155) Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1956. Contiene un total de veintiséis fichas, que no guardan homogeneidad alguna entre sí, ya que coexisten obras unitarias del siglo XVIII, como la de Pedro Juan PERERA (erróneamente mencionado como Juan Jaime, error en que hace también incurrir a Bono) o Ignacio PERERA, con simples artículos de revista, de carácter coyuntural. No hay tampoco rigor en la elección de las ediciones citadas, y así la traducción de la obra de Vicente GIBERT por Falguera se reseña según la edición de 1875, cuando la primera es de 1828. Y en el caso de la obra de COMES se limita a reseñar su traducción ignorando la edición original, es decir, el *Viridarium artis notariatus*, aparecido en 1704 y 1706. Y omite obras notariales específicamente catalanas como la de Manuel de ALIAGA.

(156) En la iglesia de San Agustín de Barcelona, el 6 de mayo de 1914. Fue publicado en la revista *La Notaría*, y reproducido en la revista *La Reforma*, números 474 a 477. En una nota, puesta al final del texto, incluye un total de 27 obras, ordenadas por orden cronológico, desde la de FRANCISCO SOLSONA (1594), hasta la revista *La Notaría*. Vid. pp. 394-5 de *La Reforma*, año 1914.

(157) Incluye doce publicaciones, con la advertencia de que “la riqueza de la materia nos lleva a trazar sólo un esquema cronológico, orden, que por otra parte, parece el más adecuado para ello, y reducirlo al último cuarto de siglo”. Además, en el apartado de “Tratados sobre Notaría o instrumentos públicos”, incluye un total de

Finalmente, como ya hemos anticipado, en la edición del *Código notarial*, al cuidado de JUAN FRANCISCO DELGADO DE MIGUEL (158), se ha incorporado una "Bibliografía notarial", compuesta según la pauta que deja entrever el editor, cuando agradece a los encargados de la biblioteca del Colegio Notarial de Madrid su colaboración (159). Puede decirse que esta bibliografía notarial es, desde un punto de vista práctico o concerniente al conocimiento y aplicación de la legislación notarial vigente, la más completa y valiosa de las existentes. Por ello, al haber sido elaborada con esa finalidad pragmática concorde con la propia de la publicación de que forma parte, faltan en ella obras que no deberían omitirse de querer presentar un resumen, por muy conciso que fuera, de la historia de nuestra literatura notarial. Cabe pensar, de todas formas, que al no haberse excluido totalmente obras anteriores al Reglamento Notarial de 1944, ni siquiera a la Ley del Notariado, la selección, además de más amplia (160), pudiera haber sido diferente (161), y en algunos casos con

diez obras españolas y nueve extranjeras; bajo el epígrafe "Estudios históricos, filosóficos y monografías", menciona veintiuno españoles y cuatro extranjeros; en el apartado "Trabajos sobre el reglamento vigente", seis españoles y cinco extranjeros; dos obras que llama "de vulgarización"; y luego sendas referencias a revistas profesionales y jurídicas en general, cerrando con un apartado de "Bibliografía", donde únicamente incluye la "Crítica de obras y revistas notariales", del licenciado Riestro. Vid. *Estudios de Derecho Notarial*, Instituto Reus, Madrid, s.f. (aprox. 1927), pp. 5 a 9.

(158) Aranzadi Editorial, Pamplona, 1997.

(159) Especialmente da las gracias al letrado bibliotecario, Urbano BLANCO CEA, por "su desinteresado trabajo facilitándome una extensa información bibliográfica sin la cual no hubiera sido nada fácil concluir esa parte del libro", p. 19.

(160) Al menos parece debieran incluirse las obras de Francisco MORCILLO (vid. *Gazeta de los notarios*, n.º 76), Juan-Eugenio RUIZ GÓMEZ (vid. *Gazeta de los notarios*, n.º 16), Juan CARREIRA (vid. *Gazeta de los notarios*, n.º 44), y el más relevante escritor notarial asturiano, Ramón NOVOA SEOANE (vid. *Gazeta de los notarios*, n.º 79-80).

(161) Así, no parece estar muy justificada la inclusión de los *Comentarios a la legislación notarial*, de Tirso de la TORRE E IZQUIERDO, y la omisión de la *Colección de ejemplos y plantillas de escrituras y documentos notariales* (Valencia, 1907, 2 tomos), del mismo autor, ya que la citada es un simple fragmento de una obra que quedó truncada, ya que quedó interrumpida en el comentario al artículo 9.º de la Ley, lo que, por otro lado, debería indicarse, o al menos, señalar que es el tomo I (incompleto).

formulación más rigurosa (162), ya que las pocas obras notariales incluidas en ella de las pertenecientes a etapas históricas, no parecen ser las más representativas (163), aun reconociendo que en todo esto hay mucho de discutible y, por lo tanto, de disculpable.

Tampoco resulta justificada la inclusión del *Derecho Notarial de España*, de Vicente SANCHO-TELLO Y BURGUETE, citada en su segunda edición, de 1900 (la primera fue de 1885), y no hacerlo de la obra del mismo que más éxito y difusión alcanzó, la titulada *Redacción de instrumentos públicos* (vid. *Gazeta de los notarios*, n.º 46).

(162) A la mención poco rigurosa de los nombres de algunos autores ya citados (Vicente SANCHO-TELLO Y BURGUETE, Tirso de la TORRE E IZQUIERDO, Juan Miguel XIQUENA e Isidro ORTEGA SALOMÓN), pueden añadirse las correspondientes a Salvador TORRES AGUILAR-AMAT, de cuya obra citada sólo fue publicado el tomo I, si bien fue complementado por otro libro titulado precisamente *Modificaciones del primer tomo de la Guía para estudio de las lecciones de redacción de instrumentos públicos, según el reglamento general para la ejecución de la ley hipotecaria de 6 de agosto de 1915 y demás disposiciones generales dictadas hasta septiembre de 1916*, Madrid, 1916.

También debe corregirse y complementarse la mención que se hace de las *Leyes Notariales de España con notas y concordancias e Índices*, de "Marañón M.", sin indicación de lugar ni fecha, ya que sus autores fueron los populares León MEDINA y Manuel MARAÑÓN, es decir, "Medina y Marañón", formando parte la obra, cuyo título correcto es *Leyes notariales de España conforme a los textos oficiales*, de la *Biblioteca de Revista Jurídica*, Madrid, 1905. Lleva como ampliación del título una indicación del contenido que empieza con "La Ley el Reglamento..." y termina "con notas y concordancias e índices completísimos".

(163) Respecto de las obras anteriores a 1862, sólo son citadas tres obras españolas: la *Librería de Escribanos*, de José FEBRERO, *El notariado en España desde su creación*, de Juan Miguel XIMENA e Isidro ORTEGA SALOMÓN, y el *Diccionario General del Notariado de España y Ultramar*. Si la inclusión de la obra de FEBRERO puede considerarse plenamente justificada, no lo está la edición citada, "Madrid, 1797", ya que esa fue preparada ya después del fallecimiento del autor, y, desde todos los puntos de vista, si no se prefiere la primera, debe mencionarse la última dispuesta por FEBRERO, que es además la reproducida en edición facsimilar por el Consejo General del Notariado, en 1990, y por tanto, la más accesible.

Respecto a la obra de J. Miguel XIMENA e Isidro ORTEGA, su escaso valor no parece merecer la distinción recibida, máxime cuando de esa bibliografía se ha excluido una obra histórica esencial como es la *Historia del Notariado Español*, de José BONO HUERTA. Y tampoco parece disculpable la omisión de la magnífica exposición histórica hecha por Antonio RODRÍGUEZ ADRADOS en el trabajo ya comentado *La Pragmática de Alcalá, entre las Partidas y la Ley del Notariado*.

XXI. Conclusión

A la vista de las referencias bibliográficas españolas de carácter notarial reseñadas anteriormente, cabe concluir que, si bien se ha avanzado muchísimo desde que TORRES CAMPOS hiciera su declaración negatoria (aunque como hemos visto tampoco fue demasiado cierta), todavía no existe una bibliografía española rigurosa y completa que nos permita conocer no ya la literatura notarial en su integridad sino ni siquiera las ediciones de nuestra legislación, ya que en la situación actual sería imposible llegar a conocer algo tan elemental como las ediciones oficiales de nuestra Ley y de sus sucesivos Reglamentos (164). Todo esto, por lo demás,

(164) En 1907, Tirso de la TORRE se lamentaba de la desidia del Ministerio de Gracia y Justicia en lo referente a la edición oficial de la legislación de su departamento, que en general, decía, había abandonado “el negocio y lo dejó a merced de los libreros”, que así lograban “fumarse aromáticas brevas a costa del Fisco”. Añadía que, “en cuanto a legislación Notarial, me parece haber visto ediciones con el escudo del Estado, de allá de 1862 o 1863, pero no estoy seguro; la última recopilación oficial de que tengo noticia es de 1881, a raíz del RD 21 de enero, de modo que ahora está ya anticuada respecto de aranceles y de toda esa balumba de disposiciones posteriores; claro es, por tanto, que nadie acude a comprar esas vejeces, pese a su carácter oficial, y se atiende también a ediciones particulares; las más conocidas son las del Centro editorial Góngora, 1889; la de la Revista de los Tribunales, ediciones de 1896 y 1902; Medina y Marañón, 1905, y Oyuelos, 1908; casi todas ellas deficientes y no bien pergeñadas; y por añadidura en tamaño 8.º, edición para bolsillo, con una letrita menuda que estropea la vista”. *Vid. Exemplarium...*, ob. cit., tomo II, p. 799.

Así, pues, persona tan cualificada como Tirso de la TORRE desconocía incluso cuál había sido la edición príncipe de nuestra ley orgánica, cuestión que por lo demás parece haber interesado poco, si tenemos en cuenta su llamativa ausencia en la exposición conmemorativa del centenario de ella misma, hasta el punto de que el catálogo se limitó a reseñar bajo los números 217 y 218, los tomos 87 y 88 de la Colección Legislativa, donde se publicaron respectivamente la Ley y el Reglamento de 1862.

Sí incluyó la reseña, aunque muy breve, de las dos primeras ediciones oficiales, es decir, la de 1863 y la de 1874, TORRES CAMPOS (números 2845, a y b).

Siendo esto así, quizás sea conveniente decir que la primera edición oficial de la Ley y del Reglamento de 1862 fue impresa en la “Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia”, en 1863, con la indicación de “EDICIÓN OFICIAL”, y llevando en la portada el escudo real de España. Al final, se incluyó asimismo la circular de 5 de enero de 1863 referente al sello de los Colegios Notariales. En total, esta primera edición comprende 45 páginas numeradas y tres más sin numerar. Su tamaño, con-

no es probablemente sino una consecuencia de la falta de una bibliografía jurídica general española que reúna los mis-

forme al ejemplar propio, es de 14,5 cms. por 21,5 cms. Desconozco si existieron ejemplares con encuadernación editorial oficial, como la que se hizo, años más tarde, con motivo de la promulgación del Código civil (edición de 1888, en la Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia), y, respecto a la Ley Orgánica del Notariado, en 1917, tras la aprobación del Reglamento de ese año, en que la tapa superior, de chagrín rojo, está orlada con una cenefa, y, además de reproducir el título con estampación de oro, lleva el escudo real. Esta primera impresión de la edición de 1863 debió ser muy corta, y de ella se debió hacer poca publicidad, ya que falta su mención en el bastante exhaustivo *Boletín Bibliográfico Español*, de Dionisio HIDALGO, que, por el contrario, sí reseñó la primera y segunda edición de la Ley y del Reglamento, "con notas y observaciones, por un Abogado de esta Corte", que asimismo fueron recogidas en el *Boletín de Anuncios* (tomo IV, 1863, p. 27, 199, XIII y LXXXV), del mismo HIDALGO.

El ejemplar propio de esta primera impresión de la edición de 1863 no lleva el sello en tinta del Ministerio, al contrario de la otra edición, también fechada en la portada en 1863, aunque apareció en 1868, ya que la Ley y el Reglamento están complementadas con un total de 35 disposiciones ministeriales que llegan al 31 de diciembre de 1867, y de la que existen sendos ejemplares en la Biblioteca del Colegio Notarial de Madrid y en la Biblioteca Nacional (1/45.628), en cuyo fichero, por cierto, no se indica ni el carácter oficial ni la paginación. Cuenta el texto de esta segunda impresión con 167 páginas numeradas, otra sin numerar, más tres hojas, y comprende, además del texto de la Ley y del Reglamento y de las treinta y cinco disposiciones mencionadas, un apéndice cuyo contenido son tres disposiciones sobre demarcación judicial, y las escrituras de traslación de censos enfiteúticos.

Además de esta edición oficial, fechada en 1863, existen las de 1874, 1881, la de 1917, que constituyó el volumen VII de la Biblioteca Oficial Legislativa, y fue impresa por los "Hijos de Reus"; la de 1921, que constituyó el volumen XXXV de la Biblioteca Oficial Legislativa, también impresa por "Editorial Reus (SA)"; la de 1935, impresa por la misma editorial (volumen CXL de la Biblioteca Oficial Legislativa), que en su catálogo de 1917 decía, respecto de su *Biblioteca Oficial Legislativa*, estar revisados "los textos cuidadosamente por el Ministerio de Gracia y Justicia, quien sella, para mayor garantía, todos los ejemplares. Las ediciones oficiales que se publican en esta biblioteca remedian la inseguridad y los errores, en muchos casos lamentables, que producen ediciones hechas apresuradamente", p. 43. Esta edición se califica como "Primera edición oficial", existiendo una denominada "Segunda edición oficial", publicada en 1941 (volumen CLV de la Biblioteca Oficial Legislativa), impresa también por Reus, aunque con el sello del Ministerio. Es curioso que en el ejemplar existente en la Biblioteca Nacional (signatura 1/94026), aparece en la cubierta una estampilla en tinta que dice "CENSURA".

Al promulgarse el Reglamento de 1944, el Ministerio de Justicia publicó una edición oficial con el siguiente título: *Ley Orgánica del Notariado y su Reglamento aprobado con carácter definitivo por Decreto de 2 de junio de 1944 con sus tres anexos y un apéndice conteniendo la Orden Ministerial de 1.º de Agosto de 1944 relativa a la competencia para regular las relaciones y cuestiones entre los Notarios y los Registradores de la Propiedad y sus respectivos auxiliares; la de 3 de agosto de 1944, apro-*

mos caracteres de seriedad e integridad, pues, hasta cierto punto, sigue siendo cierta la declaración realizada en este sentido por RAFAEL UREÑA hace más de un siglo —en 1893— juzgando “indispensable formar un gran trabajo de bibliografía jurídica en nuestro país” (165). Para alcanzar ese objetivo parece que el mejor camino es el de los trabajos sectoriales, por épocas, por temática, por bibliotecas (166) e incluso por autores y por la temática de publicaciones periódicas. De estas tareas sectoriales pueden servir respectiva-

bando el Estatuto de la Mutualidad de Empleados de Notarías, y la de 30 de agosto de 1944 dictando normas aclaratorias para la aplicación del artículo 92 del Reglamento del Notariado. Impreso por el “Instituto Editorial Reus”, Preciados, 23, Madrid, sin fecha, comprende un total de 213 páginas numeradas. Los ejemplares llevan el sello del Ministerio de Justicia, Dirección General de los Registros y del Notariado.

Luego, el mismo “Instituto Editorial Reus”, dentro de la colección “Biblioteca Legislativa”, publicó una edición, fechada en Madrid, 1945, con ligeras variantes en el título, en el que incluyó la orden “de 15 de noviembre por la que se dictan normas para la renovación de las Juntas de los Colegios”, con un total de 211 páginas numeradas. La diferencia de páginas resulta de la diferente inserción de la orden de 1.º de agosto de 1944, que en esta segunda edición se sitúa tras el Reglamento, y ocupa el verso en blanco de la página 158 de la edición oficial.

Y, finalmente, en 1950, con motivo del II Congreso Internacional del Notariado Latino, a cargo de la “Sección de Publicaciones” del Ministerio de Justicia, se publicaron la Ley y el Reglamento nuevamente con carácter oficial, aunque no se diga expresamente. En la cubierta superior de esta edición aparece impreso el sello del “II Congreso Internacional del Notariado Latino”, y en la posterior, el del “Ministerio de Justicia - Sección de Publicaciones”.

(165) *Apuntes para un curso de Literatura y Bibliografía jurídicas*, Madrid, Litografía de J. Corrales, Tesoro, 40, 1893, pp. 224-5.

(166) En este sentido, puede citarse el trabajo de Julia MÉNDEZ APARICIO *Catálogo de los impresos del siglo XVI, relacionados con las distintas ramas del Derecho, que se conservan en la Biblioteca Pública del Estado en Toledo*, Ministerio de Cultura, Madrid, 1991.

En sentido parecido, cabe citar los catálogos publicados por la Universidad de Valladolid, con motivo de la Fiesta del Libro en los años 1956 (*Obras de Derecho romano. Manuscritos incunables e impresos, de los siglos XV-XVIII*. Elaborado por Santiago GARCÍA LÓPEZ y Paulino ORTEGA LAMADRID), 1966 (*Obras de Derecho civil, siglos XVII y XVIII*. Elaborado por M.ª de las Nieves ALONSO-CORTÉS), 1967 (*Obras de Derecho canónico, siglos XVI, XVII y XVIII*. Elaborado por M.ª Nieves ALONSO-CORTÉS), y 1969 (*Obras de Derecho penal, mercantil, natural, político, etc.*, también de M.ª Nieves ALONSO-CORTÉS).

Dentro de este tipo de publicaciones cabe mencionar asimismo el Catálogo titulado *Fuentes jurídicas españolas*, con obras de los siglos XV y XVI, publicado por la Librería García Rico y Cía. en 1934.

mente como ejemplos el trabajo de BONO HUERTA sobre formularios anteriores al siglo XIX, los estudios bibliográficos sobre FEBRERO realizados a iniciativa del Consejo General del Notariado con motivo del bicentenario de la muerte del autor, y el paciente y meritorio índice elaborado respecto a la *Revista de Derecho Notarial*.

EL RAPTO DE LA HIPOTECA (*)

RAFAEL GÓMEZ-FERRER SAPIÑA

Notario

73

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. PRIMERA PARTE: EL DERECHO ROMANO Y LOS DERECHOS COMPARADOS. **I.** EL DERECHO ROMANO. **II.** LA SUBROGACIÓN POR VOLUNTAD DEL DEUDOR EN EL DERECHO FRANCÉS. **III.** LA SUBROGACIÓN POR VOLUNTAD DEL DEUDOR EN EL DERECHO ITALIANO. **IV.** LA SUBROGACIÓN POR VOLUNTAD DEL DEUDOR EN OTROS CÓDIGOS EXTRANJEROS. SEGUNDA PARTE: LOS PROYECTOS DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL. **I.** EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE 1851. **II.** EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL DE 1882-1888. TERCERA PARTE: EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL. CUARTA PARTE: LA LEY 2/1994, DE

(*) Discurso de ingreso en la Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación, el día 12 de enero de 1999.

Publicado por la Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación, cuaderno número 68.

30 DE MARZO, SOBRE SUBROGACIÓN Y MODIFICACIÓN DE PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS. **I.** INTRODUCCIÓN. **II.** ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY. **III.** EL PROCEDIMIENTO DE LA SUBROGACIÓN. **1.** La oferta vinculante: naturaleza y requisitos. **1.1.** *Duración de la oferta vinculante.* **1.2.** *Requisitos.* **2.** La aceptación de la oferta vinculante. **3.** La notificación de la oferta vinculante. **4.** La entrega de la certificación acreditativa del importe del débito. **5.** El derecho a enervar la subrogación. **6.** La escritura de subrogación cuando ha sido entregada la certificación y no ha sido enervada la oferta vinculante. **7.** La escritura de subrogación cuando no se ha expedido certificación por la entidad acreedora. **IV.** EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL DEL ARTÍCULO 2, ÚLTIMO PÁRRAFO, DE LA LEY 2/94. **V.** LA CONSTANCIA REGISTRAL DE LA SUBROGACIÓN. **VI.** LOS EFECTOS DE LA SUBROGACIÓN. BIBLIOGRAFÍA SOBRE LA LEY 2/1994, DE 30 DE MARZO.

Introducción

He titulado este discurso de ingreso en la Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación como “El rapto de la hipoteca”, en homenaje al extraordinario y llorado jurista y amigo JUAN MANUEL REY PORTOLÉS (1), por ser expresión suya para referirse a la subrogación en los préstamos hipotecarios contemplada por el artículo 1.211 del Código civil y la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre el que versan estas palabras.

Es bueno para la economía y sobre todo para los ciudadanos que deben dinero que devenga interés, que las bajadas de los tipos que se producen en el mercado beneficie, no sólo a quienes contraten bajo las nuevas condiciones económicas, sino también a los deudores cuyos contratos se hallan en fase de ejecución.

Si el acreedor, a su requerimiento, voluntariamente accede a mejorar las condiciones de la deuda, para que queden igualadas a las nuevas que marcan los mercados, el deudor permanece ligado a él: es lo que JUAN REY denominaba gráficamente la “reconciliación” (2); en caso contrario, todos los deudores que han sido en la Historia han sentido la necesidad de encontrar una solución, jurídicamente admisible a su problema, que les permitiera la sustitución del acreedor primitivo por otro que les prestase el dinero para pagar a aquél en mejores condiciones de interés y plazo.

75

(1) *Libro homenaje a José María Chico Ortiz. Y en Escritos varios sobre hipotecas y anotaciones preventivas de embargo.* Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, 1995, a la que se referirán las citas; en este caso p. 96.

(2) Ob. cit., p. 96.

EL DERECHO ROMANO Y LOS DERECHOS COMPARADOS

I. El Derecho romano

76

En el Derecho romano, inspirador de las legislaciones continentales, su formalismo propio hace, como señala D'ORS (3), que la relación obligacional suela ser activa y pasivamente transmisible a los herederos pero, en principio, no es transferible *inter vivos*, ya que en los casos de transmisión *inter vivos* de la *adrogatio* y de la *in manum conventio*, como dice SCHULZ (4), se transmitían únicamente los elementos activos del patrimonio. Fuera de estos casos, el Derecho clásico no conoció los modos de transmitir las obligaciones activa y pasivamente. Hubo algunos medios de suplir esta deficiencia; la *novatio* y la *cognitio in rem suam*, como prefiere SCHULZ, o la *procuratio in rem suam*, como suele denominarse con carácter general y así resulta del Digesto 2.14 De pactis, cuando dice "*Si in rem suam datus sit procurator, loco domini habetur*", y de la doctrina de los jurisconsultos PAULO y ULPIANO.

En cuanto a la *procuratio in rem suam*, como dice ORTOLÁN (5), la cesión de las acciones se verifica por un mandato, la obligación no varía, el deudor queda como deudor, con el mismo título y con los mismos medios de defensa, no siendo necesario su consentimiento; el cesionario, por derecho estricto, no es más que un procurador, y no puede intentar la acción sino en este concepto y ejercitando las del

(3) *Derecho Privado Romano*. Eubsa, 1989, p. 401. En el mismo sentido ARANGIO RUIZ, Vincenzo: *Instituciones de Derecho Civil*, Depalma, 1986, p. 448.

(4) *Derecho Romano clásico*, Bosch, 1960, p. 599.

(5) *Explicación Histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano*, Madrid, 1847, p. 428.

verdadero acreedor; sin embargo, reconoce este autor que la jurisprudencia acabó concediéndole una acción útil y su mandato era “de una índole absolutamente particular: no tenía por esto que dar ninguna cuenta; no podía ser revocado, y ni su muerte ni la del acreedor su mandante debían poner fin a aquél”. En pocas palabras es, con otro nombre, la llamada modernamente cesión de créditos.

También conoció el Derecho romano la figura de la **subrogación por pago**, cuyo origen se encuentra, como recuerda ESPÍN (6), en el *beneficium cedendarum actionum* y en la *successio in locum creditoris*, de cuya fusión en el Derecho intermedio francés surge la moderna subrogación, cuyo nombre se toma del Derecho canónico, pues en las fuentes la subrogación se designa con las expresiones *cessio actionum* y *successio in locum*:

a) El ***beneficium cedendarum actionum***, consiste en el derecho que tiene el que está obligado con otro (deuda conjunta) o por otro (fiador personal o real) al pago de la deuda, de exigir al acreedor, antes de efectuar el pago, la cesión de las acciones que le competen contra los demás obligados, de modo que si el acreedor se niega a efectuar la cesión, puede rechazar su demanda mediante la *exceptio cedendarum actionum* del Derecho pretorio por aplicación de la *exceptio doli*, por considerar que el acreedor satisfecho comete dolo al negar la cesión de las acciones, que ya no le son necesarias, al que le ha pagado. Por ejemplo: fiador que paga la deuda (D. 46.1.36), deudor solidario que paga toda la deuda, si tiene derecho a reembolso de sus codeudores (D. 19.2.47). Desde ANTONINO PÍO tiene además la acción útil.

b) La ***successio in locum*** consiste en que un crédito garantizado por una hipoteca es satisfecho por un tercero (O AL MENOS CON DINERO DE UN TERCERO) y en vez de extin-

(6) ESPÍN CÁNOVAS, Diego: “Sobre el pago con subrogación”, en *Revista de Derecho Privado*, 1942, pp. 301 y ss.

guirse, se transmite con la hipoteca al que paga. Esta es la opinión general en la doctrina. Pero como recuerda ESPÍN (7), WINDSCHEID consideraba que sólo **se transmitía la hipoteca**, y no la obligación, mientras que DERNBURG y GIRARD consideraban que no se trataba ni de una sucesión en el crédito, ni siquiera en la hipoteca, sino **solamente en el rango hipotecario**, posiciones estas últimas que considero más acordes con el espíritu del artículo 1.211 del Código civil, cuyos orígenes remotos se encuentran en esta *successio in locum*.

En cualquier caso, dice ESPÍN, es de destacar que a diferencia de lo que ocurre en el beneficio, no es menester que el acreedor realice la cesión, **porque la transmisión se verifica ope legis; pero como se trata de un ius singulare, no tiene lugar más que en los casos expresamente señalados en la ley** (8), y entre ellos se encuentra “**la successio, al que presta al deudor hipotecario para que pague su deuda, siempre que al otorgar el préstamo haya obtenido hipoteca en garantía del mismo**”.

II. La subrogación por voluntad del deudor en el Derecho francés

Fue en el Derecho francés intermedio, como exponía ESPÍN (9) donde se produce la fusión de ambas instituciones romanas, el *beneficium cedendarum actionum* y la *successio in locum creditoris*, dando lugar a la moderna subrogación.

En concreto y por lo que se refiere a la subrogación a favor del tercero que presta dinero al deudor para pagar al acreedor anterior, que en el Derecho romano constituía uno de los casos en que la ley imponía la *successio in locum*, en el Derecho francés se plasma en la declaración de 1609 de

(7) Ob. cit., p. 302, nota 16.

(8) Ob. cit., p. 303.

(9) Ob. cit., p. 30

Enrique IV, segundo paso en el camino que conducirá al artículo 1.211 del C.c. español.

Destacaban COLIN y CAPITANT (10) que el origen histórico de la subrogación por la voluntad del deudor del artículo 1.250, 2.º del Código napoleónico, se remonta a una declaración de Enrique IV, de mayo de 1609, relativa a una operación llamada *conversión de rentas*. La tasa de las rentas constituidas era muy frecuente en la antigua monarquía. A consecuencia de la prohibición del préstamo con interés, había sido fijada por un edicto de Carlos IX, de 1572, en *doce dineros* (1 por 12), o sea, un 8 y 1/3 por 100. Después de la pacificación y de la vuelta de los negocios que señalaron el fin de las guerras de religión, Enrique IV, en 1600, fijó la tasa de las constituciones de renta en *diez y seis dineros* (1 por 16), o sea, a 6 y 1/4 por 100. Los renteros deudores tenían, por lo tanto, el mayor interés en tomar prestado a la nueva tasa el dinero necesario para pagar a los primeros prestamistas. Pero éstos, que querían conservar el beneficio de sus colocaciones anteriores, se hubieran negado a subrogar a los nuevos capitalistas en las garantías hipotecarias que aseguraban el pago de sus rentas, si el precitado edicto de Enrique IV no hubiera autorizado a los prestatarios a forzar la resistencia de sus acreedores y a prescindir de su consentimiento para realizar la subrogación en las condiciones muy severas y, por consiguiente, costosas, tomadas del edicto de 1609, que reprodujo el artículo 1250, párrafo 2.º, del Código civil francés.

El Código civil francés reguló el supuesto que nos ocupa al tratar del pago con subrogación, como un caso de **subrogación convencional**, y tras declarar en el artículo 1249, que: "*La subrogación en los derechos del acreedor en beneficio de una tercera persona que le paga, es o convencional o legal*", consigna como uno de los convenios subrogatorios

(10) *Curso elemental de Derecho civil*, anotado por Demófilo de BUEN, Madrid, 1924, pp. 188 y 189.

el celebrado entre el deudor y un tercero que le presta la cantidad necesaria para pagar la deuda y subrogar al prestamista en los derechos del acreedor (11).

Para ello se requiere que tanto el préstamo como el pago se realicen ante notario, que en el préstamo se haga constar que la suma ha sido prestada para realizar el pago, y que en la carta de pago se haga constar que el pago ha sido hecho con el dinero procedente del préstamo realizado por el nuevo acreedor. En este caso no es necesario el concurso de la voluntad del acreedor. Y por ello es el procedimiento idóneo para que el deudor consiga del nuevo acreedor unas condiciones más favorables para él que las que tenía con el primitivo acreedor (art. 1250, 2.º C.c.) (12).

COLIN y CAPITANT, refiriéndose al artículo 1250, 2.º, decían que “jurídicamente esta forma de la subrogación convencional es... difícilmente explicable. Aquí es el deudor quien, sin el asentimiento del acreedor, dispone del derecho de éste, y lo transmite a un tercero. Esto es más difícil de comprender que la subrogación por voluntad del acreedor. Si el legislador se ha decidido a autorizar esta especie de expropiación, es en virtud de consideraciones prácticas. Ha estimado que el acreedor, desde el momento en que se le paga lo que se le debe, no tiene ninguna razón legítima para negarse a una combinación útil a su deudor, útil al capitalista complaciente que el deudor ha podido interesar en sus negocios, y útil, por fin, al interés económico general al que se sirve siempre favoreciendo la liberación de los deudores” (13).

(11) Artículo 1249. “La subrogation dans les droits du créancier au profit d’une tierce personne qui le paye, est ou conventionnelle ou légale.”

(12) Artículo 1250. “Cette subrogation est conventionnelle:

2.º Lorsque le débiteur emprunte une somme à l’effet de payer sa dette, et de subroger le prêteur dans les droits du créancier. Il faut pour que cette subrogation soit valable, que l’acte d’emprunt et la quittance soient passés devant notaires; que dans l’acte d’emprunt il soit déclaré que la somme a été empruntée pour faire le payement, etc. que dans la quittance il soit déclaré que le payement a été fait des deniers dournis à cet effet par le nouveau créancier. Cette subrogation s’opère sans le concours de la volonté du créancier”.

(13) P. 188.

Destacaban los autores citados las condiciones “muy severas y, por consiguiente, costosas, tomadas del edicto de 1609” que reproduce el artículo 1250, párrafo 2.º. Y se preguntaban (14): “¿A qué estas formalidades? Sirven para prevenir un fraude bastante complicado, que sería el siguiente. Supongamos que el deudor ha gravado sus bienes con *varias hipotecas* y que ha pagado al primer acreedor inscrito. Más adelante, necesitando dinero, podría intentar hacer renacer esta primera hipoteca en detrimento del segundo acreedor llegado al primer rango, y en beneficio de un nuevo prestamista, realizando con éste un contrato privado, con *antedata*, en el que simularía que el dinero prestado hoy lo ha sido anteriormente, y con el fin de pagar al antiguo primer acreedor hipotecario. La disposición del artículo 1250, párrafo 2.º, impide semejante fraude y salvaguarda los intereses de los acreedores intermedios entre el primer inscrito y el último llegado”.

81

III. La subrogación por voluntad del deudor en el Derecho italiano

El Código civil italiano tomó del francés la posibilidad de subrogación por la voluntad exclusiva del deudor, en su actual artículo 1202 (15).

(14) Pp. 189-190.

(15) Artículo 1202: “1.202. Il debitore, che prende a mutuo una somma di danaro o altra cosa fungibile al fine di pagare il debito, può surrogare il mutuante nei diritti del creditore, anche senza il consenso di questo.

La surrogazione ha effetto quando concorrono le seguenti condizioni:

1) che il mutuo e la quietanza risultino da atto avente data certa.
2) Che nell’atto di mutuo sia indicata espressamente la specifica destinazione della somma mutuata;

3) che nella quietanza si menzioni la dichiarazione del debitore circa la provenienza della somma impiegata nel pagamento. Sulla richiesta del debitore, il creditore non può rifiutarsi di inserire nella quietanza tale dichiarazione”.

GIORGI (16) al estudiar la posibilidad contemplada por el Código italiano de la subrogación por hecho del deudor, como un supuesto de subrogación convencional, se pregunta: "Si el crédito es cosa perteneciente al acreedor, y nadie ciertamente querrá ponerlo en duda, ¿cómo se concibe que el deudor disponga de él a su arbitrio y contra la voluntad del acreedor? La objeción hace efecto a primera vista; pero en esencia es más sutil que verdadera, y no puede detener a quien anteponga a las nimiedades leguleyas los nobles fines de la justicia" (17).

Y concluye: "la subrogación *por préstamo* se hace más bien *ministerio legis*, que por consentimiento del deudor: bastan... las formalidades prescritas por la ley, para que tenga lugar la subrogación sin necesidad de consentimiento explícito del deudor" (18), "razón por la que dicha especie de subrogación se podría llamar más legal que convencional", ya que, añade "si hay varios codeudores solidarios, basta que la subrogación sea consentida por algunos de ellos" (19).

Interesa destacar su opinión (20) que comparte la de MORULON, DEMOLOMBE, AUBRY ET RAU, y PACIFICI-MAZZONI, acerca de que "aunque la ley habla solamente de préstamo... se puede aplicar la subrogación eficazmente a toda forma de suministrar dinero hecha por el tercero con intención de extinguir la deuda, y también cuando el dinero deba luego ser restituido a persona diversa del tercero que lo suministró", basándose en que así se admitía en el edicto francés de 1609, y porque *est eadem ratio*.

Sin embargo, reconoce que la postura contraria había sido defendida en la doctrina por DALLOZ y LAURENT, y por las Cortes de Casación de Milán en S. de 30 de enero de 1864 y Nápoles, en S. de 18 de diciembre de 1889.

(16) GIORGI, Jorge: *Teoría de las Obligaciones en el Derecho moderno*, Madrid, 1912, p. 179.

(17) Ob. cit., p. 198.

(18) Ob. cit., p. 199.

(19) P. 205 y nota 4.

(20) P. 200.

IV. La subrogación por voluntad del deudor en otros códigos extranjeros

La figura de la subrogación del acreedor por la sola voluntad del deudor del artículo 1250,2.º del Código francés, pasó además de al italiano a otros códigos extranjeros antiguos, como el napolitano, el sardo, el de Vaud, el holandés y el de la Luisiana, y es también recogido en los modernos códigos, como los que citamos a título de ejemplo:

1. **El Código civil argentino.** Regula la subrogación pactada entre deudor y un tercero en el artículo 770 como un supuesto de subrogación convencional.

“La subrogación convencional puede hacerse también por el deudor, cuando paga la deuda de una suma de dinero, con otra cantidad que ha tomado prestada, y subroga al prestamista en los derechos y acciones del acreedor primitivo”.

Conforme al artículo 771, *“la subrogación legal o convencional, traspassa al nuevo acreedor todos los derechos, acciones y garantías del antiguo acreedor, tanto contra el deudor principal y codeudores, como contra los fiadores, con las modificaciones”* que establece.

2. **El Código civil chileno,** a diferencia de los códigos francés, italiano y argentino, expresa en su artículo 1610 que *“Se efectúa la subrogación por el ministerio de la ley y aun contra la voluntad del acreedor, en todos los casos señalados por las leyes, y especialmente a beneficio, ...6.º Del que ha prestado dinero al deudor para el pago, constando así en escritura pública del préstamo, y constando además en escritura pública del pago haberse satisfecho la deuda con el mismo dinero”.*

Es decir, considera tal subrogación como un supuesto de subrogación legal.

Completa su régimen el artículo 1612, que regula sus efectos, diciendo que *“...traspassa al nuevo acreedor todos los de-*

rechos, acciones, privilegios, prendas e hipotecas del antiguo, así contra el deudor principal, como contra cualesquiera terceros, obligados solidaria o subsidiariamente a la deuda". Y añadiendo el artículo 1613 que "Si varias personas han prestado dinero al deudor para el pago de una deuda, no habrá preferencia entre ellos, cualesquiera que hayan sido las fechas de los diferentes préstamos o subrogaciones".

RENÉ ABELIUK MANASEVICH (21) justifica el que la subrogación por convenio entre deudor y tercero, se considere como un supuesto de subrogación legal, porque, dice "el deudor no tiene derecho alguno en que subrogar al que paga la deuda" (22).

Por ello, la subrogación personal es una "ficción legal, porque siendo jurídicamente inexplicable, el legislador la establece por razones de conveniencia" (23) y concretamente en el supuesto de la subrogación del tercero que prestó el dinero al deudor para efectuar el pago, "caso muy particular porque desde luego el pago no lo hace el tercero, sino el deudor con fondos que ha recibido en préstamo" (24), se trata de "facilitar al deudor el pago de sus deudas, ya que a éste, por tener comprometido su crédito, le puede ser difícil obtener el préstamo que necesita para hacerlo. Lo consigue entonces ofreciendo las mismas garantías del crédito que debe pagar, lo que da seguridad al prestamista y le permite efectuar una buena inversión. Pero como teme un posible fraude a los demás acreedores, toma las precauciones señaladas" (25).

3. **El Código civil de Ecuador**, en sus artículos 1651 a 1656, tiene texto idéntico al Código civil chileno, por lo que valen las consideraciones efectuadas.

(21) *Las obligaciones*, tomo II, Editorial Jurídica de Chile, 1993, pp. 542-543.

(22) Ob. cit., p. 543.

(23) Ob. cit., p. 545.

(24) Ob. cit., p. 547.

(25) Ob. cit., p. 548.

4. **El Código civil mejicano para el Distrito Federal**, de 1884, de inspiración francesa a través del Proyecto de Código civil de 1851 de GARCÍA GOYENA, consideraba el supuesto como un caso de subrogación convencional en su artículo 1593, cuyo antecedente se encuentra en el Código portugués.

El Código de 1928, lo hace procediendo como BONNECASE, HÉMARD y ALVES MOREIRA, en la transmisión de las obligaciones lo que considera más correcto BORJA SORIANO (26), distinguiendo la cesión de créditos, la cesión de deudas, y la subrogación, a la que considera, en cualquier caso, por ministerio de la Ley, añadiendo al antiguo artículo 1593 la expresión “por ministerio de la ley”, consagrando, como destaca BEJARANO SÁNCHEZ (27), como caso de subrogación legal, lo que originariamente fue una subrogación convencional por acuerdo con el deudor.

El artículo 2059 establece al respecto: *“Cuando la deuda fuere pagada por el deudor con dinero que un tercero le prestare con ese objeto, el prestamista quedará subrogado por ministerio de la ley en los derechos del acreedor, si el préstamo constare en título auténtico en que se declare que el dinero fue prestado para el pago de la misma deuda. Por falta de esta circunstancia, el que prestó sólo tendrá los derechos que exprese su respectivo contrato”*.

Y completando la regulación, el artículo 2072 añade que: *“el acreedor está obligado a aceptar el pago hecho por un tercero; pero no está obligado a subrogarle en sus derechos, fuera de los casos previstos en los artículos 2058 y 2059”*.

(26) BORJA SORIANO, Manuel: *Teoría general de las obligaciones*, 15.^a ed., Editorial Porrúa, México, 1997, pp. 16-18.

(27) BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel: *Obligaciones Civiles*, Colección “Textos Jurídicos Universitarios”, 4.^a edición, México, 1997, pp. 400-401.

LOS PROYECTOS DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

I. El Proyecto de Código civil de 1851

El Proyecto de Código civil de 1851 reguló la subrogación dentro del capítulo dedicado a la **extinción de las obligaciones**. En él, dedicaba la primera sección a una disposición general donde se determinaban las causas de extinción de las obligaciones, la segunda sección era la relativa al pago o cumplimiento y la tercera comprendía la **subrogación**, distinguiéndose entre la que tenía lugar por disposición de la ley y la convencional (art. 1.116).

86

Decía GARCÍA GOYENA (28) que “la subrogación no hace más que cambiar la persona del acreedor y traspasar todos sus derechos al tercero que le paga: la deuda, aunque se extingue respecto del acreedor primitivo, queda en pie a favor del subrogado y contra el mismo deudor”.

Entre los supuestos de subrogación por disposición de la ley se encontraba el *del tercero no interesado que pague, consintiéndolo expresa o tácitamente el deudor* (art. 1.117.2.º).

Y GARCÍA GOYENA (29) comenta: “Este caso, omitido en el Código francés y demás modernos, envuelve mandato expreso o tácito de parte del deudor; y debe presumirse que éste por librarse de un acreedor más incómodo quiso que su favorecedor quedase subrogado en lugar de aquél; y que igual fue la intención del tercero que hizo el pago: se presume, en una palabra, un pacto tácito sobre la subrogación”, lo que es acorde con el artículo 1.099 del Proyecto que re-

(28) *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, reproducción facsímil, Barcelona, 1973, p. 139.

(29) Ob. cit., p. 140.

gulado el pago dice que *puede hacerse también por un tercero, no interesado, que obre consintiéndolo expresa o tácitamente el deudor*, lo que, como dice el comentarista “equivale al mandato... y en este caso tiene también lugar la subrogación por el número 2 del artículo 1.117”.

Resulta pues evidente que la finalidad del precepto era la de liberarse el deudor de un acreedor más incómodo; por ello pactaba con el nuevo acreedor que éste, no interesado en la obligación, pagase.

El artículo 1.118 del Proyecto dice que: “*La subrogación convencional tiene lugar cuando el acreedor recibe el pago de un tercero, y le subroga en sus derechos, acciones, privilegios o hipotecas contra el deudor*”.

“*Esta subrogación debe ser expresa y hacerse al mismo tiempo que el pago*”.

Comenta GARCÍA GOYENA que el acreedor puede vender su derecho o acción, y quedará sujeto a las reglas ordinarias de la compra y venta... Pero no es este el caso del artículo, sino el previsto en el párrafo 3 del 1.099, según el cual, **si un tercero paga ignorándolo el deudor, no puede compeler al acreedor a que le subrogue en su lugar o le ceda sus acciones** (obsérvese la semejanza con el texto del artículo 1.159 del C.c. español, y cómo GARCÍA GOYENA lo considera como un supuesto de subrogación convencional). El acreedor, sin embargo, es libre en subrogarse; si tal hace, la subrogación ha de ser expresa y simultánea al pago. “*Expresa*: por el mismo hecho de no estar el acreedor obligado a hacerla; *simultánea*, porque el pago extingue el derecho del acreedor, y mal podría éste ceder después lo que no tiene; a más de que, por este medio la subrogación o cesión de acciones en este caso no es una venta, ni el acreedor cedente queda sujeto al saneamiento como en el primero”.

Por lo tanto, si el acreedor pagaba ignorándolo el deudor (supuesto del art. 1.099) no podía compeler al acreedor a subrogarle en su lugar, salvo que voluntariamente lo hiciese de forma expresa y simultánea al pago. Si lo hacía se

aplicaba la norma del artículo 1.118 que regula la subrogación convencional por acuerdo entre el acreedor primitivo y el nuevo, que pagaba ignorándolo el deudor.

Fue en los artículos 1.119 y 1.120 donde el Proyecto reguló la subrogación convencional por acuerdo entre el deudor y un tercero, sin contar con la voluntad del acreedor.

El artículo 1.119 dice: *“La subrogación convencional puede hacerse también por el deudor sin consentimiento del acreedor, cuando paga la deuda con una cantidad que ha tomado prestada, y subroga al prestamista en los derechos y acciones del acreedor primitivo”*.

Artículo 1.120: *“Para que la subrogación surta efecto con arreglo a lo dispuesto en el artículo anterior, se requiere además:*

1.º *Que el préstamo y pago consten en escritura pública.*

2.º *Que en la escritura de préstamo conste haberse tomado éste para hacerse el pago, y en la de pago, que éste se ha hecho con el dinero tomado a préstamo”*.

88

GARCÍA GOYENA, al comentar el precepto, dice: “Estos dos artículos contienen el caso de subrogación convencional por la sola voluntad del deudor y de un tercero, independientemente de la del acreedor. El interés de éste se limita a ser pagado, no importa por quién, ni si otro será, o no, subrogado en su lugar y derechos: por lo tanto, se prescinde de su voluntad en este caso. La subrogación es favorable al deudor, que por este medio puede encontrar un acreedor menos riguroso; justo es, pues, reconocerle la facultad de encontrarlo.

Pero al mismo tiempo era preciso prevenir los abusos que de esta facultad pudieran hacerse en perjuicio de terceros que tuvieran privilegios o hipotecas posteriores; y este es el objeto de los requisitos que se exigen por el artículo 1.120. Podría un deudor después de haber pagado con su propio dinero suponer que lo había hecho con dinero tomado de otro para este objeto, y hacer la subrogación para defraudar a los acreedores posteriores; los requisitos de ha-

ber de constar el préstamo y pago en escritura pública y de expresarse en ambos casos lo que previene el artículo, bastan para tranquilizar y poner a cubierto el derecho de los acreedores posteriores; así no podrán éstos quejarse de la preferencia adquirida por el tercero, pues sin el pago la habría tenido el mismo acreedor” (30).

II. El Proyecto de Código civil español de 1882-1888

Llegamos así al Proyecto de Código civil de 1882-1888 de la Comisión General de Codificación.

Introduce el Proyecto grandes innovaciones que pasarán al Código civil, de las que nos interesa destacar tan sólo las siguientes:

1.^a) El Proyecto de 1851 dividía el capítulo V, del título V del libro III, en 11 secciones, de las que nos interesa subrayar que la tercera estaba dedicada a la subrogación como efecto especial del pago, cuando generalmente el que pagaba era un tercero (arts. 1.116 y 1.118), y excepcionalmente cuando lo efectuaba el deudor en el caso del artículo 1.119, precedente de nuestro artículo 1.211.

El Proyecto de 1882-1888, al regular el pago tan sólo hace mención a la subrogación en el artículo 1.176, donde resuenan las palabras de GARCÍA GOYENA al comentar el artículo 1.099 tercero y que es nuevo en el Proyecto cuando dice que *“El acreedor a quien un tercero pague en nombre del deudor, no podrá ser compelido a subrogarle en sus derechos”*, lo que GARCÍA GOYENA entendía implicaba que en tal caso sólo cabía la subrogación convencional.

2.^a) El Proyecto de 1851 regulaba la novación extintiva en la sección V, artículos 1.134 a 1.140.

Por el contrario, el Proyecto de 1882-1888, traslada a la sede de la novación, la subrogación de un tercero en los

(30) Ob. cit., p. 143.

derechos del acreedor, y en tal caso, el artículo 1.220, 2.º, considera el supuesto como de modificación de la obligación y no de extinción, pues para que la obligación quede extinguida por otra que la sustituya dice un nuevo precepto sin antecedentes *es preciso que así se declare terminantemente, o que la antigua y la nueva sean de todo punto incompatibles por su naturaleza*.

3.ª) En el Proyecto de 1851, el artículo 1.116 distinguía entre la subrogación “por disposición de la ley” y la convencional.

El Proyecto de 1882-1888, dice en su artículo 1.226, que la subrogación “no puede presumirse fuera de los casos expresamente mencionados en este Código”, y en los demás “será preciso establecerlo con claridad para que produzca efecto”.

90 4.ª) El artículo 1.227, 2.º, precedente de nuestro artículo 1.210 “presume que hay obligación”: “2.º *Cuando un tercero, no interesado en la obligación, pague con aprobación expresa o tácita del deudor*”.

5.ª) El artículo 1.228, que regulaba la subrogación por voluntad del deudor, pasó a ser con igual texto el artículo 1.211 del Código civil.

6.ª) Se añade un precepto nuevo, el artículo 1.229, que tiene su precedente en el artículo 1255 del Anteproyecto belga de Laurent, que posteriormente pasará a ser el artículo 1.212 del Código civil, que regula los efectos de la subrogación.

EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

El Código civil, siguiendo al Proyecto de 1882-1888, regula la subrogación, fuera de la mención del artículo 1.159 al tratar del pago, como una forma de novación.

De los preceptos que dedica a la subrogación, tan sólo nos interesan aquellos en que es el deudor quien provoca, interviene en el proceso subrogatorio y consigue sus efectos.

Por tanto, el artículo 1.210, 2.º, conforme al cual:

“Se presumirá que hay subrogación:

...”

2.º Cuando un tercero, no interesado en la obligación pague con aprobación expresa o tácita del deudor.”

91

El artículo 1.211, del cual es desarrollo la Ley 2/1994, de 30 de marzo, que dice:

“El deudor podrá hacer la subrogación sin consentimiento del acreedor, cuando para pagar la deuda haya tomado prestado el dinero por escritura pública, haciendo constar su propósito en ella, y expresando en la carta de pago la procedencia de la cantidad pagada”.

Y por último, el artículo 1.212, que es del tenor literal siguiente:

“La subrogación transfiere al subrogado el crédito con los derechos a él anexos, ya contra el deudor, ya contra los terceros, sean fiadores o poseedores de las hipotecas”.

Como dice ESPÍN (31), al incluir la subrogación en la novación “podría pensarse que sigue siendo, según el emplazamiento en el Código, una operación extintiva, ya que la

(31) Ob. cit., p. 309.

novación es un modo de extinguirse las obligaciones”, sin embargo, “si la novación tiene efectos extintivos, su finalidad es, en cambio, traslativa, ya que precisamente surgió como un medio de salvar el obstáculo que en el Derecho romano existía para la transmisión de las obligaciones, si bien fuera a costa de su propia existencia”. Por ello, afirma: “al haber incluido la subrogación en la novación y no en el pago, es un indicio bastante seguro para afirmar como concepto legal de la subrogación el de la transmisión efectiva del crédito”.

92

Sin embargo, la naturaleza jurídica de la subrogación constituye, sin duda, una de las cuestiones más arduas del Derecho, habiéndose formulado multitud de teorías que con gran acierto y sistemática recoge el propio ESPÍN, como la teoría de la operación de doble cara, la de la extinción relativa, la del pago no extintivo, las de la expropiación del crédito, la teoría de la cesión defendida por él mismo, y finalmente la que entiende que en la subrogación hay **un pago extintivo**, y que la transferencia de los derechos del acreedor al pagador, sólo puede considerarse como una ficción, si se entiende que se transmite el mismo crédito; o hay que entender que lo que se transfieren son las garantías pero no el crédito, o finalmente que tiene lugar porque la ley lo ordena sin más.

ESPÍN (32) critica las teorías del pago extintivo diciendo que lo primero que hay que hacer es plantearse si al hacer el pago “se verifica con intención de cumplir la obligación, o si, por el contrario, se ejecuta con otros fines (por ejemplo, donación o préstamo)”, por lo tanto, la prestación ha de ser hecha *animo solvendi* para que se trate del pago o cumplimiento de la obligación, y no queda extinguida la obligación cuando la causa de la prestación que realiza el subrogado es “precisamente la adquisición del crédito”. Y pone como ejemplo de ello la subrogación *ex mutuo* del De-

(32) Ob. cit., p. 313.

recho intermedio francés, antecedente de nuestro 1.211. Hay además otra razón, dice, para negar que la subrogación sea un pago, porque “si el pago produce la extinción de la obligación es absurdo pretender que lo que ya ha sido extinguido se pueda transmitir”.

Nada habría que objetar a la crítica que efectúa ESPÍN, si no fuera por dos circunstancias especiales: la primera, que si bien su crítica puede ser válida para las subrogaciones convencionales o para las presuntas del artículo 1.210, no lo es tanto cuando la aplicamos al artículo 1.211 del Código civil, en que es el deudor quien paga, y un tercero el que adquiere los derechos. Y el deudor que paga al acreedor anterior lo hace para extinguir aquella obligación que le resulta gravosa. Por eso contrae una nueva necesariamente a través de un contrato de préstamo, mientras que la obligación anterior puede tener otra causa distinta. Y el adquirir las mismas garantías de que disponía el acreedor anterior es el motivo determinante para que el nuevo prestamista realice el préstamo al deudor, pero no es suficiente por si solo para adquirirlas de no haber una disposición legal que se las atribuya.

Por eso ESPÍN (33), cuando afirma –partidario como es de la solución alemana– que “legislativamente también debía suprimirse la subrogación como institución separada de la cesión, y dictar, en cambio, las reglas peculiares de aquélla”, reconoce que la subrogación *ex mutuo* “no es, en realidad, más que un caso de subrogación legal, puesto que sólo la ley puede autorizar que el deudor disponga del derecho del acreedor”.

Y por ello no comparto, respetuosamente, la tesis de los profesores Díez-Picazo (34) y Sancho Rebullida (35) y de

(33) Ob. cit., p. 326.

(34) *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. I. Las relaciones obligatorias*, p. 831.

(35) SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO, XVI-1, p. 672.

FERNÁNDEZ ÁLVAREZ (36) que entienden nos hallamos ante un supuesto de subrogación convencional.

Ni tampoco la defendida por LÓPEZ LIZ (37), que considera que es convencional en lo que respecta al deudor y al segundo acreedor, pero es subrogación legal en lo que respecta al primer acreedor.

Así, el profesor Díez-PICAZO dice que de la expresión del Código “el deudor *podrá hacer* la subrogación”, “se desprende con bastante claridad que el hacer la subrogación es una facultad del deudor y no un *effectum iuris* que se produzca automáticamente por obra de la ley. Lo que existe es en realidad una facultad del deudor de modificar la persona de su acreedor. La subrogación se ha producido por medio de una declaración de voluntad unilateral del deudor. Si el deudor ha asumido anteriormente con el prestamista la obligación de subrogarle en el crédito pagado, el cumplimiento de esta obligación pende en definitiva de la exclusiva voluntad del deudor con todas sus consecuencias”.

Sin embargo, una cosa es que la iniciativa, para que tenga lugar la subrogación del artículo 1.211 C.c., la tome el deudor, que decide cambiar de acreedor, pide el dinero y paga al anterior, como podía haber utilizado el procedimiento del artículo 1.210, 2.º, dándole el mandato expreso o tácito al acreedor para que pagara, en cuyo caso se presume la subrogación, y otra distinta que el deudor del 1.211 tenga por sí poder de transferir una cosa que no tiene (38).

(36) FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, José Luis: “La Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios: reflexiones sobre algunos problemas que plantea su aplicación en la práctica notarial y registral”, en *Revista Jurídica del Notariado*, octubre-diciembre 1995, pp. 221 y ss. En concreto, pp. 298-299.

(37) LÓPEZ LIZ, José: “Subrogación y modificación de préstamos hipotecarios”, *Análisis práctico de la Ley 2/1994, de 30 de marzo (con formularios comentados y ejemplos prácticos tomados del Registro)*, Bosch, Barcelona, 1995, p. 108.

(38) RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel, en “Problemática derivada de la subrogación prevista en el artículo 1.211 del Código civil y su aplicación a los créditos hipotecarios”, *Revista Jurídica del Notariado*, enero-marzo 1994, número 9, p. 116, dice que “un primer dato separa el supuesto recogido en el 1.211 de todos los del art. 1.210: lo normal es que el otorgamiento de un préstamo para subrogar al prestamista sea

Por tanto, al pagar el deudor se produce la extinción de la obligación primitiva conforme al artículo 1.156 C.c. y el nacimiento de una nueva obligación entre prestamista y deudor, a la que la ley anexa los mismos derechos que tenía la obligación primitiva, contra los terceros, sean fiadores o poseedores de las hipotecas (art. 1.212 C.c.), y muy especialmente el rango hipotecario.

Como dice SÁNCHEZ PRAT (39): "Si no fuera porque un poco antes emplea la palabra «subrogación», creo seguro que cualquier lector deduciría de aquellas expresiones que se extingue un crédito y se da paso, por voluntad del deudor, a uno nuevo, con un acreedor nuevo y fundado en un título nuevo que, además, puede ser diferente del que originó el crédito anterior". Y añade: "parece que lo que el artículo 1.211 C.c. busca es, más que mantener la vida e identidad de una relación jurídica concreta, propiciar su extinción y sustitución por otra nueva que aparezca, en cierto modo, como sucesora de aquélla en cuanto a las relaciones jurídicas accesorias (especialmente las de garantía) que a la extinta rodeaban" (40).

95

el vehículo para conseguir al mismo tiempo tanto un cambio del sujeto acreedor, como una alteración de alguna o algunas de las condiciones básicas de la obligación primitiva (modificación objetiva); por el contrario, en el art. 1.210 aparecen reguladas formas genuinas de cambio de acreedor pura y simple".

(39) SÁNCHEZ PRAT, Ildefonso: "Art. 1.211 C.c. y sustitución de préstamo hipotecario", en *Documentación sobre "Refinanciación Hipotecaria" (En torno al art. 1.211 del Código civil)*, febrero 1994, Libre Asociación de Notarios "Joaquín Costa", p. 7.

(40) RUIZ-RICO: ob. cit. últimamente, p. 121, dice que "si fuera el tercero quien pagase, carecerían de justificación los requisitos introducidos por la norma, ya que habría que remitirse a alguno de los supuestos de subrogación legal (por pago de TERCERO) del artículo 1.210, en donde, como sabemos, la rigidez de formas está prácticamente ausente... Téngase en cuenta que cuando éste entrega al acreedor la prestación, lo normal sería concluir que la obligación se ha extinguido; para evitar esa conclusión, habrá que demostrar... que desde el principio se quiso conservar la relación obligatoria en beneficio de un tercero (el que prestó). En cambio, si el tercero pagase, aunque también podría extinguirse por pago la obligación (art. ex. art. 1.158 C.c.) sería más probable imaginar una intención suya de preservar el crédito para subrogarse en él".

- a) Porque es más acorde con los antecedentes del precepto en el Derecho romano, donde en la *successio in locum creditoris*, como destacaba ESPÍN (41), a diferencia del *beneficium cedendarum actionum* “no es menester que el acreedor realice la cesión, porque la transmisión se verifica *ope legis*”; y no se olvide que entre esos casos se incluía precisamente el que estamos considerando.
- b) También los comentaristas del Derecho francés acabaron reconociendo, pese a la ubicación del artículo 1250 del Código francés, que la subrogación se producía como un efecto legal.
- c) Porque el pago por el deudor en nuestro Derecho extingue la obligación sin excepción, ya que si se pudiera pensar que puede adquirir el deudor el crédito contra sí mismo, se produciría su extinción por confusión (arts. 1.210, 3.º, y 1.192 a 1.194 C.c.), como ocurría en el Derecho romano, a diferencia de lo que sucede cuando el pago lo efectúa un tercero que puede subrogarse en la obligación y a quien se le transfiere “el mismo crédito” con sus derechos anexos (arts. 1.159, 1.210, 2.º, 1.212 C.c.), y habría que admitir la hipoteca de propietario.

La sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 1908 estableció con claridad que si bien el pago extingue **siempre** todas las obligaciones, respecto del **acreedor**, no sucede lo propio, **en cuanto al deudor, si el pago, en vez de hacerlo el mismo obligado lo realiza una tercera persona** con conocimiento o aprobación expresa o tácita del deudor, pues entonces el tercero queda legalmente subrogado en el lugar del primer acreedor, novándose en este extremo, el contrato, y transfiriéndose al tercero con el crédito todos los derechos a él anexos, y entre ellos,

(41) Ob. cit., pp. 302-303.

consiguientemente, el de hacerlo efectivo, según el estado del juicio y momento en que tuvo lugar la subrogación.

Resulta, pues, claro que el pago hecho por tercero extingue la obligación salvo que se produzca la subrogación en que la obligación subsiste. Por el contrario, no existe excepción en nuestro Derecho al pago hecho por el deudor como causa de extinción de las obligaciones y no pienso que el legislador pretendiera que un precepto importado supusiera un cambio radical en nuestro Derecho patrio (42).

Por ello, podemos afirmar con GIORGI (43), que “la subrogación *por préstamo* se hace más bien *ministerio legis*, que por consentimiento del deudor; bastan... las formalidades prescritas por la ley para que tenga efecto la subrogación sin necesidad de consentimiento explícito del deudor”, y creo que las consecuencias de la subrogación son la atribución, *ex lege*, a la nueva obligación de la hipoteca y rango hipotecario que tenía la anterior obligación que se ha extinguido.

Sin embargo, la aplicación del artículo 1.211 ocasiona problemas de no fácil solución jurídica o económica:

1.º Puede ocurrir que el préstamo que se intenta cancelar por el deudor con el dinero procedente del nuevo préstamo, no contemple la posibilidad del **pago anticipado**.

En el Código civil francés, el artículo 1187 establece que “*el término se presume siempre establecido a favor del deudor, a menos que de la obligación o de las circunstancias no resulte que ha sido también convenido a favor del acreedor*.” Y en iguales términos se manifiesta el artículo 1184 del Codice civile.

(42) RUIZ-RICO: ob. cit., p. 118, entiende que “en la hipótesis del art. 1.211, el pago no produce la extinción de la obligación a pesar de haber sido efectuado por el propio deudor, precisamente porque la suma utilizada para satisfacer al acreedor «procedía» del tercero prestamista”.

(43) Ob. cit., p. 199.

Por ello, el artículo 1250, párrafo segundo, del C.c. francés no constituye ninguna excepción al artículo 1187, y COLIN y CAPITANT (44) decían al comentar el precepto del Código francés, que regula la subrogación realizada por el deudor: “Si el legislador se ha decidido a autorizar esta especie de expropiación, es en virtud de consideraciones prácticas. Ha estimado que el acreedor, desde el momento en que se le paga lo que se le debe, no tiene ninguna razón legítima para negarse a una combinación útil a su deudor, útil al capitalista complaciente que el deudor ha podido interesar en sus negocios, y útil, por fin, al interés económico general al que se sirve siempre favoreciendo la liberación de los deudores”.

Por el contrario, el artículo 1.127 del Código civil establece que *“siempre que en las obligaciones se designa un término, se presume establecido en beneficio de acreedor y deudor, a no ser que del tenor de aquéllas o de otras circunstancias resultara haberse puesto a favor del uno o del otro”*. El Código reproduce el artículo 1.144 del Proyecto de 1882-1888, que se separó del artículo 1.047 del Proyecto de 1851 que reproducía el artículo 1187 del Código francés, siguiendo de esta manera el artículo 757 del Código prusiano, que negaba este derecho al deudor.

Consecuentemente, el artículo 1.211 del C.c. constituye una regla especial con relación al artículo 1.127, opinión que comparto con SÁNCHEZ PRAT (45), de manera que aun cuando conforme al artículo 1.127 *“se considere”*, como dice el profesor MONTES (46), o *“se presume”* como dice el precepto y el Tribunal Supremo en sentencias de 2 de febrero de 1925 y 14 de agosto de 1966, *iuris tantum*, que el término está establecido en beneficio de acreedor y deudor, el 1.211 C.c. carecería de sentido dada su finalidad si tan sólo pudiera

(44) Ob. cit., p. 188.

(45) Ob. cit., p. 2.

(46) Comentarios al Código civil, de Edersa, XV-2.

utilizarse en el momento del vencimiento de la obligación del deudor, cuando lo que se pretendió con su introducción fue permitir al deudor una reducción de los intereses que estaba satisfaciendo al acreedor primitivo.

Opinión contraria sostiene CASTRO FERNÁNDEZ (47), siguiendo a LACRUZ BERDEJO, cuando afirma que “el cauce del artículo 1.211 del Código civil, con la figura que contempla de la subrogación en el crédito, no permite imponer al... acreedor la aceptación del cumplimiento anticipado por el prestatario cuando los sucesivos pagos parciales periódicos están manifiestamente pactados en beneficio de la entidad prestamista. Y la misma solución habría de propugnarse si se entendiera... que el pacto no favorece a ninguno de los otorgantes del contrato. En cualquiera de ambos supuestos no es operante el *favor debitoris*”. Sin embargo, la Ley 2/94 ha venido a confirmar la opinión que he defendido, y a negar la contraria, y ello en desarrollo del artículo 1.211 del Código civil.

99

2.º Otra circunstancia que puede acaecer al pretender utilizar el artículo 1.211 del C.c. es que el acreedor se oponga a aceptar el pago o se halle ausente, o incapacitado para recibirlo, o que varias personas pretendan tener derecho a cobrar, o se haya extraviado el título de la obligación; supuestos todos ellos que contempla el artículo 1.176 del Código civil.

En tal caso deberá efectuarse el ofrecimiento de pago, el anuncio de la consignación y la consignación judicial (arts. 1.177 y 1.178 C.c.).

Conforme al artículo 1.180, párrafo primero, del Código civil: “*Hecha debidamente la consignación, podrá el deudor pedir al Juez que mande cancelar la obligación*”.

(47) CASTRO FERNÁNDEZ, José María: “Préstamo bancario con garantía de hipoteca inmobiliaria”, en *La Notaría*, octubre 1993, p. 11. Y en *Lunes* 4,30, núm. 142, pp. 21 a 24. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, ob. cit., p. 299.

Sin embargo, esta posibilidad de ofrecimiento de pago y posterior subrogación presenta para el nuevo acreedor graves inconvenientes, pues conforme al artículo 1.180, párrafo segundo, C.c., *“mientras el acreedor no hubiere aceptado la consignación, o no hubiere recaído la declaración judicial de que está bien hecha, podrá el deudor retirar la cosa o cantidad consignada, dejando subsistente la obligación”*.

Y parece evidente que en el régimen del Código civil, mientras no exista préstamo nuevo y carta de pago no concurren los requisitos relativos al pago del artículo 1.211 C.c., y por lo tanto no adquiere el nuevo acreedor los derechos contra los fiadores y poseedores de las hipotecas, limitándose a tener un crédito escriturario cuya fecha determinará su preferencia respecto de los demás acreedores. Y se expone a que el deudor retire la cosa o cantidad consignada, *dejando subsistente la obligación primitiva, que no quedará sustituida por la nueva*.

Por tanto, la aplicación del artículo 1.211 del C.c. parece implicar o que existe un acuerdo entre acreedor antiguo, acreedor nuevo y deudor, para que todo discurra en la normalidad, o que este precepto es de muy difícil aplicación, razón por la cual su utilización ha debido ser muy escasa, y no exenta de dificultades, a las que hay que añadir las derivadas de los principios registrales que exigen el consentimiento del titular registral, del que en este caso se puede prescindir conforme a la ley sustantiva, pero, eso sí, cumpliendo rigurosamente lo en ella ordenada, por ser su estricta observancia la que sustituye al consentimiento del acreedor.

Prueba de ello es la escasa jurisprudencia existente sobre dicho precepto, donde encontramos tan sólo la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de diciembre de 1950 y la sentencia del TS de 27 de junio de 1989, que proclamaron la necesidad de su interpretación estricta, y no la declararon aplicable en los supuestos por ella resueltos.

En el supuesto contemplado por la resolución de 7 de diciembre de 1950, el pago al acreedor había tenido lugar antes del préstamo, razón por la cual se entendió que la obligación había quedado extinguida ya cuando se formalizó el préstamo.

La sentencia de 27 de junio de 1989 declaró no aplicable el artículo 1.211 del C.c., porque el dinero con el que se canceló la obligación primitiva era procedente de un *contrato de apertura de crédito en cuenta corriente*, y no de un *contrato de préstamo*, diciendo que “en consecuencia, falta el primero de los requisitos exigidos por el artículo 1.211 C.c., para la subrogación que en él se regula, precepto de interpretación restrictiva dada su excepcionalidad, no siendo idóneo para sustentar esa sustitución del sujeto activo de la relación obligatoria al amparo del artículo 1.211 C.c., el contrato de apertura de crédito... ya que no se produjo el hecho de haberse «tomado prestado el dinero», como exige el texto legal con indudable referencia al contrato de préstamo, sin que la disponibilidad característica de la apertura de crédito pueda equipararse a la entrega del dinero en el préstamo”.

3.º A estos inconvenientes jurídicos se sumaban los económicos derivados de la aplicación de comisiones de cancelación anticipada y la necesidad del otorgamiento de la carta de pago donde se hiciese constar la procedencia del dinero del préstamo concertado.

LA LEY 2/1994, DE 30 DE MARZO,
SOBRE SUBROGACIÓN Y MODIFICACIÓN
DE PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS

I. Introducción

Con el fin de poder utilizar el espíritu informador del artículo 1.211, evitando los inconvenientes que hemos examinado, se promulgó la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios:

• Que afectaba, según declaró el ministro de Justicia, Sr. Belloch Julbe, en su discurso de presentación del Proyecto de Ley a las Cortes el día 17 de febrero de 1994, a dos millones de ciudadanos.

• Que tuvo su origen mediato en el artículo “Coste del cambio de hipoteca” de 3 de octubre de 1993, publicado en el periódico *La Vanguardia*, de Barcelona, por Fernando Méndez González, registrador de la propiedad y Alfonso Hernández Moreno, catedrático de Derecho Civil, en el que propiciaron la utilización del mecanismo previsto en el artículo 1.211 del Código civil español, que según ellos “constituye un privilegio, se entiende que irrenunciable, concedido por la ley a los deudores para aligerar su carga financiera en función de las oscilaciones del mercado”. Y su origen mediato a la interpelación urgente presentada por el Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida-Iniciativa por Catalunya, defendida por el Diputado Sr. Espasa Oliver.

• Y que pretendió, según su Exposición de Motivos:
— Permitir a los ciudadanos beneficiarse de las ventajas que supone el descenso de los tipos de interés.

— Superar los obstáculos que hacían inviable el aprovechamiento de la bajada de los tipos como eran:

— Las comisiones pactadas para la amortización anticipada.

— Los gastos de cancelación que implican la cancelación de un crédito hipotecario y la constitución de otro nuevo, cuando no se utilizaba este procedimiento del artículo 1.211.

— Cumplir con la moción del 2 de noviembre de 1993, aprobada por unanimidad, que instaba al Gobierno a “habilitar los mecanismos para que los deudores, en aplicación de los artículos 1.211 y concordantes del Código civil, puedan subrogar sus hipotecas a otro acreedor”.

Esta ley, consecuentemente, viene a desarrollar el régimen de la llamada “subrogación de acreedores por el deudor” del artículo 1.211 del Código civil, del que venimos tratando, pero limitando su objeto a aquellas en que acreedor primitivo y nuevo sean entidades financieras, y el origen de la deuda un contrato de mutuo o préstamo de dinero.

No podemos silenciar, sin embargo, que la Asociación Hipotecaria Española solicitó ya en 1996 y reiteró en 1997 la derogación de la misma, mediante la elaboración de un documento del que se hizo eco la prensa (48), porque en ningún otro país de la Unión Europea existe una disposición similar, lo que crea una situación de peligrosa asimetría, ya que cualquier entidad europea puede, mediante una política agresiva y selectiva, atraer a los mejores clientes de las entidades españolas y deteriorar su cartera y resultados.

(48) Véase *El País* de 27.11.1997 y 11.12.1997 y *Cinco Días* de 11.12.1996.

II. Ámbito de aplicación de la ley

El artículo 1 de la ley establece:

"1. Las entidades financieras a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Mercado Hipotecario, podrán ser subrogadas por el deudor en los préstamos hipotecarios concedidos, por otras entidades análogas, con sujeción a lo dispuesto en esta Ley.

2. La subrogación a que se refiere el apartado anterior será de aplicación a los contratos de préstamo hipotecario, cualquiera que sea la fecha de su formalización y aunque no conste en los mismos la posibilidad de amortización anticipada".

La ley delimita su ámbito de aplicación subjetivo y objetivo.

1. **Ámbito subjetivo.** Desde el punto de vista subjetivo, es necesario considerar por una parte a los acreedores que intervienen en la subrogación, y por otra la figura del deudor.

1.1. *En cuanto a los **acreedores***, la Ley 2/94 constituye ley especial sustantiva respecto del artículo 1.211 del Código civil: cuando se trata de llevar a cabo una sustitución de acreedores y éstos son entidades financieras comprendidas en el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, deben, necesariamente, cumplirse los requisitos establecidos por la Ley 2/1994.

Sólo así se transferirán al nuevo acreedor los derechos anexos al crédito, ya contra el deudor, ya contra los terceros, sean fiadores o poseedores de las hipotecas, como expresa el artículo 1.212 del C.c.

Como dice VATTIER FUENZALIDA (49): "es claro que la Ley, sin derogar el artículo 1.211 del Código civil, lo ha va-

(49) VATTIER FUENZALIDA, Carlos: "La subrogación y la modificación de los préstamos hipotecarios, según la Ley 2/1994, de 30 de marzo", en *Actualidad Civil*, n.º 31, 29 agosto-4 septiembre 1994, p. 606.

ciado casi de contenido y lo ha arrinconado, puesto que será de aplicación solamente a aquellos escasos préstamos que no se otorguen por entidades financieras; en este sentido la Ley «descodifica» la figura y rige los casos de subrogación de mayor trascendencia económica y social por ser los más frecuentes en la práctica... pero, si bien se mira, es claro que el régimen nuevo de la subrogación no contradice el viejo precepto sino que constituye, en rigor, un desarrollo del mismo, un desarrollo que forma un micro-sistema aparte, como sostiene N. IRTI. Sin embargo, no parece que rompa la unidad del sistema jurídico, y por eso la Ley puede ser objeto de una interpretación sistemática”.

Sin embargo, HERNÁNDEZ ANTOLÍN (50) sostiene que “deben quedar fuera de su ámbito los préstamos concedidos por entidades extranjeras (al no estar incluidos en la LMH ni sometidos a la inspección del Banco de España). Ello aunque la garantía hipotecaria recaiga sobre un bien situado en España”. Es dudoso que pueda sostenerse esta posición con relación a las entidades bancarias con nacionalidad de un país de la Unión Europea, máxime después de la Ley 3/1994, de 14 de abril (BOE de 15 de abril), de adaptación a la legislación española en materia de entidades de crédito de la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria.

105

1.2. *En cuanto al deudor*, es evidente que siempre lo será el que contrajo la obligación y ofreció la garantía hipotecaria.

Pero además, dice ROCA-SASTRE MUNCUNILL (51), en dicho concepto de *deudor* entra tanto el *deudor originario* de la obligación que constituyó la hipoteca sobre una finca de su propiedad, como el *deudor que ha asumido ulteriormente la*

(50) HERNÁNDEZ ANTOLÍN, José-Manuel: “Breve análisis de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1994, núm. 622, p. 1214.

(51) ROCA SASTRE, Ramón María, y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis: *Derecho Hipotecario, Hipotecas*, octava edición, tomo VIII, pp. 542-543.

deuda hipotecaria correspondiente, siempre que sea propietario de la finca hipotecada; afirmación esta última que debe ser matizada.

1.2.1. Asunción convencional de la deuda. Esta asunción puede tener lugar convencionalmente, cuando, como dice el artículo 118 de la Ley Hipotecaria, “en caso de venta de finca hipotecada... el vendedor y comprador hubieren pactado que el segundo se subrogará no sólo en las responsabilidades derivadas de la hipoteca, sino también en la obligación personal con ella garantizada”. En tal caso, para que el primitivo deudor-vendedor deje de ser deudor del acreedor hipotecario se requiere que “el acreedor prestase su consentimiento expreso o tácito”.

106

Ningún problema se planteará cuando el consentimiento del acreedor conste expresamente, por haber concurrido al otorgamiento de la compraventa o haberlo aceptado así, bien en la escritura de constitución de la hipoteca o en otra tras la asunción, y que se inscriba.

La dificultad surgirá cuando el acreedor se niegue a reconocer como deudor al nuevo deudor-titular registral.

ROCA-SASTRE MUNCUNILL (52) considera acertado el criterio de la Comisión de Estudio del Colegio de Registradores, que sostuvo que en el caso de que el acreedor no reconozca como deudor al titular registral, la escritura deberá ser otorgada por el primitivo (deudor) y el nuevo deudor-titular registral, y afirma que “en caso de que la entidad financiera primitiva niegue o se oponga expresamente a la asunción de la deuda hipotecaria por el adquirente de la finca, deberá contarse con el consentimiento del primitivo y el actual deudor, propietario de la finca”.

HERNÁNDEZ ANTOLÍN (53) entiende que “podrán iniciar el proceso tanto el deudor primitivo como el comprador (deu-

(52) Ob. cit., p. 544.

(53) Ob. cit., p. 1215.

dor económico). Recuérdese que esta asunción de deuda (aunque no libere al deudor primitivo) consta en el Registro (donde constará la forma en que hubiera hecho o convenido el pago, art. 10 LH), y tiene efectos sustantivos importantes (v. g.: efecto subrogatorio si paga el vendedor, art. 118.2 LH)".

Sin embargo, la Ley 2/94 ha tenido como designio el facilitar la práctica de la subrogación, sin contar con el consentimiento del acreedor. Belloch Julbe, en la sesión del Pleno del Congreso de los Diputados de 17 de febrero de 1994, ya manifestó que "se ha previsto un procedimiento que viene a suplir la eventual falta de consentimiento del acreedor".

Lo importante es que quien aparece como adquirente deudor en el Registro de la Propiedad inicie el procedimiento subrogatorio, y no la voluntad del acreedor primitivo que va a dejar de serlo, ya que al intentar la subrogación no nos hallamos en el momento de novar la obligación con cambio de deudor, que requeriría conforme al artículo 1.205 del C.c. y 118 de la Ley Hipotecaria el consentimiento del acreedor, sino tratando de sustituir un acreedor por otro "sin consentimiento del acreedor" como dice el artículo 1.211 del C.c. que esta ley aplica (54).

107

1.2.2. *Pluralidad de deudores.* HERNÁNDEZ ANTOLÍN (55) dice "que el proceso subrogatorio puede ser impulsado por cualquiera de los deudores (sean solidarios o sean mancomunados), si bien los beneficios que en su caso pudieran derivarse, beneficiarán a todos". Opinión que comparte ROCA-SASTRE (56).

Conviene matizar. Porque una cosa es que la mejora en las condiciones del tipo de interés que se trata de lograr

(54) En el mismo sentido, LÓPEZ LIZ, José: "Subrogación y modificación de préstamos hipotecarios", Bosch, p. 88.

(55) Ob. cit., p. 1215.

(56) Ob. cit., p. 544.

con la subrogación consista en obtener un tipo fijo más bajo que el anterior, o reducir el diferencial a aplicar a los tipos de referencia pactados, que permanecen invariables, en cuyo caso comparto la opinión de estos autores, y otra distinta que se cambie el interés de fijo a variable o de variable a fijo, pues difícilmente podrá afirmarse, sin posibilidad de error, que existe una mejora objetiva y definitiva en las condiciones del tipo de interés. Y si bien es cierto que consintiendo todos los deudores el problema deja de existir pues son ellos quienes deben apreciar la mejoría, ya no resulta tan claro cuando la decisión la ha de adoptar uno solo de ellos. Por tanto, me inclino por la necesidad de que consientan todos los deudores, sean mancomunados o solidarios, en estos casos expresados.

1.2.3. *Finca hipotecada en poder del tercer poseedor.* Como dice ROCA-SASTRE (57), para serlo, debe el adquirente tener la condición de tercero por no estar personalmente vinculado a la correspondiente obligación garantizada, directa ni indirectamente, y ser ajeno al originario acto constitutivo de la hipoteca, y así lo son:

- El comprador que descuenta o retiene del precio que ha de pagar el importe de la obligación garantizada con la hipoteca, sin asumir la obligación (art. 118, párrafo segundo). Frente al acreedor, el obligado-personal al pago es el deudor-vendedor; frente al vendedor, el adquirente-titular registral responde del pago al acreedor, ya que en caso contrario puede serle exigido a él. El tercer poseedor puede verse favorecido si tiene que pagar menos intereses. Pero es evidente que es tercero con relación a la obligación entre acreedor-deudor-transmitente. En tal caso, coincido con ROCA-SASTRE y HERNÁNDEZ ANTOLÍN (58), no ya en que la

(57) Ob. cit., p. 544.

(58) Ob. cit., p. 1216.

escritura de subrogación haya de ser otorgada por el deudor personal y el tercer poseedor, sino todo el procedimiento subrogatorio, pues el primer requisito para que opere el artículo 1.211 y la Ley 2/94 es que la iniciativa la tome el deudor y no un tercer poseedor de finca hipotecada.

- También es tercer poseedor el que adquiere la finca sin pacto de asunción de la deuda hipotecaria, ni con retención de su importe ni con descuento de la carga, y el que adquiera con precio aplazado por el importe de la carga y en garantía (59). En estos casos se aplicará igual solución.

1.2.4. *Hipotecante por deuda ajena.* Cuando nos hallamos ante el supuesto de hipoteca en garantía de deuda ajena, encontramos un sector doctrinal representado por LÓPEZ LIZ (60), que siguiendo a GÓMEZ GÁLIGO sostiene que en tal caso no cabe la subrogación.

109

Sin embargo, ROCA SASTRE critica esta posición “en cuanto priva al deudor y al propio hipotecante, interesado en que se cumpla la obligación, de solicitar la mejora del tipo de interés que implica la subrogación. Debido a que está interesado en que se cumpla tal obligación es por lo que no es completamente extraño a la misma, aparte de que intervino en el acto constitutivo de la hipoteca. Y lo mismo que, por analogía con lo dispuesto en el artículo 1.852 del Código civil, que concede al fiador el derecho a reclamar a quedar libre de su obligación de fianza siempre que por algún hecho del acreedor no pueda quedar subrogado en los derechos, hipotecas y privilegios del mismo, podrá el hipotecante por débito ajeno reclamar la extinción de la fianza real hipotecaria en el mismo caso, y, por tanto ello demuestra su interés en tal cumplimiento de la deuda hipotecaria, lo que le legitima para que juntamente con el deudor pue-

(59) ROCA SASTRE: ob. cit., p. 545.

(60) P. 90.

dan solicitar la subrogación de la Ley de 30 de marzo de 1994" (61).

Creemos, con HERNÁNDEZ ANTOLÍN (62), que basta con el consentimiento del deudor cuando la hipoteca no se modifica, o se requerirá el consentimiento del hipotecante no deudor en caso contrario (63). Pero, en todo caso, el préstamo lo deberá solicitar quien sea "deudor", no el hipotecante no deudor.

1.2.5. *Hipoteca constituida por acto unilateral del dueño de la finca hipotecada del artículo 141 de la LH.* Coincido con ROCA-SASTRE (64) que deberá constar previamente inscrita la aceptación del acreedor para que pueda inscribirse la subrogación del préstamo hipotecario.

110

1.2.6. *Hipoteca en fase de ejecución.* LÓPEZ LIZ (65) señala que "podría generar inseguridad jurídica, la posibilidad de que una hipoteca en trámites de ejecución, pueda ser objeto de cambio de acreedor, a menos que tal subrogación constase que ha tenido reflejo en el procedimiento judicial". Criterio que comparto.

2. Ámbito objetivo. Desde el punto de vista objetivo cabe destacar tres aspectos, el carácter retroactivo de la ley, la limitación de la misma a los préstamos hipotecarios, y que la procedencia del dinero destinado a la cancelación del crédito del primitivo acreedor provenga de un contrato de préstamo.

(61) Ob. cit., p. 545, nota 41.

(62) Ob. cit., pp. 1233-1234.

(63) RUIZ-RICO y UREÑA: "Aspectos civiles de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios", en *Actualidad Civil*, n.º 38, 17-23 octubre 1994, pp. 785 y ss., en concreto nota 3 en p. 788, sostienen incluso que "no habría ninguna particularidad, no siendo preciso su consentimiento ni su intervención para el cambio de acreedor hipotecario; es más, el cambio indudablemente le beneficia, y en ningún caso le perjudica".

(64) Ob. cit., p. 546.

(65) Ob. cit., p. 90.

2.1. *El carácter retroactivo de la ley* resulta del propio artículo 1.2 al establecer que “la subrogación será de aplicación... cualquiera que sea la fecha de su formalización y aunque no conste en los mismos la posibilidad de amortización anticipada”.

Ya hemos visto al analizar el artículo 1.211 C.c. que constituía éste una excepción al 1.127 del Código civil, pues el plazo se entiende establecido en beneficio de acreedor y deudor, salvo pacto o circunstancias en contrario (66).

La Ley confirma ese carácter excepcional, pues el artículo 1.2 dispone que la subrogación tiene lugar aunque no conste, en los mismos contratos de préstamo hipotecario, la posibilidad de amortización anticipada.

Cabe cuestionarse, sin embargo, la eficacia de una cláusula que prohibiese expresamente la amortización anticipada.

Nos inclinamos por la ineficacia de tal cláusula –que de admitirse es posible que se convirtiera en condición general (abusiva además)– porque frustraría la finalidad de la ley, y porque en el trámite parlamentario de la misma, se rechazó la enmienda número 60 del Grupo Parlamentario Catalán (CIU), que excluía la posibilidad de subrogación si en los contratos constaba explícitamente la imposibilidad de amortización anticipada (67).

Además, como dice HERNÁNDEZ ANTOLÍN (68), “dado que la subrogación (o cesión forzosa) se produce *ex lege*, parece claro que es independiente de la voluntad de las partes, y por tanto no cabe excluirse voluntariamente su aplicación”.

2.2. *Los préstamos hipotecarios.* La ley se aplica únicamente a la subrogación de los préstamos hipotecarios. ¿Qué

(66) Así lo destacan VATTIER FUENZALIDA (ob. cit., p. 602) y HERNÁNDEZ ANTOLÍN (ob. cit., p. 1220).

(67) El texto pretendido por la enmienda era el siguiente: “2. La subrogación a que se refiere el apartado anterior será de aplicación a los contratos de préstamo hipotecario, cualquiera que sea la fecha de su formalización y salvo que explícitamente conste en los mismos la imposibilidad de amortización anticipada”.

(68) Ob. cit., p. 1221.

significa ello? Que se aplica a los préstamos simples de dinero, ex artículo 1.753, cualquiera que haya sido la finalidad para la que se concedió.

ROCA-SASTRE (69) considera excluidos:

- Las hipotecas llamadas de seguridad y entre ellas las de máximo.

- Las hipotecas en garantía de préstamos en divisas (orden de 27 de diciembre de 1991) por tratarse en el fondo de hipotecas de máximo. En el mismo sentido, LÓPEZ LIZ (70). En contra, HERNÁNDEZ ANTOLÍN (71) admite su posibilidad, “sin perjuicio de que si por efecto de variaciones en el tipo de cambio, el principal pendiente de pago (en pesetas) exceda del tope fijado a efectos hipotecarios, la entidad subrogada deje sin cobertura hipotecaria dicha diferencia”.

112

- Los préstamos sobre viviendas de protección oficial por razón de su especialidad (72). HERNÁNDEZ ANTOLÍN (73) sostiene que “no parece razonable que en estos préstamos concertados vaya a tener aplicación práctica la LS, con el perjuicio que ello pueda suponer (en términos de coste) a la Administración, que parece deberá promover una política de fomento de las novaciones modificativas”. Por el contrario, se muestra favorable a la posibilidad MATEO ESTÉVEZ (74).

- Las hipotecas en garantía de títulos transmisibles por endoso y al portador, incluida la hipoteca cambiaria (75).

(69) Ob. cit., pp. 548-549.

(70) Ob. cit., p. 98.

(71) Ob. cit., p. 1217.

(72) En lo que coincide con MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, Eduardo: “Subrogación y modificación de préstamos hipotecarios (Ley 2/1994, de 30 de marzo)”, en *Revista Jurídica del Notariado*, enero-marzo 1994, pp. 57 a 106. En concreto, p. 64.

(73) Ob. cit., p. 1219. En el mismo sentido, LÓPEZ LIZ: ob. cit., p. 99.

(74) MATEO ESTÉVEZ, Joaquín: “Ley de Subrogación y novación hipotecaria de 30 de marzo de 1994. Reflexiones en torno a ella”, *La Notaría*, abril 1994, p. 11.

(75) Igual, MARTÍNEZ-PIÑEIRO (ob. cit., p. 64) y LÓPEZ LIZ (ob. cit., p. 99), quien señala que estas hipotecas adolecen del defecto substancial de carecer de acreedor conocido.

- Los préstamos hipotecarios a la construcción, con disposición en varios actos y con las correspondientes entregas. HERNÁNDEZ ANTOLÍN (76), sostiene que “si las entregas se han formalizado en documento público (actas de entrega) parece lógico que se aplique la ley. Para la práctica de la nota marginal, parece lógico exigir que hayan tenido acceso al Registro las actas de entrega. No es óbice el que no se hayan hecho todas las entregas, subrogándose la entidad en la obligación de realizarlas. En este caso puede plantearse el mismo problema del caso anterior; la notificación que se haga de la voluntad subrogatoria debería suponer la imposibilidad de hacerse entregas” (77).

- Las hipotecas en garantía de deudas reconocidas por no ser préstamos mutuos o de dinero (78).

2.3. *¿Y los créditos hipotecarios?* La cuestión ha sido planteada en la doctrina y con cierta virulencia.

GÓMEZ GÁLLIGO (79) define el contrato llamado de “crédito abierto –o disponibilidad de crédito– garantizado con hipoteca”, como “aquel por virtud del cual una entidad financiera concede al acreditado una determinada disponibilidad de dinero, que puede hacer efectiva en una o varias veces, sin que las disposiciones puedan ser superiores a la diferencia entre el límite máximo de crédito concedido y la parte dispuesta anteriormente no amortizada, y en el que cada una de las disposiciones efectuadas tienen una configuración autónoma en cuanto a tipo de interés y plazo de amortización, el cual en ningún caso puede exceder de la fecha de vencimiento final del crédito, siendo el cierre de la cuenta instrumental articulada el hecho determinante del saldo final exigible”.

(76) Ob. cit., p. 1217.

(77) Coincide en esto último LÓPEZ LIZ: ob. cit., p. 95.

(78) En el mismo sentido LÓPEZ LIZ: ob. cit., p. 99.

(79) GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco-Javier: “Estudio sobre las modernas figuras de crédito abierto garantizado con hipoteca”, *Libro Homenaje a José María Chico Ortiz*, pp. 803-830.

Se trata de una figura contractual innominada, de carácter bancario, consensual, bilateral (en cuanto que genera obligaciones para ambas partes contractuales, si bien la concesión de crédito no es recíproca sino unilateral a favor del acreditado) y de tracto sucesivo, que participa de alguna de las características de la apertura de crédito ordinario en su modalidad de caja (de la que toma la unicidad de causa), pero que se diferencia de ella en que las disposiciones tienen virtualidad autónoma (desde un punto de vista contable y a efectos de mora) hasta el cierre de la cuenta, siendo el saldo definitivo de dicha cuenta el único que se considera exigible, una vez acreditado mediante certificación bancaria (lo que le acerca a la figura de la cuenta corriente mercantil). Como complementario de ella puede existir o no una cuenta corriente bancaria.

La hipoteca que garantiza un crédito abierto, dice GÓMEZ GÁLLIGO, es una hipoteca de máximo, en la que debe fijarse un tope de responsabilidad hipotecaria (cantidad máxima de que responde la finca), conforme al artículo 153.1 de la Ley Hipotecaria, pero no una hipoteca flotante. Y por ello no son susceptibles de ser objeto de subrogación a instancia del deudor de conformidad con el artículo 1.211 C.c. y la Ley de 30 de marzo de 1994. Precisamente por el carácter bilateral del contrato y por su incompleta definición registral (falta un acto posterior extrarregistral para la fijación del saldo exigible) queda excluida la posibilidad de que a instancia del deudor pueda ser sustituido el acreedor hipotecario al amparo del artículo 1.211 C.c. Así se deduce del tenor literal del artículo 1 de la Ley de 30 de marzo de 1994 sobre subrogación de préstamos hipotecarios, que se refiere estrictamente a éstos y no a los créditos, y de la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1989 que limitó la aplicación del artículo 1.211 a los préstamos y no a los créditos. Opinión que comparten LÓPEZ LIZ y RUIZ-RICO y UREÑA (80).

(80) LÓPEZ LIZ: ob. cit., pp. 95 y ss., y RUIZ-RICO y UREÑA: ob. cit., p. 788.

Frente a esta posición, otros autores como MEZQUITA DEL CACHO GARCÍA-GRANERO (81), HERNÁNDEZ ANTOLÍN (82) y MATEO ESTÉVEZ (83), basándose el primero en que la ley es desarrollo del artículo 1.211 C.c. y concordantes, sitos en sede general de obligaciones y aplicables, por lo tanto, a todo tipo de préstamos y créditos, declaran aplicable la Ley 2/94 a las cuentas de crédito con garantía hipotecaria.

Sin embargo, en el trámite parlamentario fue rechazada la enmienda 29 del Grupo Parlamentario Popular que sugirió que en el artículo 1.2 después de la palabra préstamo se añadiese la expresión “y crédito”; y la STS de 27 de junio de 1989 declaró que el artículo 1.211 C.c. –y tal doctrina debe ser igualmente aplicable a esta ley–, por su carácter excepcional, debe ser objeto de interpretación restrictiva.

Creo, sin embargo, que es posible defender, tanto con NAVAS OLÓRIZ (84), como con GARCÍA-GRANERO (85) y con ROCA-SASTRE (86) que en ciertos casos debiera admitirse la subrogación tratándose de cuentas corrientes de crédito, en los casos en que como dice este último autor se trata realmente “de préstamos hipotecarios que se instrumentan contablemente mediante una cuenta corriente, ya que este sistema no impide que se trate de propios préstamos hipotecarios; cuando en las hipotecas en garantía de cuentas corrientes de crédito, la cuenta esté cerrada y fijado el saldo, quedando un tiempo para amortizar éste; y cuando el deudor o acreditado renuncie expresamente a efectuar nuevas disposiciones... aunque debe estimarse que para ello es pre-

(81) “Informe acerca de la Ley (2/1994, de 30 de marzo) sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios: en especial, su aplicación a las cuentas de crédito con garantía hipotecaria”, *La Notaría*, septiembre 1997, pp. 137 y ss., en concreto 179.

(82) Ob. cit., pp. 1216-1217.

(83) Ob. cit., p. 788.

(84) NAVAS OLÓRIZ, J. Ignacio: “Acercas de una aplicación extensiva de la Ley 2/1994”, *La Notaría*, noviembre-diciembre de 1997 (11-12), pp. 51-79.

(85) Ob. cit., p. 183.

(86) Ob. cit., p. 548.

ciso que tal renuncia esté prevista en la escritura de constitución o, al menos, que exista pacto de posible amortización anticipada. El mismo criterio debe aplicarse al llamado *crédito abierto o total* con garantía hipotecaria”.

Lo contrario hace que en perjuicio de los consumidores puedan empezar a proliferar los llamados créditos abiertos, cuya finalidad puede ser, pese a los argumentos que se utilicen para convencer al consumidor de sus ventajas, evitar la aplicación de la ley de subrogaciones, por una interpretación no finalista de la misma.

Sin embargo, mucho nos tememos que será difícil encontrar nuevo acreedor que preste el dinero en tales condiciones que puede conducir, probablemente, a un proceso judicial.

116

2.4. *Finalidad del préstamo.* La finalidad del préstamo en que se va a producir la subrogación es indiferente: el texto de la ley nada establece, y así resulta del *iter* legislativo, pues a la redacción final, a propuesta del Grupo Parlamentario Vasco (enmienda número 15), se llegó desde la inicial del proyecto de ley que limitaba la posibilidad de subrogación a los *“préstamos concedidos para la promoción o adquisición de viviendas y locales de negocio o para la rehabilitación de viviendas”*.

El ministro de Justicia, Sr. Belloch Julbe, se refería a esta cuestión en la sesión del pleno del día 17 de febrero de 1994 cuando decía: “Objetivamente, la extensión la limitaba el proyecto a los préstamos hipotecarios de viviendas y de locales de negocio. Ha conocido el Gobierno las diversas enmiendas que han presentado los grupos parlamentarios y, desde este mismo momento, manifiesta que no tiene... inconveniente alguno en que se universalice el ámbito de aplicación de la ley a la totalidad de los préstamos hipotecarios.”

Además, como decía la enmienda 59 del Grupo Parlamentario Popular, “la distinción entre los préstamos según

su finalidad requiere que sea el Notario quien juzgue probada ésta, sin cuyo requisito no podrá autorizar la escritura, y abriría la vía a demandas judiciales, a sustanciar por juicio declarativo que impugne la aplicabilidad de la presente ley...”.

2.5. *La procedencia del dinero con el que se satisface la obligación anterior.* El artículo 1.211 C.c. y el artículo 2 de la Ley 2/94, requieren que el deudor “*para pagar la deuda haya tomado prestado el dinero en aquélla por escritura pública, haciendo constar su propósito en ella, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.211 del Código Civil*”.

Comentando el artículo 1.211 del Código civil, RUIZ-RICO (87) señala que es imprescindible que tal contrato exista realmente.

Ya hemos señalado que la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1989, considera no equiparable el “préstamo” al “crédito” (88).

117

III. El procedimiento de la subrogación

Tal y como hemos visto, el artículo 1.1. de la ley exige que la subrogación por el deudor de las entidades financieras se realice “con sujeción a lo dispuesto en esta ley”.

Los requisitos para que se produzca la subrogación “con sujeción a lo dispuesto en la ley”, son los siguientes:

1.º) Que el nuevo préstamo que se concierta con el nuevo acreedor mejore tan sólo las condiciones del tipo de interés, tanto ordinario como de demora. Nada más (art. 4).

2.º) Que se observe el procedimiento subrogatorio regulado en el artículo 2, de cuya regular observancia deriva la

(87) Ob. cit., en *Revista Jurídica del Notariado*, 1994, p. 123.

(88) A RUIZ-RICO (ob. cit. en nota anterior, p. 124) la sentencia le merece una opinión desfavorable.

validez y eficacia de la subrogación, pues sustituye al consentimiento del acreedor.

3.º) Que se otorgue escritura pública.

4.º) Que se inscriba en el Registro de la Propiedad, para que surta efecto contra tercero.

El artículo 2, párrafo primero, de la ley establece:

“El deudor podrá subrogar a otra entidad financiera de las mencionadas en el artículo anterior sin el consentimiento de la entidad acreedora, cuando para pagar la deuda haya tomado prestado el dinero de aquélla por escritura pública, haciendo constar su propósito en ella, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.211 del Código Civil”.

El precepto reproduce prácticamente los términos del artículo 1.211 del Código civil, por ello no tiene mucho sentido la expresión “conforme a lo dispuesto en el artículo 1.211 del Código civil”, cuando lo único que falta mencionar de dicho precepto es precisamente la expresión del origen de los fondos en la carta de pago, cuya necesidad esta ley trata de evitar, y que, además, resultará de la propia escritura (89).

El proyecto de ley no contenía esa referencia al artículo 1.211 del Código civil, que fue introducida por las enmiendas 61 y 62 del Grupo Parlamentario Catalán, quien la introdujo porque la ley tenía su origen en dicho artículo, y se obviaba de esta manera la cuestión de si se trata de una novación modificativa o extintiva, o si es meramente una novación subjetiva u objetiva.

Cabe sin embargo preguntarse si este procedimiento es de necesaria observancia cuando el acreedor primitivo consiente la subrogación en los términos del artículo 1.211 C.c.

No lo es, pues éste, como dijo el ministro de Justicia, Sr. Belloch Julbe, en el pleno del Congreso de los Diputados

(89) En contra, LÓPEZ LIZ: ob. cit., p. 109, quien manifiesta “ese apéndice-segundo requisito para la subrogación, según la Ley, tiene que ser que se dé carta de pago y que se exprese la procedencia del dinero”.

en la sesión del día 17 de febrero de 1994, “viene a suplir la eventual falta de consentimiento del acreedor”. “Para evitar que la falta de consentimiento del antiguo acreedor pueda plantear dificultades, el proyecto parte, en primer lugar, de... confiar en que las entidades financieras respondan de acuerdo con los usos y prácticas comerciales, en las que hay que presumir la necesaria lealtad comercial recíproca y, por tanto, hay que presumir su colaboración. Sin embargo, por si acaso, para el supuesto de que, por el contrario, no se produjera esa colaboración de manera espontánea, es necesario prever subsidiariamente su procedimiento, que es el previsto en el artículo 2. Convendrá aclarar respecto de él... que no es, como se ha dicho erróneamente, un procedimiento de nuevo innovador o extraño en nuestro ordenamiento jurídico, es la práctica transposición del procedimiento establecido en el artículo 153 de la vigente Ley Hipotecaria –pocas leyes con más prestigio jurídico– con las lógicas adaptaciones al sistema”.

119

1. La oferta vinculante: naturaleza y requisitos.

El procedimiento regulado por la ley comienza con la oferta vinculante que formula la entidad que pretende subrogarse en el préstamo, lo cual ha permitido a algún autor como VATTIER FUENZALIDA (90) afirmar que el primer paso de la subrogación debe darlo la entidad financiera, o que la ley le confiere a ella la iniciativa.

Es acertado el criterio de ROCA-SASTRE (91) y GARCÍA-ARANGO (92) cuando afirman que aunque la ley “parece dar a entender que es la Entidad dispuesta a subrogarse quien saldrá a la «caza» de clientes descontentos con sus actuales

(90) Ob. cit., p. 604.

(91) Ob. cit., p. 549.

(92) GARCÍA-ARANGO, César: “Apostillas de urgencia a la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios”, en *Lunes* 4,30, núm. 146, p. 15.

préstamos, ... lo normal, maniobras publicitarias aparte, es que sea éste quien tome la iniciativa para lograr una rebaja de los tipos de interés”.

Es lo habitual que el deudor, con carácter previo, acuda a su entidad para intentar llegar a un acuerdo, la “**reconciliación**” de que hablaba JUAN REY, que le ahorre gastos, pues éstos aunque se hayan reducido implican: comisiones bancarias de cancelación y apertura, honorarios notariales y registrales, y gestión del documento. Si no lo obtiene, con evidente contrariedad, intenta la vía de la subrogación, solicitando de la nueva entidad la formulación de la oferta vinculante que fue introducida por las enmiendas 61 y 65 del Grupo Parlamentario Catalán, si, como dice la ley, **está dispuesta a subrogarse**, o mejor, en terminología de JUAN REY que da título a este trabajo, quiere **raptar** la hipoteca.

120

En concreto la ley establece en el artículo 2, párrafo segundo, que “*la entidad que esté dispuesta a subrogarse presentará al deudor una oferta vinculante en la que constarán las condiciones financieras del nuevo préstamo hipotecario*”.

GARCÍA-ARANGO (93) critica que la ley hable de nuevo, pues entiende que, “por definición, se trata del mismo préstamo objeto de novación, que se mantiene con sus mismas garantías (art. 1.212 C.c.), y la modificación tiene un contenido muy limitado, conforme al artículo 4 de la Ley” (94). Creo, por el contrario, que la ley se expresa en este punto con propiedad, pues en este tipo de “subrogación” se produce la extinción del préstamo anterior y el nacimiento de un nuevo préstamo al que la ley transfiere –y en eso consiste la subrogación– la garantía hipotecaria del antiguo extinguido por el pago efectuado por el deudor.

(93) Ob. cit., p. 15.

(94) En el mismo sentido que GARCÍA-ARANGO, LÓPEZ LIZ: ob. cit., p. 122.

A esta oferta vinculante es de aplicación la orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (BOE 11.5.1994), si se trata de préstamos hipotecarios en que la garantía sea una vivienda, el prestatario persona física y el capital inferior a veinticinco millones de pesetas, y la circular número 5/1994, de 22 de julio, a entidades de crédito, sobre modificación de la circular 8/1990 sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, que ha añadido una Norma Sexta Bis, bajo la rúbrica “Préstamos hipotecarios”.

1.1. *Duración de la oferta vinculante.*

El sustantivo oferta tiene una significación económica como “conjunto de bienes o mercancías que se presentan en el mercado con un precio dado y en un momento determinado” (Diccionario de la Real Academia Española) y también una significación jurídica, entendiéndolo por tal, como dijo la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1990, “la declaración de voluntad dirigida por una de las partes a otra con el fin de concluir un contrato una vez se reciba la aceptación”. En este sentido se recoge en el artículo 1.262, párrafo primero, del Código civil.

La ley no determina el plazo de duración de la oferta y por ello se hubiera planteado, con seguridad, el problema de su fijación y consecuentemente el de la revocabilidad de la oferta que ha venido a solucionar la circular del Banco de España que –con independencia de su discutido carácter normativo– obliga a las entidades oferentes, y que ha determinado que “salvo que medien circunstancias extraordinarias no imputables a la entidad, tendrá un plazo de validez no inferior a diez días hábiles desde su entrega”.

1.2. Requisitos.

Examinamos seguidamente los requisitos:

1.º) La oferta vinculante se formulará por escrito.

CALATAYUD SIERRA (95) sostiene que “aunque no lo diga la norma citada, la oferta vinculante lógicamente deberá expresar su **carácter de tal** a los efectos de lo dispuesto en la Ley con indicación de cuál es su finalidad, si bien desde luego no parece que se utilice necesariamente la expresión «*oferta vinculante*», bastando con que quede clara su condición”.

2.º) La oferta vinculante debe mejorar las condiciones del tipo de interés, ya ordinario, ya de demora, o ambos (art. 4.º), pero además debe contener las “condiciones financieras del nuevo préstamo hipotecario” (art. 2, párrafo segundo).

122

3.º) Deberá ser firmada por representante de la entidad. Ese representante debe lógicamente tener facultades, o para conceder el préstamo que se ha de formalizar con el deudor para satisfacer a la entidad acreedora, o al menos para formular ofertas vinculantes. HERNÁNDEZ ANTOLÍN subraya que son “de especial interés las normas que sobre el factor notorio establece el artículo 286 C.Co.” (96). Y añade CALATAYUD SIERRA (97): “téngase en cuenta que... el carácter vinculante de la oferta supone la posibilidad de obligar a su cumplimiento; es decir, la eficacia de la oferta supone la obligación de formalización en los términos en ella establecidos, por lo que su suscripción se puede decir que tiene casi la misma fuerza que la subrogación misma, y si para ésta se exigen facultades suficientes, en coherencia habría que tener el mismo grado de exigencia con la oferta”.

(95) CALATAYUD SIERRA, Adolfo: “El procedimiento de subrogación hipotecaria en la Ley 2/1994”, en *Revista Jurídica del Notariado*, abril-junio 1994, pp. 9 a 70. En concreto p. 22.

(96) Ob. cit., p. 1225

(97) Ob. cit., p. 23.

4.º) Salvo que medien circunstancias extraordinarias o no imputables a la entidad, la oferta vinculante tendrá un plazo de duración no inferior a diez días hábiles desde su fecha de entrega.

En consecuencia, puede la oferta fijar un plazo superior, pero no inferior a los diez días hábiles desde la entrega al deudor, que en consecuencia es conveniente que conste por escrito, para evitar una prueba complicada.

Sin embargo, puede ocurrir que nada diga la oferta. ¿Qué ocurre en tal caso? Creo con CALATAYUD SIERRA (98) que la oferta es indefinida, si bien podrá revocarse transcurridos los diez días hábiles, debiendo comunicarse al interesado.

5.º) La oferta ha de especificar las condiciones financieras correspondientes a las cláusulas financieras que resulten de aplicación de las recogidas en el anexo II de la orden sobre préstamos hipotecarios de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, la cual es aplicable en este caso pese a algunas dudas en la doctrina (99).

123

2. La aceptación de la oferta vinculante.

El deudor ha de aceptar la oferta; la necesidad de la aceptación fue introducida en el dictamen de la Comisión del Senado. Si hubiere pluralidad de deudores, habrán de consentir todos, tanto sean mancomunados como solidarios: ya hemos expuesto que aparentemente puede pensarse que la subrogación, al implicar una mejora en las condiciones del tipo de interés, es útil a los demás, sin embargo, eso es cierto cuando el tipo de interés fijo se reduce, o lo hace el diferencial permaneciendo invariable el de referencia cuando es variable el interés, pero en los restantes casos lo que inicialmente puede ser útil, a la larga puede ser perjudicial.

(98) Ob. cit., pp. 26-27.

(99) Vide CALATAYUD SIERRA: ob. cit., pp. 17 y 19, quien niega la aplicación.

¿Qué consecuencias produce la aceptación de la oferta?

a) Para algunos autores, la aceptación de la oferta determina la perfección del contrato préstamo consensual, por aplicación del artículo 1.262, apartado primero, del Código civil, ya que, como recuerda DE ÁNGEL YAGÜEZ (100), “el mutuo aunque configurado en el C.c. como contrato real, puede tener naturaleza consensual. Nada impide calificar como mutuo el pacto por el que las partes acuerdan que una entregará a la otra en préstamo una determinada cantidad; lo que sucede es que la fase anterior a esa entrega carece de regulación legal específica (habrá de estarse a la teoría general de la obligación y del contrato) contemplando el C.c. sólo las obligaciones del mutuario a partir de ese momento”. Y recoge la opinión del profesor GARRIGUES de que cuando un banco y una empresa llegan a concertar un préstamo y se pactan por escrito las condiciones, nadie duda que el préstamo está perfeccionado y la entrega de la suma prestada es acto de ejecución de aquel préstamo y no un nuevo contrato.

MARTÍNEZ-PIÑEIRO (101), por su parte, afirma que aceptada la oferta “dejará de ser oferta pasando a convertirse en consentimiento irrevocable, salvo mutuo disenso (art. 1.262 C.c.)”.

Y RUIZ-RICO y UREÑA (102) que “el propio término «oferta vinculante» resulta desgraciado, ya que si dicha oferta ha de ser aceptada por el deudor, ya no será una «oferta», sino un auténtico contrato de préstamo (concertado con la finalidad de subrogar al prestamista); un contrato suscrito en documento privado, pero contrato al fin y al cabo; un contrato condicionado a que no haya «enervación» de la primitiva entidad acreedora, pero contrato perfecto, y no otra cosa”.

(100) ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo de: *Comentario del Código civil*, tomo II, Ministerio de Justicia, p. 1753.

(101) Ob. cit., p. 71.

(102) Ob. cit., p. 794.

b) Otros autores, como HERNÁNDEZ ANTOLÍN (103), consideran que la oferta aceptada “debe considerarse como un pacto *in contrahendo* (y no el verdadero y definitivo contrato). En consecuencia:

— Las partes se obligan a llevar a cabo los actos necesarios para culminar la subrogación.

— En caso de no llevarse a cabo por causa imputable a una de las partes, deberá indemnizar los daños y perjuicios sufridos.

— Por causas válidas que permiten desligarse de lo convenido, cabe señalar, cuanto menos, el supuesto de enervación y el de disconformidad razonada (por ejemplo, cambio de circunstancias”).

Y añade que “el concepto vinculante debe identificarse con el de irrevocable, de forma tal que la entidad no puede revocar la misma durante su plazo de vigencia”, y es compatible con “el de oferta condicionada” (104).

125

Coincido con la afirmación de HERNÁNDEZ ANTOLÍN de que vinculante es sinónimo de irrevocable, pero las consecuencias de la aceptación de la oferta vinculante son, únicamente, las que establece la propia Ley 2/94, que en modo alguno impone la vinculación irrevocable del deudor, sino del acreedor oferente.

La oferta vinculante, aun aceptada por el deudor, no obliga a éste a celebrar el contrato real de préstamo y llevar a cabo la subrogación (105), lo que además podría no cumplir si expedida la certificación de la deuda, el acreedor enervase la oferta fracasando la subrogación, sino únicamente al acreedor que la formula, quien ya no podrá alterarla —primera consecuencia—, y legitima a tal acreedor para solicitar la certificación de la deuda al primitivo acreedor, por entenderse por la aceptación —segundo efecto— autorizado por el

(103) Ob. cit., p. 1226, y en el mismo sentido, LÓPEZ LIZ: ob. cit., p. 124.

(104) Ob. cit., p. 1224.

(105) En contra, MATEO ESTÉVEZ: ob. cit., p. 16.

deudor para ello (106). Luego nos referiremos a las consecuencias que para el deudor tiene la notificación de la oferta al acreedor.

Éstas, y no otras, son las consecuencias de la aceptación de la oferta vinculante.

Es preciso matizar, de nuevo, esta afirmación: el hecho de aceptar la oferta no la convierte en consentimiento irrevocable del deudor, quien podrá no llevar a cabo el contrato definitivo, y en cuanto al acreedor, se acepte o no la oferta, sigue siendo ésta irrevocable mientras no haya transcurrido el plazo de la misma.

Creo que la aceptación de la oferta produce el triple efecto que ya anunciábamos:

a) El nuevo acreedor queda vinculado por su declaración de voluntad frente al deudor que exija su cumplimiento dentro de plazo. El deudor que la acepta, por el contrario, no queda obligado a contratar.

b) Legitima a la nueva entidad oferente para requerir la certificación de la deuda, superándose así el obstáculo, cierto, puesto de relieve por el Grupo Parlamentario de CIU en la enmienda 53, relativo a que “las entidades acreedoras no pueden facilitar a terceros no autorizados datos relativos a los débitos de sus clientes ya que están obligados a preservar el secreto bancario”. La enmienda por ello pretendía que el requerimiento debía efectuarse conjuntamente por la entidad que pretenda subrogarse y el deudor.

c) Implica una oferta de novación modificativa que el deudor efectúa al acreedor primitivo, pues si éste expide la certificación, se le permite enervar la oferta. Por ello el artículo 2 habla de “formalizar” la novación modificativa, que ya ha sido perfeccionada por la declaración unilateral del acreedor, configurada, como veremos, como un auténtico derecho de tanteo. En caso de no expedir la certificación se entiende que no acepta la oferta de novación modificativa.

(106) En el mismo sentido GARCÍA-ARANGO: ob. cit., pp. 15-16

De otra manera no tendría sentido notificarle la oferta al acreedor primitivo, bastaría con pedirle la expedición de la certificación, lo que además podría hacer en cualquier momento el deudor acudiendo a la entidad financiera. No basta, sin embargo, para enervar, con aceptar la oferta y comunicárselo así al deudor, sino que la ley exige la formalización del contrato, es decir, cumplir con la forma que sea necesaria, en cada caso, para que surta efecto.

Así lo expresa el artículo 2 cuando dice: *“La aceptación de la oferta por el deudor implicará su autorización para que la oferente se la notifique a la entidad acreedora y le requiera para que le entregue, en el plazo máximo de siete días naturales, certificación del importe del debido del deudor por el préstamo hipotecario en que se ha de subrogar”*.

3. La notificación de la oferta vinculante.

127

No prevé la ley qué procedimiento es el adecuado para efectuar la notificación. Cualquier procedimiento es válido siempre que asegure la constancia de su recepción por el primitivo acreedor, pues no basta con emitir la notificación sino que hace falta que ésta llegue a su conocimiento, ya que desde la recepción se cuenta el plazo para la entrega de la certificación, y desde la expedición de la misma el plazo para enervar la oferta.

No puede enervarse una oferta que no se conoce, y nadie puede verse privado de sus derechos sin su conocimiento.

Puede en consecuencia remitirse por correo certificado con acuse de recibo, o de cualquier otra forma, con tal que quede acreditada la recepción y su fecha. LÓPEZ LIZ (107) aconseja que se formule por conducto notarial, aunque sea por acta de carta certificada con acuse de recibo. La práctica sin embargo está demostrando que dicho procedimiento no es ni necesario, ni se está utilizando.

(107) Ob. cit., p. 128.

A diferencia de la remisión por correo certificado con acuse de recibo en que debe figurar quien la recibe, constituye ya un uso bancario el que no se firmen las recepciones de las ofertas vinculantes; suele estamparse el sello de la entidad y la fecha. Cabe exigir la firma de apoderado con facultades bastantes, pero el hecho de que no figure quién ha recibido la oferta no le resta eficacia a la notificación, siempre que al menos figure el sello de la entidad y la fecha, ya que debe entenderse que el empleado que recibe la oferta y sella el duplicado tiene notoriamente facultades para ello, y porque además constituye ya un uso bancario.

La notificación de la oferta y el requerimiento para la entrega de la certificación deben hacerse a la entidad acreedora. La buena fe que debe presidir la actuación de las entidades financieras exige que se efectúe en el domicilio de la entidad fijado para notificaciones en la escritura de préstamo y en su defecto en la propia oficina que concedió el préstamo hipotecario o en aquella en que cumple el deudor sus obligaciones de pago.

4. La entrega de la certificación acreditativa del importe del débito.

Junto con la notificación de la oferta vinculante, la entidad financiera oferente requerirá al primitivo acreedor para que le entregue en el plazo máximo de siete días naturales la certificación del importe del débito.

La ley no impone obligación a la entidad acreedora de expedir la certificación, sin embargo, para inducir a su expedición convierte a ésta en requisito *si ne qua non* para el ejercicio del derecho de enervar la subrogación, o lo que es lo mismo, no puede aceptar la oferta que el deudor le hace de novación modificativa. Por ello, las resoluciones de 19, 20 y 21 de julio de 1995 hablan de “una carga que se impone a la entidad acreedora que desee ejercitar el derecho de enervar la subrogación”.

El precepto es claro: el plazo máximo de los siete días naturales que fija la ley lo son para **entregar** la certificación, que equivale en este caso a, valga la redundancia, “**entregarla**” y no a “**expedirla**”, a diferencia de lo que ocurre con el derecho a enervar que se cuenta desde la expedición, que es acto propio, y no desde la recepción, que es acto ajeno, que puede tardar varios días como consecuencia de las diversas posibilidades que existen de remisión y que el expedidor desconoce.

La entidad financiera primitiva acreedora deberá entregar diligentemente la certificación a la entidad que formuló la oferta, en el domicilio que figure en la solicitud de la certificación, en el plazo máximo indicado de los siete días naturales, debiendo obtener —en los mismos términos que hemos visto al hablar de la notificación— resguardo de la recepción, pues si han transcurrido siete días desde que se le entregó la solicitud de certificación sin que haya sido entregada, no podrá, pese a haberla expedido, usar de su derecho a enervar la oferta y la subrogación se podrá formalizar.

En ocasiones, la escritura de subrogación se demora incluso meses; suele en tales casos solicitarse de la primitiva entidad acreedora una nueva certificación actualizada de la deuda. La expedición de esta nueva certificación no hace renacer la posibilidad de enervar la subrogación.

La certificación deberá consignar el importe del débito de forma detallada, a fin de que el interesado pueda comprobar su corrección con arreglo a la propia escritura de préstamo hipotecario. En el caso de disconformidad con el débito certificado deberá expresarlo así al otorgar la propia escritura de subrogación, para evitar le sean alegados sus propios actos si decide formular reclamación judicial por lo indebidamente certificado y cobrado.

Entre los conceptos certificados suele estar la comisión por amortización anticipada, y la alegación del daño, excluida la sola pérdida de ganancias, directamente producido a

la entidad acreedora por la subrogación, cuestiones éstas que han merecido la atención del legislador en el artículo 3 de la ley.

En la práctica, algunas entidades, en la propia certificación, incluso cuantifican el importe del daño.

VATTIER FUENZALIDA (108) sostiene que “aunque nada se dice, hay que entender que la indemnización es de cargo de la Entidad” que se pretende subrogar. Nosotros creemos que no: una cosa es que se haga una oferta sugestiva al deudor para que cambie de entidad y otra que por ello tenga que pagar unos daños que la propia entidad no ha producido. Será el deudor, en todo caso, quien para mejorar las condiciones del préstamo desea cambiar de entidad, aunque produzca un daño a la anterior.

Si el deudor reconoce el daño y su cuantía, el préstamo podrá abarcar también la cantidad necesaria para satisfacerlo siempre que no se supere la responsabilidad por principal de la hipoteca raptada; de no admitirlo deberá ser deducida aquélla de la certificada para llevar a efecto la subrogación, sin perjuicio de las posteriores actuaciones de las partes en el juicio declarativo correspondiente, pues el daño ha de ser demostrado, y sólo los tribunales tienen competencia para fijar su importe y no unilateralmente uno de los contratantes. Por ello, el artículo 2 de la ley es claro cuando al referirse a la declaración relativa al pago que debe efectuar la nueva entidad financiera a la anterior acreedora dice que “declare en la misma escritura haber pagado a la acreedora la cantidad acreditada por ésta, por *capital pendiente e intereses y comisión devengados y no satisfechos*”. Ninguna referencia se hace a la indemnización de que tratamos.

(108) VATTIER FUENZALIDA, Carlos: “La subrogación y la modificación de los préstamos hipotecarios, según la Ley 2/1994, de 30 de marzo”, en *Actualidad Civil*, n.º 31, 29 agosto-4 septiembre 1994, p. 602.

5. El derecho a enervar la subrogación.

Expedida la certificación, la entidad acreedora tendrá derecho a enervar la subrogación: así lo establece el párrafo tercero, primera parte, del artículo 2 de la Ley 2/94:

“Entregada la certificación, la entidad acreedora tendrá derecho a enervar la subrogación si en el plazo máximo de quince días naturales a contar desde dicha entrega, formaliza con el deudor novación modificativa del préstamo hipotecario”.

Fueron las enmiendas 61 y 65 del Grupo Parlamentario Catalán (CIU) quienes introdujeron el derecho a enervar la subrogación.

Varias cuestiones suscita la interpretación de este precepto que ha sido, sin duda, el que mayores problemas ha planteado en la práctica de la aplicación de la norma, a saber:

5.1. *Naturaleza del derecho del acreedor primitivo.* Hay autores que parecen negar que el acreedor tenga derecho alguno, antes al contrario, al deber consentir la novación modificativa el deudor, es un derecho de éste, pues como dicen RUIZ-RICO y UREÑA (109) “no existe derecho alguno para forzar al deudor que ha contratado con la nueva entidad a contratar de nuevo para seguir vinculado con la acreedora en las condiciones que aquélla otra le ofrecía”.

En el mismo sentido se manifiesta HERNÁNDEZ ANTOLÍN (110) cuando afirma que no es “un derecho facultativo concedido a la entidad prestamista. Su fundamento es la protección del deudor, ya que sólo procederá enervación si en el plazo fijado se suscribe una novación modificativa (que tiene que consentir el deudor). Se pretende con ello facilitar el que pueda obtener unas condiciones aún más favorables de su acreedor”.

(109) Ob. cit., p. 800.

(110) Ob. cit., p. 1229.

Esa necesidad de consentimiento del deudor motiva también las opiniones de la Comisión de Estudio del Colegio de Registradores (111), que entendió que la primitiva entidad sólo puede enervar la subrogación si iguala o mejora las condiciones de la oferta vinculante, pues en otro caso no parece lógico que el deudor tenga que consentir la novación modificativa (que aparece configurada **como un derecho del deudor**) y podría acudir a la subrogación, y de LÓPEZ LIZ (112).

Y de la misma opinión participan, claramente, dos autos de dos juzgados de primera instancia de la ciudad de León, si bien ambos fueron dictados en procedimientos del artículo 2 de la ley, por lo tanto no referidos a este extremo, ni, por tanto, determinantes de su resolución.

El auto del juzgado de primera instancia e instrucción número 5 de León, de 6 de mayo de 1997, declaró que “lo que quiere la ley, según la interpretación auténtica que resulta de su exposición de motivos, es beneficiar a los ciudadanos y no a las entidades de crédito, respetando siempre, como no podía ser de otro modo, la libertad de aquéllos. De ahí que la subrogación sea una facultad del deudor y que la enervación de la subrogación requiera de su concurso, «formaliza con el deudor», dice el párrafo tercero del artículo 2 de la ley”... “De ahí que no compartamos la doctrina que parece desprenderse de la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de julio de 1995, ... pues, a nuestro juicio, no bastaría que la entidad acreedora igualara las condiciones económicas ofertadas por la entidad subrogada para que pudiera exigir del deudor la formalización de la novación modificativa (sin la cual no hay enervación), sino que será imprescindible y esencial que el

(111) “Resumen de las cuestiones tratadas en el estudio de la Ley 2/94, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios”, *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, número 312, Madrid, 1994.

(112) Ob. cit., p. 136.

deudor quiera realizar la novación. Obligarle a ella, sería violentar su derecho fundamental a la libertad reconocido en el artículo 17 de la Constitución y del que es versión el derecho a la libertad de contratación"... "Por lo demás, dígasenos qué razón habría para que, una vez satisfechas a una entidad acreedora lo que el deudor le debe por capital pendiente, intereses y comisiones, pudiéramos obligar a dicho deudor a convenir una novación para continuar manteniendo una nueva posición deudora con dicha entidad cuando lo manifestado y deseado por él es querer mantenerla con una entidad subrogada y distinta".

El auto de 6 de octubre de 1997 del juzgado de primera instancia número 9 de León declaró, refiriéndose a la enervación, que ello llevaba a "exigir una voluntad plena de ambas partes intervinientes en el contrato de préstamo, tal y como exigen los artículos 1.209, 1.261, 1.º, y 1.262 de nuestra Ley Civil Básica", lo que implica "un negocio jurídico estrictamente voluntario, *a cuya celebración no pueden ser compelidos los deudores*", pues el artículo 9 de la ley habla de que las escrituras públicas de novación modificativa de préstamos hipotecarios han de ser "pactados de común acuerdo entre acreedor y deudor...; fórmula ésta que evidencia que el derecho de enervación del artículo 2 no se ejerce mediante el simple anuncio del propósito de igualación de condiciones, sino a través de la efectiva formalización de un negocio jurídico de contenido novatorio, en el que es insoslayable el concurso de la voluntad real y plena de los prestatarios". Por tanto, "el protagonismo del deudor hipotecario en el régimen de la Ley 2/1994, que se advierte en el propio preámbulo, hace inviable una novación modificativa que no cuente con su voluntad".

Doctrina contraria sostienen las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19, 20 y 21 de julio de 1995, que declararon que "se configura la enervación como un verdadero derecho de la entidad acreedora". Y esta es también nuestra opinión. Lo contrario sería

dejar el cumplimiento del contrato al arbitrio de una de las partes contratantes, cuando han sido debilitadas las razones que lo hubieren hecho posible conforme a la ley.

En el trámite parlamentario, las enmiendas 61 y 65 del Grupo Parlamentario Catalán CIU, que lo introdujeron, lo calificaban de un auténtico derecho de "tanteo". Y esta opinión ha sido acogida por otros autores, como VATTIER FUENZALIDA (113).

MARTÍNEZ-PIÑEIRO (114) no parece dudar de que sea un derecho del acreedor, sino más bien que sea un derecho de tanteo, porque al ser aprobada la "enmienda transaccional la idea originaria se ha desvanecido y no estamos ya ante un verdadero tanteo que permite al primer acreedor dejar sin efecto la oferta vinculante y subsiguiente subrogación haciendo suyas las mismas condiciones contenidas en la oferta. Lo de «condiciones idénticas» ha desaparecido y la ley sólo habla de enervar la subrogación y formalizar con el deudor novación modificativa del préstamo originario. Novación modificativa que, en teoría, podrá ser en condiciones distintas, incluso más onerosas, que las contenidas en la oferta vinculante. Lo dicho no obsta para que si se quieren disfrutar de los beneficios que concede el artículo 9 de la propia Ley, se cumplan las condiciones en el mismo establecidas: mejora de las condiciones del tipo de interés, pero no mejora en las condiciones contenidas en la oferta vinculante".

Consecuentemente con el carácter de oferta de contrato de novación modificativa que predicamos de la notificación de la oferta vinculante al acreedor, éste, al enervar acepta dicha oferta. Si las condiciones son diversas nos hallaremos ante una novación modificativa ex artículo 9 de la ley y no ante una enervación de la subrogación.

En definitiva, se trata de una facultad o derecho del acreedor que debilita las razones del cambio, y que le per-

(113) Ob. cit., p. 604. En contra HERNÁNDEZ ANTOLÍN: ob. cit., p. 1229.

(114) Ob. cit., pp. 72-73.

mite aceptar la oferta de novación modificativa que le formula su deudor, impidiendo la subrogación.

Por ello, las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19, 20 y 21 de julio de 1995 declaraban que “el objetivo de la Ley, cual es el de facilitar que el deudor pueda beneficiarse de la bajada generalizada de los tipos de interés, no puede llevarse al extremo de menoscabar sin causa justificada el no menos legítimo interés de la entidad acreedora de mantener la titularidad del crédito siempre que ello sea en las mismas condiciones económicas que las ofertadas por la entidad que pretenda la subrogación”.

5.2. *El plazo máximo para enervarla* es el de quince días naturales a contar desde la entrega de la certificación.

Cabe aquí plantear la duda de qué se entiende por entrega de la certificación.

No implica la entrega física del documento, sino la expedición de la certificación. Esta es asimismo la opinión de GALLARDO PIQUERAS, registrador de la propiedad calificador de las escrituras que dieron lugar a los recursos que motivaron las resoluciones de 19, 20 y 21 de julio de 1995, cuando afirmaba que “es imprescindible que haya transcurrido el plazo de quince días entre la certificación y el acto subrogatorio”, lo que confirmaron el presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León y las Resoluciones aludidas.

La entidad certificante conoce la fecha de su certificación, y desde entonces y no desde la entrega material a la nueva acreedora, puede ejercitar su derecho.

El transcurso de dicho plazo es requisito esencial para que la subrogación opere, como destacó la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de julio de 1995, cuando dijo: “debe considerarse que se trata de una normativa de carácter excepcional respecto de las reglas generales de la obligatoriedad de los contratos

(arts. 1.258 y 1.091 del Código civil) y de las normas hipotecarias que previenen la necesidad del consentimiento del titular de un asiento registral para su modificación (arts. 1 y 40 de la Ley Hipotecaria) lo que reclama, por consiguiente, una interpretación estricta. Todo ello determina que la eficacia de la subrogación prevista en el artículo 2 de la Ley comentada deba supeditarse al transcurso del plazo de quince días previsto en la norma cuestionada, salvo que con anterioridad la entidad acreedora manifieste su decisión de no proceder a la modificación de su crédito en las condiciones que se le comuniquen por la entidad que pretende la subrogación (véase párrafo 2.º del artículo 2 de la Ley 2/1994), o que quede debidamente acreditado que la entidad acreedora ha aceptado plenamente el pago efectuado por la entidad que pretendía la subrogación”.

136

Por lo tanto, solamente existen dos maneras de evitar el transcurso del plazo de los quince días, o la manifestación expresa de la acreedora primitiva de no querer enervar la oferta, o el “pago debidamente aceptado”, es decir, recibido por quien tenga facultades en virtud de apoderamiento mercantil de la entidad acreedora para recibir pagos y otorgar carta de pago.

No obstante, si se ha otorgado la escritura de subrogación antes de transcurrir los quince días, el defecto puede ser subsanado, transcurrido este plazo, mediante la ratificación por los otorgantes de la escritura de subrogación, con expresa declaración de que no ha tenido lugar en el plazo de los quince días la enervación, o acreditando que la entidad acreedora ha aceptado plenamente el pago efectuado por la entidad que pretendía la subrogación.

5.3. *Forma de la enervación.* La ley exige que se formalice con el deudor la novación modificativa del préstamo hipotecario dentro del plazo señalado.

Formalizar la novación modificativa no es simplemente manifestar el deseo o la decisión de enervar la oferta, sino

formalizar la novación, es decir, dar forma al contrato preexistente producido mediante la concurrencia de la oferta y la aceptación.

Podría ser suficiente con la sola manifestación del acreedor primitivo de enervar, pues se habrá perfeccionado la novación modificativa, pero a la ley no le basta esto, sino que exige que se formalice como *condictio si ne qua non*.

Por ello no es satisfactoria la práctica de alguna entidad bancaria que al expedir la certificación hace saber su decisión de enervar, sino que es preciso que se formalice en plazo la novación modificativa.

Sin embargo, para poder formalizar la novación modificativa, se requiere la colaboración del deudor, lo que no convierte el derecho del acreedor en dependiente de la voluntad del deudor como hemos expuesto.

LÓPEZ LIZ (115) señala que, “con este requisito la Ley se ha lucido porque si quería otorgar a la primera acreedora el derecho a enervar la subrogación, hubiera bastado con que se le exigiese declaración formal de que igualaba las mejores condiciones del tipo de interés contenidas en la oferta de la potencial segunda acreedora, y de que estaba dispuesta a formalizar con el deudor la novación modificativa del préstamo hipotecario en dicho sentido igualatorio de las susodichas condiciones. Al considerar equivocadamente la Ley como requisito para que, por encima y al margen de la oferta de subrogación, se produzca la novación modificativa del préstamo hipotecario, ... fracasa su intento de dar una segunda oportunidad a la primera acreedora, a no ser que se obtenga la conformidad del deudor”.

Sin embargo, creo que la interpretación que hay que dar al precepto es distinta, como ya hemos anticipado.

Esta norma es una norma de protección del consumidor o usuario de los servicios bancarios (entendido en sentido amplio), pues no quiere la ley que se le pase con razones,

(115) Ob. cit., p. 136.

haciéndole perder una buena oportunidad, sino que éste vea realmente modificado su contrato de préstamo, en las condiciones resultantes de la concurrencia de la oferta del deudor y la aceptación del acreedor, observando para ello la forma que sea exigible, según los casos; por ello utiliza el verbo “formalizar”, es decir, “revestir una cosa con los requisitos legales”, y no convenir una novación modificativa.

Es cierto que el deudor puede colaborar o no, pero si no colabora no podrá operar la subrogación.

Es significativo a este respecto el *iter* legislativo: las enmiendas 61 y 65 del Grupo Parlamentario Catalán de CIU que introdujeron el derecho a enervar la oferta, hablaban del **ofrecimiento de la inmediata novación modificativa del préstamo**. Sin embargo, el texto aprobado por el Congreso no habla ya de **ofrecimiento** sino de **formalización**.

138

En la justificación de la enmienda 61 se decía que el “derecho de tanteo sobre la oferta de la entidad que pretende subrogarse... se deberá instrumentar a través de la novación modificativa del préstamo”.

Fue lo que sucedió en el supuesto resuelto por el auto del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Palencia, de fecha 21 de febrero de 1997, en el asunto número 27/97, en que la entidad manifestó a la nueva entidad y al deudor, mediante acta notarial, su voluntad de enervar y requirió al deudor para que fijara el notario, hora y día, ante quien elevar a pública la novación del préstamo, sin que éste manifestara nada al respecto, de lo que se deduce que dicha elevación no pudo ser llevada a cabo por voluntad del deudor, no por voluntad de la entidad en cuestión, por lo que, teniendo según el artículo 2 de la citada ley el acreedor derecho a enervar la subrogación, y no habiéndose podido formalizar la misma por culpa del deudor, es obvio que el incumplimiento no puede beneficiar al que no cumple (el cual, por otra parte, ha conseguido la finalidad marcada por la ley, cual es la rebaja en los tipos de interés de un préstamo hipotecario).

En el mismo sentido se manifestó la Audiencia Provincial de Palencia en su auto de fecha 7 de julio de 1997, que confirmó el anterior.

Dos conclusiones pueden pues extraerse de estos autos: la primera, que la subrogación no puede operar en contra del primitivo acreedor que no sólo ha manifestado su voluntad de enervar, sino que ha preconstituido la prueba de haber requerido al deudor para que facilite la realización de la novación modificativa. La segunda, que la enervación no se produce por manifestar tan sólo la voluntad de novar la obligación primitiva, sino que hay que poner los medios para que pueda formalizarse.

A ellas puede añadirse una tercera: que de la enervación surge un derecho a favor del deudor, pero también del acreedor, de exigir la formalización de la novación modificativa.

Cabe recordar en este momento, no obstante, las opiniones en contra de HERNÁNDEZ ANTOLÍN (116), que exige para poder enervar no solamente la voluntad del acreedor sino el consentimiento del deudor, y de los autos de Juzgados de Primera Instancia e Instrucción de León: número 5, de 6 de mayo de 1997, y número 9, de 6 de octubre de 1997.

Ello supondría dejar ineficaz el derecho del acreedor a enervar, que la ley le concede, y que se aviene a dejar el contrato suscrito en las condiciones deseadas por su cliente, aceptando su oferta; y éste pese a ello, en lugar de formalizar la novación modificativa o reconciliación, que dé firmeza a las nuevas condiciones, burla al acreedor primitivo y se aprovecha de que lógicamente se requiere su firma para formalizar la modificación, ventajosamente para él, del préstamo, para liberarse de dicho acreedor con exenciones fiscales y bonificaciones arancelarias de notarios y registradores.

Por ello, con mejor criterio, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de León, en auto de fecha

(116) Ob. cit., p. 1229.

2 de octubre de 1997, se refiere al derecho de enervación como el que la ley “prevé pueda abortar el intento de subrogación”.

Si el deudor no colabora al otorgamiento de la escritura de novación modificativa con su acreedor primitivo, y se otorga la escritura de subrogación, emitiendo una declaración no ajustada a la realidad, y se inscribe en el Registro, será necesario acudir al procedimiento declarativo correspondiente, como señalaba el último auto citado.

5.4. *La novación modificativa.* Hemos visto que la forma de llevar a cabo la enervación de la subrogación es formalizar con el deudor novación modificativa del préstamo hipotecario. Hay que entender que esta novación modificativa del préstamo hipotecario es de las contempladas en el artículo 9 de la propia ley, es decir, aquellas pactadas entre acreedor y deudor en que la modificación se refiera a la mejora de las condiciones del tipo de interés, inicialmente pactado o vigente, y conjuntamente con ella, posible alteración del plazo.

A diferencia de lo que se prevé en materia de subrogación, en que sólo puede modificarse a la baja el tipo de interés; en la novación modificativa puede modificarse a la baja el tipo de interés y el plazo; pero esto último ha de ser conjuntamente con aquéllo; por lo tanto, las modificaciones de plazo sin mejora simultánea del tipo de interés no se hallan comprendidas en la Ley 2/94. MATEO ESTÉVEZ (117) considera –criterio que no comparto– que se puede alterar el plazo pero no las condiciones del plazo, por ejemplo, pasar de amortizaciones mensuales a cualesquiera otras que no fueran mensuales.

Así lo entiende igualmente MARTÍNEZ-PIÑEIRO (118) quien plantea dos dudas que deja en el aire:

(117) Ob. cit., p. 95.

(118) Ob. cit., p. 95.

La primera: si puede pactarse un plazo de menor duración. Mi respuesta es afirmativa, pues la reducción del plazo y del tipo de interés implica a la larga el abaratamiento del precio pagado por el dinero prestado (119).

La segunda: si la ampliación del plazo en caso de haber acreedores posteriores supone una novación modificativa que permita conservar el rango que se tenía o no. Mi opinión es claramente negativa. La ley regula fundamentalmente la subrogación y en perjuicio de tercero tan sólo permite mejorar el tipo de interés: el acreedor posterior o el tercer poseedor no les afectará la modificación pues no se altera en su perjuicio la responsabilidad por intereses, único aspecto que puede modificarse (art. 4). Y al regular el procedimiento en el artículo 2 admite que la entidad acreedora enerve (debilite las razones) una oferta vinculante donde únicamente se ofrece, como razón, la mejora del tipo de interés, sin alterarse la responsabilidad de la finca al alza por tal concepto y nunca el plazo. La novación modificativa mejorando tipo de interés y plazo, tan sólo se prevé en el artículo 9 para concederle beneficios fiscales y arancelarios de notarios y registradores, pero no puede perjudicar a tercero si hay modificación del plazo, porque no existe norma que lo ampare, rigiéndose por las normas generales de las obligaciones y contratos y por la Ley y Reglamento hipotecarios.

La novación modificativa no ha de otorgarse siempre en escritura pública si consiste tan sólo en el descenso del tipo de interés fijo pactado o del diferencial del tipo variable convenido, y no se pretende alcanzar eficacia *erga omnes* (120). Mas la falta de escritura pública y constancia registral puede provocar que ante una posible cesión del crédito por el acreedor hipotecario, no pueda el deudor alegar frente a

(119) En el mismo sentido, HERNÁNDEZ ANTOLÍN, José-Manuel: "Breve análisis de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios", p. 1204.

(120) CAMPO VILLEGAS, Elías: *La Ley*, 4 de marzo de 1994, pp. 1 y ss., y ROCA-SASTRE: *ob. cit.*, p. 564.

éste la mejora del tipo de interés convenido con el primitivo acreedor, conforme al artículo 5 de la Ley 2/94 y 144 de la Ley Hipotecaria.

Por el contrario, si consistiere en el cambio de variable a fijo o viceversa, y en cualquier caso en que se modifique el plazo, se requerirá la escritura pública y la inscripción en el Registro de la Propiedad para que afecte a tercero, y a ella deberá concurrir el hipotecante no deudor si lo hubiere (121). En este caso, la escritura está exenta del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, modalidad gradual, pues así lo establece el artículo 9, párrafo primero, de la ley: la constancia registral, según ROCA-SASTRE, deberá efectuarse por inscripción, ya que aquí no existe norma específica como en la subrogación (122).

142

“Estarán exentas en la modalidad gradual de «Actos Jurídicos Documentados» las escrituras públicas de novación modificativa de préstamos hipotecarios pactados de común acuerdo entre acreedor y deudor, siempre que el acreedor sea una de las entidades a que se refiere el artículo 1 de esta Ley y la modificación se refiera a la mejora de las condiciones del tipo de interés, inicialmente pactado o vigente. Conjuntamente con esta mejora se podrá pactar la alteración del plazo.”

6. La escritura de subrogación cuando ha sido entregada la certificación y no ha sido enervada la oferta vinculante.

Transcurridos los quince días naturales siguientes a la expedición de la certificación, sin que se haya producido la enervación (aceptación de la oferta de novación modificativa y formalización de la misma), se puede otorgar la escritura pública de subrogación, en la que conforme al artículo 4 de la Ley: *“sólo se podrá pactar la mejora de las condiciones del tipo de interés, tanto ordinario como de demora, inicialmente pactado o vigente”*.

(121) REY PORTOLÉS: ob. cit., p. 113.

(122) Ob. cit., p. 564. Y en el mismo sentido, GARCÍA-ARANGO: ob. cit., p. 20.

Pero no solamente contendrá esa mención, pues también deberán constar las declaraciones correspondientes al pago y a las condiciones del nuevo préstamo como veremos a continuación.

Así, el artículo 2, párrafo tercero, establece que *“para que la subrogación surta efectos, bastará que la entidad subrogada declare en la misma escritura haber pagado a la acreedora la cantidad acreditada por ésta, por capital pendiente e intereses y comisión devengados y no satisfechos. Se incorporará a la escritura un resguardo de la operación bancaria realizada con tal finalidad solutoria”*.

6.1. *La escritura de subrogación es también una escritura de préstamo*, por definición, pues la subrogación implica la concesión de uno nuevo para cancelar otro vigente.

Deberá constar además que el préstamo se concede con finalidad solutoria del anterior, y con el fin de gozar de los mismos derechos anexos que el anterior que se cancela, y cuáles son las nuevas condiciones del tipo de interés (art. 4), que justifican la subrogación.

Como dice LÓPEZ LIZ (123), cabe la posibilidad, conforme a la orden de 12 de diciembre de 1989, artículo 5.º, y la circular 8/1990 del Banco de España, de cobrar comisiones por operaciones o servicios prestados por las entidades, y entre ellas la comisión de apertura conforme a la circular 5/1994, de 22 de julio.

Se ha discutido la cuantía del nuevo préstamo.

Puede entenderse que tan sólo puede prestarse la cantidad adeudada por principal en el momento de la subrogación, y el deudor añadir la cantidad necesaria por razón de intereses y comisiones debidas para poder remitir al acreedor la cantidad certificada.

Sin embargo, creo que el préstamo puede ser de toda la cantidad necesaria para que pueda tener lugar la subroga-

(123) Ob. cit., pp. 144-145.

ción, pues si tan sólo se pudiese prestar el principal debido, pero no las demás cantidades acreditadas por intereses adeudados y comisión de cancelación en su caso, la subrogación no podrá efectuarse, en ocasiones, por carecer el deudor de medios económicos para suplirlas. Por ello, tanto el artículo 1.211 del Código civil, como el artículo 2, primer párrafo, de la Ley 2/94 permiten que se tome dinero prestado para pagar la deuda, y no distinguen entre los diversos componentes posibles de la misma. Debe pues entenderse que es la deuda total cualquiera que sean los conceptos que la integren cuando refiere que "para pagar la deuda haya tomado prestado el dinero de aquélla por escritura pública".

144

Existe sin embargo un límite en el supuesto de que existan terceros que pueden ser perjudicados: la cuantía por principal garantizado no podrá superar el que figure en el Registro de la Propiedad. Así se deduce del hecho de que el artículo 5 admite tan sólo que se modifiquen las "nuevas condiciones pactadas del tipo de interés" en perjuicio de tercero. No habiendo tercero no existe a mi juicio tal límite.

6.2. *Otorgantes de la escritura de subrogación.* Resulta evidente que el nuevo acreedor y el deudor cuando es el hipotecante. Pero si la hipoteca se hubiere constituido por hipotecante no deudor deberá éste concurrir cuando, como dice REY PORTOLÉS (124), la mejora de las condiciones financieras no es evidente por el fárrago que las acompaña. Por ello, como hemos dicho anteriormente, deberá concurrir siempre que nos hallamos ante un cambio de interés fijo por variable o viceversa.

6.3. *La incorporación de la certificación bancaria.* Se ha cuestionado, igualmente, si a la escritura de subrogación debe incorporarse la certificación bancaria expedida por la primi-

(124) Ob. cit., p. 113.

tiva acreedora, o, al menos, acompañarse para inscripción a la copia de la escritura.

Fue el supuesto contemplado por la Dirección General de los Registros y del Notariado en su resolución de 19 de julio de 1995: el registrador denegó la inscripción de la escritura de subrogación porque no se incorporaba a la escritura ni se aportaba con ella certificación de la entidad acreedora relativa al importe total del débito.

La Dirección General dice: “ha de reconocerse que la certificación del importe de la deuda no constituye requisito imprescindible de la subrogación, en tanto en cuanto si falta podrá ser sustituido por el cálculo que de la cantidad debida realice la entidad prestamista que pretende subrogarse. Se trata, más bien, de una exigencia prevista para facilitar la subrogación —por la seguridad que la certificación implica para que la entidad prestamista conozca el importe del débito— y una carga que se impone a la entidad acreedora que desee ejercitar el derecho de enervar la subrogación. Por ello, el artículo 2 de la Ley 2/1994, para que la subrogación surta efectos, exige únicamente que a la escritura pública se incorpore un resguardo de la operación bancaria realizada con finalidad solutoria, mientras que respecto de la coincidencia entre la cantidad que resulta de dicho resguardo y la acreditada por la entidad acreedora exige la mera declaración de la entidad subrogada. Debe advertirse que, aparte la responsabilidad que asume esta entidad, los intereses de la acreedora no quedan comprometidos, ya que, de no ser exacta dicha declaración, cuenta aquélla con la posibilidad que el artículo 1.213 del Código civil reconoce para ejercer su derecho por la cantidad no pagada, con preferencia a la entidad subrogada. A mayor abundamiento, en la presente declaración hecha por la entidad subrogada de que la cantidad pagada resulta de la certificación del saldo expedido por la acreedora, el pago se ha acreditado mediante resguardo expedido por ésta en el que se declara recibido el importe de los distintos conceptos del préstamo referido,

sin que deba ahora analizarse –por no ser cuestionado en la nota de calificación– si este resguardo contiene o no datos identificativos suficientes sobre el pagador y el préstamo que se paga” (125).

No comparto la doctrina de la Dirección. La certificación no sólo acredita el importe de la deuda, sino que fija el día inicial del cómputo del plazo de que dispone el acreedor para enervar la subrogación. Dificilmente se puede efectuar el cálculo de los quince días si no resulta acreditado el día inicial. Y tratándose el derecho a enervar de una facultad del acreedor, y el procedimiento del artículo 2 de la ley de un procedimiento sustitutorio del consentimiento del titular registral del derecho inscrito, o el notario que tiene a la vista la certificación, da fe de la fecha, si no la incorpora, o debe incorporarse a la copia de aquélla al Registro de la Propiedad para calificación.

146

6.4. *El pago a la entidad acreedora primitiva.* La entidad subrogada ha de manifestar en la misma escritura haber pagado a la acreedora la cantidad acreditada por ésta, por capital pendiente e intereses y comisión devengados y no satisfechos. Al otorgarse la escritura de subrogación al menos transcurridos los quince días desde la expedición de la certificación, a la cantidad certificada se le añaden los intereses hasta el día del otorgamiento más dos días más por aplicación de las normas del Banco de España sobre valoración de las operaciones.

VATTIER FUENZALIDA (126) afirma que tal declaración equivale a la carta de pago, otorgada en este caso por el tercero y no por el acreedor. Creemos mejor con ROCA-SASTRE (127) que “la ley equipara a la carta de pago del débito anterior, la declaración en la escritura por la entidad que se

(125) De la misma opinión, contraria a incorporar la certificación, es LÓPEZ LIZ: ob. cit., p. 138.

(126) Ob. cit., pp. 604-605.

(127) Ob. cit., p. 551.

subroga de haber pagado a la primitiva entidad acreedora, incorporándose a la escritura un resguardo de la operación bancaria realizada con tal finalidad solutoria”.

El pago que realiza la entidad acreedora es un pago hecho por el deudor, propietario del dinero en virtud del contrato de mutuo, y conforme a la norma del artículo 1.211 del Código civil. La entidad acreedora actúa como mandataria del deudor y en cumplimiento de una obligación legal que tiende a sustituir la necesidad ex artículo 1.211 C.c. relativa a que en la carta de pago —que aquí no existe— conste la procedencia del dinero.

En ocasiones puede observarse que la certificación incluye cantidades no conformes a lo pactado en la escritura del préstamo primitivo, y que es advertido por el deudor o por el nuevo acreedor; sin embargo, para que se produzca la subrogación la ley obliga a que la entidad financiera que se subroga remita la “cantidad acreditada” por la anterior acreedora. Una vez efectuada la subrogación entiende LÓPEZ LIZ (128) que podrá acudir al procedimiento del artículo 2, último párrafo. Claro está, si la anterior acreedora no rectifica el error voluntariamente.

147

Caso distinto es cuando entre la expedición de la certificación y la firma de la escritura de subrogación, la entidad acreedora ha cobrado recibos vencidos. No se ve inconveniente en que la nueva entidad deduzca de la cantidad certificada las cantidades ya cobradas por el primitivo acreedor, pues de lo contrario se pagaría dos veces la misma cantidad. Mantener lo contrario debía implicar, en contrapartida, impedir a la acreedora primitiva que cobrase cantidad alguna una vez expedida la certificación, cosa que no es lógica teniendo en cuenta que la subrogación puede, pese a haberse cumplido el procedimiento hasta ese momento, no llevarse a cabo.

En tal caso, sin embargo, deben incorporarse a la escri-

(128) Ob. cit., pp. 139-140.

tura los documentos justificativos de los pagos efectuados por el deudor, tras la expedición de la certificación, o una certificación reciente, si la acreedora la quisiese expedir, sin efectos jurídicos distintos de los de actualizar el saldo.

6.5. *El resguardo de la operación bancaria con finalidad solutoria.* Hay que incorporar a la escritura un resguardo de la operación bancaria realizada con tal finalidad solutoria. Como dice MARTÍNEZ-PIÑEIRO (129), en el supuesto “de presencia del primer acreedor el pago podía hacerse en el acto del otorgamiento y parece que debiere bastar que su representante recibiera en ese momento el importe del débito del deudor, bien en efectivo o mediante cheque bancario conformado. En este caso no sería necesario incorporar a la escritura el «resguardo de la operación bancaria realizada con (tal) finalidad solutoria», a que alude el inciso final del párrafo 3.º del artículo 2.º”.

148

Lo normal será la transferencia bancaria a la entidad acreedora primitiva, pero también puede efectuarse un ingreso en la cuenta de la entidad, o utilizar cualquier otro procedimiento que acredite que se ha pagado a aquélla.

Entiendo con LÓPEZ LIZ (130) y RUBIES (131), que “la Ley lo que quiere es que el pago a la primera entidad crediticia quede suficientemente documentado en la propia escritura, en beneficio de la seguridad jurídica y como garantía del propio deudor y del anterior acreedor. Teniendo en cuenta esa finalidad, no hay duda de que esta declaración de pago podrá hacerse constar por diligencia posterior en la misma escritura, incorporando un certificado de la transferencia”.

Mientras no se efectúa tal declaración, la subrogación *no surtirá efectos*.

(129) Ob. cit., p. 80.

(130) Ob. cit., p. 138.

(131) RUBIES MALLOL: “Aproximación a la Ley de subrogación y modificación de hipotecas”, *Cuadernos Jurídicos*, núm. 21, Valencia, 1994, citado por el anterior.

Hay ocasiones, sin embargo, en que la entidad acreedora al expedir la certificación manifiesta su deseo de que la deuda le sea satisfecha mediante remisión de cheque bancario a un domicilio determinado: no se ve inconveniente en ello. Será necesario acreditar al notario haber sido enviado o pagado el cheque, o entregárselo al notario para que sea éste quien lo remita y así lo haga constar en la escritura.

De esta manera queda acreditado que el dinero con el que se paga la deuda anterior es el procedente del préstamo formalizado a tal efecto conforme al artículo 1.211 del Código civil y la Ley 2/94.

6.6. *Inadmisión del pago.* La ley, no obstante, prevé en el párrafo cuarto del artículo 2, que la entidad acreedora, pese a haber expedido la certificación solicitada, “se negase por cualquier causa a admitir su pago”. En este caso deberá declararse así en la escritura y proceder como en el supuesto de no haber expedido certificación, que examinamos a continuación, es decir, deberá depositarse la suma en poder del notario autorizante a disposición de la entidad acreedora.

6.7. *La modificación de la responsabilidad hipotecaria de la finca.* Se ha cuestionado si es posible o necesario modificar la responsabilidad de la finca por razón de la hipoteca, ya que la mejora de los tipos de interés puede suponer en algún caso una menor responsabilidad —cuando la mejora consiste en reducir el tipo de interés fijo— o distinta responsabilidad cuando se cambia de interés fijo a variable o viceversa.

FERNÁNDEZ ÁLVAREZ (132) sostiene que pese a que cabría defender la necesidad de modificar la cobertura o responsa-

(132) FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, José-Luis: “La Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios: reflexiones sobre algunos problemas que plantea su aplicación en la práctica notarial y registral”, en *Revista Jurídica del Notariado*, octubre-diciembre 1995, pp. 221 y ss., en concreto pp. 223, 225-226.

bilidad hipotecaria respecto a los mismos, no se impone necesariamente salvo para que surta y produzca todos sus efectos contra y en perjuicio de tercero, ya que la cobertura hipotecaria por intereses participa de las características de una hipoteca de máximo; y porque en la nota marginal del artículo 5 de la ley no figura mención alguna al respecto, lo cual supone que el legislador no lo considera necesario.

Sin embargo, considero que en el supuesto de disminución del tipo de interés fijo, es consecuencia necesaria de lo previsto en la Ley Hipotecaria que la responsabilidad hipotecaria considere el nuevo tipo de interés para no exceder de los topes establecidos en la ley mencionada (art. 114 Ley Hipotecaria).

Lo que no podrá es sobrepasar el máximo de responsabilidad hipotecaria señalada en la escritura de hipoteca, por ser una exigencia del principio de especialidad y de la necesidad del tercero de conocer exactamente esta circunstancia que tanto puede afectarle (resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de septiembre de 1972).

7. La escritura de subrogación cuando no se ha expedido certificación por la entidad acreedora.

Valga lo dicho hasta ahora, excepción hecha de lo relativo al pago.

El artículo 2, párrafo cuarto, de la ley dice:

“No obstante, si el pago aún no se hubiera efectuado porque la entidad acreedora no hubiese comunicado la cantidad acreditada o se negase por cualquier causa a admitir su pago, bastará con que la entidad subrogada la calcule, bajo su responsabilidad y asumiendo las consecuencias de su error, que no serán repercutibles al deudor, y, tras manifestarlo, deposite dicha suma en poder del notario autorizante de la escritura de subrogación, a disposición de la entidad acreedora. A tal fin, el notario notificará de oficio a la entidad acreedora, mediante la remisión de copia autorizada de la escritura de subrogación, pudiendo aquélla alegar error en la misma forma, dentro de los ocho días siguientes”.

El precepto contempla dos supuestos distintos: que la entidad acreedora no expida la certificación del saldo dentro de los siete días naturales de que dispone desde la comunicación de la oferta vinculante; o que habiéndola expedido se niegue por cualquier causa a admitir su pago.

Ya nos hemos referido a este último supuesto y vamos a tratar del primero.

7.1. Si transcurren siete días naturales desde la notificación de la oferta vinculante y la entidad acreedora no ha expedido la certificación solicitada, se puede otorgar la escritura de subrogación, en cuyo momento “el pago aún no se habrá efectuado porque la entidad acreedora no ha comunicado la cantidad acreditada”.

La entidad que pretenda la subrogación tendrá que calcular el importe de la deuda “bajo su responsabilidad y asumiendo las consecuencias de su error, que no serán repercutibles al deudor”.

La Exposición de Motivos dice al respecto: “El artículo 2 establece los requisitos de la subrogación, posibilitando el ejercicio de esta potestad por el deudor, en el supuesto de que el primer acreedor no preste la colaboración debida. El procedimiento instrumentado análogo al previsto por el artículo 153, párrafo 5, de la Ley Hipotecaria, tiene idéntico fundamento que éste, reforzado, si cabe, por el hecho de tratarse de una liquidación a practicar entre dos entidades financieras a las que hay que presumir, por el mero hecho de serlo, la necesaria lealtad comercial recíproca”.

La entidad financiera para tal cálculo no dispone de más datos que los que el deudor le facilite: copia de la escritura de préstamo, recibos, etc. Si el error resulta de un defectuoso cálculo pese a lo que se deduce de los documentos facilitados por el deudor, es lógica esa responsabilidad, pero no en el caso de que el cálculo defectuoso no sea culpa de la entidad: por tanto, esa responsabilidad presupone un error culpable o negligente.

7.2. La entidad que presta el dinero para la subrogación, ha de manifestar en la escritura:

1.º Que la entidad acreedora, pese a su solicitud, no ha comunicado la cantidad acreditada.

2.º Que la ha calculado bajo su responsabilidad y asumiendo las consecuencias de su error, que no serán repercutibles al deudor.

3.º Que deposita dicha suma en poder del notario autorizante. Como dice ROCA-SASTRE, la ley equipara este depósito a la carta de pago del débito anterior (133). El cálculo de los intereses comprende los devengados desde el último pago que se acredita por el deudor haber efectuado, hasta el día del otorgamiento de la escritura más los dos días de valoración del cheque bancario que se suele entregar al notario. Pero a partir de la firma de la escritura creemos que la entidad acreedora primitiva carece del derecho, que únicamente otorga el ser acreedor, carácter que ha perdido por la subrogación y con independencia del momento en que haga efectivo el cobro de la deuda.

7.3. Ese depósito en poder del notario autorizante ofrece las siguientes peculiaridades:

1.ª Se trata de un depósito extrajudicial (art. 1.759 C.c.), gratuito (art. 1.760 C.c.) y necesario (art. 1.762 C.c.), porque se hace en cumplimiento de una obligación legal (art. 1.781 C.c.), y se regirá por las disposiciones de la ley que lo establezca y, en su defecto, por las del depósito voluntario (art. 1.782 C.c.). Y en especial por las normas que sobre los depósitos notariales establecen los artículos 216 a 219 del Reglamento Notarial.

Subraya MARTÍNEZ-PIÑEIRO (134): "Impone, pues, la nueva ley a los notarios la obligación de aceptar un depósito —lo que supone una importante excepción al principio de

(133) Ob. cit., p. 551.

(134) Ob. cit., p. 15.

voluntariedad recogido en el artículo 216, párrafo 2, del vigente Reglamento Notarial...". En el mismo sentido ROCA-SASTRE (135).

2.^a Normalmente, por las dificultades del desplazamiento de numerario, el importe de la deuda se representa por cheque de la propia entidad financiera que se subroga, y en la que se encuentra depositado el dinero a disposición de la entidad financiera acreedora. Por ello, y en aplicación de las circulares del Banco de España, la cantidad suele verse incrementada con el importe de dos días de valoración.

3.^a El notario debe retener en su poder la cantidad depositada mientras no se agoten los plazos legales que para resolver las reclamaciones prevé la ley. Transcurridos los plazos, GARCÍA MÁS (136) entiende que, si la entidad subrogada no lo acepta, al notario no le queda más solución que la vía de la consignación judicial. Solución por la que parece inclinarse igualmente ROCA-SASTRE (137).

153

7.4. El notario depositario ha de proceder de oficio a notificar a la entidad financiera acreedora que se halla a su disposición la cantidad debida.

La obligatoriedad en idénticos términos proviene ya del proyecto de ley.

La enmienda número 24 del Grupo Parlamentario Popular pretendió la supresión de la expresión "de oficio" justificándolo en que el "Notario no efectuará la notificación «de oficio», es decir, por decisión suya, sino porque se lo impone este precepto de la Ley".

La enmienda no fue aceptada. En el Diccionario de la Academia Española, "de oficio" quiere decir "con carácter

(135) Ob. cit., p. 554.

(136) GARCÍA MÁS, Francisco-Javier: "Comentarios a la Ley 2/94, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios", *Boletín del Colegio Notarial de Granada*, número 160, pp. 877-898.

(137) Ob. cit., p. 554.

oficial” y también “dícese de las diligencias que se practican judicialmente sin instancia de parte”.

Quiere significar, pues, la ley, que no es necesario requerimiento alguno de parte para que el notario notifique a la entidad acreedora que se halla a su disposición la cantidad debida (138).

Pero es más, implica también que esa notificación no supone un ofrecimiento de pago con carácter previo a la consignación judicial, pues como veremos, la subrogación opera aun cuando no se haya producido todavía la notificación (art. 5, párrafo segundo, de la ley). Para ello, debe remitir copia autorizada de la escritura de subrogación.

No establece la ley plazo para dicha notificación, pero debe ésta efectuarse por el notario con la exigible diligencia.

En cuanto a la forma de la notificación, puede realizarse personalmente o mediante correo certificado con acuse de recibo.

El artículo 202, último párrafo, del Reglamento Notarial establece:

“Los Notarios, discrecionalmente, y siempre que la Ley no lo prohíba, podrán efectuar las notificaciones que no tengan carácter requisitorio, por medio de copia, cédula o carta remitida por correo certificado, con acuse de recibo y, en este caso, el plazo para la contestación comenzará a contarse desde el recibo de aquéllas. Se hará constar por sucesivas diligencias la imposición en el correo y la devolución del acuse de recibo, reseñando siempre los datos o números que identifiquen el envío”.

MARTÍNEZ-PIÑEIRO (139) ha dicho que “esta notificación se hará a la entidad acreedora mediante la remisión de copia autorizada de la escritura de subrogación, pudiendo aquélla alegar error en la misma forma, dentro de los ocho

(138) En el mismo sentido, ROCA-SASTRE: ob. cit., p. 554. En el mismo sentido, LÓPEZ LIZ, siguiendo a MARTÍNEZ-PIÑEIRO: ob. cit., p. 150.

(139) Ob. cit., p. 75.

días siguientes. Los términos imperativos del precepto (“notificará”) ... parecen imponer como obligatoria la remisión por correo de copia autorizada. No creemos deba ser así interpretado el precepto y que cabrá la notificación personal en los términos prevenidos en los artículos 202 y 203 del Reglamento Notarial; aunque quizás, por prudencia, sea conveniente atenerse al texto de la ley, a la vista, además, de lo preceptuado en el artículo 206 del propio Reglamento Notarial”.

La falta de notificación –lo que no quiere decir que no deba ser hecha pues el notario incurriría en responsabilidad– no impide la inscripción de la subrogación en el Registro de la Propiedad, pues así lo determina el artículo 5, último párrafo, primera parte, de la Ley 2/94, cuando dice: *“Bastará para que el registrador practique la inscripción de la subrogación –en realidad es una nota marginal– que la escritura cumpla lo dispuesto en el artículo 2 de esta Ley, aunque no se haya realizado aún la notificación al primitivo acreedor”*.

155

Es lógico si se tiene en cuenta que la subrogación opera se haya o no pagado al acreedor primitivo, y lo haya éste o no consentido, lo que demuestra una vez más que esta subrogación es una ficción legal, y no una subrogación ni convencional, ni presunta. En definitiva, implica registralmente una atribución al nuevo préstamo de la garantía hipotecaria que tenía el antiguo.

AMORÓS GUARDIOLA (140) plantea la duda de si es o no válida la subrogación cuando la entidad financiera anterior no expide la certificación y la nueva entidad no hace el depósito notarial, sino que directamente transfiere a la anterior el importe de la liquidación efectuada. Aunque la ley no prevé esta posibilidad, la expresión legal “bastará” que utiliza el artículo 2, párrafo 4.º, da a entender que la voluntad del legislador es regular la posibilidad de un depósito notarial ante la falta de colaboración en absoluto de la

(140) Citado por LÓPEZ LIZ: ob. cit., p. 151.

entidad financiera anterior, pero que nada impide que la entidad subrogada calcule bajo su responsabilidad lo que se debe por capital, intereses y comisión por cancelación y a continuación que efectúe la transferencia a la primitiva entidad. El derecho de la primitiva entidad a alegar error o falsedad, concluye AMORÓS, existiría de la misma forma que la prevista para el caso del depósito. En definitiva, la solución pasa por entender que el que puede lo más puede lo menos, y que en consecuencia, ante la falta de expedición de certificación por la primera entidad cabe o bien depósito notarial, o bien una transferencia con finalidad solutoria, todo ello bajo la responsabilidad de la nueva entidad financiera.

Comparto la opinión, si bien añadiría que la transferencia efectuada por la nueva acreedora no excusa al notario para comunicar de oficio la subrogación en los términos legales.

156

7.5. Dentro de los ocho días siguientes a la notificación, la entidad acreedora primitiva podrá alegar “error en la misma forma”. Significa ello dos cosas: la primera, que el error debe ser comunicado a la entidad financiera subrogada también por mediación de notario, bien en la misma acta a costa del deudor (art. 204 del Reglamento Notarial), contestando dentro de los ocho días, bien en otra acta distinta. La segunda: que sólo cabe alegar “error” en el cálculo de la deuda; sin embargo, no creo exista inconveniente en admitir en la contestación otra causa distinta del error en el cálculo, a los solos efectos de impedir la aplicación de la doctrina de los actos propios en el procedimiento declarativo correspondiente si se entablare, ya que el “error” es lo único decisivo para la utilización del procedimiento previsto en el último párrafo del precepto.

En el mismo sentido, MARTÍNEZ-PÍÑEIRO (141) señala que “la frase «en la misma forma» supone que la alegación del

(141) Ob. cit., p. 75.

error sólo puede hacerse por conducto notarial, bien sea por diligencia a continuación de la escritura de subrogación o mediante un acta independiente”.

Los ocho días son “laborables” (art. 204 del Reglamento Notarial), y se cuentan desde la notificación personal hecha por el notario o desde el recibo del correo (art. 202, último párrafo, del Reglamento Notarial).

7.6. En todo caso, hecha la notificación, la subrogación surte todos sus efectos, aunque el acreedor primitivo alegue error, pues así lo establece el último párrafo del artículo 2 de la Ley 2/94 cuando comienza afirmando que *“en este caso, y sin perjuicio de que la subrogación surta todos sus efectos...”*.

Pero es más, aunque no se hubiese hecho la notificación, la subrogación ya ha tenido lugar, como resulta con toda claridad del artículo 5, párrafo segundo, conforme al cual *“bastará para que el registrador practique la inscripción de la subrogación que la escritura cumpla lo dispuesto en el artículo 2 de esta Ley; aunque no se haya realizado aún la notificación al primitivo acreedor”*.

157

IV. El procedimiento judicial del artículo 2, último párrafo, de la Ley 2/94

La ley establece un procedimiento para solucionar *ciertas* controversias entre las entidades financieras intervinientes en la subrogación, en el último apartado del artículo 2 de la Ley 2/94:

“En este caso, y sin perjuicio de que la subrogación surta todos sus efectos, el juez que fuese competente para entender del procedimiento de ejecución, a petición de la entidad acreedora o de la entidad subrogada, citará a éstas, dentro del término de ocho días, a una comparecencia, y, después de oírlas, admitirá los documentos que se presenten, y acordará, dentro de los tres días, lo que estime

procedente. El auto que dicte será apelable en un solo efecto, y el recurso se sustanciará por los trámites de apelación de los incidentes”.

El primer problema que plantea la interpretación de este precepto es dilucidar cuál es “este caso” a que se refieren sus primeras palabras. Se deduce de la situación de la norma que se está refiriendo al supuesto del párrafo anterior, conforme al cual:

“A tal fin, el notario notificará de oficio a la entidad acreedora, mediante la remisión de copia autorizada de la escritura de subrogación, pudiendo aquélla alegar error en la misma forma, dentro de los ocho días siguientes”.

Por tanto, “este caso” se da tan sólo cuando se ha alegado error, ante notario, bien en el cálculo hecho por la entidad subrogada, o en la cantidad remitida distinta de la certificada.

158

Y constituye el objeto del procedimiento, única y exclusivamente, determinar la cantidad exacta debida:

a) Cuando la entidad acreedora primitiva hubiere alegado error en la liquidación practicada –bajo su responsabilidad– por la entidad subrogada, por no haber aquélla expedido la certificación en el plazo de los siete días hábiles siguientes a la notificación de la oferta vinculante.

b) Si no coincide la cantidad remitida con la certificada, y la acreedora primitiva se negase a admitir el pago.

Cualquier otra discrepancia entre las entidades debe ser objeto de un juicio declarativo.

Así lo entendieron el Juzgado de Primera Instancia número 18 de Valencia, en auto de fecha 11 de enero de 1995 y la Audiencia Provincial de Valencia, en auto de fecha 15 de julio de 1996, los autos de los Juzgados número 5 de León, de 6 de mayo de 1997, número 2 de León, de 2 de octubre de 1997, número 6 de León, de 13 de octubre de 1997, número 9 de León, de 6 de octubre de 1997, número 2 de Palencia, de 21 de febrero de 1997, y los autos de la

Audiencia de Palencia de 5 de junio y 7 de julio de 1997.

El juez competente es el que lo sería en la ejecución de la hipoteca.

Puede iniciarse a petición de cualquiera de ambas entidades financieras, la acreedora primitiva o la subrogada.

El juez dará traslado de la demanda a la otra entidad, pero no para que conteste, sino para que prepare la comparecencia a la que se le cita, como también se citará a la demandante, dentro del término de ocho días hábiles siguientes.

En la comparecencia oírán el juez a ambas partes, y admitirá los documentos que se presenten, y aunque la ley no lo prevé cabe la posibilidad de que ambas partes alcancen acuerdo, en cuyo caso se pondrá fin al procedimiento.

A falta de acuerdo, el juez dictará auto dentro de los tres días acordando lo que estime procedente.

El auto será apelable, en un solo efecto, y el recurso se sustanciará por los trámites de los incidentes.

159

V. La constancia registral de la subrogación

El artículo 5 de la ley regula la constancia registral de la subrogación:

“El hecho de la subrogación no surtirá efecto contra tercero, si no se hace constar en el Registro por medio de una nota marginal, que expresará las circunstancias siguientes:

- 1.ª La persona jurídica subrogada en los derechos del acreedor.*
- 2.ª Las nuevas condiciones pactadas del tipo de interés.*
- 3.ª La escritura que se anote, su fecha, y el notario que la autorice.*
- 4.ª La fecha de presentación de la escritura en el Registro y la de la nota marginal.*
- 5.ª La firma del registrador, que implicará la conformidad de la nota con la copia de la escritura de donde se hubiere tomado.*

Bastará para que el registrador practique la inscripción de la subrogación que la escritura cumpla lo dispuesto en el artículo 2 de esta Ley; aunque no se haya realizado aún la notificación al primi-

tivo acreedor. No será objeto de nueva calificación las cláusulas inscritas del préstamo hipotecario que no se modifiquen. El registrador no podrá exigir la presentación del título de crédito”.

Son conclusiones que se derivan del precepto las siguientes:

1.^a El acceso al Registro de la subrogación no se lleva a cabo mediante un asiento principal como es el de inscripción, sino con una marginal, si bien, como dice ROCA-SASTRE (142), se trata de una nota marginal a la que, en su carácter de sucedáneas de propios asientos de inscripción, se refieren los artículos 144 de la Ley Hipotecaria y 240 de su Reglamento, y sobre la cual REY PORTOLÉS encuentra un antecedente en la regla 5.^a del artículo 131 de la Ley Hipotecaria (143).

REY PORTOLÉS (144) señalaba que “se trataba... de subrayar que la subrogación despliega sus efectos desde que se realizan los actos y se otorga el negocio a los que la ley anuda tal efecto (o hecho en palabras del legislador) y que sólo si se desea hacerlo oponible a tercero (que de otro modo estaría protegido por la fe pública) es preciso registrarlo del modo atípico (nota marginal) que se prevé”.

Ello es lógico si se tiene en cuenta que, como dice ROCA-SASTRE (145), existe coincidencia entre el artículo 5 de la Ley 2/94, el artículo 144 de la Ley Hipotecaria y el 40, último párrafo, de la misma, ya que con relación al artículo 144 de la Ley Hipotecaria, “en esta materia la ley sigue, pues, el criterio general de nuestro sistema inmobiliario registral o hipotecario: la inscripción es *declarativa* y sólo robustece el título inscrito frente a terceros a los efectos de la fe pública registral, aparte de los derivados de la legitimación registral” (146). En contra, GÓMEZ GÁLIGO sostiene que todos

(142) Ob. cit., p. 556.

(143) Ob. cit., p. 109.

(144) Ob. cit., p. 103.

(145) Ob. cit., p. 560.

(146) Ob. cit., p. 297.

los negocios relativos a la hipoteca deberían ser objeto de inscripción constitutiva.

Precisamente, a continuación del artículo 144 de la Ley Hipotecaria reproduce AMORÓS GUARDIOLA, y es un dato significativo de su postura, en su *Legislación hipotecaria y Jurisprudencia*, la Ley 2/1994, conforme al cual:

“Todo hecho o convenio entre las partes que pueda modificar o destruir la eficacia de una obligación hipotecaria anterior, como el pago, la compensación, la espera, el pacto o promesa de no pedir, la novación del contrato primitivo y la transacción o compromiso, no surtirá efecto contra tercero como no se haga constar en el Registro por medio de una inscripción nueva, de una cancelación total o parcial o de una nota marginal, según los casos”.

2.^a Ha sido discutido en la doctrina qué terceros son los referidos por el artículo 5 de la Ley 2/94 y el 144 de la LH.

REY PORTOLÉS (147) sostiene que el tercero al que se refiere el artículo 144, “no es el titular de un gravamen ulterior a la hipoteca cuya obligación se altera, sino el cesionario oneroso y de buena fe –genuino tercero del artículo 34 de la Ley Hipotecaria– de aquélla y del crédito por ella garantizado. A dicho sujeto que ha adquirido un crédito hipotecario tal y como estaba cinselado en el registro no se le puede oponer en su perjuicio cualquier modificación extratabular que hubiera experimentado el crédito”.

Y en el mismo sentido, ROCA-SASTRE (148) afirma que son terceros en el artículo 144, “especialmente, los *cesionarios del crédito hipotecario*, que reúnan las condiciones para tal protección, es decir, las determinadas singularmente en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria”. Y al hablar de los efectos de la subrogación en la Ley 2/94 insiste en que serán pues, fundamentalmente, los *cesionarios del crédito hipotecario* a título oneroso que, con desconocimiento de la subro-

(147) Ob. cit., p. 105.

(148) Ob. cit., pp. 297-298.

gación efectuada pero no inscrita (buena fe), inscriban la cesión que le ha efectuado el titular registral del crédito hipotecario.

En cuanto a *terceros adquirentes de la finca hipotecada o de derechos reales, cargas o gravámenes sobre la misma*, afirma ROCA-SASTRE, siguiendo a MORELL: cabe indicar que el artículo 144 de la Ley Hipotecaria solamente puede ser aplicable cuando se trata de alteraciones o modificaciones que agraven la situación del deudor o hagan más extensa su obligación, porque únicamente en estos supuestos el hecho de constar en el Registro podría producir efectos contra o en perjuicio de tales terceros.

Con independencia de ello es evidente que para ejecutar la hipoteca el que sea acreedor en virtud de una subrogación deberá haber anotado ésta en el Registro de la Propiedad, conforme al artículo 6 de la ley.

162 3.^a Las menciones que determina el artículo 5 de la ley como objeto de la nota marginal consideramos que son las mínimas, pero no las únicas, ya que el registrador debe hacer constar todas las circunstancias del título que clarifiquen las nuevas circunstancias del derecho inscrito. Por ello, si bien “no será objeto de nueva calificación las cláusulas inscritas del préstamo que no se modifiquen”, si habrán de serlo aquellas que se modifiquen (nuevo domicilio de pago, nuevos domicilios para notificaciones...) (149).

4.^a El pago efectivo al primitivo acreedor no es requisito esencial de la subrogación, pues la ley, como hemos dicho, considera la remisión, justificada, de la cantidad certificada y la declaración al respecto o el depósito notarial del importe calculado por el nuevo acreedor, como una nueva forma de extinción de la obligación.

(149) ROCA-SASTRE: ob. cit., p. 557, estima que el registrador podrá calificar las cláusulas relativas a los intereses ordinarios y de demora cuyas condiciones de tipo se mejoran y, naturalmente, las que, en su caso, determinen las nuevas cuotas mixtas de amortización, o se refieran a otras mejoras admisibles.

La enmienda 68 del Grupo Parlamentario Catalán CIU pretendió que la notificación fuera requisito necesario para la inscripción (ahora nota marginal):

“Bastará para que el Registrador practique la inscripción de la subrogación que la escritura cumpla con los requisitos establecidos en esta Ley y que se haya notificado notarialmente la subrogación al primitivo acreedor sin que éste se haya opuesto por causa legítima...”.

La justificación era la siguiente: “Desde una perspectiva de garantía para la seguridad jurídica resulta imprescindible la previa comunicación al acreedor de su sustitución como titular de derechos registrales.

Por otra parte, es preciso garantizar que la escritura no sólo cumple los requisitos del artículo 2.º, sino los de toda la Ley”.

MARTÍNEZ-PIÑEIRO (150) dice al respecto: “Ignoramos por qué razones se retiró la enmienda... pero nos imaginamos que sería para facilitar la aplicación de la Ley, para facilitar la subrogación cuasi-automática en ella establecida y evitar que la oposición por causa legítima la obstaculizara. Una vez más el sacrificado ha sido el principio de seguridad jurídica”.

5.^a El registrador no puede calificar las cláusulas inscritas e inmodificadas del préstamo, porque, como dice MARTÍNEZ-PIÑEIRO “lo demás no modificado y ya calificado al tiempo de practicarse la inscripción no tiene razón de ser que sea nuevamente calificado”.

6.^a El registrador no podrá exigir la presentación del título de crédito para inscribir la subrogación, lo que es lógico si se tiene en cuenta que lo normal es que no disponga de él, que se encontrará en poder del primitivo acreedor a cuyo favor se expidió en su momento por el notario autorizante. El exigir lo contrario implicaría dificultar enormemen-

(150) Ob. cit., pp. 26-27.

te la subrogación, al tener que mediar requerimientos entre acreedor nuevo y primitivo para conseguir que el primero entregue el título de crédito. Y es congruente, como sostienen MARTÍNEZ-PIÑEIRO y LÓPEZ LIZ, y recoge ROCA-SASTRE (151), con el artículo 6 de la ley, que prevé que, si no puede presentarse el título de crédito inscrito para la ejecución de la hipoteca subrogada, deberá acompañarse certificación registral de su inscripción.

VI. Los efectos de la subrogación

164

Los efectos de la subrogación, cuando, como dice ROCA-SASTRE (152), se hayan cumplido estrictamente las condiciones o requisitos establecidos en la ley, es decir, una sustitución de acreedor y una mejora de las condiciones del tipo de interés, son a mi juicio, de los determinados por el artículo 1.212 del Código civil, la transferencia por ministerio de la ley al nuevo acreedor, de los mismos derechos anejos que tenía la antigua obligación extinguida, y entre ellos el mismo rango hipotecario al nuevo préstamo concedido para cancelar por el deudor el anterior.

Insisto en que la ley no modifica ni altera el régimen del artículo 1.211, y que éste a mi juicio, no constituye, como dicen ROCA-SASTRE (153) y MATEO ESTÉVEZ (154), una novación modificativa, que presume la subsistencia del mismo préstamo hipotecario originario o anterior, en su totalidad, a excepción del cambio o sustitución del acreedor y de la mejora de las condiciones del tipo de interés, tanto ordinario como de demora, es decir, una novación modificativa, subjetiva activa y a la vez objetiva en cuanto a los intereses, en los términos prefijados por la propia ley.

(151) Ob. cit., pp. 557-558.

(152) Ob. cit., p. 558.

(153) Ob. cit., p. 558.

(154) Ob. cit., p. 88.

Ni al deudor que solicita el nuevo préstamo para cancelar el anterior, ni al nuevo acreedor les interesa en absoluto la obligación o crédito primitivos, sino sus garantías accesorias.

Que el nuevo préstamo goce de la garantía hipotecaria del extinguido, y por lo tanto de su misma precedencia y rango, son el motivo determinante de que se conceda el nuevo préstamo y finalidad perseguida históricamente por el legislador para incentivar la concesión de estos préstamos con finalidad cancelatoria. Y justifica el título de este estudio: es la hipoteca la que ha sido raptada y no el préstamo que es nuevo.

La imposibilidad de modificar algo distinto del tipo de interés es consecuencia tanto de no perjudicar a los acreedores de rango hipotecario posterior, en el caso de existir, como del deseo de proteger al usuario del servicio bancario, impidiendo que se modifiquen extremos diversos de repercutirle la bajada de los tipos de interés, y que pueda, al socaire de esto último, modificar otros extremos en que es menos clara, o puede ser discutible, su ventaja para el usuario.

165

Bibliografía sobre la Ley 2/1994, de 30 de marzo

CÁNOVAS COUTIÑO, Ginés: "Resolución de la DGRN (Registro de la Propiedad) de 7 de diciembre de 1950", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 274, marzo 1951, pp. 226 a 234.

FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, José-Luis: "La Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios: reflexiones sobre algunos problemas que plantea su aplicación en la práctica notarial y registral". *Lunes* 4,30, año 7, números 156, pp. 11 a 30, 157, pp. 17 a 27, 158, pp. 12 a 32, 160, pp. 21 a 24; y en *Revista Jurídica del Notariado*, número 16, pp. 221 a 310.

GARCÍA GARCÍA, José-Manuel: "La certificación de la entidad acreedora y el resguardo bancario en la Ley de subrogación de préstamos hipotecarios: crítica de las resoluciones de la Direc-

ción General de los Registros y del Notariado (DGRN) de 19, 20 y 21 de Julio de 1995". En *Lunes* 4,30, número 187, pp. 12 a 17.

GARCÍA MÁS, Francisco-Javier. "Comentarios a la Ley 2/94, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios", *Boletín Oficial del Colegio Notarial de Granada*, número 160, abril 1994, pp. 877 a 898, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, septiembre-octubre 1994, pp. 1947 a 1965.

GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco-Javier: "Consecuencias registrales de la Ley 30/3/1994, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios", en *Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña*, número 54, abril-mayo 1994, pp. 169 a 185.

— "Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19, 20 y 21 de julio de 1995", *Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña*, número 64, pp. 62 a 77.

— "Autos del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña contra calificaciones de Registradores. Autos números 39 y 40, de 20 de octubre de 1997...", *Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña*, número 76, pp. 122 a 125.

— "Consecuencias registrales de la Ley 30/3/1994 sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios (conferencia pronunciada en Barcelona, el 19 de febrero de 1994, y en Reus, el 21 de abril de 1994, en la Cámara de Comercio, en el ciclo de conferencias en torno a dicha Ley)", *Boletín Oficial del Colegio de Registradores de la Propiedad*, número 309, marzo 1994, pp. 825 a 851.

GUILARTE GUTIÉRREZ, Alfonso: "Reducción de los costes inherentes a la subrogación y novación de los préstamos hipotecarios", en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, número 64, octubre-diciembre 1996, pp. 1193 a 1194.

HERNÁNDEZ ANTOLÍN, José-Manuel: "Breve análisis de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 622, mayo-junio 1994, pp. 1199 a 1246.

HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, María Dolores: "Algunas cuestiones civiles de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios", en *Cuadernos de Derecho y Comercio del Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio*, número 19, abril 1996, pp. 155 a 199.

- LÓPEZ LIZ, José: "Subrogación y modificación de préstamos hipotecarios", *Análisis práctico de la Ley 2/1994, de 30 de marzo (con formularios comentados y ejemplos prácticos tomados del Registro)*, Bosch, Barcelona, 1995.
- MARTÍNEZ LAFUENTE, Antonio: "Las cuentas de crédito y los beneficios fiscales contemplados en la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de los préstamos hipotecarios", en *Impuestos, Revista de Doctrina, Legislación y Jurisprudencia*, número 23, 1.^a quincena, diciembre 1997, pp. 6 a 23.
- MARTÍNEZ-PÍÑEIRO CARAMÉS, Eduardo: "Subrogación y modificación de préstamos hipotecarios: Ley 2/1994, de 30 de marzo", en *Lunes* 4,30, año 7, número 148, pp. 34 a 61; y en *Revista Jurídica del Notariado*, número 9, pp. 57 a 105.
- MATEO ESTÉVEZ, Joaquín: "Ley de subrogación y novación hipotecaria de 30 de marzo de 1994. Reflexiones en torno a ella (Ley sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios)", en *Boletín Oficial del Colegio Notarial de Granada*, número 161, mayo 1994, pp. 1079 a 1098.
- MAYAYO, Gregorio: "El crédito hipotecario y la Unión Monetaria Europea. Informe del Presidente, don Gregorio Mayayo, a la Asamblea General de la Asociación Hipotecaria Española...", *Boletín del Colegio de Registradores de la Propiedad*, enero 1997, pp. 375 a 382.
- NAVAS OLÓRIZ, J. Ignacio: "Acerca de una aplicación extensiva de la Ley 2/1994 (sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios)", *La Ley*, v. 5, 1997, pp. 1838 a 1846.
- REY PORTOLÉS, Juan-Manuel: "¿El rango registral se altera o se pierde si la «mejora de las condiciones del tipo de interés» a que se refieren los artículos 4 y 9 de la Ley sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, no fuera en definitiva tal mejora? ¿Debe consentir las combinaciones de dicha Ley el hipotecante no deudor que en su caso hubiera?", en *Libro homenaje a José María Chico Ortiz*; en *Escritos varios sobre hipotecas y anotaciones preventivas de embargo*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, 1995, pp. 95 y ss.; y en *Lunes* 4,30, año 7, número 150, pp. 16 a 32.
- RUBIO GARRIDO, Tomás: "Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de julio de 1995...", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, número 40, enero-marzo 1996, pp. 97 a 110.

- RUIZ-RICO RUIZ, José-Manuel, y UREÑA MARTÍNEZ, Magdalena: "Aspectos civiles de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios", en *Actualidad Civil*, número 38, pp. 785 a 809.
- TORRENTE LOSCERTALES, José-Esteban: "Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19, 20 y 21 de julio de 1995", en *Boletín del Colegio de Registradores de la Propiedad*, septiembre-octubre 1995, pp. 1903 a 1913.
- VATTIER FUENZALIDA, Carlos: "La subrogación y la modificación de los préstamos hipotecarios, según la Ley 2/1994, de 30 de marzo", en *Actualidad Civil*, número 31, pp. 601 a 607.

LEY 8/1999 DE 6 DE ABRIL DE REFORMA DE LA LEY 49/60 DE 21 DE JULIO SOBRE PROPIEDAD HORIZONTAL (*)

GONZALO DE LA MATA POSADAS
Notario

169

Principios generales

1. Flexibilización del régimen de mayoría, para el establecimiento de determinados servicios (porterías, ascensores, supresión de barreras arquitectónicas que dificulten la movilidad de personas con minusvalías, servicios de telecomunicaciones, aprovechamiento de energía solar, etc...).

2. Lucha contra la morosidad, a través de varios frentes:
— Creación de fondo de reserva.

(*) Conclusiones de la ponencia tratada en la Comisión de Cultura del Colegio Notarial de Cáceres el día 11 de mayo de 1999, sobre la Ley 8/1999, de 6 de abril, sobre la propiedad horizontal.

— Publicidad en el instrumento público de transmisión de las cantidades adeudadas por los propietarios.

— Afección real del inmueble al pago de los gastos generales correspondientes a la anualidad en que tenga lugar la adquisición y al año inmediatamente anterior.

— Responsabilidad solidaria del transmitente que no comunique el cambio de titularidad.

— Atribución de *carácter ejecutivo* a los acuerdos formalizados en el acta de la junta de propietarios.

— Procedimiento ágil y eficaz de ejecución judicial para el cobro de las deudas contraídas con la comunidad.

3. Regulación más actualizada del funcionamiento de los diferentes órganos, y en general, de la mecánica de la vida de la comunidad, en orden a dotarla de dinamicidad.

170

Y hecha esta introducción, en base a la Exposición de Motivos de la Ley, pasaremos a comentar brevemente el articulado de la misma:

El *artículo 1*, contiene una declaración de principios al poner de manifiesto que una cosa es el nacimiento de una propiedad horizontal, y otra cosa es la constitución formal de la misma, que requiere otorgamiento de escritura pública y acceso al Registro de la Propiedad.

Es decir, hay una propiedad horizontal desde el instante en que en una misma casa haya, por un lado, distintas propiedades individuales como elementos diferenciados y específicos, y no en proindiviso; y por otro, unas escaleras, un jardín, un patio, etc., que *sirvan a todos*, o sea, que se configuren como comunes, y ello sin perjuicio de que todavía no se haya procedido a su formalización notarial y registral.

Pues bien, estas comunidades, a pesar de no estar formalmente constituidas, se regirán en primer término por la Ley de Propiedad Horizontal y *supletoriamente*, en lo que resulte pertinente, por los artículos 392 y ss. del Código civil.

A mayor abundamiento, el *artículo 2*, recoge esta consideración cuando establece que esta ley será de aplicación:

a) A las comunidades de propietarios constituidas con arreglo a lo dispuesto en el *artículo 5*.

b) A las comunidades que reúnan los requisitos establecidos en el *artículo 396* del Código civil y no hubiesen otorgado el título constitutivo de la propiedad horizontal.

Estas comunidades se registrarán, en todo caso, por las disposiciones de esta ley en lo relativo al régimen jurídico de la propiedad, de sus partes privativas y elementos comunes, así como en cuanto a los derechos y obligaciones recíprocas de los comunes.

c) A los complejos inmobiliarios privados, en los términos establecidos en esta ley.

Siendo este último apartado una verdadera innovación legislativa, si bien jurisprudencialmente, se venía aplicando ya la Ley de Propiedad Horizontal, de forma supletoria y analógica, a los complejos inmobiliarios privados y a las urbanizaciones privadas.

171

El *artículo 3*, no ha sufrido modificación alguna en su redacción, y sigue distinguiendo las dos clases de propiedad que coexisten en una comunidad horizontal:

— *La propiedad separada*, como derecho singular y exclusivo, sobre un espacio suficientemente delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente, y

— *La copropiedad*, sobre los elementos y servicios comunes.

Ante supuestos dudosos, relativos a instalaciones que existen en el edificio, y que penetran también en los diferentes pisos y locales (piénsese en las canalizaciones, conducciones, cableado, etc.), hemos de entender que la propiedad individual privada alcanza a todos aquellos elementos que estén dentro del espacio suficientemente delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente sean o no conocidos, sean o no exteriormente percibibles.

Este precepto, sigue considerando a la cuota de cada entidad como módulo para determinar la participación en las cargas y beneficios de la comunidad, y consagra la libertad de cada propietario para disponer libremente de su derecho, sin poder deparar los elementos que lo integran.

El *artículo 4* continúa con su anterior redacción, que establece la *indivisibilidad* de la comunidad y de los elementos comunes; y la divisibilidad de la propiedad privada.

El *artículo 5* tampoco ha sufrido modificación.

Contiene lo que podríamos denominar los “tres pilares básicos” o fundamentos de la propiedad horizontal, que son:

- Título.
- Estatutos.
- Cuota de participación.

172

Al *título*, se refiere el *primer párrafo*, donde se establece la necesidad de describir el inmueble en su conjunto, así como los diferentes pisos y locales a los que se asignará un número correlativo, exigiendo que en la descripción del inmueble se expresen las circunstancias exigidas en la legislación hipotecaria, y los *servicios e instalaciones con que cuente el mismo...*

No obstante, hemos de entender, que deben reputarse siempre como parte *del inmueble*, aunque no figuren en el título de una manera expresa, todos los servicios y elementos comunes con que realmente cuente el edificio, y no estén designados o individualizados como *privativos*, se mencionen o no específicamente por el artículo 396 del Código civil.

A *la cuota*, se refiere el párrafo 2.º, permitiendo su fijación por el propietario único al iniciar la venta por pisos, por acuerdo de todos los propietarios y por laudo o resolución judicial.

Ahora bien, ¿sería posible que el propietario único del edificio fijara en el título las cuotas de participación, cuan-

do ya ha vendido algún piso o local a través de documento privado?

En principio parece que no podría, pues ya ha dejado de ser propietario único, teniendo en cuenta que la compraventa no requiere la solemnidad del documento público, como forma constitutiva, a tenor de la interpretación jurisprudencial del artículo 1.280 del Código civil.

Sin embargo, en la práctica, esta posibilidad se viene admitiendo, por cuanto que en la mayor parte de las ocasiones se reserva el promotor la facultad de fijar las cuotas en el contrato privado de transmisión, lo que luego es ratificado por el comprador, al firmar sin reserva alguna la escritura de compraventa; y desde luego, tampoco se debe olvidar que nadie puede ir contra sus propios actos.

E incluso, tal posibilidad de fijar el propietario único las cuotas, aun después de haber vendido por documento privado, viene avalada por alguna sentencia del Tribunal Supremo, entendiendo que en estos supuestos el contrato no se ha perfeccionado, pues con arreglo al artículo 1.462 del Código civil, falta la entrega de la cosa, al no haberse otorgado escritura pública.

El *párrafo 3.º*, se refiere a los *estatutos*, debiéndose entender que cuando los mismos no existan, lo que es muy frecuente en la práctica, se aplican directamente las disposiciones de la ley.

Y *por último*, se refiere el párrafo final de este artículo a la modificación del título, exigiendo los mismos requisitos que su constitución, por lo que sólo caben 3 vías:

- Por el dueño único antes de iniciarse la venta.
- Por acuerdo posterior unánime de los propietarios.
- Por resolución judicial.

El *artículo 6*, regula las denominadas NORMAS O REGLAMENTO DE RÉGIMEN INTERIOR, y conserva la misma redacción.

Estas normas requieren, solamente, acuerdo de la mayoría de propietarios, y regulan detalles de convivencia y la

utilización de las cosas y servicios comunes, pero en modo alguno pueden servir para modificar o suplantar la ley o los estatutos, y por lo tanto, no pueden establecer modificaciones o prohibiciones en la propiedad privada (por ejemplo, no es posible que en dichas normas se establezca que en un determinado piso o local no podrá ejercerse una concreta actividad profesional).

El artículo 7, ha tenido nueva redacción, añadiendo un último párrafo que recoge el procedimiento previsto en el antiguo artículo 19, pero con ciertas modificaciones para dotarlo de mayor agilidad y eficacia.

Pues bien, el artículo que comentamos recoge en su n.º 1, la regla de que cada propietario podrá en su piso o local, modificar los elementos arquitectónicos, instalaciones o servicios de aquél, siempre que no menoscabe la seguridad del edificio, su estructura general, su configuración o estado exteriores, o perjudique los derechos de otro propietario, *debiendo dar cuenta de tales obras* previamente a quien represente a la comunidad.

Ahora bien, ¿qué ocurre en defecto de esta notificación o comunicación? Pues parece que nada; la falta de notificación no convierte unas obras legales en ilegales, y no puede haber penalización alguna si las obras han sido correctamente ejecutadas.

No obstante, si las obras afectan a elementos o servicios comunes, parece que la comunidad podrá ejercitar la acción personal pertinente, aplicándose el plazo de prescripción de 15 años, que se debe contar desde que haya *constancia pública* de la actuación del interesado.

Y en su número 2, el artículo 7, establece que al propietario y al ocupante del piso o local no les está permitido desarrollar en él o en el resto del inmueble actividades prohibidas en los estatutos, que resultan dañosas para la finca o que contravengan las disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas.

Qué tipo de actividades son éstas, es muy difícil de precisar en cada caso concreto, aunque parece que habremos de acudir al Reglamento de 30 de noviembre de 1961, y a las disposiciones y ordenanzas municipales, que existen sobre la materia, teniendo en cuenta que en todo caso, debe reputarse como ilícita, toda actividad prohibida por las leyes penales o civiles que en la mayoría de los casos suele ser además insalubre, molesta, peligrosa, etc.

Y el último párrafo, regula el procedimiento para perseguir todas estas actividades, que se inicia con un *requerimiento* del presidente de la comunidad, a iniciativa propia o de cualquier propietario u ocupante, a quién realice tales actividades; y si éste persiste en su conducta se ejercerá acción de cesación, iniciándose un proceso judicial donde la sentencia puede privar al propietario del uso de la vivienda o local por tiempo no superior a tres años, o si el infractor no es propietario declarar extinguidos definitivamente todos sus derechos sobre la vivienda o el local, así como su inmediato lanzamiento.

175

El artículo 8, sigue conservando su primitiva redacción, y del mismo se desprende la necesidad de aprobación unánime de la junta de propietarios, para realizar operaciones de división, agrupación o segregación de pisos o locales, con fijación de nuevas cuotas de participación.

Ahora bien, esta exigencia debe ser matizada, pues es frecuente en la práctica, introducir en los estatutos una cláusula por medio de la cual el promotor, o los propietarios de los diferentes pisos o locales, se reservan la facultad de realizar agrupaciones, divisiones o segregaciones en los mismos sin necesidad de recabar en cada caso el consentimiento unánime de la junta de propietarios.

Esta posibilidad ha sido incluso admitida por la Dirección General de los Registros y del Notariado, entre otras en resoluciones de 31 de agosto de 1981 y de 26 de febrero de 1988, negando en algunos casos carácter imperativo al

artículo 3, y sobre la base de considerar que la unanimidad se estaba produciendo desde el instante en que cada propietario individual estaba prestando su autorización o consentimiento al adherirse, sin reserva alguna, a los estatutos previamente redactados donde se insertaba la cláusula en cuestión, la cual ha de determinar el criterio para fijar las nuevas cuotas de participación.

No obstante no debemos olvidar que el Tribunal Supremo, en algunas sentencias (7 de febrero de 1976; 31 de enero de 1987 ó 19 de julio de 1993), en base al carácter imperativo del precepto que analizamos, ha declarado la nulidad de la cláusula estatutaria, que establece la posibilidad de división o segregación de locales, sin necesidad de aprobación de la junta de propietarios.

176 Y así entramos en el fundamental *artículo 9*, que regula las obligaciones de cada propietario, y que son:

a) Respetar las instalaciones de la comunidad y demás elementos comunes, estén o no incluidos en su piso o local...

b) Mantener en buen estado de conservación su piso o local...

c) Consentir en su vivienda o local las reparaciones que exija el servicio del inmueble...

d) Permitir la entrada en su piso o local a los efectos prevenidos en los 3 párrafos anteriores.

e) *“Contribuir, con arreglo a la cuota de participación fijada en el título o a lo especialmente establecido, a los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble, sus servicios, cargas y responsabilidades que no sean susceptibles de individualización.*

Los créditos a favor de la comunidad derivados de la obligación de contribuir al sostenimiento de los gastos generales correspondientes a las cuotas imputables a la parte vencida de la anualidad en curso y al año natural inmediatamente anterior tienen la condición de preferentes a efectos del artículo 1.923 del Código civil y preceden, para su satisfacción, a los enumerados en los apartados 3.º, 4.º y 5.º de dicho precepto, sin perjuicio de la preferencia establecida a favor de los créditos salariales en el Estatuto de los Trabajadores.

El adquirente de una vivienda o local en régimen de propiedad horizontal, incluso con título inscrito en el Registro de la Propiedad, responde con el propio inmueble adquirido de las cantidades adeudadas a la comunidad de propietarios para el sostenimiento de los gastos generales por los anteriores titulares hasta el límite de los que resulten imputables a la parte vencida de la anualidad en la cual tenga lugar la adquisición y al año natural inmediatamente anterior. El piso o local estará legalmente afecto al cumplimiento de esta obligación.

177

En el instrumento público mediante el que se transmita por cualquier título, la vivienda o local el transmitente, deberá declarar hallarse al corriente en el pago de los gastos generales de la comunidad de propietarios o expresar los que adeude. El transmitente deberá aportar en este momento certificación sobre el estado de deudas con la comunidad coincidente con su declaración, sin la cual no podrá autorizarse el otorgamiento del documento público, salvo que fuese expresamente exonerado de esta obligación por el adquirente. La certificación será emitida en el plazo máximo de siete días naturales desde su solicitud por quien ejerza las funciones de secretario, con el visto bueno del presidente, quienes responderán en caso de culpa o negligencia, de la exactitud de los datos consignados en la misma de los perjuicios causados por el retraso en su emisión”.

Como se observa, respecto de la regulación anterior, ha disminuido sensiblemente la preferencia que se concede a

este crédito en favor de la comunidad, ya que ahora tendrá preferencia sobre cualquier otro excepto sobre los créditos en favor del *Estado* (por los impuestos que graviten sobre el inmueble por la última anualidad vencida y no pagada) y de los *aseguradores* (por los dos años del seguro o del mismo plazo de los dividendos).

Pero se adelanta sobre los créditos hipotecarios y refaccionarios aun estando inscritos en el Registro de la Propiedad, y sobre cualquier otro crédito anotado con anterioridad en el registro en virtud de mandamiento judicial.

No obstante, la excepción preferente la tienen los créditos salariales regulados en el Estatuto de los Trabajadores, es decir, los últimos 30 días de trabajo, siempre que no superen el doble del salario mínimo interprofesional.

El precepto sigue consagrando una afección real *erga omnes* del piso o local, al pago de los gastos de comunidad imputables a la parte vencida de la anualidad en la cual *tenga lugar la adquisición* y al año natural inmediatamente anterior.

Y esto sí puede suponer una innovación, pues la fecha a tener en cuenta es la de la venta o adquisición y no la de la presentación de la demanda, y es que efectivamente, por parte de la Dirección General de los Registros y del Notariado, se venía entendiendo que inscrita en el Registro de la Propiedad, una propiedad horizontal, constaba ya suficientemente, aunque con cierta indeterminación la AFECCIÓN REAL PREFERENTE, que forma parte del contorno ordinario, del ámbito de poder en que consiste el dominio de cada piso.

Ahora bien, el momento determinante para el cómputo de las cantidades garantizadas por el antiguo artículo 9.5 de la LPH, ha de ser el de la presentación de la demanda en juicio declarativo, que deberá de ser objeto de anotación en el Registro de la Propiedad, si se pretende hacer valer la preferencia frente a terceros. (Resoluciones 9 de febrero y 18 de mayo de 1987... 1 de junio de 1989).

Como consecuencia de ello, el período referido del año actual y del anterior, se consideraba sólo desde la presenta-

ción de la demanda. Así, si alguien vendía un piso o local a finales de diciembre de 1998, y se inscribía en el Registro en enero de 1999, por muy diligente que fuera la comunidad, podría presentar la demanda ese mismo mes, por lo que sólo quedarían cubiertos los primeros días de 1999, y todo el año de 1998, pero quedando excluido de la garantía el año 1997. Por ello y con la actual redacción del precepto el problema queda soslayado, ya que el cómputo se cuenta desde la fecha de la venta o la adquisición, por lo que en el ejemplo anterior, quedaría cubierto todo el año 1997 y casi todo el año 1998, hasta la fecha en que se realizó la compraventa del piso o local.

También este precepto establece unos requisitos en relación con el *instrumento público* mediante el que se transmite por *cualquier título* la vivienda o local.

¿Cómo ha de ser interpretada la expresión “por *cualquier título*”?

Es evidente, que se refiere a los actos a título oneroso y también a título lucrativo *inter vivos*, pero parece que deben quedar excluidos los actos a título lucrativo *mortis causa*, puesto que el transmitente (difunto) difícilmente puede aportar la certificación a que se refiere el precepto, y por otro lado, la comunidad tiene ya suficiente garantía con la extensión a los adquirentes herederos de la responsabilidad, y por tanto de las deudas de su causante, que son asumidas por ellos; todo ello sin perjuicio de que al confeccionar el documento, pueda ser conveniente recabar de los herederos la aportación de la certificación a que se refiere este artículo.

Por otra parte, en cuanto a la declaración en el instrumento a que se refiera este precepto, no debemos olvidar que la DGRN, viene entendiendo desde la resolución de 10 de enero de 1991, que tal declaración no afecta para nada a la validez y eficacia de la compraventa, de modo que a pesar de su omisión el contrato es inscribible.

Esta postura se puede seguir manteniendo con el nuevo texto de la ley, aunque lo cierto es que realiza la impor-

tancia de la declaración al exigir como soporte de la misma certificación sobre el estado de deudas, sin la cual no podrá otorgarse el documento, salvo exoneración del adquirente. Es decir, se impone al notario una obligación legal, cuyo incumplimiento puede acarrear responsabilidad disciplinaria, e incluso civil, y ello aunque se refiere a un aspecto complementario de la compraventa, que no afecta a su validez y eficacia; por ello, y con independencia de que la DGRN se pueda seguir pronunciando sobre su intrascendencia a efectos de inscripción, no podemos olvidar que el cumplimiento de estos requisitos es obligatorio para el otorgamiento.

Pero entrando en el análisis de la CERTIFICACIÓN, a que se refiere el precepto, se plantean múltiples problemas:

1. ¿Qué ocurre si en la certificación que se aporta hay deudas por plazo superior al de la afección real (por ejemplo 5 años)?

En este caso el notario lo hará constar en la escritura, y se podría entender que el adquirente tiene que hacerse cargo del total importe de la deuda, con independencia de la afección real y de los plazos de preferencia del crédito.

2. La solución sería la misma si el adquirente *exonera* al vendedor para que aporte dicha certificación, ya que luego tendrá que admitir las deudas que existan sobre el piso o local, también con independencia de los plazos de preferencia del crédito y de la afección real.

Y todo ello en base a 2 argumentos:

a) Si hubiera que limitar el plazo al año actual y al anterior, la norma jurídica comentada, estaría de más y sin finalidad alguna.

b) De igual manera, de admitir otra interpretación, el vendedor nunca presentaría certificación, y el comprador lo aceptaría pues saldría beneficiado, toda vez que la certificación podría reconocer una deuda mayor, y sin certificación sólo está sujeto a la afección real de menor plazo.

No obstante la solución aportada tiene muchos detracto-

res, pues entienden que haya o no certificación, y diga lo que diga la misma, la responsabilidad del adquirente se circunscribe a la parte vencida de la anualidad corriente y a la inmediatamente anterior, salvo que existiese asunción de la deuda, por parte del mismo, entendiendo que la finalidad de la norma no es sólo proteger a la comunidad, sino también a los propios adquirentes, y que tengan conocimiento en el momento de la firma de la escritura de la cuantía monetaria de la deuda por la que están vinculados.

3. ¿Qué pasa si la comunidad no presenta el certificado después de haber sido solicitado?

Pues parece, que no habrá otra responsabilidad del comprador que la basada en los preceptos legales, es decir, la afección real que contempla esta regla e) del artículo 9.

4. ¿Debe el notario acreditar la vigencia del cargo y exigir la autenticidad de las firmas?

En principio no. Si bien, la DGRN ha exigido a veces la aseveración notarial de la vigencia del cargo sobre la base del Libro de Actas, lo ha sido en supuestos en que el acuerdo de la junta era presupuesto ineludible para el otorgamiento, y la acreditación del cargo que ostentaban los otorgantes era requisito fundamental para la formalización de la escritura; por ello en este supuesto, en que la certificación tiene un carácter accesorio o complementario de la venta, no parece que pueda exigirse la acreditación de la vigencia del cargo ni la autenticidad de las firmas; si bien, cuanto menos este último extremo sí que sería conveniente complementarlo en aras de la apariencia de legalidad que deben presidir todas las actuaciones notariales, y para poder eludir cualquier reclamación por responsabilidad civil; aunque debemos pensar la dificultad que en la práctica supone que los secretarios y presidentes de comunidades acudan a los despachos notariales a los solos efectos de legitimar sus firmas; pero en todo caso, cuando menos la legitimación de las firmas es conveniente por razones de prudencia.

f) Se prevé la constitución de un fondo de reserva, que en ningún caso podrá ser inferior al 5% del último presupuesto ordinario y que según la disposición *adicional* de la ley, se puede aportar en 2 ejercicios.

— En el primero, el 2,5% de ese mismo presupuesto que se aprueba.

— Y el 2,5% restante, al segundo año, pero ajustado ya, desde entonces, al último presupuesto de los aprobados.

g) El propietario debe observar la diligencia debida en el uso del inmueble.

h) Comunicar a quien ejerza las funciones de secretario el domicilio en España a efectos de notificaciones y citaciones.

Si no se hiciese tal comunicación se tendrá por tal domicilio el de la vivienda o local de la comunidad.

Y si intentada la citación o notificación no pudiera practicarse, se entenderá realizada mediante la colocación de la comunicación en el tablón de anuncios de la comunidad o en lugar visible de uso general habilitado al efecto, produciendo plenos efectos jurídicos en el plazo de tres días naturales.

Como dice este precepto, la comunicación debe hacerse al secretario pero no puede negarse la validez a la comunicación hecha al presidente o a alguien responsable de la junta de gobierno, pues lo que importa es que llegue a conocimiento de la comunidad.

i) El propietario debe comunicar a quien ejerza las funciones de secretario, el cambio de titularidad de la vivienda o local, pues en otro caso responderá de las deudas con la comunidad devengadas con posteridad a la transmisión de forma solidaria con el nuevo titular.

En relación con esta obligación, sería conveniente efectuar en las escrituras públicas por las que se formalice la

transmisión una advertencia al respecto, a pesar de que el rigor de la obligación quede mitigado por el tenor del 2.º párrafo del apartado i.

Y en todo caso la comunicación la podrá hacer el propio adquirente.

Y por último el artículo 9 en su número 2 consagra el principio de que la no utilización de un servicio no exime del cumplimiento de las obligaciones correspondientes.

El *artículo 10*, que es de nueva redacción regula el régimen de las OBRAS NECESARIAS PARA EL SOSTENIMIENTO Y CONSERVACIÓN DEL INMUEBLE. Los gastos que se generen son obligatorios para todos los propietarios, aunque no hayan votado a favor del acuerdo, y al pago de los mismos estará afecto el piso o local en los términos establecidos en el artículo 9 para los gastos generales.

183

El *artículo 11*, que ha sido parcialmente modificado, pues es el antiguo artículo 10, se refiere a las OBRAS DE REFORMA O INNECESARIAS, en cuyo caso si la cuota de instalación excede de tres mensualidades ordinarias (antes era una), el propietario disidente no resultará obligado ni se modificará su cuota; pero si desea aprovecharse en el futuro de la innovación, habrá de abonar su cuota en los gastos de realización y mantenimiento, debidamente actualizados con arreglo al interés legal.

Parece, en todo caso, que la calificación de la naturaleza de las obras, la han de otorgar la mayoría de los propietario, pues no es de recibo que una sola persona o una minoría impongan su juicio, simplemente haciendo constar que esa obra es de mejora o innecesaria para la correcta habitabilidad del inmueble por lo que se inhiben del pago. Por tanto es la junta de propietarios quien debe acordar y determinar si el nuevo servicio e instalación es necesario.

Y el apartado 4.º de este artículo imputa el pago de las derramas a quien sea propietario, en el momento de la exigi-

bilidad de las cantidades afectas al pago de dichas mejoras.

Es decir, la decisión se podría adoptar por la comunidad hoy, pero con eficacia para un futuro o un momento determinado, pasando los recibos cuando la mejora o instalación hayan concluido. Pues bien, si hay cambio de propietario será el nuevo el que deba pagar las derramas, aunque él no hubiera intervenido en la aprobación de la junta; y no parece que pueda repetir contra el vendedor, pues la mejora o la nueva instalación será beneficiosa para el nuevo propietario.

El *artículo 12*, cuya redacción no varía respecto al antiguo artículo 11, remacha y da importancia a determinados conceptos, como puede ser el derecho de vuelo y cualquier alteración en la estructura o fábrica del edificio, con necesidad del acuerdo unánime de la junta de propietarios pues supone cambio de título.

184 Aunque cabe la posibilidad de reservar esta facultad en el título o en virtud de disposición estatutaria en favor del promotor o de un tercero; posibilidad que es admitida por la jurisprudencia y por la DGRN, siempre y cuando la cláusula sea clara y determinante.

El *artículo 13*, recoge los órganos de gobierno que son:

- a) Junta de propietarios.
- b) Presidente y en su caso, vicepresidente.
- c) Secretario.
- d) Administrador.

El cargo de presidente ha de ser desempeñado por *un propietario*, y será nombrado, entre los propietarios, mediante *elección* o subsidiariamente, mediante *turno rotativo o sorteo*.

No obstante, debemos entender que sería admisible otro sistema de designación, siempre que figure en los estatutos o sea acordado por decisión adoptada en junta (admitida por todos los propietarios, sin ninguna clase de impugnación), con la limitación de que no pueda haber prohibición alguna (por ejemplo, no se podría excluir a los jubilados).

El cargo de presidente es obligatorio, si bien el propietario designado podrá solicitar del juez su relevo dentro del mes siguiente de acceso al cargo.

El presidente ostenta legalmente la representación de la comunidad en juicio y fuera de él.

Aquí el legislador recoge la tendencia jurisprudencial tendente a considerar que dado que la comunidad de propietarios carece de personalidad jurídica, la presentación del presidente es una REPRESENTACIÓN ORGÁNICA, en cuya virtud la voluntad del presidente hacia el exterior, vale como voluntad de la comunidad, sin perjuicio de la obligación de responder de su gestión frente a los propietarios.

En la representación orgánica que le corresponde está investido de mandato suficiente para defender en juicio y fuera de él los intereses complejos de toda la comunidad, no sólo en cuanto afectan a elementos e intereses comunes, sino también de los propietarios en particular; en consecuencia en la acción judicial que pudiera plantearse no necesita del acuerdo previo de la junta, tanto en la legitimación activa, como en la pasiva.

Por todo ello el presidente de la comunidad, al otorgar el poder para pleitos no se le puede exigir otra justificación que su *nombramiento*, el cual no requiere *unanimidad* y siempre podrá actuar por propia decisión salvo para aquellos actos en que la ley exija de forma expresa celebración y acuerdo de la junta de propietarios.

Por otra parte, el cargo de secretario-administrador, puede ser desempeñado por:

— Cualquier propietario.

— Persona física con cualificación profesional suficiente y legalmente reconocida (la ley está pensando en los administradores colegiados de las fincas).

— Corporaciones y otras personas jurídicas (parece que se piensa en las cámaras de la propiedad urbana, que en algunas comunidades autónomas desarrollan esta función como corporaciones de derecho público).

Ahora bien, el artículo se remite una y otra vez, a normas y leyes sobre la materia que hasta ahora no existen.

Por lo demás, todos los cargos duran un año habiendo desaparecido en la actual regulación la prórroga tácita por períodos iguales, sin perjuicio de que no debe existir ningún obstáculo, para que por vía estatutaria se pueda establecer dicha prórroga.

Además, este plazo del año, no ha de computarse de fecha a fecha, sino que el cargo debe entenderse vigente hasta la siguiente junta general ordinaria, de manera semejante a la previsión contenida en el Reglamento del Registro Mercantil para los administradores de las sociedades mercantiles y no olvidando que según el artículo que comentamos, podrán ser removidos de su cargo antes de la expiración por acuerdo de la junta de propietarios, convocada en sesión extraordinaria.

186

Y para finalizar con este artículo, el n.º 8, reitera la regla del anterior artículo 12, conforme a la cual, cuando el número de propietarios de viviendas o locales no exceda de cuatro, podrán acogerse al régimen de administración del artículo 398 del Código civil, si expresamente lo establecen los estatutos.

Ahora bien, hemos de entender que el hecho de llevar una administración distinta no quiere decir que no deban cumplir *preceptos esenciales* de régimen de propiedad horizontal, reglas que les serán aplicables supletoriamente en lo no previsto en el Código civil (ejemplo: libros de actas, citación de las juntas conforme al artículo 16, impugnación de las juntas conforme al artículo 16, impugnación de acuerdos conforme al artículo 18).

El artículo 14, regula las competencias de la junta general y su redacción es prácticamente idéntica a la del antiguo artículo 13, con la única peculiaridad de que en la letra c), se establece la necesidad de que sea informada de las medidas que adopte el administrador entorno a las reparaciones

urgentes de la casa, que se prevén por el artículo 20, apartado c) de la propia ley.

Por su parte, el *artículo 15*, regula la asistencia a las juntas, teniendo su número 1, una redacción sustancialmente idéntica a la del antiguo 14 de la ley, en su redacción anterior, y consagrando el principio de que la asistencia podrá ser personal o por representación legal o voluntaria, bastando para acreditar ésta, un escrito firmado por el propietario.

En relación con esta norma, la jurisprudencia viene admitiendo la posibilidad de que se confiera una representación global y permanente para todas las juntas, si bien en este supuesto, salvo que se haga constar que también se confieren facultades *específicas y extraordinarias*, no podrá el representante adoptar postura alguna sobre actos de disposición (que exigen unanimidad).

Y el n.º 2 de este artículo introduce una verdadera innovación, como medida específica en la lucha contra el propietario moroso, por cuanto que, si bien, podrá participar en las deliberaciones de la junta, se le priva del derecho de voto, a menos que hubiese procedido a la impugnación judicial o notarialmente su importe. El acta de la junta reflejará los propietarios privados del derecho de voto, cuya persona y cuota de participación no será computada a efectos de alcanzar las mayorías exigidas en la ley.

Hay quien opina en relación con este último inciso, que esta privación del derecho de voto, únicamente alcanza su eficacia en aquellas decisiones de la junta que afectan a cualquier supuesto de mayoría simple o cualificada, y no en los casos en que se exija unanimidad, por coherencia con otras reglas, por lo que al propietario moroso no se le podrá privar del derecho de voto para la adopción de los acuerdos en que la ley exija unanimidad de todos y cada uno de los propietarios.

No obstante, parece que la interpretación debe ser otra, y es la de que, incluso para los acuerdos en que se exija

unanimidad, al propietario moroso no se le toma en consideración para el cómputo de votos, por lo que es como si no existiese, y de esta forma la unanimidad que se necesita lo es de todos los demás propietarios que no hayan sido privados del derecho de voto, pues de otro modo, y de mantener la primera interpretación, para la adopción de este tipo de acuerdos, la junta siempre estaría bloqueada por el moroso, quien dada su actitud litigiosa con la comunidad, nunca concurriría, ni votaría.

El *artículo 16*, regula la convocatoria y quorum de asistencia a la junta, y su tenor es parecido al del artículo 15 en su anterior redacción, ya que en consonancia con el nuevo sistema de comunicaciones y notificaciones que regula el artículo 9, se prevé que la convocatoria se haga mediante la práctica de las citaciones en la forma establecida en el artículo 9, y además, la convocatoria contendrá una relación de los propietarios que no estén al corriente en el pago de las deudas vencidas a la comunidad y advertirá de la privación del derecho de voto si se dan los supuestos previstos en el artículo 15.2.

Además contempla la posibilidad de que si no hay quorum de asistencia, en primera convocatoria, se celebre una segunda el mismo día, si hubiese transcurrido media hora desde la anterior; y en su defecto, será nuevamente convocada dentro de los ocho días naturales siguientes a la junta no celebrada, cursándose en este caso las citaciones con una antelación mínima de tres días.

En relación con este precepto, podemos realizar una serie de observaciones:

1. La junta ordinaria debe servir, cuando menos, para aprobar las cuentas y presupuestos pero a la vez puede ser aprovechada para tratar cualquier otro asunto de interés comunitario.
2. La junta no tiene por qué celebrarse en una fecha concreta y determinada todos los años.

3. El secretario y/o administrador parece que pueden convocar junta general, si bien, siempre siguiendo instrucciones de quien tiene tal facultad, es decir, el presidente, la cuarta parte de los propietarios o un número de estos que representen el 25% de las cuotas de participación.

4. Ante la falta de cumplimiento de los requisitos sobre citaciones o convocatorias, exigidos por este artículo, la línea por la que se está inclinando el Tribunal Supremo en los últimos tiempos es la de la *necesidad de impugnar*, es decir, son acuerdos o actas susceptibles de ser *anulados*, pero nunca nulos de pleno derecho, tesis que está corroborando el artículo 18, en su redacción actual.

Siendo especialmente importante destacar como el Tribunal Supremo, en algunas sentencias (26 de junio de 1995, entre otras), sostiene que el requisito de consignar el orden del día en las convocatorias es fundamental, de tal modo que no pueden adoptarse acuerdos que no estén incluidos en el mismo, pues sería fácil burlar la voluntad de determinados propietarios, consiguiendo en la junta convocada acuerdos diferentes de los señalados en el orden del día, nulidad que abarca igualmente a dichos acuerdos si se adoptan bajo la rúbrica de ruegos y preguntas.

189

Y con ello entramos en el fundamental *artículo 17*, relativo a las mayorías necesarias para la adopción de los diferentes acuerdos y que recoge en parte, alguno de los postulados del antiguo artículo 16, reglas 1.^a y 2.^a, si bien introduciendo algunas innovaciones, ya que exige:

1.^a UNANIMIDAD, para la validez de los acuerdos que impliquen aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo o en los estatutos.

Siendo importante señalar que el Tribunal Supremo en sentencias de 28 de abril de 1992 y 16 de octubre de 1992, ha admitido la aceptación tácita, por parte de la comunidad, entendiéndolo que, aun cuando es necesario el consentimiento unánime de todos los copropietarios para la modificación o

alteración de los elementos comunes del inmueble, se admite la voluntad tácita de los mismos cuando mediante actos inequívocos se llega a esta conclusión. Entendiéndose igualmente que la realización de unas obras que puedan afectar a elementos comunes, sin que hubiera protesta de la comunidad durante éstas, ni ejercicio de acción alguna, puede entenderse como un supuesto de aceptación tácita.

Además siempre es posible la *revocación*, de los acuerdos tomados por *unanimidad*, antes de que transcurra el plazo de firmeza, como ha señalado el Tribunal Supremo, entre otros en sentencia de 19 de junio de 1961.

Y por otra parte, como ha señalado reiteradamente el Tribunal Supremo, la falta de unanimidad implica ANULABILIDAD, y no nulidad radical y absoluta, por lo que los acuerdos adoptados son susceptibles de sanación, si no han sido impugnados dentro del plazo previsto por la ley.

190

2.^a MAYORÍA DE TRES QUINTAS PARTES DE PROPIETARIOS, QUE A SU VEZ REPRESENTEN LAS TRES QUINTAS PARTES DE LAS CUOTAS DE PARTICIPACIÓN, para el establecimiento o supresión de los servicios de ascensor, portería, conserjería, vigilancia u otros servicios comunes de interés general, y para el arrendamiento de elementos comunes, y ello aunque implique modificación del título o de los estatutos.

3.^a MAYORÍA DE PROPIETARIOS, que a su vez representen mayoría de las cuotas de participación, para la realización de obras o el establecimiento de servicios que tengan por finalidad la supresión de barreras arquitectónicas que dificulten el acceso o movilidad de personas con minusvalía (antes se exigían las tres quintas partes).

Los acuerdos válidamente adoptados en todos estos supuestos, obligan a todos los propietarios, entendiéndose que son votos favorables los de aquellos propietarios ausentes de la junta, que una vez informados del acuerdo en la forma prevenida en el artículo 9, no manifiestan su discrepancia al secretario en el plazo de 30 días naturales, por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción.

Poniendo en relación este precepto en el artículo 11, ya examinado, nos encontramos con que hay dos fórmulas para crear nuevas instalaciones o servicios:

1.º Obtener la mayoría *de las 3/5 partes*, en cuyo caso la decisión de la junta es de obligatoria aceptación para todos los propietarios, incluso cuando se opongan, y dejando a salvo las acciones de impugnación, de tal manera que no solo deberán admitir la mejora, sino que también pagarán la derrota con arreglo a la respectiva cuota.

2.º Obtener *mayoría simple*, en cuyo caso si la instalación es reputada como mejora innecesaria y excede de tres mensualidades ordinarias, los disidentes no tendrán que participar en el gasto, aunque sean beneficiados.

Respecto de los MINUSVÁLIDOS, los derechos se reconocerán no sólo en favor del propietario, sino también en favor de cualquier otra persona que ocupe la vivienda (usufructuario, arrendatario, etc.), siendo suficiente con que la condición de minusválido la ostente el cónyuge o pareja de hecho o cualquier familiar con convivencia permanente; pero en todo caso, la condición de minusválido requiere declaración oficial, salvo que se trate de personas que hayan cumplido setenta años, ya que conforme al artículo 1.3 de la Ley 15/95 son considerados como minusválidos sin necesidad de declaración alguna al respecto.

En cuanto a la posibilidad de oponerse a los acuerdos de la junta el propietario ausente, hemos de entender que si ejercita contra el acuerdo la acción judicial de impugnación, en el plazo de 30 días, aunque conforme al artículo 18 disponga de tres meses, esta actuación debe equipararse a la contestación *negativa*.

4.^a VOTO FAVORABLE DE UN TERCIO DE PROPIETARIOS QUE REPRESENTEN UN TERCIO DE LAS CUOTAS para la instalación de las infraestructuras comunes para el acceso a los servicios de telecomunicación, energía solar y suministros energéticos.

Si bien en este caso la comunidad no podrá repetir el coste sobre aquellos propietarios que no hubiesen votado en

favor del acuerdo sin perjuicio de que si luego se aprovechan de las instalaciones, deberán abonar el importe que les hubiera correspondido incrementado en el interés legal.

Obsérvese que estas instalaciones únicamente podrán ser solicitadas por el propietario, nunca por el arrendatario.

5.^a MAYORÍA SIMPLE en todos los demás casos que será en *primera convocatoria*, del total de propietarios que a su vez representen mayoría de las cuotas de participación, y en segunda convocatoria, valdrá *la mayoría de asistentes*, siempre que ésta a su vez represente más de la mitad del valor de las cuotas de los presentes.

Cuando la mayoría no se pudiera lograr, el juez a instancia de parte, deducida en el mes siguiente a la fecha de la segunda junta, resolverá en el plazo de 20 días lo que sea procedente.

En estos supuestos en que basta con la mayoría simple a que se refiere la regla tercera del artículo que analizamos, parece que a los propietarios ausentes bastará con notificarles el acuerdo, con arreglo al artículo 18, pero no pueden discrepar o manifestar su conformidad, ya que el acuerdo adoptado en junta es firme y ejecutivo, y los ausentes estarán obligados a aceptar y a cumplir los acuerdos legalmente adoptados.

Además, la *resolución judicial* que recae en el juicio de equidad a que se refiere el último párrafo hemos de entender que participa de la misma naturaleza que el acuerdo de la junta, pues suple la voluntad de la asamblea; por ello debería notificarse cuando proceda, y los discrepantes en su caso disponen del derecho de impugnar, si consideran que la misma es contraria a lo dispuesto en el artículo 18.

Por último, en torno a este artículo hay que señalar que el Tribunal Supremo, entre otras, en sentencia de 10 de febrero de 1995, estableció el criterio de que en la junta de propietarios a cada propietario le corresponde un solo voto con independencia de los departamentos de que sea dueño.

El *artículo 18*, se refiere a la impugnación de los acuerdos de la junta de propietarios y modifica sustancialmente el contenido del antiguo artículo 16 que regulaba esta materia.

Así, la impugnación de los acuerdos es posible en tres supuestos:

A) Cuando sean contrarios a la ley o a los estatutos.

B) Cuando resulten gravemente lesivos para los intereses de la propia comunidad, en beneficio de uno o varios propietarios.

C) Cuando supongan un grave perjuicio para algún propietario que no tenga obligación de soportarlos o se hayan adoptado con abuso de derecho.

Están legitimados para la impugnación de los acuerdos:

— Los propietarios que hubiesen salvado su voto en la junta.

— Los ausentes por cualquier causa y

— Los que indebidamente hubiesen sido privados de su derecho de voto.

193

Respecto de los *ausentes*, hemos de entender que únicamente podrán impugnar, si previamente, tras la notificación, han contestado en forma negativa, en el plazo de 30 días que fija el artículo 17, regla 1.^a, pues en otro caso se premiaría a estos propietarios en detrimento de los asistentes que sí necesitan salvar su voto en la junta.

Y como una manifestación más del objetivo de la ley, cual es el de luchar contra el propietario moroso, se le niega legitimación para impugnar los acuerdos mientras no esté al corriente en el pago de la totalidad de las deudas vencidas o proceda previamente a la consignación judicial de las mismas y salvo que se trate de acuerdos relativos al establecimiento o alteración de la cuotas de participación.

Por lo demás, el precepto sujeta a un plazo de caducidad de un año la acción para impugnar los acuerdos contrarios a la ley o a los estatutos, y a un plazo de tres meses la acción para impugnar los demás acuerdos, sin que la im-

pugnación suspenda su ejecución, salvo que el juez lo acuerde con carácter cautelar.

Por último en relación con este precepto, señalar que dada la actual redacción del mismo es posible sostener la postura de que en el ámbito de la Ley de Propiedad Horizontal no hay acuerdos nulos *de pleno derecho*, sino simplemente anulables, entendiéndose que la primera sanción, es decir la nulidad radical solamente podría predicarse de aquellos acuerdos que vulneran otras leyes diferentes de carácter imperativo; piénsese, por ejemplo, en un acuerdo que infringiera la normativa de seguridad social, en relación con el portero del inmueble.

El *artículo 19*, modifica el antiguo artículo 17 estableciendo que los acuerdos de la junta se reflejarán en un libro de actas diligenciado por el registrador, consignando las circunstancias que debe expresar y señalando que el acta se cerrará con la firma del presidente y secretario al terminar la reunión o dentro de los diez días naturales siguientes. Desde su cierre los acuerdos serán ejecutivos, salvo que la ley prevenga lo contrario.

A pesar del tenor de este artículo parece que debemos entender que la *diligenciación* tan sólo dota al libro de actas de *presunción de veracidad*, que no parece que los acuerdos sean nulos si falta este requisito, y que las juntas sean nulas y carentes de eficacia, ya que se podría acreditar el contenido de los acuerdos y decisiones por cualquier medio de prueba admitida en derecho.

El *artículo 20*, relativo a las obligaciones del administrador, apenas presenta variaciones respecto del antiguo artículo 18, salvo en lo relativo a la letra c), que se refiere a la conservación y mantenimiento de la casa y a las medidas urgentes, y que sustancialmente es igual al anterior apartado 3.º del artículo 18.

Y el *artículo 21*, regula un procedimiento más ágil y eficaz que el del antiguo artículo 19 para el cobro de las deudas de los gastos de comunidad y los de dotación de la reserva, caracterizado porque no es obligatoria la postulación mediante abogado y procurador; y en todo caso la demanda se dirigirá también contra el titular registral, aunque sea otro el deudor.

El *artículo 22*, redactado *ex novo* por la ley regula las deudas de la comunidad de propietarios, recogiendo la tendencia jurisprudencial en la materia y consagra el principio de que es sólo la comunidad quien responde con todos los fondos y créditos a su favor; y para exigir la responsabilidad de cada comunero es necesario que sea demandado individualmente en juicio, sin que sea suficiente a estos efectos dirigir la demanda contra la comunidad a través de su representante legal. Por tanto si se quiere exigir de cada propietario el pago proporcional de la deuda, deberán ser incluidos en la demanda, previa obtención de los datos registrales de la entidad de cada uno y además, si el propietario demandado acredita haber satisfecho su cuota a la comunidad, formulará oposición y desde luego, con éxito, quedando liberado de toda responsabilidad por las deudas de la comunidad.

El *artículo 23*, conserva idéntica redacción que el antiguo artículo 21 y prevé dos causas de extinción de la propiedad horizontal:

1. Destrucción del edificio, salvo pacto en contrario.
2. Conversión en propiedad o copropiedad ordinarias.

Por su parte, el *artículo 24*, establece el régimen de los COMPLEJOS INMOBILIARIOS PRIVADOS, exigiendo dos requisitos para que se pueda entender que estamos en presencia de los mismos:

a) Dos o más edificaciones o parcelas independientes entre sí, cuyo destino principal sean viviendas o locales.

b) Copropiedad indivisible sobre otros elementos inmobiliarios, viales, instalaciones o servicios.

Por tanto, cuando el destino principal no es la vivienda o local de negocios, estas comunidades deberán regirse por sus propias reglas y en lo no previsto por ellas, por el Código civil.

Estas comunidades, según la regla 2.^a se pueden organizar de dos formas:

1) Constitución de una comunidad de propietarios por los procedimientos del párrafo 2.º, artículo 5.

2) Constitución en *agrupación de comunidades*; posibilidad ésta que se viene utilizando en la práctica para las urbanizaciones privadas.

En este segundo supuesto el título constitutivo podrá ser otorgado o bien por el propietario único, o bien por los presidentes de todas las comunidades, previa autorización por acuerdo mayoritario de las respectivas juntas.

Por ello la gran novedad del precepto es que permite esta forma de organización jurídica, aunque no se hubiera previsto en el título por el promotor, pues bastará para ello con que cada comunidad independiente tome su decisión por *mayoría simple* en sus respectivas juntas de propietarios, y esta decisión la lleven a efecto todos los presidentes, formalizando el correspondiente *título*, que ahora sí parece debe requerir *ACUERDO UNÁNIME* de todos los presidentes por aplicación del artículo 17, regla 1.^a.

El título deberá contener la descripción del complejo inmobiliario, con elementos, instalaciones y servicios comunes, y fijará la cuota de participación de cada comunidad integrada, siendo necesaria la *inscripción registral* del mismo.

Por lo demás el precepto consagra la responsabilidad *conjunta* de cada comunidad, es decir, la comunidad de cada bloque es objeto de derechos y obligaciones, aunque a su vez, los traspase a los propietarios.

Y la regla 3.^a de este artículo consagra las siguientes peculiaridades:

a) La junta de propietarios estará compuesta por los presidentes de las comunidades integradas en la agrupación.

b) La adopción de acuerdos para los que la ley requiere mayorías cualificadas exigirá en todo caso, la previa obtención de la mayoría de que se trate en cada una de las juntas de propietarios de las comunidades que integran la agrupación.

Aunque no lo diga el precepto, por lógica jurídica, debe entenderse que la solución debe ser la misma para aquellos acuerdos en que la ley exija unanimidad, por lo que éstos, deben venir precedidos del acuerdo *unánime*, adoptado por los propietarios de cada comunidad.

¿Y qué ocurre para aquellos acuerdos en que según la ley basta la mayoría simple? Pues que no necesitarían la autorización previa de las diferentes juntas de propietarios, ya que en otro caso el funcionamiento del complejo urbanístico no sería ágil ni eficaz; por eso, en estos supuestos, cada presidente podrá actuar como crea conveniente (piénsese en las decisiones sobre conservación y mantenimiento, normas de uso y disfrute, etc.).

c) Salvo acuerdo en contrario no será aplicable a la comunidad agrupada lo dispuesto en el artículo 9 sobre el fondo de reserva.

En todo caso esta junta de presidentes tiene exclusivamente facultades sobre los elementos, servicios e instalaciones generales del conjunto, de índole exterior y compartida.

Y cierra el precepto que analizamos la regla 4.^a, que recoge lo que antes era una construcción doctrinal, al señalar que en los complejos inmobiliarios que no adopten ninguna de las formas jurídicas señaladas en el apartado 2, les serán aplicables, supletoriamente, respecto de los pactos que establezcan entre sí los copropietarios, las disposiciones de esta ley.

Y la ley finaliza con una *disposición adicional* en la que se da una nueva redacción al artículo 396 del Código civil, con una más profusa enumeración de elementos comunes, en su párrafo 1.º declarando, en su párrafo 2.º la vigencia de los artículos del Código civil y de la Ley Hipotecaria modificados por la Ley de 21 de julio de 1960; una disposición transitoria única y una disposición *final única*, en cuya regla final se da un plazo de un año para adaptar los estatutos de una comunidad a lo dispuesto en la ley.

LA FORMA NOTARIAL DE LA DECLARACIÓN DE VOLUNTAD (*)

ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS

Notario

199

= I =

He procurado encontrar, para mi intervención en una ocasión tan señalada, un tema importante. Importante para el Derecho Notarial, al que está dedicada la cátedra que inauguramos, y no ya sólo en sí mismo, sino en sus interferencias e implicaciones. Pero también importante para el Derecho Civil, pues las ventajas de los estudios que aquí se van a realizar se pueden y se deben producir en uno y en otro sentido; en favor del Derecho Civil y en favor del Derecho Notarial.

(*) Conferencia pronunciada el día 29.4.1999 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, con motivo de la inauguración en ella de una Cátedra de Derecho Notarial, en colaboración con el Ilustre Colegio Notarial de Granada.

El *tema* que he elegido, “La forma notarial de la declaración de voluntad”, creo que llena las condiciones indicadas:

a) Es un tema clásico del Derecho Civil, de la teoría general del negocio jurídico. Y sin embargo, en el aspecto concreto de que voy a ocuparme apenas está tratado en ella; los civilistas dedican muchas páginas a las diversas formas de la declaración de voluntad, sobre todo a la declaración tácita y al silencio; pero omiten el estudio de la declaración en forma notarial o se contentan con breves indicaciones. Es lógica consecuencia de la situación que intentamos remediar; el Derecho Notarial no puede continuar ausente de las facultades de Derecho.

b) En cuanto al Derecho Notarial, por el contrario, es claro que la forma notarial de la declaración de voluntad no es otra que la escritura pública. Incluso a nivel normativo: “Contenido propio de las escrituras públicas –nos dice el artículo 144.2 del Reglamento Notarial–, son las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento y los contratos de todas clases”. En la doctrina notarial se han producido algunos trabajos admirables; pero en tema tan importante, y con tantas implicaciones, no está dicho todo, ni mucho menos.

= II =

Tomamos la palabra *forma* en el sentido en que la utiliza la doctrina del negocio jurídico, como manera, o modo, de la declaración de la voluntad. Por tanto no hay negocio sin forma, todos los negocios son formales, lo mismo los de forma libre que los de forma vinculada.

El artículo 1.261 del Código civil no se podía oponer, ni se opone, a este concepto de forma, pues si bien omite la forma entre los requisitos esenciales del contrato, señala como el primero de ellos “el consentimiento de los contratantes”,

y el consentimiento no es la mera voluntad interna, sino esa voluntad exteriorizada.

WINDSCHEID: "La declaración de voluntad es también comunicación de una voluntad existente, no solamente de una voluntad separada de la declaración de voluntad, sino contenida en ella, no de una voluntad pretérita, sino de una voluntad actual. Por eso más que una comunicación de la voluntad, es expresión de la voluntad. Es la voluntad en su manifestación sensible" (1).

CARIOTA FERRARA: "La voluntad ... no se considera, por el ordenamiento jurídico de por sí, sino que ella se integra con la manifestación"; "voluntad y manifestación se combinan en una unidad: manifestación de voluntad"; "la manifestación es elemento constitutivo del negocio, y se integra con la voluntad con la cual forma una unidad que es la manifestación de voluntad" (2).

Y si, en el sentido indicado, todos los negocios son formales, también podemos decir que todos los negocios son consensuales: el aforismo *forma dat esse rei*, que se aplica a los negocios solemnes, fue evidentemente cierto en los Derechos primitivos, cuando unos ritos predeterminados, una forma, bastaba por sí sola para la producción de los efectos jurídicos, sin entrar en el examen de ningún otro elemento, ni subjetivo, como el *animus*, ni objetivo, como pudiera ser el precio en la compraventa. Pero es un aforismo erróneo si se refiere, como continuamente vemos, al Derecho moderno, en el que la forma no es otra cosa que la exteriorización de la voluntad, y la voluntad exteriorizada se exige siempre, como alma que es del negocio. Y no sólo en el Derecho moderno; ya en el Derecho romano clásico, según la doctrina de PEDIO que nos ha transmitido ULPIANO, quizá perfeccionándola: *Conventionis verbum generale est ... Conventionis nomen generale est*. Convención es una palabra general, un nombre genérico.

201

(1) WINDSCHEID, Bernard: "Wille und Willenserklärung", *Archiv für Civilischen Praxis*, LXIII, pp. 72 y ss.; cit. por FLUME, *op. cit.*, *infra*, nota 44, p. 79, y por CARIOTA FERRARA, *op. cit. infra*, nota 2, p. 56.

(2) CARIOTA FERRARA, Luigi: *El negocio jurídico*, traducción de Manuel Albala-dejo, Madrid, Aguilar, 1956, pp. 52, 58 y 327 respectivamente.

D, 2.14.1.3: "Conventionis verbum generale est ... Adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius, nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat; nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est" (Ulpiano, libro IV ad Edictum).

"Convención es una palabra general ... Hasta tal punto, sin embargo, convención es un nombre general que como dijera elegantemente Pedio no hay contrato, no hay obligación, que no tenga en sí convención, se haga por la cosa o por las palabras; pues también la estipulación, que se hace por las palabras, es nula a no ser que tenga consentimiento."

La estipulación, negocio formal, que se verificaba *verbis*, por la palabra hablada, era nula si no tenía consentimiento; lo mismo que hoy la donación de inmuebles, negocio formal, que se verifica por la palabra escrita —en escritura pública—, es nula si no hay consentimiento.

= III =

202

La *posibilidad de la forma notarial* resulta evidente. "Los contratos serán obligatorios cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado", nos dice el artículo 1.278; y en consecuencia el consentimiento se puede exteriorizar incluso por silencios, por gestos, por hechos concluyentes. Pero normalmente la voluntad se declara de palabra, sea por la palabra oral o por la escrita, porque como escribió PAULO no nos obligamos por los sonidos configurados por la lengua ni por la figura de las letras, sino por la declaración que expresan.

D, 44.7.38: "Non figura litterarum, sed oratione, quam expriment litterae, obligamur; quatenus placuit non minus valere, quod scriptura, quam quod vocibus lingua figutaris significaretur", Paulo, libro III ad Edictum.

Y esa declaración escrita pueda realizarse en documento privado o en documento público. Si el consentimiento se puede declarar en cualquier forma, ¿cómo no se va a poder declarar por escritura pública, que es precisamente la forma más elevada?; la "*forma de las formas*" como la denominó GONZÁLEZ PALOMINO, frente a "*la menos forma de entre las*

formas” que es el documento privado o la declaración oral; hay, pues que admitir lo que en su terminología es el “documento DE negocio”, en que “el documento *es* un negocio”, “el documento *es* la declaración, ni más ni menos que si la declaración se hubiera hecho verbalmente” (3). Es más: la forma notarial no solamente es posible, sino que en ocasiones, como hemos visto, se exige necesariamente por la ley.

= IV =

Las *doctrinas opuestas* son, sin embargo, abundantes, aunque generalmente están enunciadas sin la debida detención, como de pasada, al tratar de otros problemas o, digámoslo claramente, con otras finalidades.

Parten con frecuencia estos autores —no siempre—, de unos análisis conceptuales en principio acertados; pero los radicalizan o los llevan demasiado lejos, con lo que incluso de unas premisas correctas deducen unas consecuencias inadmisibles; no tienen en cuenta, sobre todo, que los conceptos han de servir para el mejor conocimiento del objeto, pero sin romper lo que éste tenga de realidad unitaria. La distinción de los conceptos no puede suponer escisión de las cosas. Pensemos por un momento que se tratara de un ser vivo.

Para resaltar la importancia notarial del problema, indiquemos brevemente que si la escritura no tiene la declaración de voluntad, si por tanto la escritura no tiene la voluntad —recordemos las citas iniciales de CARIOTA FERRARA y de WINDSCHEID—, desaparece la distinción entre escritura y acta ... porque lo que ha desaparecido es la escritura pública, y todos los instrumentos públicos serán actas notariales, legitimaciones o testimonios; ha desaparecido la escritura públi-

(3) GONZÁLEZ PALOMINO, José: “Negocio jurídico y documento”, 1950; *Estudios Jurídicos de Arte Menor*, III, pp. 267, 233 y 234.

ca para la cual precisamente surgieron los notarios, y en la que la función notarial se desarrolla en toda su amplitud; en el aspecto profesional, la actividad asesora, cautelar, arbitral, redactora y configuradora del notario quedará muy reducida y en ocasiones totalmente eliminada; y su función pública sufrirá un grave atentado, porque el documento notarial será simplemente un medio de prueba de un negocio contraído fuera de él y si la escritura es sólo un medio de prueba, lógicamente entrará en concurrencia con los otros medios de prueba —el derecho de prueba está constitucionalizado por el artículo 24.2 de la Constitución—, para probablemente perecer, a pesar de su carácter de prueba legal, en la apreciación conjunta de todos ellos. ¿Qué seguridad jurídica podría ofrecer el documento notarial?

Empecemos por exponer separadamente esas doctrinas contrarias, aunque con frecuencia se superpongan o entrecrucen:

204

A) La *distinción entre negocio e instrumento* se ha utilizado por nuestros notarialistas especialmente para fundamentar la autonomía del Derecho Notarial. “El plano del *negotium* pertenece al Derecho material o sustantivo, civil o comercial —nos dice NÚÑEZ-LAGOS—. El plano del *instrumentum* al Derecho Notarial, que es un Derecho no sustantivo, un Derecho formal”; se trata de “dos planos horizontales y paralelos”, que “están recíprocamente interferidos”: “varía el grado de interferencia ... el aspecto cuantitativo, pero no el cualitativo” (4).

Así ocurriría, en efecto, si pudiéramos tomar la palabra “negocio” en un sentido amplio, de “acto” documentado, pero en la escritura pública, en que ese acto es un “negocio jurídico”, la declaración de voluntad se hace “mediante” el instrumento, “en” y “por” el instrumento; ya no hay, pues,

(4) NÚÑEZ-LAGOS, Rafael: “Los esquemas conceptuales del instrumento público”, núms. 10 y 11; *Revista de Derecho Notarial*, pp. 66-67, 65 y 68; *Estudios de Derecho Notarial*, II, pp. 16, 16 y 19 respectivamente.

mera “interferencia”, en mayor “cantidad”; sino que, cualitativamente, en el aspecto siempre esencial y a veces único del negocio que es la “declaración de voluntad”, hay fusión entre negocio e instrumento; no hay, pues, en el momento genético separación “real”, aunque continúe existiendo una distinción “conceptual”, rica en consecuencias y aunque, cronológicamente, el negocio acontezca en unos determinados lugar y tiempo, mientras que el documento está llamado a persistir. Así se explica que en los idiomas francés e italiano, aunque a sus juristas no les plazca demasiado, la palabra “*acte*”, “*atto*”, significa “acto” o “negocio”, y también el “documento” en que se formaliza. En este primer sentido, y lo mismo que se dice poder notarial, testamento notarial, compraventa notarial, etc., puede hablarse de “negocio jurídico notarial”.

Esta separación de negocio e instrumento deja en la penumbra, e incluso enturbia, la determinación del cómo y el dónde tiene lugar la declaración de voluntad incluso en aquellos supuestos que debieran ser más claros: cuando no preexistía a la escritura un acuerdo vinculante, bien porque de hecho no se hubiera logrado, o porque no podía válidamente serlo, esto es en los supuestos de escritura *ad solemnitatem* por disposición de la ley o por voluntad de las partes.

205

La conclusión lógica de que en todos estos supuestos la declaración de voluntad se realiza en la escritura, se enturbia, en efecto, porque si del instrumento se ha separado el negocio, éste se tendría que haber quedado con la forma de su declaración de voluntad; pero ¿dónde está esa forma, si no ha habido más forma que la escritura? y ¿qué forma es la de la escritura, si no es la forma de la declaración de voluntad? Ante este dilema, fácilmente se explica que los autores prefieran dejar el problema en una discreta penumbra.

El problema se presenta también en aquellos otros supuestos en que ha precedido a la escritura un negocio válido, aunque sigamos las doctrinas “dualistas”, o pluralistas, para las que en tales casos tienen lugar dos (o más) negocios, el negocio preexistente y el negocio contenido en la escritura; el negocio primario o primigenio y el negocio escriturado o escriturario; ¿contiene este último la (posterior) declaración de voluntad?

En los supuestos de negocio preexistente válido, de los que no vamos a tratar en sí mismos, sino sólo desde el punto de vista que aquí nos ocupa, la simple contemplación de los hechos pone de manifiesto que han tenido lugar, sucesivamente, dos (o más) negocios jurídicos; pero una serie de teorías, “monistas”, han pretendido reconducir a unidad dos acaecimientos negociales separados, quizá, por varios años, y los autores ya no pueden eludir nuestro problema. CARNELUTTI, refiriéndose casi exclusivamente al negocio oral que posteriormente se formaliza en documento privado, había afirmado que “el negocio no es pura forma; sino *forma + voluntad + causa*”; hay “casos en que existe la forma del negocio y no el negocio; hay allí como una especie de cajita vacía (*scatola vuota*): forma dentro de la cual no se contiene la causa ni la voluntad”; y completa su pensamiento: “hay entre los tres elementos del negocio: voluntad, causa y forma, esta diferencia, que sólo los dos primeros se agotan *uno actu*, de manera que no pueden ponerse de nuevo o multiplicarse: un negocio no puede tener más que una voluntad y más que una causa, pero puede tener *más de una forma*. Se da así una especie de múltiple encarnación del negocio, que no es difícil de explicar. Quiero decir que a disposición de la misma voluntad y de la misma causa pueden ser puestas más formas, como un hombre puede servirse de más trajes (*vestiti*)” (5). Parece, pues, que para CARNELUTTI la verdadera forma, la de la declaración de voluntad, está en el negocio primigenio, y la segunda “forma”, la de la escritura ya no es la forma de la declaración de voluntad, sino algo distinto, un envoltorio apto para variados contenidos, en el que se mete un negocio ya formado.

De manera semejante, según GORLA hay aquí un sólo negocio, pero no con varias formas, sino con pluralidad de

(5) CARNELUTTI, Francesco: “Documento e negozio giuridico”, *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1926, pp. 194, 194 y 195 respectivamente.

declaraciones (6), con lo que la declaración segunda –en el tiempo– se hará en la misma escritura, pero el concepto de declaración se ha vaciado.

Entre nosotros, y ya en el ámbito de las escrituras públicas, la influencia de CARNELUTTI es manifiesta en GONZÁLEZ PALOMINO; también existe –nos dice–, además del “documento DE negocio” un “documento CON negocio”, resultado de “*meter el negocio sin documento en el documento sin negocio*”; es decir, en lo que aquí nos interesa, existe una escritura en la que se ha introducido un negocio preexistente no escriturado, “*que necesite de una forma de valer* (no de una *forma de ser*, dado que ya *es*), sin necesidad de alterar ni su forma ni su substancia” (7). La forma de ser, por tanto, sólo puede ser una, aquella con la que el negocio ha venido a la vida; pero hay en el Ordenamiento diversas formas de valer y el negocio puede “llenar” –como dice el artículo 1.279 del Código civil–, una forma de eficacia superior a aquella que le trajo a la vida jurídica.

207

Notemos que, como ocurría en CARNELUTTI, se utiliza otro sentido, puramente extrínseco, de la palabra “forma”. Ironizaba al respecto NÚÑEZ-LAGOS, sin que a GONZÁLEZ PALOMINO le displaciera en exceso (8): “La teoría de la forma es una dogmática cortical, que deja *hueco* de fe pública al contenido, a lo que no es forma sino que es materia. El documento público en la teoría de las formas, se parece a la célebre definición del cañón: un agujero forrado de bronce” (9). Es el “vestido” o la “cajita vacía” de que hablaba CARNELUTTI, expresiones a las que también acude GONZÁLEZ PALOMINO al referirse a la forma “peor trajeada” de contrato verbal o de documento privado, o al recordar incluso la “cajita” en que el farmacéutico mete las

(6) GORLA, Gino: *La riproduzione del negozio giuridico*, Padova, 1933, p. 16.

(7) GONZÁLEZ PALOMINO, *op. cit.* en nota 3, pp. 233 y 249.

(8) Conf. GONZÁLEZ PALOMINO, *op. cit.* en nota anterior, pp. 248 y 272.

(9) NÚÑEZ-LAGOS, Rafael: “Documento público y autenticidad de fondo”, *La Notaría*, 1948; *Estudios de Derecho Notarial*, II, p. 198.

píldoras (10). Queda así magníficamente señalado el carácter extrínseco de la forma, mero envoltorio, "*involucro*" como la denomina LENER en su rechazo (11); pero los importantes efectos que origina esa forma puramente exterior no creo puedan explicarse; tampoco por la confesión extrajudicial, que a lo sumo podría justificar los efectos sustantivos.

Fácil le ha sido por ejemplo a IRTI contestar a CARNELUTTI: su doctrina procede de la "descomposición del negocio, que viene considerado como *suma de tres elementos* (causa, voluntad y forma)", cuando la forma "no es tanto un elemento cuanto instrumento del negocio", no es "un *instrumento externo al negocio*", sino que es "*el mismo acto en su histórico acontecer*"; "como *figura exterior del negocio*" "forma coincide con declaración" (12).

Volvamos, finalmente, a denunciar la incidencia en estas doctrinas del tema de la autonomía del Derecho Notarial. En un madrugador trabajo, *Hacia un Derecho Notarial*, GONZÁLEZ PALOMINO le había señalado el camino seguido por la ciencia jurídica procesal para lograr su autonomía, separando el derecho de acción del derecho que en el proceso se ventilara; el Derecho Notarial –sostenía–, tiene que seguir, salvando distancias y diferencias, el mismo rumbo, "separar la relación jurídica sustancial que en el documento se contiene ..., de lo que el documento mismo aporta. Investigar si hay una relación jurídica notarial" (13).

Años más tarde GONZÁLEZ PALOMINO, manteniendo los mismos presupuestos, rechaza la idea de relación jurídica (14), y la sustituye

(10) CARNELUTTI, *locs. cit.* en nota 5. GONZÁLEZ PALOMINO: "la forma de valer constituye unos efectos que antes no había; unos efectos que no podía producir el negocio por si solo con su forma, peor trajeada, de contrato verbal o de documento privado", p. 270; "hay casos en que no basta con tener un derecho para poder ejercitarlo en mangas de camisa. Con una invitación en la mano para una «función» de gala o con un billete para la ópera, no nos dejarán pasar sin traje de etiqueta, toga o uniforme", p. 274; "el farmacéutico que entrega las píldoras en una cajita para que el cliente *no las lleve rodando*, al meter las píldoras en la caja no paga ni extingue el contrato principal, sino cumple una obligación (de uso) complementaria, ejecutiva y derivada del contrato principal", p. 273; todas en *op. cit. supra*, nota 3.

(11) LENER, Angelo: "Atto pubblico e sottoscrizione delle parti. Spunti circa il significato della forma solenne", *Rivista del Notariato*, 1978, p. 1001.

(12) IRTI, Natalino: *La ripetizione del negozio giuridico*, Milano, Giuffrè, 1970, pp. 110, 111 y 123 respectivamente.

(13) GONZÁLEZ PALOMINO, José: "Hacia un Derecho Notarial", *Revista de Derecho Privado*, septiembre de 1934, p. 291.

(14) GONZÁLEZ PALOMINO, José: *Instituciones de Derecho Notarial*, I, Madrid, Reus, 1948, pp. 73-76.

como hemos visto por la de forma de valer que, sin efectos sustanciales, dota de mayor eficacia a un negocio preexistente; el Derecho Notarial no puede según él buscar su autonomía en las escrituras constitutivas del negocio, que conducen al Derecho civil, sino en estas escrituras en que no hay negocio, porque ya preexistía un negocio válido; es prototipo de ellas la exigida “para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato”, por ese artículo 1.279 del Código civil, al que llega a llamar “nuestra acción declarativa” (15), en recuerdo de la acción declarativa negativa con la que los procesalistas habían demostrado que la acción no podía ser el mismo derecho subjetivo en pie de guerra –lo que supondría la negación de su autonomía–, puesto que había supuestos en que la acción se fundamentaba precisamente en la inexistencia del derecho.

B) Un segundo grupo de doctrinas parten de la *distinción* dentro de la teoría del negocio, *entre forma y prueba*, distinción evidentemente cierta, para acabar consumando una distorsión del concepto de forma semejante a la que mostrábamos en las doctrinas precedentes.

209

Sobre éstas gravitaba, según veíamos, un cierto deseo de fundamentar la autonomía del Derecho Notarial. En las doctrinas de este segundo grupo parece existir un cierto trasfondo de ampliación del ámbito del Derecho Procesal; algunos procesalistas, conseguida la autonomía de su disciplina han creído resolver con esta distinción entre forma y prueba la difícil cuestión de la naturaleza jurídica, sustantiva o procesal, de los documentos y en general de los medios de prueba; la forma del negocio es competencia del Derecho civil o, en general, de los Derechos sustantivos; pero al separarse el negocio documentado y el documento, este último se reduce a mero medio de prueba de aquel negocio, de naturaleza por tanto, según ellos, procesal.

El máximo triunfo de esta doctrina, defendida también desde otros puntos de vista, estuvo en el borrador de Ley de Enjuiciamiento Civil de abril de 1997, que pretendía derogar los artículos 1.214 a 1.253, inclusive, del Código civil, esto es, todos los referentes a la prueba de las obligaciones; y aunque en las sucesivas elaboraciones se han producido importantes retiradas, todavía no sé por qué una Ley Procesal tiene que derogar las reglas de la confesión extrajudicial, como hace el Proyecto del Gobierno que está tramitando el Congreso de los Diputados.

(15) GONZÁLEZ PALOMINO, *op. cit.* en la nota anterior, p. 14, y *op. cit.* en nota 3, p. 43.

La distinción entre forma y prueba es, como decíamos, cierta, sin que la doctrina clásica sobre el documento declarativo de voluntad introduzca el confusionismo que señala CARNELUTTI: “Pero aquí hay una grave confusión entre la *forma* y la *prueba* –afirma–. Me parece poder explicarla con suficiente sencillez partiendo de la distinción entre los *medios de manifestación transitorios* y los *medios de manifestación permanentes* del pensamiento; uno de los medios permanentes es sin duda la escritura. Ahora bien, precisamente la escritura, a causa de éste su carácter de permanencia, cumple no sólo con esta función de *manifestación* de la voluntad, sino también con la función de *certificación* de la voluntad misma; esto es, la escritura no sirve sólo para formar el negocio, sino también para formar un objeto, del cual se podrá seguidamente deducir la existencia del negocio ... Esta duplicidad de funciones del hecho singular, *escritura*, crea una fácil confusión entre forma y prueba en el sentido de que puede confundirse la formación o la existencia misma del negocio con el hecho formado para atestiguarlo” (16).

No hay, hasta aquí, nada que objetar; no hay confusión alguna, pues la cosa singular puede tener duplicidad de funciones, y una de ellas, como CARNELUTTI expresamente reconoce, es la “función de *manifestación* de la voluntad”, sirve “para formar el negocio”.

Pero a continuación, y como supremo fundamento de esa distinción entre forma y prueba que nadie discutía, CARNELUTTI formula la *teoría representativa*, y la presenta como una “verdadera necesidad lógica”, puesto que la declaración es un “*acto*”, y el documento es un “*objeto*”: “¿no es posible pensar un acto como un objeto, o viceversa!”: “el requisito formal de la declaración no es de ninguna manera el *documento*, sino la *formación del documento*; en otros términos, lo que importa para la forma es el *escribir* (acto), lo

(16) CARNELUTTI, FRANCESCO: *La prova civile. Parte generale (Il concetto giuridico della prova)*, Roma, 1915, p. 135.

que importa para la prueba es lo *escrito* (objeto; esto es, lo que *queda escrito*); el documento es, pues, un “objeto representativo” de aquel acto, y este acto es el “hecho representado” (17). La declaración de voluntad no está, por tanto, en el documento, sino en su “formación”, en el “acto de escribir”, esto es, en la documentación. Se ha saltado así desde una distinción conceptual a una escisión real, que absurdamente ha tenido acogida entre muchos civilistas (SANTORO PASSARELLI), aunque despojaba al Derecho civil de toda la prueba extrajudicial y de todos los problemas sustantivos de la prueba, y que a veces aplican la escisión incluso al testamento ológrafo (ALLARA), que es negocio y documento formal, unilateral y autógeno.

SANTORO PASSARELLI: “las dos actividades, la declarativa y la documentadora, son conceptualmente distintas, aunque cronológicamente coincidentes” (18).

ALLARA: en el testamento ológrafo “el testador declara su voluntad y al mismo tiempo documenta esta declaración” (19).

No hay dos actividades simultáneas; no existe otra cosa que una declaración de voluntad, hecha por un medio permanente.

211

La teoría representativa resuelve enteramente los problemas de la unidad documental y de la unidad de la autoría de la escritura pública que habían preocupado al Derecho Notarial. Hay para ella un solo documento, y un solo autor, el notario, que es quien representa en el documento las declaraciones de las partes.

MONTESANO: “el documento notarial representa inmediatamente no el acto de las partes, sino la declaración del notario, que a su vez representa aquel acto, percibido por el notario” (20).

(17) CARNELUTTI, *op. cit.* en nota anterior, p. 136 y pp. 131 y ss.

(18) SANTORO PASSARELLI, P.: “Doctrinas generales del Derecho Civil”, traducción y concordancias de Derecho español por A. Luna Serrano, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1964, p. 164.

(19) ALLARA, Mario: *Principi di diritto testamentario*, G. Giappichelli, Editore, Torino, 1957, p. 86.

(20) MONTESANO, Luigi: “Sull'efficacia probatoria dell'atto pubblico convertito in scrittura privata”, *Rivista del Notariato*, 1955, p. 31.

No hay, en consecuencia, para la teoría representativa “cúmulo de autores” ni “cúmulo documental”, tantos autores y tantos documentos como declarantes, como defendía GONZÁLEZ PALOMINO (21), no hay “un documento que hace el notario que lleva dentro uno o varios documentos privados que hacen las partes” (22); no hay tampoco pluralidad de autorías (autoría de la redacción, autoría de las declaraciones y autoría de la autorización, como ha defendido CÁMARA (23).

No es, pues, de extrañar que también algunos notarialistas hayan acogido esta teoría representativa, aunque lo cierto es que les reducía el Derecho Notarial casi a la nada, al estudio de los nimios problemas de las formas de la forma, de las formalidades, pues la forma en sí se atribuía a la competencia del Derecho civil y la prueba a la competencia del Derecho procesal.

GARCÍA-BERNARDO: “En el documento notarial, los comparecientes no declaran nada, lo único que hacen, cuando saben y pueden, es firmarlo. Todas las declaraciones las hace el funcionario autorizante. Los comparecientes declaran antes, incluso en la audiencia misma, en el acto; pero en el documento declara el notario, recogiendo todo lo acontecido con trascendencia jurídica y concentrándolo en la audiencia, entre ello se encuentran las declaraciones de los requirientes o comparecientes. Estas las refleja el notario en el documento como imagen en el espejo, o debe, al menos, reflejarlas” (24).

C) A la imposibilidad “lógica” derivada de la distinción entre el acto del hombre y la cosa material, se va a añadir una *imposibilidad cronológica* respecto de la escritura pública y demás documentos en que la declaración documentada no procede del documentador, sino de un tercero, los llamados documentos heterógrafos, o mejor, con CANDIAN (25),

(21) GONZÁLEZ PALOMINO, *op. cit.* en nota 3, pp. 189 y 228.

(22) GONZÁLEZ PALOMINO, obra citada en la nota anterior, p. 191.

(23) CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel de la: “El Notario latino y su función”, *Revista de Derecho Notarial*, LXXVI, abril-junio 1972, pp. 157 y ss.

(24) GARCÍA-BERNARDO LANDETA, Alfredo: “Formalismo jurídico y documento notarial”, *Revista de Derecho Notarial*, XXXVI, abril-junio 1968, pp. 172-73.

(25) CANDIAN, Aurelio: “Documento e documentazione III. Teoria generale”, en la *Enciclopedia del Diritto*, dirigida por Calasso, XIII, Giuffrè, 1964, pp. 580-81.

heterógenos, pues lo importante no es quien escriba el documento, sino quien sea su autor, a quien corresponda su paternidad. “Si el documento proviene de un tercero, y al menos para la hipótesis, aún hoy normal, de documento *escrito* –dice de nuevo CARNELUTTI–, es desde luego necesario que la documentación sea posterior a la conclusión del contrato; la formación del documento notarial no puede efectuarse sino después de que las partes hayan intercambiado sus consentimientos”; habría, pues, un necesario distanciamiento cronológico que impediría la declaración de voluntad en la escritura pública. “Todo lo más –añade– con respecto a la hipótesis en que la formación del documento entra como un (ulterior) requisito en la formación del contrato, se podrá decir que nacimiento del contrato y documentación con cosas contemporáneas” (26).

La excepción no es tal; pues si contrato y documentación son cosas “contemporáneas”, la documentación no podrá ser “ulterior” al contrato cronológicamente, sino sólo conceptualmente –recordemos, de nuevo, la teoría representativa–; pero además es una excepción que demuestra ser errónea la doctrina general, porque admite que no existe imposibilidad alguna en la naturaleza de las cosas.

213

D) Muchos de los aspectos que hemos ido señalando aparecen en la moderna doctrina argentina –sobre todo ZINNY y CARMINIO CASTAGNO–, que centran en el *acto notarial* la esencia y los efectos de la función y del documento notarial, sin que falten tampoco aquí las pretensiones de autonomía del Derecho Notarial.

ZINNY: “Sólo así queda en evidencia ... el objeto de nuestra propia disciplina. = Adviértase, para comprenderlo, cómo las diferentes ramas del derecho se han venido formando a la luz de los estudios sobre un determinado tipo de comportamiento: así, el derecho comercial, a la luz de los estudios sobre el acto de comercio;

(26) CARNELUTTI, *op. cit.* en nota 5, pp. 182-183 y de nuevo 183, respectivamente.

el derecho laboral, sobre el contrato de trabajo; el derecho administrativo, sobre el acto administrativo; el derecho procesal, sobre la serie de actos que conforman el proceso; el derecho penal, sobre el delito, etc. ¿Y cuál será el acto que los notarios debemos estudiar para tener alguna posibilidad de presentar, como un todo coherente, una porción del derecho que responda al nombre de derecho notarial? Planteadas así las cosas, la respuesta es tan obvia que avergüenza un poco darla: los notarios debemos estudiar el acto notarial” (27).

También CARMINIO CASTAGNO proclama “la convicción que experimentamos acerca de la importancia capital que todo *acto* –jurídicamente relevante– posee para el Derecho. Allí están –demostrándolo, con su enorme entidad– el “delito” y el “negocio jurídico”, piedras angulares de dos de las más importantes disciplinas. Su mención es sólo enunciativa, puesto que es dable señalar, en cada rama autónoma, similares ejemplos”, como el “acto de comercio” y el “acto administrativo”; “quizá nuestro ensayo sirva –indirectamente– a dejar mejor perfilada la autonomía del Derecho Notarial, puesto que toda ciencia requiere, para serlo, un *objeto* especial de conocimiento, al cual acceder por un método propio” (28).

El acto notarial es solamente el acto del notario; y este acto se limita a dar fehaciencia o autenticidad, quedando así recortada la función notarial.

ZINNY lleva estas ideas al mismo título de su obra más importante, “El acto notarial (dación de fe)”; “la fe pública nace del acto del notario ... Por dación de fe entendemos la narración del notario que es emitida a requerimiento de parte, está referida a sus propios actos y a comportamientos ajenos, acontecimientos de la naturaleza o sus resultados materiales, es instrumentada por el notario en el acto de percibirlos y está destinado a dotarlos de fe pública” (29).

Y CARMINIO CASTAGNO: “No hay «acto notarial» que no sea de autoría de un escribano público”; “entendemos por «acto notarial» el de ejercicio de la función «fedacional» por parte del órgano «escribano público»”. “El «acto notarial» –prosigue–, se estructura en

(27) ZINNY, Mario Antonio: *El acto notarial (dación de fe)*, Buenos Aires, Depalma, 1990, pp. 27-28.

(28) CARMINIO CASTAGNO, José Carlos: “Teoría general del acto notarial”, *Revisita del Notariado*, separata del número 727, Buenos Aires, 1973, pp. 4-5 y 6.

(29) ZINNY, *op. cit.* en nota 27, pp. 7 y 9.

base a una «secuencia» integrada por dos términos: a) «percepción»; b) «declaración» ... En consecuencia, lo que el notario «percibe» debe proyectarse hacia el exterior de su mente para ser valorado por el Derecho ... Mediante una «declaración» (30).

¿Qué lugar ocupan en estas concepciones el instrumento público y las declaraciones de voluntad de los otorgantes? “La doctrina notarial, ... –escribe CARMINIO CASTAGNO– ha dedicado muchísimos esfuerzos al «instrumento público». Lejos estamos de disminuir su importancia, como asimismo de desconocer los relevantes logros alcanzados. Pero debemos señalar que aquél –aprehendido en su esencia– no es otra cosa que la «forma» del *acto notarial*, o sea su aspecto *estático*. La elucidación integral de las cuestiones vinculadas a su fase *dinámica* –el *acto en sí*– estamos convencidos de que redundará positivamente para una mejor comprensión de la problemática de aquél”. Las declaraciones que contiene el documento no son las declaraciones de los otorgantes; se trata sólo de una declaración del notario, una declaración “de verdad” (31), de lo percibido por él en el acto notarial, según esa secuencia a que nos hemos referido, que debe ser “documentada”. “Sin forma «documental» –entendida en tanto forma *escrita*– no hay ni «declaración» ni, por ende, «acto del notario». De todo lo expuesto –concluye– surge la evidencia de una «simbiosis» singular. El «instrumento» es *continente, objeto y forma constitutiva del acto notarial*” (32). Los esfuerzos de CARMINIO CASTAGNO para no devaluar el instrumento público en una concepción que parte del acto notarial, son evidentes; pero lo cierto es que en su doctrina las declaraciones de voluntad de los otorgantes no se encuentran en él.

215

(30) CARMINIO CASTAGNO, *op. cit.* en nota 28, pp. 55, 5, 49 y 50 respectivamente. “Queda desplazada, así, toda la otra actividad que el notario realiza y que –aún– la doctrina mayoritaria ha remarcado con acentos de gran importancia; tales como la «redacción» y el «asesoramiento». Queremos explicar nuestro criterio: sin desconocer la realidad de tales funciones, pensamos que su carácter es «contingente»” (p. 5).

(31) CARMINIO CASTAGNO, *op. cit.*, p. 51.

(32) CARMINIO CASTAGNO, *op. cit.*, pp. 53 y 54.

En peor lugar queda el instrumento público en la doctrina de ZINNY, al separar tajantemente la forma y la prueba, a pesar de que hay formas idóneas para probar, y al recibir la teoría representativa: “El documento, todo documento (nuestras escrituras también) es ... no ya una forma del comportamiento, sino su prueba”; “el documento se limita a representar al negocio”, y en virtud de esta “teoría representativa ... todo documento (nuestras escrituras incluidas) es una cosa que representa y, por consiguiente, prueba el hecho, acto o negocio de que se trate”; “en relación al negocio la escritura pública es, sencillamente, el papel escrito que lo representa ... nuestras escrituras se limitan a probar el negocio de que se trate”; “si descartamos la escritura y el negocio ... nos queda ... el acto notarial, que es también representado y probado por la misma escritura” (33). Ahora bien, “la forma no siempre se limita a una declaración, operación u omisión del propio interesado. El fenómeno se inserta en el amplio campo de la cooperación en el comportamiento ajeno”, que en el caso del notario “la cooperación se limita a la forma del comportamiento ajeno”, pues “al dar fe del comportamiento de sus otorgantes colabora en su exteriorización” (34). En resumen, la declaración de voluntad del negocio no está en el documento, “narración del notario”, que “se limita a representar el negocio”; “nuestras escrituras se limitan a probar el negocio de que se trate”. La declaración de voluntad no se hace en el instrumento, pero el notario colabora —formalmente— a su realización.

E) Nuevas dificultades surgen a causa de la distinción, dentro del instrumento, entre el acto de su otorgamiento y el documento propiamente dicho, el *actum* y el *dictum*, esto es, entre las *dimensiones acto y papel*. Las doctrinas anteriores hablaban de un acto notarial que es exclusivamente

(33) ZINNY, *op. cit.* en nota 27, pp. 21, 23, 26 y 27.

(34) ZINNY, *op. cit.* en la nota anterior, p. 33.

acto del notario; ahora tratamos de “acto del otorgamiento”, en el que también participan los comparecientes y demás intervinientes.

La distinción entre este acto del otorgamiento y el documento es clara, acertada y productora de útiles consecuencias. Pero el problema que ahora nos ocupa es bien concreto; las declaraciones de voluntad de los otorgantes ¿dónde se hacen?; porque si se realizan en el acto del otorgamiento no se verifican en la escritura y el documento lo que va a contener es la narración (o la representación, para los representativistas) por el notario de lo sucedido en dicho acto, con lo que de paso dejará de ser escritura y se convertirá en “acta”.

COLMET DE SANTERRE: “El documento es un acta (*procès-verbal*) levantada por un oficial público”, de los hechos que éste atestigua “como habiéndoles visto y oído en el ejercicio de sus funciones” (35).

217

La dación de fe del notario de las declaraciones de voluntad de las partes resulta por tanto, un acto de oído, “*de audito*”, no de vista del notario (36). Así sucedió durante siglos; pero modernamente, como pasamos a ver, no ocurre así.

Debido al generalizado analfabetismo durante largos siglos la voluntad se manifestó, en efecto, oralmente. Primero en el momento inicial del procedimiento instrumental, en la “*rogatio*” o “*delegatio*” del documento tabeliónico, en la “*audientia*” de los glosadores y de los notarialistas de Bolonia o en el “*avenimiento*” del Fuero Real, 1.8.5. Y después mediante el consentimiento oral a la lectura de la nota, en las Partidas, 3.18.54.

Pero a partir del Ordenamiento de Alcalá y de la Pragmática de Alcalá las cosas ocurren de otra manera: la declaración de voluntad en la “*escritura*” se hace también “por escrito”.

(35) COLMET DE SANTERRE, E.: *Cours analytique de Code Civil*, par A. M. DEMANTE ... continué depuis l'article 980 par E. COLMET DE SANTERRE...; 2.^a ed., tomo V, París, 1883, p. 519.

(36) NÚÑEZ-LAGOS, *op. cit.* en la nota 4, núms. 115-121; *RDN*, pp. 140-42; *Estudios*, pp. 79-81; y “Documento auténtico en la casación civil”, núm. 106, *RDN*, XXXIII-XXXIV, julio-diciembre 1961, p. 126, y *Estudios*, II, p. 619.

Si contemplamos muchas de estas doctrinas desde la perspectiva del otorgamiento de la escritura, parece que éste se concibe, más o menos conscientemente, como un procedimiento cuyo momento final tiene que ir precedido de una declaración de voluntad oral o escrita, o incluso de una y de otra sucesivamente, pues el mismo CARNELUTTI no nos aclaraba en qué forma se habría de verificar su ineludible y previo “intercambio de consentimientos” (37).

Para unos, esa declaración tendría que ser oral, directamente o por relación a un escrito:

Directamente, MARMOCCHI: “En el documento privado las partes declaran escribiendo; en el acto público, las partes declaran hablando, y solamente es gráfica la declaración narrativa del notario” (38).

Por relación a un escrito, NOVOA SEOANE: “Consentido por las partes lo que se contiene en la escritura, ya existe el contrato, pero no existe el Instrumento; pues para su validez se requiere que el notario lo autorice dándole carácter fehaciente, previas las firmas de partes y testigos...” (39).

Para otros se trata de una declaración escrita. Hay que citar aquí un importante sector de la doctrina para el que en el supuesto del artículo 1.223 de nuestro Código civil y concordantes extranjeros no hay una “conversión” de la escritura formalmente nula en documento privado, sino que desde el momento mismo de la firma de las partes hay ya un verdadero documento privado, que no llega a escritura pública precisamente porque ésta es nula.

Así por ejemplo FERRUCCI, respecto al artículo 2.701 del Codice civile italiano: “se puede decir que, cuando subsista tal firma, y falten los otros requisitos que serían necesarios para dar vida a un

(37) CARNELUTTI, *loc. cit.* en nota 26.

(38) MARMOCCHI, Enrico: “Forma scritta tra linguaggio e signo (Riflessioni su un libro francese)”, *Rivista del Notariato*, 1986, p. 64.

(39) NOVOA SEOANE, Ramón: *El progreso del instrumento público. Compendio de ciencia y arte de Notaría...*, 2.^a ed., Madrid, 1910, núm. 230, p. 272.

documento público, se pone en ser una escritura privada, no valiendo la sola presencia del oficial público, en cuanto tal, para modificar la naturaleza del documento. No es, pues, caso de hablar de documento público ni de conversión ... sino (de) una simple hipótesis en la que un determinado documento no alcanza la dignidad y el valor del documento público" (40); el artículo 2.701 -nuestro 1.223- "por lo demás, puede considerarse completamente superfluo" (41).

La formación de la escritura pública, según la concepción que subyace en todas estas doctrinas, constituiría un verdadero proceso, de sucesivas etapas; un proceso en el que un contrato verbal se "reduciría" a un escrito, que tendría naturaleza de documento privado con la firma de las partes, y que se "elevaría" a documento público con la autorización del notario. Pero como dice LENER, "no hay allí conclusión del contrato, o perfección del negocio de que se trate, antes de que esté completado el *iter* de la documentación notarial"; "el consentimiento de las partes no es productor del vínculo sustancial hasta que el documento público no esté perfecto", y el documento público "no es un envoltorio que contiene un documento privado cuando está suscrito por las partes" (42). La formación del documento notarial, lejos de constituir un proceso, está regido por el principio contrario de la unidad de acto; todas las actividades de las partes y del notario anteriores al acto del otorgamiento están dirigidas a la creación del instrumento público, y si esta creación fracasa, si el documento público no llega a completarse o resulta nulo, todo lo realizado carece de significación jurídica.

Mientras el documento no esté firmado, completo y absuelto, como respecto al documento tabeliónico decía JUSTINIANO en la versión de la Ley *Contractus* de sus Instituciones, las partes pueden arrepentirse sin incurrir en sanción.

(40) FERRUCCI, ROMEO: *Commentario del Codice Civile -Libro Sesto, Della tutela dei diritti- Trascrizione - Prove*, por Ugo Natoli y Romeo Ferrucci; Torino, UTET, 1959, pp. XX+421; título II, Delle Prove, artículos 2.697-2.739, por Romeo FERRUCCI, p. 298.

(41) FERRUCCI, *op. cit.* en la nota anterior, pp. 296-97.

(42) LENER, *op. cit.* en nota 11, pp. 995, 998 y 1001.

Institutiones de Justiniano, 3.23, In hiis autem: "Donec enim aliquid ex hiis deest, et poenitentiae locus est, et potest emptor vel venditor sine poena recedere ab emptione".

Lo mismo sucede hoy en el documento notarial; hasta su autorización por el notario las partes, aunque hayan firmado, pueden desistir, sin perjuicio de la validez de los convenios que hayan realizado fuera del procedimiento instrumental; y también el notario, aunque hayan firmado todos los comparecientes, puede negar su autorización hasta que él mismo no haya signado, firmado y rubricado.

Existe, desde luego, todos los días lo vemos, ese tipo de escritura de elevación a público de documento privado; pero toda escritura no es necesariamente de elevación a público de un supuesto documento privado surgido de la firma de su texto por los otorgantes. Y el artículo 1.223, suponga o no una "conversión" en sentido técnico, concede a la escritura nula unos efectos jurídicos que ella no tenía.

220

= VI =

Procedamos ahora a completar las ideas que resultan de la exposición que precede.

Frente a la consideración unitaria tradicional de la declaración de voluntad, domina actualmente la distinción, dentro de ella, entre la declaración de voluntad propiamente dicha —a veces dividida, a su vez, entre voluntad de actuar y voluntad de declarar—, y la voluntad negocial, concebida diversamente como el contenido de aquella declaración de voluntad o la intención o propósito perseguido, para unos de carácter jurídico y para otros económico, o mejor práctico o empírico.

Entendía SCIALOJA, uno de los pioneros de esa distinción, que "la manifestación de voluntad ... sólo surge en cuanto tiene aquél contenido determinado, siendo la intención encaminada a tal contenido, causa precisamente de ese acto vo-

luntario en que la manifestación consiste”, por lo que “no es del todo incorrecto el lenguaje de la opinión dominante, al llamar también *voluntad*, en el sentido jurídico, al *contenido* de la manifestación de voluntad que constituye el *negocio jurídico*, o sea la *intención*” (43).

Estas palabras de SCIALOIA, “no es del todo incorrecto” llamar también voluntad a lo declarado, a la llamada voluntad negocial, ponen sin embargo de manifiesto que realmente la fijación del contenido de la declaración es acto de entendimiento y no de voluntad, al igual que las representaciones anímicas más alejadas que le precedieron y contribuyeron a formarle.

Su diferenciación de la voluntad propiamente dicha se acrecienta en los supuestos de mayor complejidad, dando lugar para BETTI –aunque no compartamos su tesis preceptiva– a una “regulación”, para FLUME a una “reglamentación instaurada con la finalidad de configurar la relación jurídica”, y objetivándose para SACCO en un “texto” (44).

221

Observemos también, para confirmar la distinción, que desde el punto de vista subjetivo, en los supuestos de pluralidad de partes, las declaraciones son necesariamente varias, tantas como partes, mientras que los textos contractuales, para algunos son también varios, pero idénticos; y para otros, frente a la pluralidad de declaraciones hay un texto contractual único, común a todas ellas. En la realidad de la vida existe de todo ello, pero la actuación notarial tiende evidentemente al texto común.

(43) SCIALOIA, Vittorio: *Negocios jurídicos*, traducción de la 4.^a ed. italiana por Francisco de Pelsmaecker e Iváñez, Sevilla, 1942, pp. 30 y 29.

(44) BETTI, Emilio: *Teoría general del negocio jurídico*, traducción y concordancias con el Derecho español de A. Martín Pérez, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, s.a., pp. 51 y ss. FLUME, Werner: *El negocio jurídico*, Parte general del Derecho civil, tomo segundo, 4.^a ed., traducción de José María Miquel González y Esther Gómez Calle, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998, pp. 50 y ss. SACCO, Rodolfo: “Il contratto”, volume sesto, tomo secondo, del *Tratatto di Diritto Civile Italiano* sotto la direzione di Filippo Vassalli; UTET, 1975, pp. 102 y ss.

Pues bien, el texto contractual, o los textos contractuales idénticos en su caso, que regulan o configuran el negocio contenido en la escritura es un texto escrito, como lo ha sido desde hace muchos siglos, pues la distinción entre “declaración” y “texto declarado” no es una sutileza de los juristas, sino una realidad histórica. Se remonta al Derecho romano, que manteniendo el carácter esencial de la oralidad de la declaración, admitió tempranamente que el texto de la declaración pudiera ser escrito.

En el testamento *per aes et libram*, según se describe en las Instituciones de GAYO (2.104) y en las Reglas de ULPiano (20.9), las disposiciones del testador no se hacían ya oralmente, sino por remisión a un escrito, *ut in his tabulis cerisque scripta sunt*, según están escritas en estas tablas enceradas.

Y lo mismo ocurría en la estipulación, acto entre vivos esencialmente oral, en que la obligación nacía *verbis*, por las palabras (*verba, ex quibus obligatio oritur*, PAULO, D, 45.1.126.2), mediante una pregunta y una respuesta congruente. Y sin embargo se admitió, ya desde los tiempos de ALFENO, que la pregunta pudiera hacerse por remisión a un escrito, ¿darás, o harás, estas cosas que aquí están escritas? (*haec quae supra scripta sunt?*, PAULO, D, 17.2.71 pr. y D, 45.1.140 pr.).

Una consecuencia práctica nos interesa ahora especialmente resaltar; si el texto contractual se hace siempre en la escritura por escrito, nada pueden añadir ni quitar a ese escrito —dejando a un lado las cuestiones de su interpretación o de su falsedad—, ni una de las partes, ni los testigos. Y tampoco el mismo notario autorizante, que en tiempos “alar-gaba” o “extendía” en la carta lo que sucintamente había escrito en la nota. Por ello carece de fundamento alguna práctica judicial de llamar al notario a declarar como testigo; y no sólo en razón de que el notario no es testigo, de que materialmente no puede acordarse de lo que se hablara durante la documentación de tantos y tantos negocios, o de su secreto profesional, sino porque no tiene relevancia alguna lo que entonces se dijera, sino sólo el texto que se firmó.

Están por ello acertados el Código francés (art. 1.341.1: “no se recibirá ninguna prueba de testigos contra o fuera del contenido de los documentos, ni sobre lo que se alegue haberse dicho antes, al tiempo o después de ellos”), y los preceptos similares de los Códigos italianos (1341/1865; 2721/1942) y de nuestro proyecto de 1851 (art. 1.220.3); y más acertado todavía el artículo 992 del Código civil argentino: “Los testigos de un instrumento y el oficial público que lo extendió no pueden contradecir, variar ni alterar el contenido de él ...”; porque no se trata de limitaciones, que entre nosotros casi no existen, a la admisibilidad de la prueba de testigos, sino de la eficacia documental. Toda la seguridad jurídica negocial se vendría, en otro caso, abajo.

Ahora bien; en Derecho romano, cuando admitió que el texto fuera escrito, la declaración de la voluntad (en el sentido en que podemos utilizar para aquellos tiempos esta expresión) continuaba teniéndose que verificar necesariamente en forma oral.

223

Así ocurría en el testamento libral mediante la *nuncupatio*, expresión hablada general, como nos dice GAYO, por la que el testador designa y confirma lo que había escrito detalladamente en las tablas del testamento (*nuncupare est enim palam nominare, et sane quae testator specialiter in tabulis testamenti scripserit, ea videtur generali sermone nominare atque confirmare*, 2.104). Pero prontamente aparece lo que iba a ser el testamento pretorio; el pretor concedió la *bonorum possessio secundum tabulas* a quien presentara las tablas del testamento a su favor signadas con los sellos de siete testigos cuando menos, *tabulae non minus septem testium signis signatae*; no hay aquí resto de oralidad; la declaración de la voluntad, y no sólo su texto, son escritas.

En la estipulación, sin duda por su naturaleza de negocio *verbis*, las cosas ocurrieron más despacio; el texto de la estipulación podía ser escrito, pero la estipulación misma, seguía teniendo que ser oral. La práctica, sin embargo, acabó convirtiendo esta declaración oral en una cláusula escrita del documento, la cláusula estipulatoria (*stipulatus est ille, spondit ille*, PAPINIANO, D, 45.1.121 pr.), si bien ésta podía ser atacada probando que no hubo estipulación oral; JUSTINIANO, en la ley *Optimam* del año 531 (C, 8.38(37)14, 1.3.19(20)12), impidió esta impugnación salvo que se probara que una de las partes estuvo ausente de la ciudad durante todo aquel día; sustituyendo así, al menos de hecho, la unidad de acto por la unidad de día. Hasta aquí llegaron también las Partidas (3.18.117).

Pero el Ordenamiento de Alcalá, al poner en vigor las Partidas, derogó tales posibilidades de impugnación en la Ley Única Título 16, *Paresciendo*, “e non pueda ser puesta excepción que non fué fecha estipulación”, por lo que el documento quedó liberado de toda oralidad, también la de la declaración, y la cláusula estipulatoria resultó ya innecesaria. En el Derecho moderno, pues, el texto de la declaración y la declaración misma de la voluntad de los otorgantes se hacen “en” el documento, y por escrito.

Este escrito mediante el que declara el otorgante su voluntad, no puede ser otro que su *firma*, que es lo único que el otorgante escribe en el documento, y que constituye “el residuo —como dice CARNELUTTI— de una fórmula más compleja, que consistía en una proposición, de la que el nombre del autor era el sujeto y contenía una verdadera atribución de paternidad del documento: «*ego N.N. subscripsi, vel feci, vel fieri rogavi*»” (45); o más ampliamente atribución, en su caso, de la paternidad de las declaraciones, especialmente de las declaraciones de voluntad, que el firmante hace en el documento, según indica su texto —la firma en sí no es indicativa—, y que no tienen por qué limitarse exclusivamente a la atribución de la autoría del documento, degradando la firma del otorgante a la condición de “firma impropia” (46).

Algunas de las doctrinas que hemos examinado, al entender con caracteres absolutos la pertenencia al notario de la autoría del documento notarial, sin compatibilizar este concepto con el de autoría de las declaraciones, que corresponde a los intervinientes en la escritura, han defendido que la firma del otorgante es una firma “apropiativa”, por la que el firmante asume, como propias, las declaraciones que el no-

(45) CARNELUTTI, Francesco: “Studi sulla sottoscrizione” (*RivDirCom*, 1929, I, pp. 509 y ss.); *Studi si Diritto Processuale*, III, Padova, Cedam, 1939, núm. 4, p. 235.

(46) Conf. CARNELUTTI, *op. cit.* en la nota anterior, núm. 7, pp. 240-43; seguido, entre otros, por MONTESANO, *op. cit.* en nota 20, p. 29.

tario le atribuye; o bien una firma de “conformidad” o de “control” por el firmante de esas declaraciones del notario. Frente a estas posiciones, que no es el momento de exponer y combatir, señalemos que la firma del otorgante es esencialmente, “la manifestación exterior del consentimiento”, según escribió BEUDANT y por tanto, “un acto jurídico sustancial”, que dice COMOGLIO (47); la firma del otorgante tiene una función “declarativa”, porque mediante la firma el otorgante hace en la escritura una serie de manifestaciones y declaraciones de verdad, y sobre todo su declaración de voluntad en relación al texto documentario.

Ahora bien, al tratarse de una declaración en documento público no habrá declaración mientras no haya instrumento, esto es hasta que el notario lo autorice; y en este sentido la autorización del notario aparece como cooperación del oficial público a la declaración del particular, integrativa aunque sólo formalmente, de la declaración del otorgante (48). Queda así asegurada la integridad de la declaración de voluntad.

225

Parecen estar en desacuerdo con lo que acabamos de decir, para el testamento abierto, el artículo 695 del Código civil según la redacción vigente (Ley 30/1991, de 20 de diciembre), que ordena se dé lectura al testamento por el notario “en alta voz, para que el testador manifieste si está conforme con su voluntad. Si lo estuviera, será firmado en el acto por el testador ...”; y en general el artículo 193.2 del Reglamento Notarial: “Después de la lectura, los otorgantes deberán hacer constar su consentimiento al contenido de la escritura”. Obsérvese, sin embargo que esos preceptos no exigen que la manifestación de la voluntad haya de ser “oral”; “la Ley del Notariado no lo expresa, ni lo exige”, reconoce FERNÁNDEZ CASADO (49), partidario de ese consentimiento.

(47) BEUDANT, Ch.: *Cours de Droit civil français*, 2.^a ed., publicada por Robert BEUDANT y Paul LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, tomo IX, con la colaboración de Gastón LAGARDE y Roger PERROT; París 1953, núm. 1194, a), p. 268. COMOGLIO, Luigi Paolo: “Le prove”, *Trattato di Diritto Privato* dirigido por Pietro RESCIGNO, 19 “Tutela dei diritti”. III, Torino, Utet, 1985, Ristampa 1990, p. 269.

(48) ZINNY, *op. cit.* en nota 34, pp. 32-35.

(49) FERNÁNDEZ CASADO, Miguel: *Tratado de Notaría*, I, Madrid, 1895, p. 512.

El artículo 25.3 de la Ley del Notariado, en efecto, dispone: “Los notarios darán fe de haber leído a las partes y a los testigos instrumentales la escritura íntegra, o de haberles permitido que la lean, a su elección, antes de que la firmen...”; entre la lectura y la firma no hay, pues, para la ley, ningún consentimiento intermedio; sencillamente porque en una *escritura* el consentimiento se manifiesta *por escrito*, firmando; que es exactamente lo mismo que para la autorización dispone el artículo 196.2 del Reglamento: “El notario, a continuación de las firmas de otorgantes y testigos, autorizará la escritura y en general los instrumentos públicos, *signando, firmando y rubricando*”. Es el único sistema acorde con la seguridad jurídica, pues en otro caso desde el momento mismo de esa manifestación oral ya existiría, según vimos, un contrato verbal con todas las consecuencias, aunque alguna de las partes, o todas ellas, se negasen a firmar, y aunque el notario denegase la autorización. ¿Resultaría admisible que se impugnase una escritura por quien la ha firmado, alegando que no manifestó oralmente su consentimiento después de la lectura?

= VII =

La voluntad que se declara en la escritura no puede ser, evidentemente, aquella voluntad tantas veces deformada, errónea, incompleta e imprevisora, y hasta ilegal y discorde, que los otorgantes aportan. El notario tiene que indagar, interpretar y adecuar al Ordenamiento la voluntad común de los otorgantes, proporcionarles informaciones, asesoramientos y consejos; y configurar y redactar el negocio con arreglo a Derecho. Sólo así se llevará a la escritura la voluntad “verdadera” de los otorgantes.

Esta actuación del notario le permite llevar a cabo, desde dentro del negocio, el control de su legalidad. En otro caso la fe pública, dotando de especial eficacia a negocios

ilícitos, fraudulentos, inmorales, se habría convertido en extraordinariamente dañina para la sociedad.

La forma en que la escritura consiste se desgrana, por otra parte, en una serie de "formalidades", de requisitos, tendentes a que la escritura pueda ser, por sí sola (50), en juicio y fuera de él, en el tráfico, en los Registros, el título en sentido formal de ese negocio o título en sentido material que mediante ella se exterioriza, desplegando así toda su eficacia.

Se comprende, pues, que sólo la escritura pública sea la "forma notarial" de la declaración de voluntad, y no cualquier otro documento notarial, como pudiera ser el acta de manifestaciones de las partes o el acta de presencia de sus acuerdos verbales.

Pero todas estas cuestiones, aunque relacionadas íntimamente con el tema de esta conferencia, caen evidentemente fuera de él.

(50) Conf. BOLÁS ALFONSO, Juan, LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, Isidoro, y SAGARDÍA NAVARRO, Manuel: "Valor y efecto de un documento extranjero recibido por el Notario", *Revista Jurídica del Notariado*, I. Extraordinario 1992, pp. 367-84.

LA MUJER CASADA Y EL PRINCIPIO DE IGUALDAD

AURELIA MARÍA ROMERO COLOMA

Abogado. Doctora en Derecho

Doctora en Historia del Arte

229

SUMARIO: **I.** INTRODUCCIÓN. **II.** LA IGUALDAD EN LAS RELACIONES PERSONALES ENTRE LOS CÓNYUGES. **III.** LA IGUALDAD EN LAS RELACIONES CON LOS HIJOS. **IV.** LA IGUALDAD DE LOS CÓNYUGES EN LAS RELACIONES PATRIMONIALES. **V.** CONCLUSIÓN.

I. Introducción

La igualdad ante la ley de todos los ciudadanos excluye los tratamientos discriminatorios de alguna categoría de ellos, tales como las discriminaciones a la mujer en el seno del matrimonio. El artículo 14 de nuestra Constitución se refiere a ese tipo de desigualdades, prohibiéndolas tajantemente por razón de sexo, entre otras circunstancias. Por ello, es interesante, dentro del marco del Derecho de Familia, analizar algunas situaciones que, en armonía con este fundamental precepto, han sido recogidas en nuestro ordenamiento jurídico civil y que inciden en ese principio de igualdad de manera positiva.

230

La propia Constitución, en otros preceptos, intenta concretar, precisamente, esa igualdad entre marido y mujer, aunque quizás desde una perspectiva algo más formal, diciendo que *“el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”*.

Al ser el efecto esencial de la celebración del matrimonio dar nacimiento al “status” matrimonial, es obvio que surgen entre los cónyuges una relaciones que no son propiamente de parentesco, sino precisamente matrimoniales, con las subsiguientes consecuencias jurídicas tanto desde el punto de vista personal como patrimonial. A ellas voy a referirme a continuación, tomando como punto de partida los preceptos que a esta materia dedica nuestro Código civil, así como la propia jurisprudencia, que, actuando a modo de crisol, es capaz de llenar los vacíos que, en muchas ocasiones, se producen en la práctica forense, ya que el Derecho no puede prever todas las situaciones.

II. La igualdad en las relaciones personales entre los cónyuges

La igualdad de derechos en las relaciones personales entre los cónyuges supone, en principio, que la ley no va a tomar partido por uno u otro. Esto quiere decir que los papeles o roles del marido y la mujer no están previamente determinados legalmente.

La normativa anterior consagraba, efectivamente, la superioridad del hombre sobre la mujer dentro del matrimonio —y también en otros ámbitos—, así como el correlativo deber de ésta de obedecer. La mujer se encontraba, así, sometida a la autoridad del marido, obligada a obedecerle. El marido era el “cabeza de familia”, el “director marital” de la vida familiar, el “jefe de la casa”.

En la actualidad, afortunadamente, estos roles han sido profundamente revisados. Los tipos de matrimonio, a este respecto, pueden ser múltiples, tal como ha puesto de manifiesto LACRUZ BERDEJO (1). Hay matrimonios en que uno solo de los cónyuges se ocupa de las faenas domésticas, y otros opuestos, en los que ambos cónyuges ganan cantidades relativamente equiparables, o el tipo de matrimonio en el que un cónyuge obtiene el ingreso principal y el otro unos ingresos inferiores, pero complementarios.

Los derechos y deberes personales de ambos cónyuges son, por tanto, los mismos, ex artículo 66 del Código civil, y la violación de las obligaciones que surgen del matrimonio puede constituir, en caso de ser grave y reiterada, causa de separación matrimonial. El artículo 67 del citado corpus legal proclama, a tenor de lo que voy exponiendo, que “*el marido y la mujer deben respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia*”. El precepto siguiente —el 68— explicita que los cónyuges están obligados a vivir juntos, a guardarse fidelidad y a socorrerse mutuamente, precepto este úl-

(1) LACRUZ BERDEJO, José Luis, y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: *Derecho de familia*, Barcelona, 1982.

timo que reproduce en su integridad la dicción del antiguo y derogado artículo 56.

Un sector doctrinal ha puesto en tela de juicio la pertenencia de estos preceptos al ámbito propiamente jurídico, entendiendo que tanto la fidelidad como el socorro y el respeto mutuo constituyen virtudes incoercibles, pertenecientes al mundo de la ética o de la moral o, en todo caso, no impuestas por la ley. Pero esta tesis no es admisible en nuestro país, pues, si nos detenemos en esos preceptos citados, consagradores de esas supuestas "virtudes", veremos que son plenamente coercibles, encontrando una sanción específica en caso de incumplimiento. No obstante, hay que ser justos y matizar que estos deberes no aparecían tratados en un plano de absoluta igualdad. Así, por lo que hace al deber de fidelidad, su infracción más grave constituía, hasta 1978, el delito de adulterio, que era tratado en el Código penal con mayor severidad para la mujer que para el marido, en el que sólo castigaba el amancebamiento. Dentro del ámbito estrictamente penal, hay que recordar el tratamiento privilegiado y discriminatorio que se le otorgaba al uxoricidio en el Código punitivo de 1944. En otro orden de cosas, hasta los roles desempeñados por los cónyuges eran diferentes. Se entendía que el marido debía proteger a la mujer y sustentar a la familia con medios económicos, al menos principalmente. En cuanto al deber de vivir juntos, es significativo remontarse en el tiempo para apreciar mejor las mutaciones sociales que se han ido produciendo. Así, una sentencia de 1927 obligó a la esposa a reintegrarse al hogar, conducida por la fuerza pública. Inversamente, la doctrina considera que ese deber es incoercible y que no se puede coaccionar a la esposa para que permanezca en el domicilio conyugal, ya que ello supondría un secuestro que entraría en el marco del Derecho penal. El carácter ético de estos deberes —a mi juicio, falsamente ético— aparece, con cierta claridad, en una sentencia de 1959, en la que se afirma que tales deberes tienen un carácter marcadamente ético, porque se

confía al sentimiento y a la conciencia íntima su cumplimiento. Y, de aquí, la consecuencia de que las normas reguladoras de esta relación, aun siendo jurídica por haber sido acogidas en el Código civil, acusen su origen en lo tenue de la sanción, que, con frecuencia, era sólo patrimonial, siendo indirecta y, por ello, poco eficaz. Estos deberes aparecen como obligaciones, cuya observancia depende más de la conciencia que del precepto legal en sí mismo. Está claro —es evidente— que, en la actualidad, si la mujer no quiere vivir con el marido, el Derecho no autoriza ningún medio de coerción física para lograrlo. Sin embargo, sí cabría emplear dicha coerción para facilitar el acceso a la vivienda común al cónyuge expulsado de ella, estando entonces dirigida la acción a poner a uno de los cónyuges en el disfrute de ciertos bienes y nunca, desde luego, a restablecer la convivencia entre ambos.

Sobre el deber de fidelidad, ha afirmado CARLOS VÁZQUEZ IRUZUBIETA (2), que dicho deber tiene por objeto preservar el carácter monogámico del matrimonio occidental, que es, en la fenomenología tradicional de las sociedades de nuestra civilización, el de mayor peso específico, y su conculcación la causa más reiterada de separaciones y divorcios, sosteniéndose el matrimonio en Occidente, pese a la evolución experimentada, sobre todo en la adquisición de derechos por parte de la mujer, en gran medida sobre la base cierta o encubierta de la fidelidad matrimonial.

La fidelidad significa, según XAVIER O'CALLAGHAN (3), la entrega corporal mutua y exclusiva. Su aspecto positivo, por tanto, implica la mutua disponibilidad corporal de ambos cónyuges; su aspecto negativo supone la abstención de toda relación íntima —sexual o no— de un cónyuge con tercera persona, sea de distinto sexo o del mismo.

(2) VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos: "Régimen jurídico de la celebración y disolución del matrimonio", *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1981.

(3) O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier: *Compendio de Derecho civil*, tomo IV, editorial Revista de Derecho Privado, 1983.

No toda infidelidad constituye adulterio, ya que aquélla implica un concepto más amplio que éste. Los supuestos prácticos que se presenten en base a esta causa de separación matrimonial, ex artículo 82.1 del Código civil, habrán de ser tratados por el órgano judicial discrecionalmente. A la infidelidad conyugal heterosexual, tal como afirma FOSAR BENLLOCH (4), ha de asimilarse la homosexual y, en general, cualesquiera otras conductas sexuales incompatibles con la recíproca disponibilidad afectiva de los cónyuges entre sí. Pero, en todo caso, si estas conductas no encajaran plenamente en la noción de infidelidad en sentido estricto, sí podrían ser consideradas como una conducta injuriosa o vejatoria para el esposo que la sufre.

La sentencia de la Audiencia Territorial de Cáceres de 18 de marzo de 1983 es muy expresiva en este punto, afirmando que *“la infidelidad del marido es causa suficiente para estimar la demanda, máxime si se tiene en cuenta la amplitud que conlleva por su propia índole la fidelidad, concebida ésta como una categoría jurídica y moral capaz de imponer a cada uno de los esposos en su área de influencia la observancia de una conducta inequívoca y ausente de cualquier relación que engendre una apariencia comprometedora y lesiva para el otro cónyuge”*.

Desde mi punto de vista, la infidelidad conyugal incluye, desde luego, las aberraciones sexuales y, muy posiblemente, la conducta inmoral que trascienda en la esfera de la vida matrimonial. Para que la infidelidad conyugal sea motivo de separación, se requiere que exista efectiva convivencia conyugal, ya que el apartado 2 del número 1 del artículo 82 del Código civil expresa que *“no podrá invocarse como causa la infidelidad conyugal si existe previa separación de hecho libremente consentida o impuesta por el que la alegue”*.

(4) FOSAR BENLLOCH, Enrique: “Estudios de derecho de familia”, en *La Constitución de 1978 y el Derecho de familia*, Barcelona, 1981.

Lo difícil será, sin embargo, determinar si la separación de hecho devino previa a la infidelidad o a la inversa.

Los artículos 67 y 68 del Código civil han elevado ciertos valores, éticos en principio, a la categoría de deberes jurídicos, cuyo incumplimiento puede generar, como consecuencia jurídica, una reacción del legislador. Entre estas conductas, cabe citar la heteroinseminación artificial de la mujer sin el consentimiento de su marido.

El deber de respeto que los cónyuges se deben entre sí hay que relacionarlo, obviamente, con la idea de dignidad que cada persona —esté o no casada— posee de sí misma, lo que tiene su repercusión hacia el exterior. Este mutuo respeto también entronca con la idea de intimidad que cada cónyuge mantenga. En este sentido, hay que recordar que la conducta injuriosa o vejatoria constituye una infracción de ese deber de respeto que los cónyuges han de tener entre ellos.

235

En cuanto a los deberes de socorro y ayuda mutuos, incumbe a los esposos por igual, si bien cierto sector doctrinal ha distinguido, afirmando que supone ayudar al otro en la medida de las posibilidades del que ayuda y las necesidades del ayudado, y en las circunstancias y en la forma señaladas por la costumbre y las concepciones sociales vigentes, las cuales, a estos efectos, distinguen netamente entre marido y mujer. En concreto, la obligación de mutuo socorro supone, habitualmente, para la mujer la de asistir al marido en el mantenimiento de la familia y cuidado del hogar con un trabajo razonable, conforme a las necesidades de todos y a las circunstancias y posición económica familiares.

No obstante, esta tesis podría quitar actualidad, quizás, al principio de igualdad de sexos y, matizando más, de igualdad de los cónyuges, principio que ya ha sido enunciado antes. De todas formas, hay que reseñar que la igualdad supone tratar igualmente los supuestos idénticos, y con desigualdad los supuestos distintos. En este sentido, es evidente que un marido en posición económica holgadísima no podría

exigir de su mujer, ama de casa y sin profesión, que busque un empleo retribuido con el fin de ayudar a los gastos familiares, tal como ha puesto de manifiesto LACRUZ BERDEJO con gran acierto (5). Como fácilmente se observa, cada supuesto supone un ejemplo de la vida práctica que hay que enfocar desde diferentes puntos de vista. Ampararse indiscriminadamente en el principio de igualdad puede llegar a ser absolutamente abusivo para la mujer en muchos casos reales.

Si volvemos a enfocar el deber de respeto –que ya ha sido citado anteriormente–, veremos que está estrechamente conectado con el derecho a la libertad que toda persona, por el hecho de serlo, goza. Es indudable que a la esfera personal de cada cónyuge, que el otro ha de respetar, pertenecen la amistad y las relaciones de conocimiento con otras personas. Para ROCA JUAN (6), son infracciones del deber de respeto los ataques a la esfera de la personalidad de un cónyuge, en sus múltiples facetas: anormalidades en la vida sexual que pretenda imponer uno de los cónyuges al otro, la imposición de opiniones políticas, los obstáculos al ejercicio profesional, la oposición a las prácticas religiosas, el comportamiento social deshonesto para el otro cónyuge, la violación del secreto de la correspondencia, la imposición de prácticas anticonceptivas como condición para el débito conyugal y las lesiones resultantes de malos tratamientos tanto de palabra como de obra. Y, por último, constituye infracción del deber de respeto manifestar y propagar noticias acerca de la vida matrimonial. Como ya expresó el juez inglés Ungood Thomas en el caso “Argyll versus Argyll” –en el año 1965– *“difícilmente habrá algo más íntimo y confidencial que esta relación y la mutua confianza y comunicación que*

(5) LACRUZ BERDEJO, José Luis: “Los deberes recíprocos del artículo 68 del Código civil y su significado actual”, en *Libro homenaje a Luis Martín Ballesteros*, Zaragoza, 1983.

(6) ROCA JUAN, citado por José Luis LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA en *Elementos de Derecho Civil*, tomo IV, Barcelona, 1982.

se comparte entre marido y mujer. La naturaleza confidencial de esta relación es su verdadera esencia y es tan obvia y necesariamente propia de ella que no hay necesidad de que lo diga la Ley”.

La obligación de respeto persiste tras disolverse el matrimonio, por lo que hace a la vida íntima y a todos aquellos temas que cada cónyuge conoce por su relación de confianza con el otro, según declaró el tribunal inglés en el caso antes citado, en el que, divorciados los cónyuges, la ex-esposa escribió una serie de artículos para un periódico que contenían información relativa a la vida privada de su ex-marido, asuntos personales y a su conducta privada, dando lugar la sentencia a la demanda de dicho ex-marido, en un fallo que prohibió a la antigua esposa la divulgación de esos secretos y lo mismo al periódico que se proponía publicar los artículos en cuestión.

Por lo que respecta al deber de socorro mutuo, que se especifica en el artículo 68 del Código civil, lo entiende LÓPEZ ALARCÓN como auxilio que cada cónyuge debe prestar al otro como persona que vive y se perfecciona en el matrimonio, comprendiendo aquí las necesidades de orden material (alimentos), como de orden espiritual (religioso, intelectual, afectivo).

En cuanto al deber de ayuda mutua, fue introducido en el Código civil por la Ley 30/1981, de 7 de julio, y su transgresión se produce por las prácticas egoístas, graves y reiteradas de un cónyuge, que apartan al otro, sin justificación razonable, de la dirección de los asuntos familiares y domésticos, imponiendo criterios y soluciones que, en ocasiones, van acompañadas de vejaciones manifiestas.

El deber de actuar en interés de la familia fue introducido por la Ley de 2 de mayo de 1975 y recogido en el artículo 67 del Código civil. Supone tan importante deber un principio general de actuación que los cónyuges han de observar cuando una decisión o actividad pueda repercutir en los intereses familiares o de algún miembro de la familia,

como los hijos comunes o los de uno solo de los cónyuges y que convivan en el hogar familiar. En estos supuestos, será el cónyuge que asuma la defensa del interés familiar el legitimado para, en su caso, ejercitar las acciones oportunas, incluso la demanda de separación.

Se plantea la cuestión de si el juez puede fijar un domicilio propuesto por el marido, rechazando el recurso de la mujer, pero dispensando a ésta de seguir a aquél. El antiguo artículo 58 del Código civil admitía que los tribunales dispensasen a la mujer de la obligación de seguir al marido, existiendo justa causa, cuando trasladaba su residencia a país extranjero o a ultramar, extendido por la doctrina al supuesto de traslado a un lugar perjudicial o no conveniente para la esposa. GULLÓN mantenía que sería ilógico que la Ley de 2 de mayo del 75, reformadora del Código civil con la intención de favorecer a la mujer casada, la colocase en situación peor aún que la otorgada ya de por sí por el derogado artículo 58, existiendo una justa causa para no seguir al marido. Mantener, en definitiva, la tesis del mismo domicilio para ambos cónyuges puede conducir seguramente a una frustración de las aspiraciones de la mujer contemporánea, las cuales tienden a realizarse en un trabajo útil para la sociedad y para la economía doméstica (7).

No obstante, aun habiendo domicilio conyugal fijado por la pareja o por el juez, cada uno de los cónyuges puede tener, por necesidades de trabajo profesional o de otro orden, un domicilio propio y distinto e incluso una vivienda complementaria equipada que habite muchos meses al año, lo que no supone infracción de la norma que obliga a la convivencia, ni negación de la calidad conyugal del domicilio común, mientras las ausencias del cónyuge que tiene residencia separada —en su caso, de los dos— se hallen justificadas por la dedicación profesional o incluso por aficiones o

(7) GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO: *Sistema de Derecho Civil*, volumen IV, Madrid, 1982.

hábitos consentidos por el otro, y siempre que se pueda decir que los cónyuges viven juntos al conservar entre ellos la voluntad de formar una familia, según la idea expuesta por LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA (8).

A la vista de la normativa reguladora de las relaciones personales entre los cónyuges, se observa claramente que la deseada equiparación entre hombre y mujer —en el seno del matrimonio— es, hoy en día, una realidad. Que no lo fue en tiempos pasados es un hecho incontestable. En la actualidad, merced al desarrollo normativo que se ha efectuado tras la promulgación de la Constitución del 78, la mujer casada se encuentra en una situación de paridad con respecto al hombre.

III. La igualdad en las relaciones con los hijos

La Ley 11/1981, de 13 de mayo, reformó el Código civil en armonía siempre con lo establecido por nuestra Constitución en sede de principio de igualdad. Esta Ley reguló la filiación, la patria potestad y el régimen económico del matrimonio. Es muy interesante detenerse, aunque sea brevemente, en algunas de estas materias.

Hay que recordar que, con el nombre de patria potestad, se conoce el conjunto de facultades y deberes que corresponden a los padres para el cumplimiento de su función de asistencia, educación y cuidado de los hijos menores. El artículo 154 del Código civil dispone, en este sentido, que *“los hijos no emancipados están bajo la patria potestad del padre y de la madre”*.

Sin embargo, no siempre fue así, pues la patria potestad no tenía, anteriormente, ese carácter de función ejercitada en beneficio del hijo y, por lo que hace al tema que estoy tratando, no existía igualdad en su concepción jurídica. A lo largo del siglo XX la institución de la patria potestad sufrió

(8) LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA: *Elementos de Derecho Civil*, citado.

en España y en el Derecho comparado una notable transformación. Es característica actual del Derecho europeo la equiparación jurídica en la patria potestad del marido y de la mujer. Entre los países nórdicos, fue Dinamarca, ya desde una Ley de 1918, la primera que colocó a los hijos bajo la patria potestad de ambos progenitores. En igual forma, en Suecia, desde 1920. En Alemania, los hijos están bajo la potestad del padre y de la madre y, en caso de divergencia de criterios, han de intentar llegar a un acuerdo, según el BGB y la Ley de 18 de junio de 1957. En Francia, el Code, redactado por la Ley de 1970, consagró el principio de coparticipación del padre y de la madre y, en caso de desacuerdo, prevalecerá la práctica que hubiesen seguido en casos anteriores y semejantes. Sin embargo, en Francia la total equiparación entre padre y madre se da sólo en el contenido personal de la patria potestad, pues la administración y goce de los bienes del hijo corresponde al padre con el concurso de la madre. La posterior Ley de 11 de junio de 1975 dio, no obstante, un paso más.

En nuestro país, la reforma del 81 atribuyó conjuntamente la patria potestad al padre y a la madre, ex artículo 154.1 del Código civil, que podrá ser ejercitada conjuntamente por ambos progenitores o por uno de ellos con el consentimiento del otro —expreso o tácito— y, en caso de desacuerdo, cualquiera de ellos puede acudir al juez, quien establecerá cuál de los dos cónyuges puede decidir, según el artículo 156.1.

En términos generales, puede afirmarse que, con la reforma de la patria potestad llevada a cabo por el Código civil por la Ley de 13 de mayo del 81, en desarrollo del principio fundamental contenido en el artículo 39.1 de nuestra Constitución, se acentúa el carácter de *officium* que ya poseía la anterior regulación, estructurándose la patria potestad como una función dual o compartida del padre y de la madre. Efectivamente, la patria potestad dual se presenta como un intento de equilibrio entre la rigidez e incomodidad de

la patria potestad conjunta, con la necesaria actuación de ambos progenitores, en todo y para todo, y la discriminación que supone la patria potestad subsidiaria de la madre, sólo en defecto del padre, tal como expresaban LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA.

IV. La igualdad de los cónyuges en las relaciones patrimoniales

Corresponde ahora analizar la situación de la mujer casada en función de sus relaciones patrimoniales. En este punto, es muy interesante detenerse en el artículo 39 de nuestra Constitución, que, en sede de principios rectores de la política social y económica, consagra la protección de la familia y de la infancia.

Desde el punto de vista puramente patrimonial, y siempre en armonía con el artículo 14 de la Constitución, consagrador del principio de igualdad, hay que fijarse en el artículo 1.328 del Código civil, que especifica que *“será nula cualquier estipulación contraria a las leyes o a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponde a cada cónyuge”*.

El artículo 1.328, citado, está incluido en la normativa del régimen económico del matrimonio, es decir, contempla estipulaciones de carácter o naturaleza patrimonial. En el concepto de pacto contra las leyes, entrará aquél que atenta contra el orden público, excluyendo, por consiguiente, la aplicación de las leyes imperativas. Los pactos sobre tutela y patria potestad no pueden infringir, lógicamente, el mencionado principio de igualdad entre hombre y mujer, por lo que han de tener un carácter muy restringido.

Por lo que hace a los pactos contra las buenas costumbres, es evidente que hoy en día sería nulo el pacto que impusiera a la mujer la licencia marital del régimen anterior a 1975. Hay que tener en cuenta siempre que, en esta ma-

teria la normativa constitucional ha propiciado que cada cónyuge conserve plenamente su ámbito de autonomía e individualidad. Es una manifestación del respeto a la dignidad de la persona, en función del artículo 10 de la Constitución, que la instituye como fundamento del orden político y de la paz social.

Los pactos opuestos a la igualdad entre los cónyuges son nulos, si nos basamos en una interpretación sistemática tanto del artículo 14 de la Constitución, cuanto del 32, pues el derecho a contraer matrimonio existe con plena igualdad jurídica. Los derechos y deberes de ambos cónyuges son iguales. No obstante, la doctrina ha criticado este precepto 1.328 del Código civil, pues parece que su dicción prohíbe a los cónyuges autolimitarse, a diferencia de lo que sucede con cualquier ciudadano corriente y como si la igualdad no fuera necesariamente un concepto transitivo y, por el contrario, cada cónyuge tuviera una igualdad suya exclusiva, "*la que le corresponda*", dice el Código civil, diferente y autónoma de la igualdad que compete al otro.

242

Una interpretación literal entendería que el artículo 1.328 no permite pactar, en la sociedad de gananciales, que sea uno de los esposos el administrador de los bienes comunes, pues, en este caso, la igualdad de derechos no sería ya perfecta. Esto significaría que los cónyuges no pueden prevenir para la economía de su matrimonio reglas que amplíen los poderes jurídicos de uno de ellos a costa del otro. No parece, sin embargo, contrario a la Constitución un pacto en el que los esposos alteren en algún sentido el principio de igualdad, que es un derecho que tienen en el momento de la boda. Pero el Código civil, en el citado artículo 1.328, expresa que ese pacto incurriría en la sanción más grave de todo el ordenamiento jurídico: la nulidad. No debiera ser así y, además, el propio artículo 1.375 admite expresamente el pacto en contrario. Algún sector doctrinal ha afirmado contundentemente que la administración conferida a un solo cónyuge no es sólo un derecho, sino también un deber.

En idénticos términos se puede entender que los novios o cónyuges pacten el antiguo y derogado régimen dotal o de la dote, que ponía todos los gastos del matrimonio a cargo del marido, a quien la mujer entregaba la posesión, administración y disfrute de todos sus bienes presentes y futuros, es decir, los aportados en el momento de la boda y los recibidos más tarde por herencia o donación. El marido aseguraba con hipoteca la restitución y pago de todos los bienes y cantidades recibidas de su esposa. En cuanto a los inmuebles, bastaba últimamente la inscripción en el Registro a nombre de la misma. A lo largo del matrimonio, la mujer sería alimentada competentemente, pero no recibiría rentas ni frutos, ni dispondría de otros medios económicos que aquéllos que el marido le entregase para el mantenimiento del hogar y la familia o para sus propios gastos según el pacto establecido previamente o a su libre voluntad.

La doctrina ha puesto de manifiesto que un régimen así no ha de ser necesariamente desventajoso para la mujer, que puede preferirlo incluso cuando contrae matrimonio con un hombre de gran fortuna familiar y ella carece de bienes.

No obstante, un régimen como el descrito parece que choca abierta y frontalmente con lo dispuesto en el artículo 1.328 del Código civil. En cualquier caso, si los cónyuges pactaran que éste sería su régimen, habría de ser un pacto libre, absolutamente voluntario por parte de la mujer, sin imposiciones del marido ni de ningún otro miembro de la familia. Se trata, en todo caso, de preservar la dignidad de la mujer casada y nunca de someterla a regímenes abusivos y forzados, en los que, en definitiva, lo que prevalece es la autoridad del hombre como cabeza de familia. Ello es inadmisibles de todo punto y contraría abiertamente el artículo 10 de nuestra Constitución, precepto éste ya citado con anterioridad.

V. Conclusión

A la vista de todo lo expuesto y analizado en sede de situación jurídico-social de la mujer casada en nuestro país, cabe afirmar que, en la actualidad, se han conseguido superar muchos condicionantes del pasado y que, efectivamente, nos encontramos ahora ante una panorámica, una perspectiva, que, obviamente, resulta interesante y, en cierto modo, favorable para la mujer.

244 Sin embargo, no todo es positivo. Se han alcanzado importantes logros en materia legislativa, pero aún queda mucho de “mentalidad” machista en España. Desterrar esas actitudes, que en nada favorecen a la mujer –casada o no– es más difícil que legislar con un sentido de equiparación jurídica entre cónyuges y de cara a los hijos. En materia laboral, por ejemplo, queda aún mucho por hacer. Es evidente que los avances más espectaculares se han conseguido en el ámbito civil, en sede, precisamente, de relaciones familiares y, concretamente, en asuntos de contenido tanto personal como patrimonial.

Un parámetro fiable a tener en cuenta en este punto pudiera serlo la constante referencia al artículo 10 de nuestra Constitución, al configurar a la dignidad de la persona humana como fundamento del orden político y de la paz social. Tengamos en cuenta que la mujer –aunque hoy en día suene a una evidencia de casi “Perogrullo”– es una persona humana y que, por tanto, todos los derechos reconocidos en la Constitución y garantizados por ella le son aplicables, exactamente y en la misma medida que al hombre. Que esto no ha sido así en épocas pasadas, es un hecho. Pongamos todos un “granito de arena” para conseguir que las vías positivas de igualdad jurídico-social de la mujer casada –único tema que he tratado aquí– sigan avanzando y consolidándose.

**PRINCIPIO MAYORITARIO Y CONFLICTO DE
INTERESES EN LA LEY DE SOCIEDADES
DE RESPONSABILIDAD LIMITADA
DE 1995 (*)**

JUAN SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE

*Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Alicante*

SUMARIO: **I.** EL PRINCIPIO MAYORITARIO. **1.** Contenido del artículo 53 de la LSRL. **2.** Principio mayoritario y derecho de voto. **3.** Mayorías para la adopción de acuerdos. **II.** EL CONFLICTO DE INTERESES. **1.** La incidencia del conflicto de intereses sobre el derecho de voto. **2.** La posible justificación de la postura adoptada. **a)** Referencia a los criterios generales de la LSRL. **b)** La tutela de la mi-

(*) Publicado en el libro *Jornadas de Derecho de Sociedades*. Ilustre Colegio Notarial de Granada. Publicaciones de la Academia Granadina del Notariado. Granada, 1998.

noría. **c)** *Interés social, interés colectivo y defensa del patrimonio.* **d)** *La configuración estatutaria del conflicto de intereses.* **3.** Aplicación del artículo 52 LSRL al derecho de voto del socio. **a)** *La autorización de la transmisión de participaciones.* **b)** *El acuerdo de exclusión del socio.* **c)** *La liberación del socio de una obligación o la atribución al mismo de un derecho frente a la sociedad.* **d)** *La concesión de anticipos, créditos, préstamos, garantías y asistencia financiera a favor del socio.* **4.** Aplicación frente a quien, además, es administrador. **a)** *La dispensa de la prohibición de competencia.* **b)** *Establecimiento con la sociedad de una relación de prestación de obras o servicios.* **c)** *La acción de responsabilidad.* **5.** Algunas consideraciones sobre la aplicación práctica de la prohibición del voto. **a)** *Los conflictos "indirectos" de intereses.* **b)** *El artículo 52 y la junta general.* **6.** Consecuencias de la violación del artículo 52 LSRL.

Resulta obligado que comience esta intervención agradeciendo a los organizadores de estas Jornadas de Derecho de Sociedades su invitación para participar en ellas, agradecimiento que especialmente deseo expresar a mi compañero en la Universidad de Málaga, el profesor Adolfo Aurioles. Tengo que agradecer también el tema que se me ha adjudicado, por cuanto creo que facilita la exposición en la medida en que enlaza algunos de los principios fundamentales del Derecho aplicable a las sociedades de capital —a la sociedad anónima y a la sociedad de responsabilidad limitada— con algunos de los problemas más importantes y repe-

tidos que la práctica del funcionamiento de la junta general depara. Por ser más concreto, me corresponde abordar fundamentalmente dos disposiciones de la vigente Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (LSRL), los artículos 52 y 53, que tienen una finalidad organizativa de la junta general, pero que apuntan al propio tiempo a una cuestión tan determinante para la resolución de todos los aspectos del funcionamiento de este tipo de sociedades como es el del dominio de la mayoría y el de su proyección sobre la formación de la voluntad social.

I. El principio mayoritario

1. Contenido del artículo 53 de la LSRL.

Con el ánimo de dotar a mi exposición de una mayor claridad en el tratamiento de los dos problemas de los que me voy a ocupar, creo oportuno abordar, en primer lugar, el segundo de los preceptos a examinar, esto es, el artículo 53 LSRL, que se ocupa del principio mayoritario, bajo esta rúbrica. Este precepto aborda lo que es la regla general del funcionamiento de la junta general, con la participación de todos los socios, mientras que el artículo 52 introduce la excepción que hacia el ejercicio del voto conlleva la existencia de un conflicto de intereses, situación que la Ley utiliza para moderar el poder de la mayoría. El artículo 53 LSRL es como resulta notorio, la plasmación legislativa de uno de los criterios fundamentales en la organización común de las sociedades de capital. Al igual que sucede en la LSA, la regulación de la sociedad limitada proclama así el criterio básico de funcionamiento de la junta general como la concreción orgánica de la reunión de los accionistas o de los socios para decidir “por la mayoría legal o estatutariamente establecida, en los asuntos propios de la competencia de la junta” (arts. 43.1 LSRL y 93.1 LSA).

El artículo 53 no se limita a enunciar ese principio mayoritario sino que concreta su vigencia a través de distintas reglas. Unas afectan a la relación entre participaciones sociales y derechos de votos del socio y al modo de computar los votos emitidos. Otras determinan el número de votos favorables que con carácter general resulta necesario para la válida adopción de un acuerdo, así como las mayorías cualificadas que demandan acuerdos de especial significación por su incidencia sobre la organización societaria o sobre los derechos individuales de los socios. Por último, otras reglas contenidas en el artículo 53 de la LSRL introducen un amplio ámbito de actuación para la autonomía estatutaria al permitir, por ejemplo, que las mayorías legalmente enunciadas puedan ser elevadas, siempre que ello no dé paso a la exigencia de unanimidad en la adopción de acuerdos, pudiendo también los estatutos determinar que la adopción del acuerdo se haga depender, además de la obtención del número de votos a favor correspondiente a la decisión adoptada, del respaldo de un número mínimo de socios, en un evidente intento por combinar los criterios capitalista y personalista.

A ese último respecto, es clarificadora la propia advertencia que el artículo 53.3 introduce sobre los límites que la iniciativa estatutaria encuentra en el ineludible respeto a la determinación imperativa que otros preceptos de la misma Ley (los arts. 68 y 69 de la LSRL) realizan en cuanto a las mayorías necesarias para la adopción de acuerdos especiales, como pueden ser los referidos a la separación de administradores o al ejercicio de la acción social de responsabilidad contra éstos.

Parece indiscutible que el artículo 53, frente a la tradicional distinción que la regulación de la anónima realiza en cuanto a las mayorías necesarias para la constitución de la junta o para la adopción de acuerdos, centra toda su atención en la efectividad del principio mayoritario sólo en relación con el aspecto decisorio. La válida constitución de la

junta ya no va a depender de la asistencia de un porcentaje de capital, presente a través de sus titulares o por medio de los representantes de éstos, sino tan sólo del cumplimiento de los requisitos legales o estatutarios relativos a la convocatoria y a la celebración (cfr. art. 46 LSRL), que para la junta universal se reducen a la concurrencia de la totalidad del capital social y a la unánime aprobación por los asistentes de su celebración y orden del día (art. 48 LSRL).

2. Principio mayoritario y derecho de voto.

La esencial vinculación que existe entre el principio mayoritario y el derecho de voto de los socios nos lleva a plantear algunas cuestiones sobre ese derecho que tiene una incidencia directa sobre la formación de la voluntad social. El derecho de voto resulta, con carácter general, de la titularidad de participaciones sociales. Es más, el artículo 53.4 establece que, salvo disposición contraria de los estatutos, cada participación incorpora un derecho de voto. Es una solución que debe ser objeto de elogio, tanto por la importancia que adquiere esa aportación normativa ante posibles olvidos estatutarios sobre cuestión tan trascendente para el funcionamiento de la junta general, como por su coherencia con el principio igualitario que enuncia el artículo 5.2 LSRL. Ahora bien, estos dos preceptos que hemos mencionado abren una interrogante acerca de la posibilidad de que por vía estatutaria se reforme la opción destacada dentro del artículo 53.4, iniciativa estatutaria que creemos que no es dudosa en cuanto a su admisibilidad, sino en lo que se refiere al alcance que en este punto cabe reconocer a la autonomía estatutaria, sea en el momento fundacional o a través de una ulterior modificación de los estatutos.

Al tiempo que se dice por el artículo 5.1 que las participaciones atribuirán a los socios los mismos derechos, se llama la atención sobre las excepciones que con respecto a ese principio pueda haber establecido la propia LSRL. ¿Es

acaso el artículo 53.4 LSRL una de esas excepciones legislativas? Debemos examinar si los estatutos no sólo pueden romper la elemental paridad que resulta de la regla “una participación un voto” elevando el número de votos inherentes a cada una de las participaciones, sino si pueden llegar a una sustancial alteración del principio de igualdad en materia de derecho de votos. Las hipótesis vienen dadas por la observación de la experiencia en la sociedad anónima. Así, nos podremos plantear si puede reclamarse que el derecho de voto dependa de la tenencia de un número mínimo de participaciones, si ciertas participaciones preferentes pueden acarrear un derecho plural de voto o, incluso, un derecho de voto o si, por último, puede limitarse el número máximo de votos de un mismo socio.

La primera cuestión apuntada es la de la viabilidad de la cláusula estatutaria que concede el derecho de voto sólo a aquellos socios que resultan ser titulares de un número mínimo de participaciones. A este respecto, hemos de comenzar señalando que con relación al derecho de asistencia a la junta, el artículo 49.1 LSRL prohíbe a los estatutos que para la asistencia a las reuniones de la junta general exijan la titularidad de un número mínimo de participaciones. Podrá argumentarse que esa prohibición a la autonomía de la voluntad plasmada en los estatutos sociales no se refiere al derecho de voto ni en ese ni en ningún otro precepto. Podrá, en sentido contrario, alegarse que si se prohíbe limitar estatutariamente el derecho de asistencia, con más razón habrá que entender que esa prohibición afecta también a eventuales limitaciones del derecho de voto, toda vez que éste está directamente relacionado con aquel derecho de asistir a la junta y que, en segundo término, el derecho de voto es un derecho que tiene una superior relevancia cara a la participación en la vida de la sociedad y, en consecuencia, con mayor fundamento puede estimarse que queda fuera del alcance de posibles restricciones estatutarias. Con independencia de esos y cualesquiera otros argumentos que pudieran uti-

lizarse sobre la cuestión planteada, creo que la propia Ley ofrece una posición rotunda que empuja a tomar partido por una posición contraria a la admisibilidad de la atribución del derecho de voto sólo a partir de una tenencia de un número mínimo de participaciones. El fundamento para esta postura lo encontramos en el ya mencionado artículo 5.1, toda vez que no admite otra limitación al principio de igualdad en los derechos relativos a los socios que aquellas que tuvieran su fundamento en una expresa previsión normativa. Dado que falta una manifiesta autorización en la LSRL para que los estatutos acojan esa restricción hacia el derecho de voto, consistente en condicionarlo a una titularidad mínima de participaciones sociales, creo que esa limitación carece de fundamento normativo.

Esa misma argumentación permite rechazar la admisibilidad de las limitaciones al número máximo de votos de un mismo socio. Aun cuando las mismas razones que justifican su utilidad en las sociedades anónimas –por otro lado, muy discutida– concurrirán con seguridad en determinadas sociedades limitadas, el hecho de que no exista en la Ley una previsión legislativa que, tal y como hace el artículo 105.2 en el caso de la LSA, autorice esa restricción, obliga a entender que, de nuevo no existe una expresa excepción establecida y, por ello, rechazar la iniciativa estatutaria en este punto.

251

3. Mayorías para la adopción de acuerdos.

Por lo que se refiere a las mayorías que impone el artículo 53 LSRL para la adopción de acuerdos, existe un quórum general que implica la necesidad de contar con el voto de al menos un tercio de los votos correspondientes a las participaciones que integran el capital social para la adopción de cualquier acuerdo. Como ya quedó indicado, aparecen sin embargo ciertos acuerdos que por su trascendencia hacia el patrimonio social o hacia la posición subjetiva de los distintos socios, dan paso a la exigencia normativa de

mayorías cualificadas. Así, el aumento, la reducción de capital y cualquier modificación estatutaria requerirán el voto favorable de más de la mitad de los votos correspondientes a las participaciones que integran el capital social.

Por otro lado, la transformación, fusión o escisión de la sociedad, la supresión del derecho de preferencia en los aumentos de capital, la exclusión de socios y la autorización a uno o varios administradores para que se dediquen al mismo objeto social que la propia sociedad, requerirán el voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos derivados de las participaciones sociales. Son, como también se destacó, quórum que pueden ser reforzados o elevados por los estatutos, sin que quepa, claro está, la posibilidad contraria.

Las mayorías introducidas por el artículo 53 han sido criticadas por algún sector doctrinal, que las considera excesivas y que implican una negación del modelo personalista. Partiendo de que la determinación legal de mayorías de votación siempre adquiere un valor relativo en la medida en que cada sociedad es un mundo y las relaciones entre las participaciones de sus socios varían de una a otra, no creemos que por el mero hecho de haber acogido tan amplios quórum para la adopción de acuerdos se esté postergando la tutela de los derechos de la minoría. No puede compartirse la opinión de algún autor en el sentido de que, a la vista del fortalecimiento que el artículo 53 confiere al poder de la mayoría como consecuencia de los amplios porcentajes de voto que requieren ciertos acuerdos, se impone un correctivo al mismo en su aplicación práctica a partir de la defensa de la minoría. La discrepancia frente a esa tendencia correctora del principio mayoritario significa, sobre todo, porque entendemos que adolece de un defecto a la hora de entender su funcionamiento dentro de la sociedad de responsabilidad limitada en relación con el conflicto de intereses. Porque, y con ello llego a la segunda parte de mi exposición, lo que caracteriza a la junta general en la sociedad limitada es la condición que para el predominio de la mayoría

implica la privación del derecho de voto a todo socio que se encuentre en una situación de conflicto de intereses hacia la sociedad. Como de inmediato expondremos, la LSRL ha incorporado en el artículo 52 esa privación del derecho de voto como un remedio extraordinariamente eficaz a favor de la tutela de la minoría y, al propio tiempo, para la defensa del interés social.

II. El conflicto de intereses

1. La incidencia del conflicto de intereses sobre el derecho de voto.

La mera lectura del artículo 52 LSRL indica que en el mismo convergen algunas de las ideas genéricas del funcionamiento y ordenación de los distintos tipos de sociedad, al referirse a una cuestión que se plantea en cualquiera de ellos: la situación –imaginable en un amplio catálogo de supuestos– en donde los intereses del socio y de la sociedad entran en conflicto. Interés general frente a interés individual. O, si se prefiere, interés social frente a interés particular o interés del socio. Resulta evidente que es un problema común a otros tipos de sociedad. La sustancial y novedosa diferencia radica en que el artículo 52 LSRL denota que quien se ha planteado el problema de una forma adecuada al concreto tipo social que contempla –y trata consiguientemente de solventarlo– es el legislador, constituyendo en los supuestos que se citan una explícita jerarquía de intereses.

La solución no es menos singular: ante supuestos de conflictos de intereses se opta por prohibir al socio el ejercicio de su derecho al voto. El manifiesto alcance de la opción legislativa permite calificarla como innovadora: en la sociedad limitada, la existencia de un conflicto de intereses implica, automáticamente, que el socio se vea privado del derecho a través de cuyo ejercicio participa en la formación

de la voluntad social (cfr. art. 43.1 LSRL). Surge así la gran diferencia con la regulación de la sociedad anónima, en la que el ejercicio antisocial del derecho de voto puede combatirse a través de la impugnación judicial del acuerdo en cuestión.

La determinación de tal suerte de conflicto aparece así como el presupuesto esencial para la aplicación de la regla que nos ocupa. Dejar a la libre interpretación de las partes –sociedad y socio– cuándo se está en cada caso en esa situación supondría condenar al artículo 52 LSRL a ser norma ciertamente “conflictiva” y generadora de una más que previsible inseguridad jurídica, al propio tiempo que quedaría en cuestión su propia eficacia, puesto que el juego de la mayoría llevaría con seguridad a convertir aquella disposición en objeto de empleo incierto y lábil, que la mayoría nunca entendería de aplicación a los asuntos de su interés, mientras que lo esgrimiría cuando y como tuviera por conveniente con relación a aquellos acuerdos que afectaran a los intereses de algún socio minoritario, ante los que se esgrimiría el interés social como obstáculo insalvable. Sin duda, ese temor es el que ha llevado al artículo 52.1 a precisar aquellas situaciones en las que opera la prohibición del ejercicio del derecho de voto del socio para así preservar el interés social: la transmisión de sus participaciones [cfr. art. 29.2,b) LSRL], su exclusión de la sociedad (cfr. art. 99 LSRL), la liberación de una obligación o la concesión de un derecho y, también, el anticipo de fondos, la concesión de créditos, préstamos o garantías o cualquier tipo de asistencia financiera por parte de la sociedad en favor del socio. Esa enunciación se extiende a otros supuestos en donde en el socio concurre además la condición de administrador, de forma que no podrá emitir su voto en acuerdos que se refieran a la dispensa de la prohibición de competencia (cfr. art. 65 LSRL) y al establecimiento con la sociedad de una relación laboral, profesional o de prestación de cualquier tipo de obra o servicio (cfr. art. 67 LSRL).

Como dice el artículo 52.1 LSRL, en esas situaciones se produce una inderogable presunción legal en el sentido de que existe un conflicto de intereses. En este punto y a salvo del protagonismo que puede reconocerse a los estatutos sociales a la hora de ampliar el alcance de la norma, la redacción dada al artículo 52.1 elimina toda posibilidad de extender a otros supuestos distintos de los enunciados el entendimiento de que existe un conflicto de intereses que ha de dar lugar a la privación del voto.

Consideraciones elementales, como la necesidad de interpretación restrictiva inherente a toda norma prohibitiva y la presumible preocupación por la certidumbre jurídica en un aspecto tan importante para la vida social como el que aborda el artículo 52 LSRL, han favorecido una opción final orientada a restringir de forma terminante y precisa las situaciones en las que existe el conflicto de intereses, abandonando cualquier suerte de “cláusula general” que habría abierto la apreciación de ese conflicto ante otras situaciones al margen de las legalmente fijadas.

255

2. La posible justificación de la postura adoptada.

a) *Referencia a los criterios generales de la LSRL.*

En particular, la disciplina del conflicto de intereses, como otros muchos aspectos capitales de la organización de la sociedad limitada, ha de atender a los principios generales que presiden la norma proyectada en lo relativo a la diferenciación de aquélla frente a la sociedad anónima. La LSRL expresa con toda claridad la intención de corregir los defectos que han caracterizado la regulación de la sociedad limitada, entre los que destaca el recurso a la aplicación supletoria de la LSA, que se pretende abandonar dando paso a “un régimen jurídico suficiente y preciso”, que denote las particularidades de la forma social (v. apartado I.2 de Exposición de Motivos). En esa, como en otras muchas declara-

ciones, se aprecia el interés legislativo por dejar claro que el régimen de la anónima no puede ser una constante referencia a las soluciones apuntadas para la sociedad limitada, orientación que, dicho sea de paso, la LSRL pone en cuestión con contradictoria frecuencia. Se dice que la evolución de la realidad empresarial a partir de la necesaria adaptación a la Ley 19/1989, no permite mantener la concepción de la sociedad limitada como una forma de sociedad secundaria o marginal, como una suerte de sub-tipo de la sociedad anónima, sino que la diversidad funcional y empresarial entre ambas obliga a afirmar que la sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada son tipos diferentes, más allá de la diversidad en el capital mínimo.

256

El entendimiento de la sociedad limitada como un tipo híbrido, en el que “deben convivir elementos personalistas y elementos capitalistas”, a pesar de su carácter genérico, lleva a rebatir que en la persona del socio y en su relación con la sociedad concurren circunstancias e intereses merecedores de tutela idénticos a los que cabe apreciar entre el accionista y la sociedad anónima. En la sociedad limitada se presume que la relación entre la persona jurídica y sus socios excede la simple participación en el capital de la primera. En segundo lugar, la afirmación por el artículo 52 de la existencia de conflicto de intereses en el supuesto de autorización de transmisión de participaciones ha de referirse a la proclamación de la limitada como “una sociedad esencialmente cerrada, en la que las participaciones sociales tienen restringida la transmisión” (cfr. art. 29.2 LSRL).

En suma, la privación del derecho de voto del socio puede apoyarse en los principios generales configuradores de la sociedad limitada, que toman en cuenta los intereses propios y directos de la sociedad. En esa orientación, el sometimiento que el artículo 52 impone al socio ante los intereses sociales encuentra una posible justificación en el **deber de fidelidad** hacia la sociedad, que actúa como un concepto genérico del que nacen los distintos deberes exigidos al

socio. La exigencia de fidelidad para con la sociedad ha de operar como un auténtico principio general que permita superar situaciones conflictivas en el seno de la organización social cuando su solución no se hubiese previsto ni en la Ley ni en los estatutos. Cabe reconducir a ese principio la exigencia de que el socio utilice su derecho de voto a la hora de impulsar y participar en la adopción de acuerdos necesarios o convenientes para los intereses de la sociedad. Otro tanto puede alegarse ante aquellas situaciones en las que no entra en juego el derecho de voto, puesto que se producen en el ámbito externo de la sociedad, en el que rige por igual el deber de fidelidad del socio: éste no puede ejercitar una actividad concurrente con la sociedad, ni desacreditar a ésta ante terceros, ni entrar en el ámbito de los negocios de la sociedad en busca de un interés propio. No puede admitirse que el socio perjudique a la sociedad en su propio beneficio. Para conseguirlo y, sobre todo, para concretarlo, parece oportuno que la norma formule una enumeración de supuestos en los que el interés de la sociedad se entiende alejado del particular interesado en el asunto: la personalidad jurídica implica el reconocimiento de una serie de intereses privativos de la sociedad.

b) *La tutela de la minoría.*

Pocas dudas caben en este punto, puesto que entre las normas de las que se dice que tienen como fundamento la preocupación por esa tutela, deliberadamente ignorada por la LSRL de 1953, que introdujo lo que se calificó como “hipervaloración del principio mayoritario”, la Exposición de Motivos de la LSRL (v. apartado III) cita “las que regulan el ejercicio del derecho de voto en caso de conflicto de intereses”. A pesar de la rotundidad del pronunciamiento normativo, puede cuestionarse cuál es la relación que existe entre el interés social en algunos de los casos que contemple el artículo 52 LSRL y la posición e intereses de los accionistas minoritarios.

Sirve, como punto de partida, de nuevo, ese mismo deber de fidelidad al que antes nos referíamos y que alcanza el mal uso del derecho de voto cuando se aplica a alguna de las actuaciones irregulares que se han enunciado. La efectividad de ese uso antisocial del derecho de voto alcanza un mayor grado en atención a la participación del socio afectado. Si éste disfruta de una posición de mayoría, el deber de fidelidad hacia los intereses de la sociedad se configura como un límite impreciso y escasamente efectivo frente a la tendencia del interesado a utilizar ese derecho de voto mayoritario. El artículo 52 LSRL, al establecer una norma prohibitiva, muestra su desconfianza hacia la virtualidad que la regla del conflicto de intereses puede tener en el ámbito del funcionamiento normal de la formación de la voluntad social. El **abuso de la mayoría** se produce en razón de la utilización de esa posición en perjuicio de la sociedad. Igualmente, el deber de fidelidad alcanza la actuación del socio frente a los restantes miembros de la sociedad, cuyos intereses han de ser respetados y no pueden verse limitados por medio de la utilización de la mayoría, salvo cuando ésta se ha aplicado a la adopción de acuerdos en interés de la sociedad. Esto nos lleva de nuevo a la tutela de la minoría como justificación del precepto estudiado.

En este punto es donde el citado criterio aparece, a su vez, como necesitado de una adecuada delimitación. Es notorio el absurdo al que conduciría la protección de la minoría si a su amparo se impidiera al socio mayoritario votar en todo caso, ante el riesgo de que sus intereses no sean coincidentes con el interés social. La tutela de los socios minoritarios ha de tener en cuenta el doble aspecto del derecho de voto. La actuación sobre el derecho individual de voto de los socios inmersos en un posible conflicto de intereses con los de la sociedad, limitándolo o prohibiéndolo, ha de salvaguardar la vertiente institucional de ese mismo derecho de suerte que no se cuestione el normal funcionamiento de la propia sociedad. Sin entrar en lo que tal hipótesis

implica con respecto a la posición del socio afectado, un exceso de rigor sobre la facultad de votar podría ocasionar en el orden corporativo una situación opuesta a la que se quiere corregir, dado que la prevalencia del socio mayoritario daría paso a una primacía del socio o socios minoritarios, que por medio de la invocación del interés social resultarían ser los únicos legitimados para ejercitar el derecho de voto.

El artículo 52 LSRL atiende al socio minoritario en la medida en que aquél ve reforzada su posibilidad de influencia, hecho particularmente apreciable en los casos que toman como referencia la condición de administrador del socio que presumiblemente entra en conflicto de intereses con la sociedad (por ejemplo, la aprobación de un acuerdo sobre un contrato de préstamo entre ambos). Aumenta en esas situaciones la posibilidad de que el socio minoritario ejercite un efectivo control del órgano de administración, convirtiéndose en depositario y defensor del interés social frente al del socio o socios mayoritarios.

Ahora bien, es ese presupuesto objetivo el que limita el alcance del artículo 52 LSRL como instrumento tuitivo de la minoría y del socio. Su aplicación viene condicionada por la existencia de un enfrentamiento entre el interés social y el del socio. No puede plantearse, por contra, cuando a lo que se asiste es a un conflicto entre los respectivos intereses de dos o más socios, que desde el punto de vista legislativo se ubican en una situación paritaria. Imaginemos, a modo de ejemplo, el enfrentamiento que se plantea a la hora de acordar la adquisición de un inmueble para la sociedad. En definitiva, el interés de uno o varios socios no puede confundirse con el interés social y, por consiguiente, no puede invocarse para privar de su derecho de voto al mayoritario.

c) *Interés social, interés colectivo y defensa del patrimonio.*

La norma procede a una enunciación de supuestos en los que la privación del derecho de voto se refiere a cualquier socio, mientras que otros atienden a la circunstancia de que el socio ostenta al propio tiempo la condición de administrador. Esa diferenciación obedece a fundamentaciones diversas en uno u otro caso. Cara al socio la norma trata de evitar la suerte de autocontratación que supone que cuando en un negocio determinado el socio aparece frente a la sociedad como un tercero, no puede participar en la formación de la voluntad social con respecto a dicho negocio. La contradicción de intereses resulta fácil de apreciar y la disposición analizada la resuelve en favor del interés social que, en cuanto que compartido con el resto de los socios (cfr. art. 1.666.1 C.c.), no es completamente ajeno al socio afectado.

260

Por su parte, la referencia a la prohibición del voto por el socio-administrador persigue eliminar la posibilidad de que éste se convierta en juez de sus propios asuntos a la hora de adoptar medidas que inciden sobre su posición orgánica y sobre el ejercicio de la misma. De ahí que se observe que el alcance de la prohibición adquiera, en su caso, un mayor alcance, afectando lo mismo a los actos externos que a los acuerdos con incidencia sobre el funcionamiento corporativo.

A partir de los supuestos en uno y otro caso, se plantea cuál es el interés genérico a cuya protección se tiende. Resulta evidente que se parte de **los intereses de la sociedad**, pero debe profundizarse en cuál es el contenido de esa categoría. Así como punto inicial, ¿puede afirmarse que la prohibición del voto en el caso del conflicto de intereses tiende a la protección del patrimonio de la sociedad frente a un socio y en beneficio de la colectividad de socios? Sin duda, esa afirmación plenamente válida con respecto a otros ordenamientos (v., en el caso del Derecho alemán, el art. 47.4

GmbHG) lo es sólo en parte con relación a nuestro ordenamiento, dado que en éste se produce una configuración más amplia de los supuestos generadores de la prohibición del voto que la que se establece, por ejemplo, en la ley alemana. La defensa del patrimonio social aflora con claridad en los casos de exclusión de un socio, cuando se le libere de una obligación o se le atribuya un derecho o cuando se concierten con él un anticipo, crédito, préstamo, garantía u operación de asistencia financiera y en las situaciones que se refieren al socio-administrador. No sucede lo propio, y aquí aparece el criterio diferencial, cuando el acuerdo afecta a la intención de un socio por transmitir sus participaciones, que sólo en determinadas situaciones puede tener trascendencia para el patrimonio de la sociedad. Así sucederá cuando la sociedad sea la adquirente de sus propias participaciones en ejecución de un acuerdo de reducción de capital por restitución de aportaciones [v. art. 40.1, b), en relación con el artículo 80 LSRL]. Por contra, la integridad del patrimonio de la sociedad no se verá afectada por el hecho de que la junta haya de pronunciarse sobre el eventual consentimiento a la transmisión comunicada por el socio [art. 29.2, b) LSRL]. Al igual que sucede con el artículo 20 LSRL de 1953, tal transmisión no tendrá efectos sobre el patrimonio de la sociedad. La previsión legislativa que restringe la libre transmisibilidad de las participaciones a terceros se corresponde con el “postulado normativo” de la sociedad limitada como una “sociedad esencialmente cerrada” (v. E. de M. II.2), en la que la circulación de las participaciones debe hacerse de acuerdo con la naturaleza propia del tipo social que nos ocupa, buscando ese punto de armonía entre los elementos personalistas y capitalistas que la inspiran. En todo caso, lo obvio es que falta en ese supuesto el elemento de protección del patrimonio social del que partíamos como criterio definitorio de la prohibición del voto. Pero no resulta de ello la ausencia de un interés social o colectivo que proteger, que apunta a que no se integre en

la sociedad un extraño sin el respaldo de la mayoría de los socios, al margen del propio interesado en vender la totalidad o una parte de las participaciones de su propiedad.

d) *La configuración estatutaria del conflicto de intereses.*

Al igual que sucede con muchos otros aspectos de la sociedad limitada, en el conflicto de intereses aparece como una cuestión relevante el papel que la escritura fundacional y los estatutos sociales pueden jugar con respecto a la inicial determinación legislativa de los supuestos constitutivos de la figura. Se trata de dar respuesta al alcance que en este punto cabe reconocer a la autonomía de la voluntad de los socios, bien para llevar a cabo una disminución del rigor del artículo 52 LSRL o bien para introducir una prohibición de voto más estricta que la legalmente establecida. A favor del genérico reconocimiento de tal facultad puede invocarse el postulado ya apuntado de la flexibilidad del régimen jurídico del tipo que nos ocupa. Se dice que los socios han de tener la posibilidad de adecuar el régimen aplicable a sus específicas necesidades y conveniencias (v. E. de M. II.3). En concreto, si reiteramos el deber de fidelidad del socio como una de las claves del artículo 52 LSRL, adquiere vigencia la observación de que la aplicación de ese deber ha de producirse en atención a la estructura real de cada sociedad según cual sea el número de socios, la relación entre mayorías y minorías y otras circunstancias de similar naturaleza.

La primera posibilidad consistiría en la reducción del rigor normativo, a partir de la admisibilidad de que por la escritura o los estatutos se lleve a cabo una atenuación o, incluso, una supresión de la prohibición del derecho de voto en los supuestos que explícitamente cita el artículo 52. Son diversos los argumentos que obligan a descartar esa situación. El primero es el que apunta a la ley como límite a los pactos y condiciones que los socios pueden incluir (v. art. 12.3 LSRL). La derogación de la norma sólo es posible

allí donde así se establece, lo que es notorio que sucede con frecuencia, probablemente como manifestación destacada de la flexibilidad que se persigue. No cabe duda que el artículo 52 no entra dentro de esa categoría, antes al contrario, se trata de una norma inequívoca en cuanto a la prohibición absoluta que establece para el ejercicio del derecho del voto: ésta habrá de observarse siempre que se esté ante cualesquiera de los supuestos tasados. El segundo y no menos contundente razonamiento que sustenta el rechazo a la hipótesis señalada, parte de la intencionalidad expresada por convertir el precepto examinado en uno de los instrumentos que han de servir a la tutela de la minoría. El artículo 52 ha de concebirse como un límite infranqueable desde ese punto de vista, incluso cuando su alusión total o parcial cuente con el beneplácito de todos los socios en el acto fundacional. Con mayor razón habrá de oponerse ese mismo límite ante una modificación estatutaria que, de admitirse, nos llevaría al absurdo de permitir que la mayoría utilice su influencia para burlar por esa vía una norma favorable a los socios minoritarios.

Los mismos argumentos expuestos recuperarán protagonismo a la hora de admitir la hipótesis contraria, es decir, la determinación estatutaria de una prohibición del derecho de voto más rigurosa que la prevista por el artículo 52. El cauce a través del que puede alcanzarse ese objetivo consiste en ampliar la enunciación de los supuestos en los que se entenderá que se da el conflicto de intereses entre un socio y la sociedad. La autonomía de la voluntad entra en juego para definir esos supuestos adicionales que normalmente habrán sido inspirados por lo que antes referíamos como la estructura real de la sociedad concreta.

3. Aplicación del artículo 52 LSRL al derecho de voto del socio.

Debemos limitarnos a apuntar en qué medida cabe reputar proporcionada la decisión de privar de su derecho de voto al socio, a la presumible colisión de intereses que se produce en cada uno de los casos que a continuación se abordan, y que en un intento sistematizador suele decirse que constituyen manifestaciones singulares de supuestos de “autocontratación”, si bien resulta más afortunada la afirmación del conflicto de intereses allí cuando el socio aparece como portador, ante la eventual adopción de un determinado acuerdo, de un interés doble, de forma que esa duplicidad obliga a sacrificar un interés para la realización del otro.

a) *La autorización de la transmisión de participaciones.*

264

Una somera reflexión y la observación de la realidad permiten concluir que va ser éste el supuesto en el que con mayor frecuencia se va a invocar la regla que analizamos. A falta de regulación estatutaria del supuesto (el art. 29.2.b LSRL) contempla la exigencia del consentimiento de la sociedad como una de las condiciones necesarias del régimen legal de transmisión voluntaria *inter vivos* de las participaciones sociales. A lo anterior se añade la posibilidad de que la autorización por parte de la sociedad se extienda a la transmisión voluntaria entre socios o en favor de personas vinculadas con éstos por relaciones de parentesco o de dependencia societaria (art. 29.1). Finalmente, la autorización social será necesaria en toda transmisión de participaciones que lleven aparejada la obligación de realizar prestaciones accesorias (art. 24.1). Como se ve, estamos ante una extensa variedad de hipótesis a las que referir el contenido del artículo 52.

En una organización cuyo carácter “cerrado” constituye una de sus notas típicas, que lleva a restringir la transmi-

sión de las participaciones sociales (v. E. de M. II.2 y art. 30.1 LSRL), se aprecia de inmediato la importancia que adquiere la facultad de participar, por medio del ejercicio del derecho de voto en el seno de la junta general [v. art. 29.2,b)] en el acuerdo que tenga por objeto consentir o rechazar la operación notificada por un socio. El principio de paridad de trato a los socios implica que la adopción de ese acuerdo obedezca a criterios uniformes, sobre los que no deberá influir la identidad del socio o la cuantía de su participación en el capital de la sociedad. Para asegurarlo se establecen normas limitativas de la capacidad de influencia del socio mayoritario, evitando que éste abuse de ella autorizando aquellas operaciones que le favorecen, al tiempo que obstaculiza las transmisiones de participaciones de otros socios que no comulgan con sus intereses. Ahora bien, de lo dicho no se desprende hasta qué punto la autorización sobre la transmisión de participaciones no pasa de ser un asunto referido a los intereses propios del socio implicado o, a lo sumo, a los de aquellos otros socios que habiendo estado en una situación similar puedan considerar que la autorización lesiona sus intereses al implicar una discriminación con respecto a decisiones precedentes, entendiéndose legitimados para impugnar judicialmente ese abuso del derecho de voto. Sin embargo, el interés social asoma como un bien merecedor de protección cuando el uso de esos votos decide la transmisión de las participaciones propias del socio. El conflicto aparece de inmediato a partir de la presunción razonable de que el socio emitirá su voto buscando su exclusivo beneficio patrimonial, objetivo opuesto al interés social vinculado a la entrada del nuevo socio (por ejemplo, por tratarse de una persona o sociedad competidora). En ese caso, deberán ser los demás socios los que decidan si la operación propuesta afecta al interés social y ha de prohibirse o autorizarse en atención a su neutralidad o, incluso, a su carácter bienhechor respecto de aquél. La solución depara, además, una igualdad de trato para todos los socios, si bien es

notorio que su trascendencia se corresponderá con la cuantía de la participación de cada uno. En ese sentido, la prohibición del voto perjudica en mayor medida al socio mayoritario.

Por otro lado, si admitimos que los estatutos podrán prever que el consentimiento de la sociedad sea otorgado por parte del órgano de administración (v. arts. 24.2, 29.1 y 44 LSRL), habrá que entender que la prohibición del artículo 52 resulta igualmente aplicable al supuesto en donde es el administrador quien debe autorizar la transmisión de sus propias participaciones. No podrá votar el correspondiente acuerdo del consejo de administración. En su caso, la decisión corresponderá a cualquier otro administrador solidario y, por excepción, al otro administrador mancomunado. Donde la solución no resulta tan sencilla es en presencia de un administrador único que ha de autorizar la transmisión de sus participaciones. El conflicto de intereses es notorio y la vigencia del artículo 52 impulsa a considerar que en tal caso el administrador ha de abstenerse de realizar la transmisión en tanto la junta general no se pronuncie al respecto. La forma más sencilla para resolver esa última hipótesis será la de una expresa atribución estatutaria de la facultad autorizante a la junta.

b) *El acuerdo de exclusión del socio.*

En este segundo supuesto, el conflicto de intereses se aprecia con particular nitidez a partir de los motivos que autorizan la adopción de ese acuerdo, que es competencia exclusiva de la junta general (art. 99.1 LSRL). Como nota común justificativa de la privación del voto, se parte en todos los casos de un enfrentamiento directo y evidenciado entre los intereses colectivo e individual. Ante ese hecho, la preeminencia de aquél y su adecuada tutela repudian que el socio infiel se convierta en “juez de sus propios asuntos” participando con su voto, quizás decisivo, en la formación de la

voluntad social. Permitir ese ejercicio del voto sería tanto como cuestionar la propia viabilidad de la exclusión del socio como fórmula que debe permitir el normal desarrollo de la sociedad, reconociendo a ésta dicho recurso cuando interesa prescindir de aquellos socios que incumplen su deber de fidelidad, incumpliendo sus obligaciones o, sencillamente, actuando en contra del interés social.

Sin perjuicio de las causas que pudieran introducir los estatutos, la exclusión del simple socio sólo puede plantearse a partir del incumplimiento de la obligación de realizar prestaciones accesorias (v. art. 98 LSRL). La exclusión adquiere un carácter sancionador, incompatible con la idea de que el propio socio deudor de esa prestación pueda enervar, por medio del uso antisocial de su derecho de voto, la opción excluyente que la ley pone a disposición de la sociedad.

Cuando la exclusión tiene por objeto al socio-administrador, las propias causas legales manifiestan con mayor rotundidad la existencia previa de un conflicto de intereses entre la sociedad y aquél. La decisión excluyente admite como presupuestos únicos (a falta de su ampliación estatutaria) la infracción de la prohibición de competencia (que el art. 52 toma directamente en consideración como situación conflictiva), o la existencia de una sentencia firme que condene al socio-administrador a indemnizar a la sociedad por actos lesivos para ésta (v. art. 98). No debe sorprender que se prive del voto al socio que ha actuado contra los intereses de la sociedad y que se ha opuesto a la acción interpuesta en el marco de un procedimiento judicial.

c) La liberación del socio de una obligación o la atribución al mismo de un derecho frente a la sociedad.

Este tercer supuesto depara, de nuevo, un notorio enfrentamiento entre el socio y la sociedad, en tanto que sujetos vinculados en una concreta relación obligatoria. El artículo 52 LSRL, fiel a su preocupación por la tutela del

interés social, contempla dos posibles acuerdos contradictorios, pero que participen de un mismo resultado: el que la sociedad venga a peor condición, sea por haber asumido una obligación frente al socio, o sea por renunciar al derecho que gozaba frente al mismo. La propia materia a abordar y los términos de la disposición en este punto invitan a construir una generosa casuística referida a su aplicación. Por razones ya apuntadas nos limitaremos a apuntar algunas ideas fundamentales, si bien con la advertencia de que será éste uno de los aspectos del artículo 52 en donde la futura aportación jurisprudencial ha de tener un destacado protagonismo.

Comenzando por el acuerdo que propone la liberación de una obligación adquirida por el socio, el concepto de “obligación” ha de tomarse en un sentido amplio. El socio no podrá votar cuando se discuta acerca de una obligación de origen contractual o extracontractual (cfr. art. 1.089 C.c.), tanto si ésta tuvo su origen en las relaciones inherentes a la normal vida societaria, como si lo tuvo en actos ajenos a ésta. Igual extensión cabe dar al término “liberación”, comprensivo inicialmente de todo acto extintivo de la obligación surgido de la voluntad de la sociedad (cfr. art. 1.156 C.c.), pero que también ha de entenderse que encierra cualquier otra decisión en cuya virtud se produzca una merma en el derecho de la sociedad. Es decir, entre otras situaciones imaginables, debe defenderse que la privación del voto imperará también cuando se produzca la condonación parcial, el aplazamiento del cumplimiento, la introducción de condiciones más favorables para el deudor y la renuncia a las garantías reales aportadas por el socio. Al propio tiempo, el artículo 52 LSRL afecta al voto de otros socios que puedan resultar indirectamente beneficiados por la liberación del principal obligado. El ejemplo más sencillo es el del socio fiador, quien puede tener interés por votar a favor de la liberación del deudor principal –socio o no– por implicar ésta la liberación de su obligación de garantía (v. art. 1.847 C.c.:

sin embargo, en el supuesto de prórroga concedida al deudor, el socio-fiador no puede alegar el art. 1.851 C.c. amparándose en su voto en contra o en su abstención o ausencia). Otra hipótesis es la que depara la solidaridad pasiva frente a la sociedad. Habrá de reconocerse el derecho de voto al socio cuando se plantea la quita o remisión de otro deudor solidario (art. 1.146 C.c.). Sus intereses ya no entran en conflicto con los de la sociedad, antes al contrario, resultan igualmente amenazados por tal acuerdo que genera un mayor grado de responsabilidad del socio-deudor. El conflicto y la consiguiente prohibición del voto reaparecen cuando lo que se pretende acordar es la actuación de la sociedad (por ejemplo, el ejercicio de acciones judiciales) exclusivamente contra los demás deudores solidarios, renunciando de hecho a actuar contra el socio, que se convertiría así en un deudor beneficiado por la preterición de la reclamación contra él.

269

d) *La concesión de anticipos, créditos, préstamos, garantías y asistencia financiera a favor del socio.*

El último de los casos en los que el artículo 52 LSRL limita el ejercicio por el socio de su derecho de voto, es el que cabría reconducir al concepto genérico de la asistencia financiera por la sociedad en favor del socio. En primer lugar, la limitación se concreta enunciando la adopción de acuerdos por los que se pueda decidir el anticipo de fondos, la concesión de créditos, préstamos o garantías que impliquen un compromiso patrimonial de la sociedad en apoyo e interés del socio. Además, en segundo término, el concepto de la asistencia financiera adquiere un significado residual, en la medida en que debe servir para que opere idéntica prohibición ante acuerdos que no puedan ser reconducidos a algunos de los negocios antes señalados, pero de los que pueda afirmarse que comparten esa intención de comprometer el patrimonio social en auxilio de un socio.

A los efectos del artículo 52, lo que importa es la autorización que establece el artículo 10 LSRL para que la sociedad pueda realizar las operaciones citadas con sus socios o administradores cuando exista un previo acuerdo de la junta general para cada caso concreto. Tal acuerdo ha de permitir superar el eventual conflicto de intereses por medio de la apreciación por la junta de las circunstancias concurrentes en cada supuesto que se plantee.

La autorización de la junta general no enerva, sin embargo, la prohibición absoluta que el artículo 40.5 LSRL impone para operaciones de asistencia financiera orientadas a la adquisición de sus participaciones sociales, o sobre las acciones o participaciones emitidas por otras sociedades pertenecientes al mismo grupo.

Como quedó señalado, el principal elemento de incertidumbre en la interpretación de este nuevo supuesto de conflicto de intereses que conlleva la privación del derecho de voto del socio, está constituido por el alcance del concepto de la asistencia financiera. Es un problema ya conocido en nuestro Derecho de sociedades, en el que esa figura sirve para dar virtualidad a normas prohibitivas más allá de lo que podríamos denominar operaciones financieras determinadas. Siguiendo esa orientación, tendríamos que la privación del derecho de voto abarcaría toda obligación, contrato o negocio entre el socio y la sociedad del que resultara para el primero un beneficio patrimonial, lo cual no debe suponer exclusivamente un enriquecimiento del primero a costa de la sociedad, sino que comprende otro tipo de convenios en los que el socio obtenga una ventaja patrimonial. Así sucedería en el supuesto de aplicación de descuentos en las ventas que la sociedad haga al socio. El criterio apuntado no resulta, sin embargo, satisfactorio. Una vez más debemos recordar que el artículo 52 es una norma esencialmente prohibitiva cuya interpretación debe estar presidida por un criterio limitativo en cuanto a su alcance, factor de seguridad jurídica que resulta amenazado cuando el núcleo del tipo

prohibitivo radica en conceptos de interpretación compleja. Además, cabe apuntar que ciertos supuestos de asistencia financiera pueden ser encuadrados en el acuerdo por el que se propone la liberación de una obligación a cargo del socio o la concesión de un derecho a su favor, específicamente contemplados por el mismo artículo 52.

4. Aplicación frente a quien, además, es administrador.

El artículo 52 introduce un régimen especial frente a quien ejercita el derecho de voto que le corresponde como socio desde su posición orgánica como administrador. El conflicto se ve acentuado en estos casos por cuanto algunos de ellos apuntan al control de la actuación del administrador como responsable de la gestión social (así sucede con la prohibición de competencia), mientras que en otros se persigue que sea el propio administrador, mediante su voto, quien influya en la decisión social referida a la contratación con aquél. Las previsiones específicas en ese sentido están justificadas por la privilegiada posición que el socio-administrador ocupa dentro de la organización corporativa, que implican un mayor riesgo para el interés colectivo ante la eventualidad de un ejercicio antisocial del derecho de voto en la junta general. Esto debe servir para deslindar la prohibición de voto que introduce el artículo 52 LSRL, frente a la abstención voluntaria o privación del voto que corresponde al administrador en el seno del consejo de administración, que no atiende a su condición de socio, sino a la diligencia y lealtad con la que el administrador debe comportarse ante la adopción por ese órgano de un acuerdo que conlleve un conflicto entre sus intereses y los de la sociedad (v. art. 61 LSRL).

a) *La dispensa de la prohibición de competencia.*

La existencia de una situación de concurrencia entre el administrador y la sociedad constituye un conflicto de intereses manifiesto, ya que de ella cabe deducir no la mera existencia de un conflicto en un supuesto ocasional, sino que el enfrentamiento se convierte en una situación estable. La conducta prohibida se refiere tanto a la realización de esa actividad competidora por el administrador por su propia cuenta, como a la actuación por cuenta ajena, como sucede cuando el administrador de la limitada acepta ocupar similar cargo en una sociedad competidora.

272

Sin embargo, en lo que es otra expresión del intento por facilitar la adaptación de las normas aplicables a la sociedad limitada y a los titulares de sus órganos a lo que es la estructura particular de cada caso, el propio artículo 65.1 permite la derogación por medio de acuerdo mayoritario de los socios. Tal derogación estará motivada en la apreciación por la mayoría de los demás socios de que la actividad que el administrador realiza al margen de la sociedad, aun dedicándose al mismo objeto que el de ésta, no supone un daño relevante para el interés social. Evidentemente, en esa consideración no puede participar con su voto el propio protagonista.

b) *Establecimiento con la sociedad de una relación de prestación de obras o servicios.*

De nuevo nos encontramos ante una situación que abarca una notable casuística, que nos acerca incluso al ámbito laboral y de la que la realidad del tráfico ofrece no pocos ejemplos a considerar. El conflicto de intereses es explícito, toda vez que lo que se discute es, lisa y llanamente, la conclusión de un contrato entre la sociedad y el administrador. Frente al interés social, el administrador aparece como un extraño, de manera que no se le puede permitir que ejerci-

te el derecho de voto para beneficiarse a costa de la sociedad. En otro caso se aceptaría en efecto una suerte de auto-contratación, en virtud de la cual el administrador aparecía como el juez de su propio interés.

c) *La acción de responsabilidad.*

La importancia del supuesto apuntado merece una mención separada, cuyo punto inicial es el cambio radical del precepto con respecto al proyecto de ley. En éste, el artículo 55 afirmaba la existencia de un conflicto de intereses ante el acuerdo en cuya virtud la sociedad habría de decidir el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra el administrador, o la resolución opuesta, esto es, aquella en cuya virtud la sociedad optara por renunciar al ejercicio de tal acción. Como es notorio, el artículo 52 LSRL ha excluido ambas hipótesis de la enunciación de supuestos de conflictos de interés a los que se extiende la prohibición del ejercicio del derecho de voto. Esa opción final supone una aproximación al modelo de la sociedad anónima, en la que el silencio del artículo 134 LSA obliga a reconocer al administrador el derecho a participar lícitamente en los acuerdos de la junta general relativos a la acción de responsabilidad.

Parece que en la decisión legislativa ha influido decisivamente el riesgo, ya apuntado, de utilización abusiva por los socios minoritarios de la prohibición del derecho de voto del socio-administrador para plantear ante la junta la eventual acción de responsabilidad, no tanto con el objeto de alcanzar una reparación en favor de la sociedad, como con la principal finalidad de lograr por esa vía la destitución del administrador afectado por la acción (cfr. art. 134 LSA).

5. Algunas consideraciones sobre la aplicación práctica de la prohibición del voto.

La prohibición del derecho de voto es una medida que obliga, entre otras consecuencias, a dar una adecuada respuesta a sus efectos sobre la posición del socio afectado (p.e., qué suerte corren sus restantes derechos, algunos íntimamente vinculados con aquél) o sobre el funcionamiento de los órganos sociales en esas circunstancias. Un somero examen de la norma comentada permite apreciar que son mayoría las cuestiones que no han sido objeto de previsión alguna. La excepción, sin duda acertada, la depara el artículo 52.2 al resolver la cuestión de la influencia que la privación del voto de uno o más socios tiene para el cómputo de las mayorías de votos exigidas para la adopción de acuerdos. Las restantes cuestiones se dejan aparentemente a la resolución del intérprete. La parquedad normativa puede justificarse, en primer lugar, en la voluntad por evitar que una norma esencialmente sencilla –el sometimiento del socio a los intereses de la sociedad– se complique no ya en razón de la conveniente enunciación de supuestos tasados de conflicto de intereses, sino además por medio de un amplio catálogo de minuciosas disposiciones accesorias cuyo resultado podría alcanzarse a partir de una adecuada interpretación del espíritu y finalidad de la norma. En segundo término, es obligado indicar que nuestro legislador sigue el modelo comparado, que construye la privación del derecho de voto con un alcance similar, incluso más estrecho, que lo practicado por el artículo 52 LSRL, en el convencimiento de que habrán de ser las previsiones estatutarias y la labor de los órganos jurisdiccionales las que lleven a efecto la determinación de los diversos aspectos y matices que la aplicación de la regla ha de conllevar. En este punto podrá entenderse que la solución adoptada es coherente con el tantas veces citado postulado de la “flexibilidad” del régimen legal de la sociedad limitada (v. E. de M. II.3). En fin, serán la vigencia y

consiguiente aplicación del artículo 52 LSRL las que dirán hasta qué punto la prudencia del legislador a la hora de evitar un mayor detalle ha supuesto, al propio tiempo, una omisión afortunada. Pero en este momento, resulta oportuno buscar respuesta a algunos olvidos legislativos en lo relativo a algunos aspectos que, no complican de manera considerable la disciplina examinada y pueden reforzar su eficacia.

a) *Los conflictos “indirectos” de intereses.*

Comencemos tratando de precisar cómo opera la prohibición del voto en lo que podemos denominar como supuestos “indirectos” de conflicto. Serían tales aquellos en donde los intereses de un socio no se encuentran en contraposición directa con los de la sociedad, pero existe una vinculación estrecha entre los primeros y los de otro socio que, en el asunto planteado, sí entran en conflicto abierto con los de la sociedad. Resulta sencillo ilustrar el supuesto con algunos ejemplos ceñidos a los supuestos legales: el hijo que ha de votar sobre el consentimiento para la transmisión de las participaciones de su padre a un tercero; el socio que aprueba un favorable contrato para otro socio-administrador, a quien no puede retribuir adecuadamente en razón de otro empleo que éste viene desempeñando en interés de aquél; el socio que aprueba la liberación de la obligación de otro socio, siendo ambas entidades pertenecientes a un mismo grupo; o, para terminar, el socio que aprueba la liberación de otro quien, en consecuencia, considera extinguido el crédito que, al margen de la sociedad, mantiene frente al primero. La nota común consiste en que el hijo, la esposa o los demás socios protagonistas de nuestros ejemplos no participan con su voto en acuerdos que afectan directamente a sus intereses, sino a los de otros socios con los que mantienen relaciones de parentesco, de dependencia societaria, comerciales u obligacionales. Su actuación obedece a la existencia de un concierto con los socios directamente implicados en el acuer-

do, resultando de esa complicidad una colisión evidente entre el sentido de su voto, favorable al socio que se ha visto privado de su correspondiente derecho en razón a la incuestionable aplicación del artículo 52, y el interés social.

Ni los riesgos apuntados son nuevos, ni lo son los posibles remedios. Así, como primera opción cabe proponer la de que el artículo 52 LSRL extienda su alcance prohibitivo sobre la base de criterios incorporados a nuestro ordenamiento societario. Se priva del voto al socio que está en conflicto de intereses con los de la sociedad, **así como a los demás socios que pertenecen al mismo grupo que aquél o que actúan en concierto con el mismo** quien, a la postre, impondría indirectamente sus intereses a los de la sociedad a través del derecho de voto de otros socios. La referencia a esos criterios aflora en distintos lugares y en sentidos variados dentro de la propia LSRL: en el artículo 29.1 relativo a la libre transmisión de participaciones, en los artículos 39 y 40 en materia de adquisición de las propias participaciones. Ahora bien, no sin razón podrá alegarse que si la intención del legislador fuera la de extender la prohibición del derecho de voto a las situaciones que hemos descrito, ello debería haberse traducido en una expresa previsión en tal. En otro caso, la restricción del derecho de voto habrá de ajustarse al estricto ámbito que deriva de la literalidad de la redacción actual. El intento de dotar al artículo 52 LSRL de una especial efectividad incorporando los criterios apuntados, puede lesionar injustificadamente los derechos de los socios y alterar gravemente el funcionamiento de la sociedad. En una sociedad cerrada, extender el conflicto de intereses que afecta a un socio a todos los demás socios que guardan una relación de parentesco con él, puede significar la privación del derecho de voto para la mayoría de los miembros de la sociedad, repercutiendo en el propio funcionamiento de la junta (cfr. arts. 52.2 y 53.1 LSRL).

Es probable que sean esas consideraciones las que funden la postura que defiende un autorizado sector de la doc-

trina y jurisprudencia alemanas, al entender que el principio de la seguridad jurídica impide extender la prohibición del voto a aquellos socios emparentados con quien colisiona con el interés social. En esos casos, la protección de los intereses sociales habrá de canalizarse a través de la acción de impugnación basada en el abuso del derecho de voto por parte de esos socios, que lo hayan ejercitado de manera intencionada en perjuicio de la sociedad (cfr. arts. 7.2 C.c. y 115.1 LSA).

Por contra, el artículo 52 resultará plenamente aplicable en aquellos supuestos en los que el socio asume la defensa de intereses de un extraño contrarios a los de la sociedad. El ejemplo más notorio es el de la filial que quiere que la sociedad limitada beneficie a su sociedad dominante, por ejemplo, concediéndola un derecho. Lo mismo cabe imaginar cuando las participaciones pertenecen a una sociedad mercantil o a una comunidad de propietarios y el asunto debatido interesa directamente a aquel de sus miembros que goza de una posición de influencia a la hora de decidir el sentido del voto derivado de aquellas participaciones. Igualmente, la prohibición mantiene su vigencia ante toda transferencia de participaciones realizada al amparo del artículo 29.1 LSRL con la finalidad de eludir la norma prohibitiva, recuperando el derecho de voto a favor del adquirente, pero en interés del vendedor. El ejercicio del voto en esas situaciones constituye un manifiesto fraude de ley (art. 6.4 C.c.).

277

b) *El artículo 52 y la junta general.*

Es en el seno de junta general en donde ha de operar principalmente la regla del conflicto de intereses. La efectividad en ese ámbito orgánico de la prohibición de voto se ve condicionada por el hecho ya apuntado de que el socio afectado sigue conservando todos los demás derechos que legal y estatutariamente le corresponden. No obstante, el ejercicio de éstos no puede desvirtuar la norma prohibitiva. Así,

en primer lugar, el socio que se encuentra ante un conflicto de intereses frente a la sociedad puede solicitar la convocatoria de la junta general (art. 45.3 LSRL), aun cuando su solicitud implique el posterior pronunciamiento de la junta sobre asuntos en los que se manifieste dicho conflicto. Esta última consideración no puede ser opuesta por los administradores para denegar la convocatoria, puesto que ello sería tanto como atribuirse una competencia que no les corresponde. Salvo que los estatutos establezcan otra cosa, es la junta general el único órgano capacitado para evaluar la existencia de un eventual conflicto con alguno de sus socios y para adoptar acuerdos en consecuencia.

En segundo lugar, es evidente que el socio conserva su derecho de asistencia (art. 49.1 LSRL), que debe permitirle participar en las deliberaciones y acuerdos de la junta en los demás asuntos a tratar. En particular, sólo con su presencia podrá el socio disconforme con la aplicación del artículo 52 LSRL oponerse a la misma por medio del derecho de intervención que igualmente retiene. Lo contrario sería sumir al socio en una situación de indefensión, al privarle del derecho de voto a partir de la afirmación de que existe un conflicto de intereses que aquél no puede rebatir, a fin de que sea la junta la que se pronuncie sobre ese punto. Directamente vinculado con ello se encuentra el derecho de información (art. 51 LSRL), que conserva igualmente toda su vigencia y que, en especial, debe permitir al socio afectado y a los demás miembros de la sociedad conocer con anterioridad a la junta o durante la celebración de ésta, qué razones fundamentan la propuesta de privarle del derecho de voto.

Una de las dudas más significativas que genera la operatividad del artículo 52 LSRL es la de a quién corresponde plantear y decidir la privación del derecho de voto de un socio en el marco de la junta general. Es evidente que la solución más sencilla la depara la actuación del propio socio que, entendiéndose incurso en una situación de incom-

patibilidad con los intereses sociales, lo advierte antes de la deliberación y adopción del correspondiente acuerdo y se abstiene de votar. Se trata de la conducta previsible en todo socio que actúe de buena fe y respetando el deber de fidelidad para con la sociedad o que, simplemente, advierta que los términos en que se plantea el correspondiente punto del orden del día, plenamente coincidentes con alguno de los supuestos contemplados en el artículo 52, no deja lugar a la duda sobre la existencia de un conflicto de intereses. En esos supuestos, si la advertencia del propio socio afectado no se produjera, compete al presidente de la junta, por propia iniciativa o a requerimiento de cualquier otro socio, advertir antes de la votación que el socio en cuestión no podrá participar en ella por aplicación del precepto que nos ocupa.

Son menos fáciles de resolver las cuestiones que parten de la alegación de conflicto de intereses en situaciones no previstas legalmente. Tomemos, por ejemplo, la acusación que un socio formula contra otro sobre la base de alguno de los supuestos de conflictos de interés indirecto a los que antes nos referíamos. El denunciante considera que no puede permitirse el voto al socio que se encuentra en una relación de vinculación familiar o de dependencia societaria con respecto al tercero que puede verse beneficiado por el acuerdo que se propone. Su acusación es rebatida en el acto y ante los demás asistentes por parte del socio afectado. No parece que pueda mantenerse que en ese supuesto el presidente de la junta está facultado para resolver la cuestión. Su función moderadora y rectora del curso de la reunión no le autoriza para determinar si en alguna situación imprevista por la norma se está ante un conflicto de intereses y, eventualmente, privar de un derecho tan relevante como es el de voto al socio afectado. Ha de ser, en consecuencia, la propia junta la que se pronuncie al respecto por medio de un acuerdo previo que dilucide si existe o no ese conflicto.

Desde una perspectiva contractualista, podrá objetarse que esa solución implica atribuir al arbitrio de una de las partes de ese conflicto la facultad de resolver tan importante cuestión (cfr. art. 1.256 C.c.). Sin embargo, frente a ello ha de reiterarse que el artículo 52 LSRL introduce, entre otros criterios, una evidente jerarquía de intereses, primando los colectivos sobre los del socio individual. Dentro de los acuerdos enunciados por el artículo 52 LSRL, la facultad de determinar cuáles son esos intereses y en qué supuestos pueden resultar amenazados por el interés de un socio o de un tercero, reside en la junta general, cuyo pronunciamiento vincula a todos los socios (art. 43.2 LSRL). La decisión al respecto en el seno de la junta debería servir para evitar que tal cuestión fuera objeto de un posterior contencioso, aun cuando el socio que no comparta la decisión de la junta podrá proceder a su impugnación judicial. El socio titular de un interés que se presume que puede resultar contrario a los de la sociedad, no puede participar en el acuerdo previo de determinación de esa situación conflictiva. Lo contrario sería tanto como admitir, cuando el socio en cuestión resultara titular de una participación mayoritaria, que por esa vía se eludiera la norma prohibitiva del artículo 52. Otra mención conveniente en este apartado es la referida a la representación del socio afectado por esa situación de conflicto de intereses. El instrumento de la representación no puede servir para burlar las limitaciones legales o estatutarias al derecho de voto de un socio. La defensa de los intereses del socio por su representante y la actuación de éste en ejecución de las instrucciones del primero, encuentran como límite infranqueable el interés social, que hace que el representante podrá votar en la junta bajo las mismas circunstancias que lo haría el representado, esto es, que las limitaciones del derecho de voto en los supuestos contemplados por el artículo 52 LSRL son igualmente aplicables al representante. En la sociedad limitada cabe presumir, como regla general, que el representante está en condiciones de deslindar

los intereses de su representado de los de la sociedad por cuanto aquél será necesariamente otro socio, salvo regla estatutaria que extienda la posibilidad de actuar como representantes a los no socios (art. 49.2 LSRL). Por otro lado, la representación de un socio por otro no supone *per se* que existe entre ambos un concierto que depare el supuesto de conflicto indirecto de intereses entre la sociedad y el representante, que habrá de probarse a partir de otras circunstancias. Dicho con mayor claridad, en el asunto en cuestión el representante no puede ejercitar el derecho de voto dimanante de las participaciones del representado, pero retiene la posibilidad de usar sus propios votos.

La oportunidad de la previsión contenida en el apartado 2 del artículo 52. En su virtud, las participaciones sociales del socio en conflicto de intereses “se deducirán del capital social para el cómputo de la mayoría de votos que en cada caso sea necesaria”. Esa regla ha de ser puesta en relación con el principio mayoritario que establece el siguiente artículo 53, que fija determinadas mayorías para la válida adopción por la junta de los distintos acuerdos (un tercio de los votos dimanantes de las participaciones sociales: art. 53.1). Pues bien, esa relación entre preceptos consecutivos motiva una nueva e importante duda. Puesto que la ley fija en todo caso unos requisitos mínimos de participación para la adopción de acuerdos, ha de responderse si la deducción que ordena el artículo 52.2 opera en todo caso, incluso cuando, por afectar a un socio con una participación significativa, su aplicación supone la imposibilidad de alcanzar el quórum correspondiente. La necesidad de resolver esa duda se ve acrecentada cuando comprobamos que algunos de los acuerdos para los que se exige una mayoría reforzada están previstos en el artículo 52.1. En efecto, la exclusión de un socio y la dispensa de la prohibición de competencia, supuestos típicos de conflicto de interés, requieren el voto favorable de dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social [v. art. 53.2, b)

LSRL]. El problema puede ser aún mayor en aquellas sociedades cuyos estatutos eleven los porcentajes previstos por la ley (art. 53.3). De lo dicho cabe concluir que existe una notable probabilidad de que la deducción del derecho de voto que introduce el artículo 52.2 suponga la imposibilidad de adoptar el acuerdo en cuestión (por ejemplo, piénsese en la dispensa de la prohibición de competencia referida al administrador titular de la mitad de los derechos de voto resultantes del capital social). Ahora bien, donde la situación aumenta su gravedad es cuando esa imposibilidad motivada por la estricta aplicación del artículo 52.1 juega contra el interés social. Así sucederá cuando la sociedad quiera excluir al socio administrador al que nos referíamos en el ejemplo anterior y que ha sido condenado en los términos que prevé el artículo 101, en cuyo caso la exclusión se verá impedida por el juego del artículo 52.2 en relación con el artículo 53.2,b) LSRL.

Es evidente que los riesgos descritos obligan a encontrar una solución que evite que normas diseñadas para la protección del interés social tengan como resultado perverso precisamente la inviabilidad de ese mismo interés. La fórmula más sencilla en esa dirección, consistiría en la previsión estatutaria que autorice entender que la deducción que establece al artículo 52 exime de la observancia de las mayorías reforzadas. Esa interpretación destinada a asegurar la operatividad de la deducción del voto, habría de ser combinada con el principio mayoritario. Con tal fin, podría ratificarse de manera explícita que el voto favorable del tercio de los votos correspondientes a las participaciones sociales (art. 53.1) prime sobre la efectividad de las deducciones resultantes de situaciones de conflicto de intereses. La anterior postura entendemos que también debe mantenerse en aquellos casos en los que se haya producido una exigencia estatutaria en el sentido de requerir para la adopción de un acuerdo, además de la proporción de votos legal o estatutariamente establecida, el voto favorable de un determinado número de so-

cios. La aplicación de la prohibición fijada por el artículo 52 podría suponer que no se alcanzara el número de socios previsto en los estatutos, por ser varios los afectados por el conflicto de intereses implícito en el acuerdo propuesto.

6. Consecuencias de la violación del artículo 52 LSRL.

El ejercicio por el socio en conflicto de intereses con los de la sociedad de su derecho de voto en el acuerdo en donde se plantea tal conflicto, implica una consecuencia evidente: estamos ante un acuerdo nulo, susceptible de impugnación judicial. Esto rige lo mismo para los acuerdos de la junta general (art. 56 LSRL en relación con los arts. 115 a 122 LSA), como para los del consejo de administración (v. art. 70). Mientras que la vulneración motivada por el ejercicio del voto en cualquiera de los supuestos enunciados en el artículo 52.1 ha de prosperar en razón principalmente a la facilidad con que el demandante podrá acreditar la infracción de aquel precepto, la alegación de que se ha ejercitado el derecho de voto en otros supuestos no tipificados de conflicto de interés implica una carga probatoria que debe ser destacada.

A Don Fernando Monet Antón, maestro de notarios y jurista de florentino intelecto y mediterránea visión práctica, que me inició en el arte notarial y me transmitió sus variados saberes jurídicos –en especial, sobre propiedad horizontal–, como testimonio de agradecimiento y afecto.

EL TÍTULO CONSTITUTIVO DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL (*) *

JOSÉ CERDÁ GIMENO

Notario

287

(*) **Ponencia** presentada en la “Jornada monográfica sobre la Ley 8/1999, de 6 de abril, de reforma de la Ley 49/1960 de 21 de julio sobre Propiedad Horizontal”, organizada por el Ilustre Colegio de Abogados de Baleares (delegación en Ibiza) y celebrada en Ibiza el día 11 de junio de 1999.

* **NOTA PREVIA.**– Una exposición como la presente, dirigida a letrados en ejercicio, solamente puede tener *una finalidad práctica*. Intencionadamente se eliminan *aspectos teóricos y argumentaciones doctrinales* tan del gusto de muchos docentes. Debe resaltarse que **muchos aspectos o perfiles de esta institución –y de este tema en concreto–** han sido objeto de monografías, conferencias o artículos tan numerosos como importantes. De donde resulta que las referencias o citas bibliográficas serán muy reducidas o sucintas, para facilitar el desarrollo de la exposición.

En mi opinión, a esta exposición debería preceder **un breve resumen o compendio** (“abstract”, en jerga actual) referido a *las cuestiones o preguntas esenciales acerca del tema*: ¿cuándo y dónde aparece, qué significa, en qué consiste, qué valor tiene, cómo se hace, para qué sirve...? Solamente después de haber respondido a dichas preguntas podremos estar en condiciones de aproximarnos al *estudio específico* del tema de esta ponencia.

SUMARIO: **I.** DE LA DENOMINACIÓN (*QUID NOMINIS*). **II.** DE LA REALIDAD SOCIAL (*QUID FACTI*). **III.** DE LA NORMATIVA ESPECÍFICA (*QUID CONCEPTUS*). **IV.** DE LA ESTIMATIVA JURÍDICA (*QUID VALORIS*). **V.** DE LOS PRESUPUESTOS DE CONSTITUCIÓN DE LA PH. **A.** Personales (*cuius*). **1.** Capacidad. **2.** Legitimación. **B.** Reales (*quid rei*). **a)** Edificio en su conjunto. **b)** Elementos comunes (partes en proindivisión). **c)** Partes privativas (propiedades separadas de pisos/locales). **C.** Formales. **1.** Supuestos posibles de PH (según la forma). **2.** Carácter de la "forma" en la PH. **VI.** DE LAS MODALIDADES DE CONSTITUCIÓN DE LA PH (*QUO MODO*). – Clases. – Adquisiciones derivativas. – Supuestos de títulos sucesorios. – Supuestos de títulos *inter vivos*. **VII.** DE LAS DIMENSIONES DEL TÍTULO CONSTITUTIVO. **A.** Dimensión estructural. **1.** Naturaleza del título constitutivo. **2.** Elementos esenciales "naturales" del título. **a)** Los presupuestos "reales". **b)** La CUOTA de participación. **c)** La referencia fiscal. **3.** Elementos accidentales del título. **a)** Las normas "genéricas" en orden a la PH. **b)** Los elementos comunes "especiales". **c)** Los departamentos procomunales. **d)** Los garajes. **e)** Las servidumbres del edificio (a favor/ en contra). **f)** La constitución de un derecho de "levante" (sobreedificación/aires). **B.** Dimensión funcional (*quid effectus*). **1.** La organización de la comunidad de propietarios. **2.** La interpretación del Derecho (reserva de facultades, etc.). **3.** La aplicación del Derecho (sentencias de los tribunales). **VIII.** DEL CONTENIDO DEL TÍTULO CONSTITUTIVO. **A.** Regulaciones posibles. **B.** La vía de los pactos. **1.** Los límites normales. **2.** Las modalidades de pactos. – Pactos atípicos. – Pactos típicos. **a)** Las determinaciones "esenciales". **b)** Los estatutos. **c)** Las normas de régimen interior. **C.** La modificación del contenido del título constitutivo. **1.** Normativa. **2.** Multiplicidad de supuestos. **3.** Conexión con el Registro de la Propiedad. **IX.** DEL "RÉGIMEN" CONSTITUTIVO DE LA PH. **1.** Caracterización conceptual. **2.** Jerarquía de normas constitutivas en la PH. **3.** Finalidad del "régimen". (*quid fines*) **X.** DE OTRAS POSIBLES PERSPECTIVAS DEL TEMA.

1. Situaciones de derecho transitorio. 2. Extensión normativa (LPH) a otros supuestos. 3. Interferencias de la normativa urbanística. 4. Repercusiones fiscales según los supuestos. 5. Concordancia del título constitutivo con el Registro de la Propiedad. – Conclusiones. – Bibliografía. – Anexo (minuta de escritura).

I. De la denominación (*quid nominis*)

Un estudio de una materia concreta debe comenzar con la referencia al *nombre* de esa cosa. Esa primera referencia terminológica nos lleva a una aproximación a la delimitación conceptual del tema tratado. En nuestro caso, cabe comenzar con una doble referencia: la de la “propiedad horizontal” y la del “título constitutivo”.

289

1. El uso del término “propiedad horizontal” se ha popularizado entre nosotros, pese a la modernidad del nombre. No lo conoció el C.c. en su versión primitiva del artículo 396. Ni tampoco la Ley de 26 de octubre de 1939 que reformaba el artículo 396 C.c. citado. La reforma esencialmente innovadora de la Ley 49/1960, de 21 de julio, establece en su **artículo 1.º, 1** que “la presente Ley tiene por objeto la regulación de la forma especial de propiedad establecida en el artículo 396 del Código Civil, *que se denomina propiedad horizontal*”: pero en la dicción del propio artículo 396 C.c. no aparece ninguna denominación *ad hoc*.

Resulta esta expresión a modo de una manifestación evidente del tecnicismo utilizado por la práctica jurídica española, especialmente la notarial, que había ido dando forma a esta modalidad de propiedad urbana y sus variantes y a sus complejos estatutos. En otros países suele hablarse de “propiedad vertical”, o de “condominio urbano”, o de “co-

propiedad por apartamentos" (Francia), o de "propiedad por pisos" (Suiza), etc. Por supuesto que la terminología está en función de la delimitación técnico-jurídica operada por cada tratadista o profesor, de manera que suele ser muy variada. Aquí nos limitamos a la habitual, ya consagrada en la práctica y en la normativa legal.

2. El uso del término "título constitutivo", referido a la PH, también se ha popularizado y consagrado entre nosotros. No obstante, conviene hacer un par de *precisiones*: una, en orden al *tópico* frecuente entre nuestros autores y tratadistas referido a que "no hay en ella (en la Ley de 1960) un concepto de lo que por título haya de entenderse" (1); otra, respecto de **qué cosa sea o en qué consiste** ese llamado "título constitutivo", tema de nuestra exposición, que ha originado una serie de posiciones doctrinales variadas (2).

290

Si se acude a cualquier manual/diccionario *jurídico*, cabe ver que la voz TÍTULO, "utilizada —se dice expresivamente— en Derecho Civil en diversos sentidos", significa "el fundamento o la causa de un derecho". Pero de esta causa puede hablarse en diversos aspectos: 1) *como el conjunto de hechos* (entendiendo por hechos tanto los hechos propiamente

(1) Así, en CASTÁN TOBEÑAS, *op. cit.*, p. 357.

En el mismo sentido, FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO: en *La Ley...*, cit., pp. 223 y ss., y en *Comentarios...*, EDESA, pp. 202 y ss.

Modernamente, LASARTE, *op. cit.*, pp. 200 y ss., muy intuitivamente, matiza: "Aunque la Ley 49/1960 utiliza, en más de un pasaje y de forma recurrente, la expresión «título constitutivo», realmente ni dice en qué ha de consistir (aunque sí cuál ha de ser su contenido), ni quién ha de suscribirlo, ni cuál ha de ser su forma...= *Lo que sí regula detalladamente la Ley 49/1960* (cuya redacción parece inspirada siempre en la existencia de título constitutivo instrumentado **a través de escritura pública** objeto de posterior inscripción en el Registro de la Propiedad) *es el contenido del título constitutivo*" (subrayados míos: J. C. G.).

(2) V., con detalle, en FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, *La Ley...*, citada, pp. 225 y ss., que resume las siguientes posiciones: la formalista estricta (CASTÁN, BATLLE, ZANON, MONET ANTÓN), la negocial con proyección formalista —negocio documentado— (en parte, MONEDERO GIL, ÁLVAREZ ÁLVAREZ), la negocial estricta (MONEDERO GIL, ESCRIVÁ DE ROMANÍ) y la que distingue un concepto restringido y un concepto amplio de "título" (FUENTES LOJO, FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO).

dichos como los actos, los negocios jurídicos e incluso requisitos, como la preexistencia de derechos) *que determinan la adquisición de un derecho o como una parte de ese conjunto*.-...= 2) Se puede hablar de título *como medio de justificación del título de adquisición*, entendido bien en un sentido *estricto* (*sólo una parte* de los hechos necesarios para la adquisición), bien en un sentido *amplio* (*todos los hechos necesarios para la adquisición*).-...= 3) *Título probatorio* es el documento que acredita la existencia de actos o negocios de los que derivan derechos u otras situaciones jurídicas. *Aquí se designa el continente por el contenido*, y es obvio que un documento generalmente no suministra una prueba de todas la condiciones necesarias para la existencia de un derecho.-...= En la legislación hipotecaria se manifiesta claramente el **doble sentido material y formal** de la expresión título. Así, el artículo 2 LH ... en un sentido material, y el artículo 3 LH se refiere al título en un sentido formal.-...= El artículo 33 RH dispone... (3).

Importante es reiterar ahora esa apuntada distinción, típica de nuestra legislación hipotecaria, y recordar que ya en su día R. M.^a ROCA SASTRE explicaba con precisión y claridad: “La palabra *título* tiene un doble significado: *sustantivo o material*, o sea, causa o razón jurídica de la adquisición, modificación o extinción de un derecho (negocio jurídico, disposición legal o decisión judicial o administrativa); y *formal o instrumental*, o sea, prueba gráfica o documental que constata o autentica aquella causa o razón de adquirir.-= Nuestra legislación usa indistintamente ambos significados.- ...” (4).

Teniendo en cuenta esa distinción y la práctica jurídica habitual entre nosotros, no es de extrañar que **el dicente** –“for-

(3) V. en MIGUEL GONZÁLEZ, J. M.^a, *Enciclopedia Jurídica Básica*, volumen IV, voz título (D.º Civil), editorial Civitas, Madrid, 1995, pp. 6559-6560. *En su apartado final dice*: “Se habla de título constitutivo en la *propiedad horizontal*, aunque el régimen de la misma puede existir sin necesidad de otorgamiento del citado título, como reconoce la mayor parte de la doctrina”.

(4) V. ROCA SASTRE, R. M.^a, *Derecho Hipotecario*, tomo II, ed. Bosch, Barcelona, 1954, pp. 144 y ss.

mado”, notarialmente hablando, en VALENCIA— se decante por una posición que atribuye al “título” un carácter exclusivamente “formal”, en el sentido de que se refiere al instrumento formal mediante el que se formula externamente la manifestación de voluntad de reglamentar y constituir el régimen de propiedad horizontal (5).

3. *Una cuestión bien distinta* a la propiamente terminológica es la de **si ese título formal** es por sí solo *suficiente o necesario* para que surja el régimen de la PH. De ello hablamos luego.

II. De la realidad social (*quid facti*)

292

1. A la hora de referirnos a nuestro tema creo debo insistir en que la propia realidad social circundante es la que ha dado vida a la figura de la PH, de forma tal que *el nacimiento y desarrollo de la institución* fueron operados por la práctica jurídica —sobre todo, la notarial— basada en la experiencia de años y de soluciones contrastadas. O, de otro modo dicho, el planteamiento abstracto de unas normas o argumentos teóricos —siempre **posterior** a los hechos— no ha facilitado la vida de la institución, sino que más bien ha enturbiado alguno de sus perfiles o aspectos más destacados.

Realmente cabe afirmar —y en ello es concorde prácticamente toda la doctrina— que **una cosa es el nacimiento (originación) de la PH** y **otra cosa es el título constitutivo de la misma** (en sentido formal). O, lo que es lo mismo, se dan frecuentemente supuestos de existencia *de facto* de la PH, supuestos de otorgamiento de título constitutivo por el pro-

(5) V. I Simposio sobre Propiedad Horizontal, Valencia, octubre, 1972: ACTAS (quinta comisión), pp. 43 y ss.

En el mismo sentido, v. MONET ANTÓN, F., *Problemas de técnica notarial ante la nueva Ley de Propiedad Horizontal*, publicaciones del Centenario de la Ley del Notariado, sec. 2.ª, vol. I, Madrid, 1962, pp. 273 y ss.

pietario único del edificio (sin la pluralidad de titulares o propietarios de pisos) y supuestos de otorgamiento de título por la pluralidad de propietarios del edificio.

En opinión de FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, “para que pueda operarse el nacimiento y consiguientemente la válida constitución de esta forma de propiedad, se requieren los siguientes *requisitos o condiciones*:

- 1.º La existencia de un edificio.
- 2.º Que éste se encuentre dividido en pisos o locales.
- 3.º Que dichos espacios sean susceptibles de aprovechamiento independiente, por tener salida propia a un elemento común del edificio o a la vía pública.
- 4.º Que pertenezcan a distintos propietarios.
- 5.º Que se haya otorgado el título constitutivo”.

De estos requisitos, los cuatro primeros vienen a constituir lo que pudiéramos llamar el soporte de hecho o *substratum* sobre el que se va a constituir la propiedad horizontal y su régimen jurídico. Son por tanto meros “supuestos de hecho”, a diferencia de lo que acontece con el 5.º, que cumple en nuestra opinión respecto de la propiedad horizontal la misma función que el reconocimiento del Estado respecto de las personas jurídicas. Es por tanto este último requisito una especie de condición o supuesto *de iuris* y no *de facto*, como los restantes”.

2. Además de lo dicho, *combinando* los supuestos posibles precitados *con el dato fáctico* de que el edificio estuviera “en construcción” o “en proyecto”, aparecen las **hipótesis** siguientes (6):

- 1.º Venta por el dueño del solar y constructor del edificio de los pisos en construcción o en proyecto. (El supuesto es desarrollado por MONET ANTÓN enlazando la hipótesis con la tesis de la compraventa de cosa futura sujeta a la

(6) V. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ - GARRIDO CERDÁ - SOTO BISQUERT, “Modalidades en la constitución...”, citada, pp. 176 y ss., esp. 181 y ss.

condición de que la cosa llegue realmente a existir y se produzca la tradición de los pisos a los compradores).

2.º Edificio construido por una pluralidad de propietarios (*pluralidad*, bien espontánea, bien provocada). El nacimiento de la PH depende de la forma en que **tal comunidad** —“**agrupación de autopromotores**”— se organice, presentándose a tal efecto *muy diversas formulaciones teóricas* (7):

a) Adquisición del solar por los promotores en régimen de comunidad ordinaria con pacto de división de la casa común por pisos. (La PH nacerá en el momento en que la división se otorgue).

b) Adquisición del solar y constitución de la PH desde el comienzo. (*Presupuesto de esta fórmula* es la plena admisibilidad de que la PH puede existir sobre un edificio “proyectado”). Después volveré sobre esta fórmula.

294

3.º Aportación del solar por parte de su dueño a cambio de que un constructor edifique, con reparto entre ellos de los pisos o departamentos resultantes. La estructuración técnico jurídica de este negocio —calificado de “cesión de suelo a cambio de vuelo”— puede plasmar en la práctica en *fórmulas muy diversas*, dependiendo la elección de cada una en cada caso de razones de diversa índole (de un lado, las fiscales; de otro lado, las derivadas de la atribución de la propiedad del solar durante la fase de construcción). Las *soluciones posibles* son estas:

1) Retención de la propiedad del solar por el propietario. Viene a ser a modo de un arrendamiento de obra con pago en pisos, esto es, el constructor-contratista se obliga a construir el edificio y el propietario paga el importe de la construcción al final cuando se le entregan los pisos convenidos. La PH surge cuando tiene lugar la *datio in solutum*

(7) V. MONET ANTÓN, “Problemas de técnica notarial en la adquisición de pisos y locales en edificio por construir”, conferencia en el Colegio Notarial de Valencia el 8 de junio de 1963, imprenta de Suc. de Vives Mora, Valencia, 1967 (*edición separada*), pp. 21 y ss.

a favor del contratista, previa la formalización del título constitutivo por el propietario del solar.

2) Transmisión de la propiedad del solar al constructor. El negocio se califica como permuta, esto es, una permuta de solar por cosa futura (o cosa “en formación”) con prestación subordinada de obra. La PH queda constituida cuando el constructor transmite los pisos al primitivo dueño del solar: suele configurarse la obligación del constructor de entrega de pisos determinados –cuando lo estén– al dueño del solar pero asegurada mediante condición resolutoria caso de incumplimiento.

3) Transmisión al constructor de parte de la propiedad del solar, reteniendo el resto el propietario. La PH queda constituida desde el principio, aunque su objeto se halle “en formación”.

4.º Construcción en régimen de cooperativa.

5.º Constitución de la PH a consecuencia de un derecho de vuelo o “sobreelevación” (v. art. 16, p. 2.º RH).

6.º Constitución de la PH a base de un derecho de superficie (v. art. 16 RH).

3. El hecho evidente de *la multiplicidad de supuestos* que se nos pueden presentar en la práctica, **no excluye** que –en nuestra opinión– **para que nazca la figura de la PH, es requisito necesario e indispensable el título constitutivo o manifestación formal de voluntad para el establecimiento de un edificio en régimen de propiedad horizontal (8).**

III. De la normativa específica (*quid conceptus*)

1. Esta exposición no pretende ser redundante ni reiterativa, de modo que me van a permitir que proceda a una serie de *remisiones* a lo que expuse en otros lugares en los

(8) En el mismo sentido, I Simposio..., citado, p. 44.

aspectos atinentes a la configuración jurídica de la norma, a su perfil *estático* (cómo es, cómo se origina) y a su perfil *dinámico* (funcionamiento de la norma) (9).

2. Hay que tomar como *punto de partida del razonamiento* que la Ley 49/1960, de 21 de julio, es esencialmente innovadora y procede a una profunda reforma de la legalidad hasta entonces vigente. La propia **Exposición de Motivos de dicha LEY** nos dice que la misma “*representa* más que una reforma de la legalidad vigente, *la ordenación “ex novo”,* de una manera completa, de la propiedad por pisos”. Así, no solamente se modifica –una vez más– **el artículo 396 del C.c. (única manifestación de la figura en la anterior situación legislativa)**, sino también **el artículo 401 C.c.** al que añade un segundo párrafo. Además, no sólo modifica el C.c. sino que todo el CAPÍTULO II de la nueva Ley contiene una completa reglamentación específica de la PH.

A la configuración de *innovadora* cabe añadir las *notas* de: *generalidad* (esto es, aplicable en todo el territorio nacional –no hay matices “forales”, por tanto–) y una “*relativa*” *imperatividad* (10).

(9) V. **mi artículo** “Una introducción al Derecho”, en *RCDI*, n.º 630, sept.-oct. 1995, pp. 1547 y ss., espec. 1558 y ss., y 1560 y ss.

(10) Sobre este punto, v. ESCRIVÁ DE ROMANÍ, F., “Lo imperativo y...”, citada, pp. 1233 y ss.

De la propia *Exposición de Motivos de la Ley* (... “la Ley brinda una regulación que, por un lado, es suficiente por sí –con las salvedades dejadas a la iniciativa privada– para constituir, en lo esencial, el sistema jurídico que presida y gobierne esta clase de relaciones y, por otro lado, admite que, por obra de la voluntad se especifiquen, completen y hasta modifiquen ciertos derechos y deberes ...”) *deduce FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO -v. La Ley... citada, pp. 216 y ss.– las consecuencias siguientes:* “1) El legislador de 1960, conforme con los principios socializadores de los tiempos actuales, ha recortado la eficacia normativa de la “voluntad privada” en materia de PH. 2) A su vez, la peculiar “necesariedad” del Derecho, viene limitada en la Ley a una serie de aspectos o principios esenciales. 3) Fuera de esos aspectos, los particulares, pueden no sólo *especificar* e incluso *completar* la Ley, sino hasta *modificar* ciertos derechos y deberes. 4) Considerada, por tanto, la Ley de PH bajo el prisma de ‘derecho necesario’, nos inclinamos a considerar que merece el calificativo de Ley ‘concesiva’ o de ‘derecho necesario atenuado’.–=...=”.

3. Referida sustancialmente la regulación de la PH a **una Ley especial –Ley 49/1960 de 21 de julio–**, debe reiterarse aquí que en la actualidad la reglamentación de la PH se concreta en dicha Ley, quedando el **artículo 396 C.c.** un tanto “descolgado” a modo de resumen o compendio de las notas típicas caracterizadoras de la institución, y dejando toda la regulación restante a la Ley especial.

En definitiva, teniendo en cuenta *el último párrafo del citado artículo 396 C.c.*, viene a configurarse el artículo 396 C.c. como **una típica norma de remisión**. Dado que he efectuado hace algún tiempo algunas consideraciones sobre las normas de remisión, me van a permitir que remita a otro lugar (11).

4. Tomando en consideración, sin embargo, *la ubicación del artículo 396 C.c. dentro de la sistemática del C.c.*, es notorio que para nuestros legisladores la configuración jurídica de la PH queda adscrita al **Derecho sobre los Bienes** (Propiedad y Derechos Reales) y que no ha previsto en absoluto soluciones que impliquen un deslizamiento del instituto hacia el **Derecho de Obligaciones** (característica típica de la doctrina francesa).

Sin extenderse demasiado en este punto, conviene aquí y ahora aludir a *una conocida práctica europea –francesa–*, por más señas– que consiste en articular “sociedades inmobiliarias” sobre la base de que la sociedad sea propietaria tan sólo de los “elementos comunes” de la edificación, o también constituir sociedades, **cuya finalidad** sea la de organizar jurídicamente un edificio en forma de sociedad (la propiedad del edificio y la de los pisos pertenece a la sociedad, y cada uno de los socios tiene derecho al goce exclusivo de su piso que le será adjudicado en pleno dominio cuando la

(11) V. **mi PONENCIA** “La protección del acreedor en la liquidación de la sociedad de gananciales”, en el ‘Cuarto Encuentro’ de la ‘Asociación Española de Abogados de Familia’, Madrid, 14-15 marzo 1997, *en el volumen* editado por Dykinson, Madrid, 1998, pp. 83 y ss., *espec. 102 y ss.*

sociedad se disuelva). Este tipo de sociedades no son posibles en el Derecho español, presentando una serie de obstáculos y dificultades invencibles. Para una profundización en el tema, remito a los especialistas (12).

5. *La normativa actualmente vigente* continúa siendo la misma que la de la Ley de 1960, *además de los incisos rectificados en los nuevos artículos 12, 17 y 24 de la nueva Ley 8/1999 de 6 de abril*. Consiguientemente, las normas concretas *hoy vigentes* son como sigue:

“Artículo 5.º El título constitutivo de la propiedad por pisos o locales describirá, además del inmueble en su conjunto, cada uno de aquellos al que se asignará número correlativo. La descripción del inmueble habrá de expresar las circunstancias exigidas en la legislación hipotecaria, y los servicios e instalaciones con que cuente el mismo. La de cada piso o local expresará su extensión, linderos, planta en la que se hallare y los anejos, tales como garaje, buhardilla o sótano.

En el mismo título se fijará la cuota de participación que corresponde a cada piso o local, determinada por el propietario único del edificio al iniciar su venta por pisos, por acuerdo de todos los propietarios existentes, por laudo o por resolución judicial. Para su fijación se tomará como base la superficie útil de cada piso o local en relación con el total del inmueble, su emplazamiento interior o exterior, su situación y el uso que se presuma racionalmente que va a efectuarse de los servicios o elementos comunes.

El título podrá contener, además, reglas de constitución y ejercicio del derecho y disposiciones no prohibidas por la Ley en orden al uso o destino del edificio, sus diferentes pisos o locales, instalaciones y servicios, gastos, administración y gobierno, seguros, conservación y reparaciones, for-

(12) V. CÁMARA y otros, *op. cit.*, pp. 212 y ss.

mando un estatuto privativo que no perjudicará a terceros si no ha sido inscrito en el Registro de la Propiedad.

En cualquier modificación del título, y a salvo lo que se dispone sobre validez de acuerdos, se observarán los mismos requisitos que para la constitución”.

“Artículo 12. La construcción de nuevas plantas y cualquier otra alteración de la estructura o fábrica del edificio o de las cosas comunes afectan al título constitutivo y deben someterse al régimen establecido para las modificaciones del mismo.-...”.

“Artículo 17. Los acuerdos de la Junta de propietarios se sujetarán a las siguientes normas:

1.º La unanimidad sólo será exigible para la validez de los acuerdos que impliquen la aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los estatutos de la comunidad.-...”.

“Artículo 24. 1. El régimen especial de propiedad horizontal establecido en el artículo 396 del Código Civil será aplicable a aquellos complejos inmobiliarios privados que reúnan los siguientes requisitos: ...=.

2. Los complejos inmobiliarios privados a que se refiere el apartado anterior podrán: ...= b) Constituirse en una agrupación de comunidades de propietarios. A tal efecto, se requerirá que el título constitutivo de la nueva comunidad agrupada sea otorgado por el propietario único del complejo o por los presidentes de todas las comunidades llamadas a integrar aquélla, previamente autorizadas por acuerdo mayoritario de sus respectivas Juntas de Propietarios. El título constitutivo contendrá la descripción del complejo inmobiliario en su conjunto y de los elementos, viales, instalaciones y servicios comunes. Asimismo fijará la cuota de participación de cada una de las comunidades integradas, las cuales responderán conjuntamente de su obligación de contribuir al sostenimiento de los gastos generales de la comunidad agrupada. El título y los estatutos de la comunidad agrupada serán inscribibles en el Registro de la Propiedad.”

IV. De la estimativa jurídica (*quid valoris*)

1. Hay que aludir en este lugar a lo que implica una “estimativa jurídica” o **fundamento último de la legitimidad** de esta normativa sobre PH. A la pregunta última de determinar si una norma jurídica está o no *intrínsecamente justificada* me he referido siguiendo a los maestros consagrados *en otro lugar*, y a él debo remitirme (13).

A la hora de encontrar **la validez de esta normativa**, habrá que convenir con DÍEZ-PICAZO que la razón se encuentra en el conjunto de creencias, de estimativas y de las convicciones del grupo social y que las normas que responden a ellas son *legítimas* pues su legitimidad deriva en definitiva del *consensus* de la base social.

300

Cabe señalar que *la propia Exposición de Motivos de la Ley* señala como preocupación esencial la de “pretender seguir la realidad de los hechos.-...=... no hay que olvidar tampoco que su finalidad última (de las normas), singularmente cuando se concibe el Derecho positivo en función del Derecho natural, es lograr un orden de convivencia presidido por la idea de la justicia ...” (*Párrafo 1.º*).-...= “Hay un hecho social básico ... cual es la insuprimible necesidad de las edificaciones, ...=...= *la esencial razón de ser del régimen de la propiedad horizontal* descansa en la finalidad de lograr el acceso a la propiedad urbana mediante una inversión de capital que, al poder quedar circunscrita al espacio y elementos indispensables para atender a las propias necesidades, es menos cuantiosa, y, por lo mismo, más asequible a todos y la única posible para grandes sectores de personas” (*Párrafo 2.º*) ...=

Hay que considerar, por tanto, *plenamente legitimada tal normativa* a la luz de sus propósitos y finalidad última.

(13) V. **mi artículo** “Una introducción al Derecho”, cit. pp. 1567 y ss.

2. A la hora de relacionar la **legitimidad** de tal normativa con su **efectividad real**, esto es, su consideración como *Derecho vigente*, Derecho vivo, Derecho realizado, Derecho que obtiene *eficacia*, tenemos en este día y esta **Jornada** un buen ejemplo de cómo tal normativa logró penetrar en la conciencia de nuestro pueblo, en la aceptación por nuestros profesionales y aplicadores del Derecho, en su conversión total *en una buena parte de* la cultura propia, viva y actual de la población española. **La efectividad de la PH**, por tanto, es plena y completa entre nosotros.

V. De los presupuestos de constitución de la PH

Al referirme a los presupuestos de constitución de la PH distingo aquellos *elementos del título* –personales, reales y formales– que tienen importancia práctica para nosotros.

301

A. Presupuestos personales (*cuius*).

Examino estos elementos en el doble aspecto de la capacidad y de la legitimación.

1. Capacidad.

Una cosa es la capacidad necesaria en función del *vehículo formal utilizado* para la constitución de la PH (v. gr.: testamento, división o partición, derecho de sobreelevación, etc.), y *otra cosa es* la capacidad requerida para el acto constitutivo de la PH. Ésta –por lo que se dirá luego– viene a ser la capacidad típica **para los actos de disposición**, por el carácter “configurativo” de la PH. Lo cual remite a *las reglas generales al respecto*, aplicables según los casos: menores, emancipados o habilitados de edad, mujer casada en régimen de gananciales, incapacitados, ausentes, etc.

2. Legitimación.

Dado que el acto constitutivo de la PH es –en mi opinión– **un negocio dispositivo “configurativo”**, parece obvio que *solamente tiene legitimación plena* para la constitución de la PH el que fuere dueño exclusivo o propietario de la cosa (edificio) (14).

También aquí haré una remisión a los distintos supuestos prácticos que puedan presentarse cuando *el mecanismo legitimador* se refiera a los casos de patria potestad, tutela, ausencia, fiducia, partición hereditaria, derechos desmembrados (usufructo/nuda propiedad), poderes, sociedades, fideicomisos, etc.

El único supuesto problemático es el representado por la aparición de *un título constitutivo otorgado unilateralmente por el propietario unido del edificio (dueño único inicial del solar)*. El supuesto ha sido estudiado con especial detalle, de manera que aquí remito a lo analizado por la doctrina (15). Para nuestra doctrina reciente (E. GÓMEZ CALLE) precitada, habría que matizar y distinguir según el otorgamiento del título se haya hecho habiendo entregado previamente la propiedad del piso o departamento (vendido en documento privado anterior) o se haya hecho después de iniciadas las ventas *pero antes* de entregar los pisos o departamentos. La autora, consideradas las decisiones jurisprudenciales, entiende que el TS *relativiza* el requisito del otorga-

302

(14) Para el concepto de legitimación, indispensable acudir a la cita de LADARIA CALDENTEY, J., *Legitimación y apariencia jurídica*, Bosch Casa Editorial, impr. Clarsó, Barcelona, 1952.

Cita a ROCA SASTRE, para el cual la legitimación es un presupuesto de validez de los actos de disposición tanto a título oneroso como a título gratuito.

En la configuración de LADARIA la legitimación es normalmente *un presupuesto de eficacia*, y excepcionalmente de validez. La legitimación viene a ser **un presupuesto subjetivo-objetivo** que depende de una relación especial del sujeto con el objeto, siendo considerada por este autor como “la idoneidad de la persona para realizar un acto jurídico eficaz, inferida de su posición respecto al acto” (pp. 16 y ss.).

(15) V., sobre este punto, GÓMEZ CALLE, E.: “La significación del título constitutivo en el régimen de la propiedad horizontal”, en *ADC*, 1992, pp. 1533-1589, en especial, 1538-1539, y 1543-1571.

miento del título constitutivo *antes de* iniciar las ventas de los departamentos para pasar a decidir sobre la validez y eficacia del título así otorgado, atendiendo al dato de que coarte o no los derechos de los compradores que hubieren previamente contratado con el vendedor y hubieren sido informados al respecto (16).

A este problema, que nuestra doctrina notarial había ya anticipado y de la que se ocupó hace años con solvencia y autoridad, me he referido ya anteriormente (17) al comentar las aportaciones de F. MONET ANTÓN (*que enlaza el supuesto de venta del piso proyectado o en construcción con el tema de la compraventa de cosa futura*) y a él remito.

B. Presupuestos reales (*quid rei*).

El estudio de los elementos reales del título constitutivo debe partir de *la distinción fundamental* entre el edificio en su conjunto, los pisos y locales objeto de propiedad separada y los elementos comunes necesarios para el adecuado uso y disfrute del objeto complejo de propiedad. Se exponen por separado seguidamente.

303

a) *Edificio en su conjunto.*

En función de cómo se ha operado el proceso de fabricación de un edificio, cabe distinguir varios supuestos en su estado según se encuentre totalmente terminado, o en parte comenzado, o tan sólo en proyecto.

— **Edificio completamente terminado.** En principio, y hasta fechas muy recientes, no planteaba cuestión jurídica alguna. Sin embargo, por la incidencia de la normativa urbanística y

(16) V. *op. cit.*, espec. 1554 y ss., en orden al conocimiento del contenido del título por los sucesivos adquirentes y a los límites de la autonomía de la voluntad del otorgante del título (respecto del régimen del edificio, fijación de la cuota de participación y reserva de determinadas facultades sin autorización de la junta).

(17) V. *mis notas 6 y 7 precedentes.*

por las muy recientes reformas hipotecarias (RD 1093/1997, de 4 de julio, que aprueba las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la LH sobre inscripción de **Actos de Naturaleza Urbanística**, y RD 1867/1998, de 4 de septiembre, **que modifica** determinados artículos del Reglamento Hipotecario), se introducen determinados requisitos en orden a la identificación de la finca con base catastral o urbanística y en orden a la justificación por técnico competente de la descripción del edificio y de su coincidencia con la licencia y el título correspondientes.

Un edificio está “terminado” cuando su construcción está acabada, esto es, la referencia es a algo tangible y material, ya existente. De ahí la importancia y la necesidad obvia de que, por tratarse de un tema arquitectónico y muy técnico, un técnico competente —normalmente, el arquitecto director de la obra— certifique su acabado final correcto.

304

Si el título constitutivo es otorgado por el propietario único del edificio ya construido, la doctrina entiende que el título es realmente “constitutivo” de la PH pero que *el régimen de la PH sólo será operativo* cuando concorra el supuesto de la pluralidad de copropietarios de pisos. Por ello, entiende E. GÓMEZ CALLE que se trata de una **constitución formal o preventiva**: el título configura anticipadamente el régimen de PH, que cobrará plena vigencia con la transmisión de la propiedad del primer piso o departamento (18).

Si el título constitutivo es otorgado por la pluralidad de propietarios de pisos o departamentos, la aprobación (modificación) del título requiere la unanimidad en los acuerdos de la junta de propietarios: así lo previene **el nuevo artículo 17, regla 1.ª de la LEY 8/1999, de 6 abril**, que reforma la Ley 49/1960, de 21 de julio, de PH.

— **Edificio “en construcción”**. La situación de esta fase de fabricación de un edificio, que oscila desde el mero propósito de que una o varias personas deseen construir un edi-

(18) V. *op. cit.*, p. 1573.

ficio hasta el hecho de la plena determinación de la obra construida, suele ser denominada entre nosotros **“prehorizontalidad”** y ha originado un amplio debate doctrinal (19).

Las controversias doctrinales acerca de cuándo una obra está “comenzada” desaparecen en la práctica cuando se toma el hecho *—dato normativo evidente—* de que en tales casos puede formalizarse la inscripción de esos edificios en el Registro de la Propiedad desde el momento mismo en que su construcción se encuentre comenzada. Así lo establece el **artículo 8.3.-4.º-1. LH.**

“Se inscribirán como una sola finca bajo un mismo número: (...) 4.º Los edificios en régimen de propiedad por pisos cuya construcción esté concluida o, por lo menos, comenzada”.

Pero para que un edificio en régimen de propiedad por pisos acceda al Registro como “edificio en PH” es necesario *—requisito previo—* que el régimen de la PH esté ya constituido. Además, **el apartado 4.º de ese mismo n.º 4** dice que **“la inscripción se practicará a favor del dueño del inmueble constituyente del régimen o de los titulares de todos y cada uno de sus pisos o locales”**. Será, por consiguiente, *conveniente en tales supuestos* que se proceda a la descripción individualizada de todo el edificio, plantas, pisos o locales, servicios, etc., conforme a las prescripciones de la legislación hipotecaria.

Se deduce de todo lo anterior que, pese a los escrúpulos doctrinales, la Ley permite claramente la constitución de la PH durante esta fase de “construcción” del edificio.

(19) V., por todos: Díez-PICAZO, L., *La llamada prehorizontalidad y su proyección registral*, CEH, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España, Madrid, 1977.

JORDANO FRAGA, F., “Prehorizontalidad y servidumbre de propietario”, en *Revista de Derecho Notarial*, 1981, n.º 113-114, pp. 123 y ss.

GARCÍA-ARANGO y DÍAZ DE SAAVEDRA, C., “La situación de prehorizontalidad y la protección jurídica de los adquirentes de pisos en construcción”, en la *RCDI*, marzo-abril, 1982, pp. 925 y ss.

Un resumen sintético, en GÓMEZ CALLE, E., *op. cit.*, p. 1574.

— **Edificio “en proyecto”**. Si en el supuesto precedente las controversias doctrinales aparecían, no es de extrañar que en el presente caso la situación de edificio **“proyectado”** haya motivado profundas discrepancias entre nuestros autores. En cuanto a la posibilidad de otorgamiento del título constitutivo en este caso, *las argumentaciones doctrinales* a favor y en contra son bien centradas por FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO (20).

El supuesto prototípico es: existe un solar edificable, más un “proyecto” de edificio (con las licencias administrativas pertinentes, visado del Colegio de Arquitectos, etc.), pero sin que técnicamente se haya dado comienzo a la construcción. Aun *dentro de* la simplicidad de este esquema inicial, todavía cabe distinguir *según exista ya o no* lo que arquitectónicamente se denomina el “replanteo”. A pesar de que existen razones de peso *en contra* de la posibilidad de otorgamiento del título constitutivo, la posición mayoritaria y dominante entre nosotros es la de *admitir* la posibilidad de tal constitución siempre y cuando las características fundamentales del inmueble estuvieren ya perfectamente “determinadas” (21).

Las precisiones siempre valiosas de *la doctrina notarial —ya precitada—* señalan *la estrecha línea* consistente en la existencia / inexistencia de un proyecto aprobado por los organismos oficiales *que separa* las dos posibles hipótesis en orden al término “edificio proyectado”: o que el edificio tiene una construcción todavía pendiente de definir, o que el edificio tenga ya una construcción definida. Los autores citados (CÁMARA-GARRIDO-SOTO) proponen atender más al *sentido técnico* que al físico de la expresión, y así entienden que “la construcción *se inicia* con la confección del proyecto y

(20) V. *La Ley...*, citada, pp. 260-268, y *Comentarios...*, EDERSA, pp. 210 y ss.

(21) *Así lo admitió ya el I SIMPOSIO ... citado* (p. 13 y p. 51 del Acta); también: CÁMARA-GARRIDO-SOTO, *op. cit.*, pp. 176 y ss.; FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, “Comentarios...”, Albaladejo, cit., pp. 142 y ss. y 1210.

Un buen resumen, y con mayores detalles, en GÓMEZ CALLE, E., pp. 1576 y ss.

la obtención de las licencias necesarias. Cumplidos estos trámites –ciertamente fundamentales– puede decirse, sin faltar a la verdad, que la construcción ha comenzado” (22).

La posición del I SIMPOSIO SOBRE PROPIEDAD HORIZONTAL (VALENCIA, 1972) en estos supuestos de “pisos meramente proyectados” fue la de entender que a los efectos hipotecarios debía procederse a la descripción total del inmueble con todas sus circunstancias, incluso respecto de los pisos todavía no iniciados, ya que en las circunstancias que la Ley exige para su descripción –**art. 5.º LEY**– no se hace discriminación alguna entre pisos terminados y proyectados.

b) Elementos comunes (partes en proindivisión).

Dejando para más adelante los problemas atinentes a la *cuota de participación* mediante la cual se produce una conexión entre los llamados “elementos comunes” y la propiedad separada de las “partes privativas”, la referencia aquí a los “elementos comunes” tan sólo puede ser meramente indicativa.

La determinación legal de **qué cosa sean esos “elementos comunes” en la PH** viene precisada en el **artículo 396.1 del C.c.** En su redacción actual vigente –tras la **LEY 8/1999, de 6 de abril (DISPOSICIÓN ADICIONAL ÚNICA)**–, después de sucesivas reformas de la dicción *originaria* del Código, dice así:

“Los diferentes pisos o locales de un edificio o las partes de ellos susceptibles de aprovechamiento independiente por tener salida propia a un elemento común de aquél o a la vía pública podrán ser objeto de propiedad separada, que llevará inherente un derecho de copropiedad sobre los elementos comunes del edificio, que son todos los necesarios para su adecuado uso y disfrute, tales como el suelo, vuelo, cimentaciones y cubiertas; elementos estructurales y entre ellos los pilares, vigas, forjados y muros de carga; las fachadas, con los revestimientos exteriores de terrazas, balcones y venta-

(22) V. CÁMARA-GARRIDO-SOTO, *op. cit.*, p. 178.

nas, incluyendo su imagen o configuración, los elementos de cierre que las conforman y sus revestimientos exteriores; el portal, las escaleras, porterías, corredores, pasos, muros, fosos, patios, pozos y los recintos destinados a ascensores, depósitos, contadores, telefonías o a otros servicios o instalaciones comunes, incluso aquellos que fueren de uso privativo; los ascensores y las instalaciones, conducciones y canalizaciones para el desagüe y para el suministro de agua, gas o electricidad incluso las de aprovechamiento de energía solar; las de agua caliente sanitaria, calefacción, aire acondicionado, ventilación o evacuación de humos; las de detección y prevención de incendios; las de portero electrónico y otras de seguridad del edificio, así como las de antenas colectivas y demás instalaciones para los servicios audiovisuales o de telecomunicación, todas ellas hasta la entrada al espacio privativo; las servidumbres y cualesquiera otros elementos materiales o jurídicos que por su naturaleza o destino resulten indivisibles.

Las partes en copropiedad no son en ningún caso susceptibles de división y sólo podrán ser enajenadas, gravadas o embargadas juntamente con la parte determinada privativa de la que son anejo inseparable.

En caso de enajenación de un piso o local, los dueños de los demás, por este solo título, no tendrán derecho de tanteo ni de retracto.

Esta forma de propiedad se rige por las disposiciones legales especiales y, en lo que las mismas permitan, por la voluntad de los interesados”.

Una visión amplia comprensiva de la determinación de los “elementos comunes”, su sistematización, su casuística y su problemática, con abundancia de supuestos y ejemplos gráficos, puede verse en la obra de M. FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO (23). Señala este autor como *características* de estos elementos las siguientes: ser accesorios respecto de las “partes privativas”; ser objeto de propiedad compartida por los titulares de pisos o locales; ser indivisibles; ser inseparables de las “partes privativas” (*esto es, no cabe disposición de ellos con independencia de las mismas*).

(23) V. *La Ley...* citada, pp. 307 a 414; *Comentarios...*, ALBALADEJO, tomo V, vol. 2.º, pp. 154 a 163 y 184 y ss.

La jurisprudencia ha efectuado algunas distinciones, procediendo a deslindar clases de elementos comunes en los casos de posible posterior *desafección* de su destino. Así, se suele hablar de elementos comunes *naturales o esenciales* y de elementos *accidentales o por destino*, o *—dentro de la comunidad de destino—* entre los *legales y los convencionales*. También se habla de elementos “*genéricos*” y “*restringidos*” (en los supuestos de CONJUNTOS INMOBILIARIOS), o de “*absolutamente*” comunes y “*relativamente*” comunes.

c) *Partes privativas (propiedades separadas de pisos/locales).*

Este es un *presupuesto “real”* en el que vienen a coincidir las posiciones doctrinales y jurisprudenciales, en el sentido de ser considerado como **el núcleo constitutivo de la PH**, siendo la titularidad separada sobre un espacio físico horizontal concreto —y **no** la cotitularidad o titularidad compartida sobre los elementos comunes— el verdadero fundamento o razón de ser de la PH (24).

309

Dispone expresamente **el artículo 3.1.º) LPH** que

“Art. 3.º En el régimen de propiedad establecido en el artículo 396 del Código Civil, corresponde al dueño de cada piso o local:

a) El derecho singular y exclusivo de propiedad sobre un espacio suficientemente delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente, con los elementos arquitectónicos e instalaciones de todas clases, aparentes o no, que estén comprendidos dentro de sus límites y sirvan exclusivamente al propietario, así como el de los anejos que expresamente hayan sido señalados en el título, aunque se hallen situados fuera del espacio delimitado”.

Para M. FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO (25) los *únicos requisitos* que necesitan para ser integrados en el régimen de la PH son: 1) que se encuentren perfectamente delimitados;

(24) Así, en las *ACTAS del I SIMPOSIO...*, cit., pp. 52 y ss.

(25) V. *op. cit.*: *La Ley...*, pp. 68 a 749; *Comentarios...*, ALBALADEJO, tomo V, vol. 2.º, pp. 153 y ss. y 181 y ss.

2) que sean susceptibles de aprovechamiento independiente; 3) que tengan salida propia a un elemento común del edificio o a la vía pública; y 4) que pertenezcan a distintos propietarios. De ellos considera que el 2.º y 4.º son *primariamente esenciales*.

Evidentemente, los *variados supuestos fácticos* permiten comprobar a diario la aparente disparidad entre lo que es una autonomía física y una independencia jurídica, ya que es perfectamente posible y viable el que **por vía convencional** los interesados determinen si en todo caso de “susceptibilidad de aprovechamiento independiente” hay necesariamente que constituir una “parte privativa” o “propiedad separada”: así, la DGRN ha entendido (26) que “para determinar cuándo existe un local o piso susceptible de inscribirse en forma independiente y como una sola finca, habrá que situar dentro de las normas de la Ley la auténtica situación real existente, pero debiendo atenerse la autonomía de las partes interesadas a las circunstancias de unidad física, económica y funcional que constituyen la base de las propiedades separadas, cuya configuración no puede conducir a la formación de fincas anormales o sin concordancia con la realidad”.

La práctica jurídica suele considerar también como “privativos” todos los elementos físicos existentes *dentro de* cada piso o local siempre que cumplan con *el requisito esencial* de que “sirvan exclusivamente a su propietario” (**art. 3-II-a**) de la Ley de PH).

En cuanto a **la configuración de los “anejos” como elementos privativos**, parece que *la enumeración legal* –poniendo en relación el artículo 396.1 C.c. con los 3.1.a) y 5.1 LPH– de los mismos *es meramente enunciativa* (garajes, buhardillas, sótanos) y no implica un *numerus clausus*. En consecuencia, *para que sean “partes privativas” han de haber sido señalados expresamente como tales en el título constitutivo*.

(26) V. en *ACTAS del I SIMPOSIO...*, cit., p. 53.

En el título constitutivo deberán constar necesariamente *—a los efectos de la inscripción en el Registro de la Propiedad—* todos aquellos *requisitos descriptivos* de los pisos o locales exigidos en la LH y su Reglamento y sus reformas últimas, *con las referencias mínimas que siguen:*

“La extensión, linderos, planta de ubicación, anejos y número correlativo, destacando en esta materia las siguientes particularidades: la de ser conveniente expresar la superficie útil y la edificada, especificando la que pueda corresponder a patios y terrazas, con indicación de su pertenencia al piso o local por vía de propiedad o de simple uso exclusivo; la de ofrecer más ventajas —por su invariabilidad— la indicación de los linderos tomando como base la fachada del edificio, aunque también es frecuente su determinación a partir de la puerta del piso o local; las características de los anejos como espacios delimitados separados del piso o local, situados en la misma finca registral, sin atribución de cuota y descritos de forma genérica suficiente para su identificación; y el número correlativo de las partes privativas, cuya necesidad se discute, aunque la coincidencia es unánime a la hora de considerarlo como superfluo, poco práctico y origen de complicaciones, mayormente incrementadas, sin utilidad alguna, cuando surge la necesidad de numerar los nuevos pisos o locales que pueden resultar de la segregación y división de los originarios” (27).

311

C. Presupuestos formales.

En este lugar procedo a *la distinción* entre los posibles supuestos de PH en consideración a la forma de producirse, y a la nota caracterizadora de la “forma” en la PH.

1. *Supuestos posibles de PH (según la forma).*

La doctrina civilista reciente (E. GÓMEZ CALLE) ha estudiado con atención este punto, partiendo del **presupuesto** del *otorgamiento del título constitutivo de la PH —y de su significado— en los distintos supuestos* y llegando a la delimi-

(27) V. *op. cit.*, p. 53.

tación conceptual de la distinción de una serie de *grados de constitución* del régimen de la PH (28). Veamos su tesis.

E. GÓMEZ CALLE entiende que “*la LPH está pensada para regir las relaciones entre los diversos propietarios de los pisos o locales de un edificio; desde el momento en que surgen estas relaciones, una gran cantidad de preceptos rectores de la PH entran en juego; y, finalmente, para que aquéllas surjan, la Ley no exige ningún requisito formal especial ni ninguna declaración de voluntad expresa de constitución del régimen. Así pues, la constitución de la PH se produce, a nuestro entender, desde que existen al menos dos objetos de propiedad diferentes en el edificio*” (29).

Tomando como base *estos puntos de partida* precitados la autora señala *estos tipos o grados de constitución de la PH*:

1.º *Formal o preventiva*:

— En edificio “construido”: otorgamiento del título constitutivo por el propietario único del edificio.

— En edificio “aún no terminado”: otorgamiento del título constitutivo, o bien por el propietario único del edificio, o bien por los varios propietarios del edificio.

2.º *Real*:

— Caso de *transmisión* de la propiedad de un piso o local *sin* haberse otorgado previamente el título constitutivo. (Lo “constitutivo” —dice— no es aquí el documento a que se refiere el art. 5 LPH, sino el mecanismo en virtud del cual se opera la transmisión de la propiedad: venta, división de cosa común, etc.).

3.º *Plena*:

— Caso de *coincidencia* de constitución “real” (por la concurrencia de varios propietarios de departamentos independientes) y de constitución “formal” (por el otorgamiento del título).

(28) V. *op. cit.*, pp. 1572 y ss.

(29) V. *op. cit.*, p. 1572 (subrayados míos: J. C. G.).

2. Carácter de la "forma" en la PH.

Los requisitos del título en esta materia vienen determinados por los artículos 5.º de la Ley de Propiedad Horizontal y 8.4.º de la Ley Hipotecaria, *planteándose como cuestión más importante la del carácter formal de la propiedad horizontal*, en el sentido de ser esencial o no para la constitución de su régimen el título notarial y su inscripción en el Registro de la Propiedad. En el I SIMPOSIO SOBRE PROPIEDAD HORIZONTAL (VALENCIA, OCTUBRE 1972) se estudió este tema por la QUINTA COMISIÓN, *y como conclusiones de su dictamen la precitada comisión expuso como suyo el criterio siguiente:*

"El criterio general, sostenido por la doctrina, de que el principio de libertad de forma característico de nuestro Derecho es aplicable también a la propiedad horizontal, que podrá constituirse como consecuencia de ciertos actos y mediante el simple consentimiento manifestado verbalmente o por escrito, bien en documento privado o en escritura pública. Pero de las deliberaciones del Simposio sobre este punto quizá pueda llegarse a una mayor precisión, distinguiendo la situación, el contrato y el régimen de propiedad horizontal. Aquella situación nace de un acto jurídico que tiene como consecuencia la plural titularidad separada sobre distintos pisos o locales de un edificio, con el consiguiente condominio sobre sus elementos comunes; el contrato de propiedad horizontal nace de un negocio entre las partes dirigido a crear unas obligaciones que se desenvuelven dentro del marco de la institución, cuya reglamentación legal se acepta como subsidiaria o se modifica convencionalmente —dentro de los cauces no prohibidos por la Ley—; y el título notarial inscrito en el Registro de la Propiedad tiene carácter constitutivo del régimen jurídico concreto de la propiedad horizontal a cuyo establecimiento provee. Como consecuencias, la situación de propiedad horizontal nacida de acto jurídico —venta de algún piso de los que integran un edificio— no creará otras obligaciones que las del acto jurídico realizado, sin más implicaciones en el campo de la propiedad horizontal, en el caso de simple venta, que la recíproca facultad de compelerse los distintos propietarios al otorgamiento del título constitutivo de la propiedad horizontal existente de hecho, pero sólo entre los interesados y sin que produzca efectos respecto de terceros ni en cuanto a la fe pública hipotecaria, puesto que tal situación por sí sola no podría tener acceso al Registro de la Propiedad ni presen-

taría particularidad alguna en orden a los actos de disposición y gravamen; y, aunque se regiría por las normas de la propiedad horizontal, éstas le serían aplicables como disposiciones jurídicas de carácter general, no como régimen específico de la institución y, probablemente, mediante la inevitable intervención judicial. *Un paso más lo constituye el contrato de propiedad horizontal*, que ya engendra entre las partes obligaciones propias del negocio jurídico convenido, pero sin afectar a terceros ni gozar tampoco del amparo de la fe pública, de tal modo que los copropietarios de un edificio que prestan sin más su consentimiento para extinguir la comunidad mediante la adjudicación de sus diferentes pisos o locales, no podrán disponer cada uno de ellos de su piso o gravarlo o ser susceptible de embargo como propiedad separada, sino que aparecerá frente a los terceros como titular de una participación indivisa sobre el edificio en cuestión; y aunque sea obligatorio entre los contratantes el funcionamiento del inmueble en propiedad horizontal (juntas, órganos comunitarios, gastos generales, etc.), es, por lo menos, discutible el que tales relaciones internas afecten a terceros o produzcan frente a ellos los efectos –activos y pasivos– de la legitimación comunitaria. Y, finalmente, *la propiedad horizontal establecida mediante título notarial inscrito en el Registro de la Propiedad* produce la plena constitución de su régimen legal, configurando con trascendencia real su especial objeto de derecho, dando el carácter de colectividad organizada y legitimadora a la comunidad de propietarios y, en fin, lanzando al tráfico jurídico con efectos *erga omnes* un nuevo elemento de relaciones objetivas y subjetivas entre los hombres” (30).

VI. De las modalidades de constitución de la PH (*quo modo*)

1. En orden a las modalidades o formas posibles de originarse la PH, **ningún precepto del articulado de la LPH** contiene referencia alguna al momento de su originación al mundo del Derecho, y *tan sólo un precepto de la Ley 49/1960 que modifica el artículo 401 C.c. al que añade un párrafo 2.º* (constitución del régimen de PH por *conversión* al mismo de una previa comunidad romana o por cuotas) alude a este punto (31).

(30) V. *op. cit.*, pp. 55-56 (subrayados míos: J. C. G.).

(31) V. *Comentarios...*, ALBALADEJO, cit., pp. 206, y 212 y ss.

Entiende, en consecuencia, FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO que **el punto de partida** es el hecho o dato fáctico-jurídico de hallarnos ante un verdadero y propio **derecho real** —cualquiera que fuere la configuración jurídica dada a la PH— al que, en principio, deben aplicarse *las normas generales* en orden al nacimiento y adquisición de tales derechos. En su opinión, para que se produzca *el nacimiento* de un “derecho real” es preciso que concurren *los requisitos previos mínimos* necesarios a los que nuestro ordenamiento jurídico condiciona el que surja la PH: a ellos —en su opinión— me he referido anteriormente.

Del tema de *si el nacimiento y la adquisición de la PH pueden ser o no coincidentes*, me he ocupado anteriormente al examinar *los distintos supuestos fácticos posibles*.

2. Dejando aparte los escasos *supuestos de adquisición originaria de la PH* (v. gr., reunión de varios particulares para construir un edificio, con reserva cada uno de ellos de un piso o local, y el típico supuesto de conversión derivado del art. 401, p-2.º C.c.) que precisaría, además, una conexión casual con la cotitularidad preexistente sobre el solar edificable o construir, los supuestos más comunes suelen ser los de *adquisiciones derivativas*.

Entiende FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO que nos hallamos ante una adquisición **derivativa** cuando, comenzada la construcción del edificio y nacida la PH por concurrir todos los requisitos legales necesarios para ello, los distintos pisos y locales son objeto de transmisión separada.

Manifestaciones típicas de adquisiciones derivativas pueden surgir a consecuencia del *diferente carácter del título transmisorio*, esto es, bien mortis causa bien inter vivos.

3. *Supuestos de títulos sucesorios.*

Entre los posibles supuestos sucesorios, se examinaron en el I SIMPOSIO SOBRE PROPIEDAD HORIZONTAL (VALENCIA, 1972), por la V COMISIÓN en su respectiva ponencia los siguientes:

“los de plena constitución formal y material, propiedad horizontal realmente completa aunque formalmente imperfecta y supuestos de adjudicación parcial sin constitución del régimen. En el primer caso, tan excepcional como las particiones perfectas formalizadas en testamento, éste deviene en título constitutivo de la propiedad horizontal, plenamente inscribible, bien por sí o a través de la correspondiente manifestación o partición de herencia. En el segundo caso, cuando se adjudican todos los pisos o locales de un edificio sin incluirse en el testamento la formal constitución del régimen, éste deberá completarse mediante la intervención de los contadores-partidores, si los hubiere, o de los herederos; y en el tercer caso, con igual intervención de contadores o herederos, será inexcusable la constitución del edificio en régimen de propiedad horizontal, puesto que la Ley no admite la existencia fáctica de hipótesis mixtas en las que parte de un edificio se halle en propiedad ordinaria y otra parte en propiedad horizontal. La Ponencia examina en este punto, y con relación a los dos últimos supuestos, la posibilidad de discriminación entre herederos y legatarios, en el sentido de si será suficiente la voluntad de los primeros —como continuadores de la voluntad del causante— para establecer el régimen de propiedad horizontal, o de si será necesario el consentimiento de los legatarios, inclinándose por esta última solución, puesto que en materia de propiedad horizontal carece de trascendencia la modalidad universal o singular del título adquisitivo sucesorio, ya que el factor trascendente viene determinado por la titularidad del piso o local, y el legatario de cosa específica y determinada —el piso o local— adquiere su propiedad desde el mismo momento de la muerte del testador (art. 882 del Código Civil)” (32).

4. *Supuestos de títulos inter vivos.*

Me he referido precedentemente a alguno de estos casos al presentar *ejemplos de supuestos fácticos*. Una precisión mayor es la que introdujo *en sus conclusiones* el “I SIMPOSIO SOBRE PH” en Valencia (1972), cuando expuso como *sus formas más importantes* las que siguen:

“Las de constitución unilateral por el propietario único del edificio, la extinción de condominio mediante la adjudicación a los comuneros de partes privativas en propiedad horizontal y la de construcción de un edificio bajo tal régimen, sin interferencia alguna de situación en proindiviso.

(32) V. *op. cit.*, pp. 44-45 (subrayados míos: J. C. G.).

El primero de los supuestos surge cuando el propietario de un solar y constructor único del edificio que levanta sobre el mismo, declara la obra nueva y, simultáneamente o con posterioridad, lo constituye en régimen de propiedad horizontal; supone la hipótesis normal según la exposición de motivos de la Ley del 60, confirmada por la práctica corriente de las personas físicas o jurídicas que se dedican a la construcción de edificios para su venta por pisos; y no plantea más cuestiones que las anteriormente aludidas al tratar de la constitución unilateral de la propiedad horizontal y la de ciertas tendencias sociales y jurídicas que preconizan algún modo de limitación de las facultades del propietario único en orden a la fijación de las cuotas de participación, pues aunque es cierto en términos generales, como pone de relieve la práctica notarial, que la actuación del promotor único se produce con absoluta y normal honestidad, bajo el control y asesoramiento notarial y con la supervisión de los organismos de crédito que financian la construcción y dan su aprobación a los coeficientes señalados por el promotor, también son ciertos algunos casos excepcionales de abuso, como los aportados a este Simposio por la Cámara Oficial de la Propiedad Urbana de Bilbao, consistentes en reservas de derecho sobre elementos comunes del edificio, totalmente incompatibles con el régimen de propiedad horizontal.

*La segunda hipótesis se produce cuando el régimen objeto de nuestro estudio se deriva de la extinción del condominio sobre un edificio, conforme al último párrafo del artículo 402 -sic- (**debe entenderse el 401**) del Código Civil, introducido por la reforma del 60. Prescindiendo de la trascendencia novatoria de esta forma de nacimiento de la propiedad horizontal, que por la Cuarta Comisión del Simposio se contempla con grandes reservas en cuanto a su virtualidad para convertir una situación de titularidad proindivisa en un conjunto de titularidades de propiedad individual, para la V Ponencia, que ahora expone sus estudios, este supuesto de propiedad horizontal por división del condominio requiere la concurrencia de los requisitos fundamentales, consistentes en que las características del edificio permitan la separación de sus partes privativas sin obras de importancia ni excesivas compensaciones en metálico cuando las propiedades separadas no sean equivalentes, y que medie el consentimiento de todos los comuneros o la oportuna resolución judicial cuando esta especial forma de extinguirse el condominio se solicite tan sólo por algunos o uno solo de los copropietarios.-...=*

El tercer supuesto consiste en la construcción de un edificio por quienes van a ser dueños de sus pisos y locales, y admite dos variantes: la declaración de obra nueva a título de proindiviso, con la correspondiente extinción de la comunidad y adjudicación a cada condómino de su parte correspondiente en propiedad separada, o la

fórmula íntegramente horizontal, en el sentido de que no hay situación intermedia de proindivisión, sino que cada comunero contribuye a la construcción de su propio piso o local dentro de un régimen de propiedad horizontal existente ya durante la edificación, *aunque la formalización del título constitutivo tiene lugar a la terminación de la obra –o bien durante su construcción–*, juntamente con la correspondiente declaración de obra nueva terminada o en construcción. *Este último sistema viene calificándose en algunas escrituras de **comunidad germánica**, cuando su verdadero apellido*, tanto por no responder a la naturaleza de la propiedad en mancomún como por la región en que tuvo su origen práctico, *debiera de ser el de **“comunidad valenciana”**, y tiene dos principales ventajas: la primera, de carácter práctico y con fundamento en la realidad social, consiste en que en este tipo de propiedad horizontal sobre un edificio construido por los autopromotores a quienes han de pertenecer los pisos o locales, éstos se consideran desde un principio dueños de su respectiva propiedad separada, como si por cada uno de ellos se construyera su propio piso y local, y entre todos, los elementos comunes del inmueble; y la segunda, de carácter fiscal, eliminando un concepto liquidable, en realidad inexistente, al suprimir la situación intermedia de proindivisión, aunque el número 2 del artículo 27 de la Ley de Reforma Tributaria enervó esta configuración fiscal de la propiedad horizontal, al sujetar la adjudicación de pisos bajo tal régimen como extinción de comunidad y por el tipo de disolución de sociedad, cuando lo cierto es que en la voluntad de las comunidades de construcción en propiedad horizontal no se contempla ninguna situación de proindiviso, ni siquiera sobre el solar inicial, que desde el principio se adquiere como un elemento común del inmueble”* (33).

VII. De las dimensiones del título constitutivo

Analizo en este lugar los distintos perfiles *estático (estructura)* y *dinámico (funcionamiento)* de nuestro tema, en la forma que sigue, muy esquemáticamente.

(33) V. *op. cit.*, pp. 45-46 (subrayados míos: J. C. G.).

A. Dimensión estructural.

A la **estructura** de una cosa concreta podemos referirnos en un doble sentido: uno, referido al **cómo es** (estructura *interna* o propiamente dicha); el otro, referido al **cómo se origina o produce** (estructura *externa*, u origen).

A lo largo de esta exposición, en sus variados *aspectos*, me he referido incidentalmente y con cierta asiduidad a los *variados supuestos de originación/nacimiento de la PH* y de sus correspondientes títulos constitutivos. Aquí, en este lugar, parece que lo que corresponde es la alusión a la **estructura interna (o propiamente dicha)**, esto es, **cómo es o en qué consiste** eso que se ha dado en llamar “título constitutivo” de la PH. A ello me refiero seguidamente.

1. Naturaleza del título constitutivo.

1. Desde el punto de vista de los autores franceses **defensores del “estructuralismo jurídico” como A. J. ARNAUD** (34), se parte de la *premisa fundamental* de que el funcionamiento del Derecho Burgués descansa en un sistema de juego y de “posturas” de jugadores, de que *los modos de adquisición de la propiedad* pueden clasificarse según el tipo de relación (simétrica/antisimétrica, reflexividad, transitividad) entre jugadores, y de que existen *tres clases de objetos* (personas, bienes, servicios) que pueden ser en abstracto objeto de “intercambios” jurídicos.

En la aplicación típicamente “estructuralista” a nuestro tema –y a la PH como institución–, cabe apuntar que ARNAUD considera que *los inmuebles “per se”* van siempre ligados a una *inserción local dentro* de un territorio determinado, lo cual, a su vez, es condicionante de la adhesión del

(34) V. ARNAUD, A. J., *Essai d'analyse structurale du Code Civil Français (La règle du jeu dans la paix bourgeoise)*, ed. de LGDJ, París, 1973, pp. 50 y ss., 80 y ss. y 143 y ss.

individuo a un grupo social concreto: para el grupo reviste una importancia enorme *la fijación de los individuos* que lo componen, y de ahí que se considere –siempre en esta línea “estructuralista” de ARNAUD– que de *aquel que está fijado sobre la tierra* no cabe temer –sin que el grupo pueda inmediatamente reaccionar– que proceda a un acto susceptible de romper la “cadena comunicatoria” (de los juegos, se sobreentiende). Hay, en consecuencia, una implicación recíproca total entre *la inserción social y el inmueble*.

En la conexión de *tales ideas sobre los bienes* con la potencialidad del “juego” y de las “posturas” en el mismo, ARNAUD considera que –*de entre los “derechos sobre las cosas”*– **el derecho de propiedad** implica la relación más simple y directa del hombre con la cosa: basta que exista *una relación del bien* con respecto a aquel a quien pertenece (35).

320

Estas ideas son –a mi entender– extrapolables a la noción de PH, y a nuestro tema. Las reflexiones consiguientes las dejo al buen criterio del lector oyente.

2. Desde una posición distinta, la típica entre nosotros del *positivismo jurídico*, se ha debatido ampliamente entre los autores la delimitación o determinación conceptual de **qué cosa sea** eso que la LEY 49/1960 de PH denomina el “título constitutivo” de la misma.

Para E. GÓMEZ CALLE, “Ningún precepto de la LPH afronta directa y claramente la cuestión de la constitución del régimen de PH... Es más, para una vez que se utiliza el término de «constitutivo» referido a un «título» (art. 5), parece que no se hace de forma totalmente precisa ... *El tema ha de construirse, pues, a partir de las pautas que brinda la Ley y su interpretación jurisprudencial*” –sic– (36). Para

(35) V. *op. cit.*, pp. 87 y 89.

(36) V. *op. cit.*, pp. 1534 y ss. (**subrayados míos: J. C. G.**).

Sorprendentemente, la autora descarta de antemano *la rica fuente de los protocolos notariales* que, sin duda, le suministrarían toda clase de datos para la investigación.

la autora, el denominado “título constitutivo” en el artículo 5 LPH no es realmente constitutivo, si bien su otorgamiento supedita la plena eficacia del régimen de PH. *Para determinar la trascendencia del título constitutivo, la autora —como vimos— distingue varias situaciones*, según que el otorgamiento del título fuere efectuado cuando ya existen los presupuestos de hecho de la PH, que lo haga el propietario único del edificio o que se efectúe cuando el edificio y el solar pertenecen proindiviso a varias personas:

— *Si existen los presupuestos de hecho de la PH*: la autora, siguiendo al sector mayoritario de la doctrina, niega el carácter esencial del título aunque reconoce la necesidad de su otorgamiento para que el régimen de la PH resulte plenamente efectivo. Lo que da vida a la PH no es tal documento, sino las circunstancias que refleja. Para la adquisición de la propiedad de pisos o locales sigue rigiendo el sistema español básico centrado en la teoría del título y el modo de adquisición de los derechos reales.

— *Si lo otorga el propietario único del edificio* (como **acto previo** a la concurrencia de los requisitos de hecho): sigue a la doctrina mayoritaria, que reconoce que el régimen de la PH *queda formalmente constituido* desde el otorgamiento del título *pero no entra en funcionamiento* en tanto en cuanto no se complete el supuesto de hecho (esto es, *la transmisión de la propiedad* de uno o varios pisos o locales). En tales casos entiende que el “título” viene a ser a modo de un “acto preparatorio” o un “trámite de las futuras enajenaciones”.

— *Si lo otorga la pluralidad de titulares proindiviso del solar y edificio*: apoyándose en las numerosas decisiones jurisprudenciales, entiende seguir la línea doctrinal dominante que *relativiza* la importancia del “título constitutivo” en el nacimiento de la PH cuando ya concurren los presupuestos fácticos de la misma. *En una consideración final* afirma la autora que “lo que queda fuera de duda es la innecesariedad de la inscripción del título constitutivo en el Registro de la Propiedad para el nacimiento de la PH”... (37) —sic— (!).

Para M. FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, es patente que el legislador no ha determinado ni expresa ni tácitamente **qué**

(37) V. *op. cit.*, p. 1542.

es el “título constitutivo” y que –en su opinión– se trata de uno de los requisitos o presupuestos básicos de la existencia del régimen de la PH. A su juicio, el “título constitutivo” presenta los siguientes *caracteres*:

1.º Es un documento (puede ser público o privado: pero para acceder al Registro de la Propiedad, conforme al art. 3 LH, el título ha de ser un “documento auténtico”).

2.º Es un documento por el cual se constituye el régimen de propiedad horizontal (*conditio iuris* de la PH).

3.º Es un documento en el que se han de contener los supuestos de hecho constitutivos de la PH (art. 5.I LPH y arts. 8,4.II y III y 9 de la Ley Hipotecaria).

4.º Es un documento en el que pueden contenerse reglas de constitución y ejercicio del derecho de PH (38).

Distingue FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO entre *un concepto amplio y uno estricto* del “título constitutivo”: considerado *en un sentido estricto* es “aquel documento en el cual han de hacerse constar necesariamente los supuestos de hecho que sirven de base para la constitución del régimen jurídico de la propiedad horizontal”; y *en un sentido amplio* lo define como “aquel documento por virtud del cual se constituye la propiedad horizontal, y en el que ha de hacerse constar necesariamente la descripción del inmueble en su conjunto, así como la de sus pisos o locales independientes y la cuota de participación en los gastos y beneficios, pudiendo contener también las reglas relativas a la constitución y ejercicio del derecho y demás disposiciones no prohibidas por la Ley, en orden al uso y destino del edificio y de sus diferentes pisos o locales”.

Finalmente, y desde mi perspectiva típica notarial –que es la que he recibido– uno no puede sino suscribir la *noción* de “título constitutivo” esbozada en su día por M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, en el sentido de que se trata de “el acto o declaración expresa, por el cual el propietario o propieta-

(38) V. *Comentarios...*, ALBALADEJO, cit., pp. 201 y ss.

rios del inmueble (esté construido o simplemente definido) adscriben éste al régimen de PH y proceden a la determinación y descripción del edificio, de sus diferentes departamentos, fijando y estableciendo las cuotas de participación y, en su caso, los estatutos o reglas que han de regir la comunidad si, dentro de los límites de tolerancia legal, desean en alguna medida completar, modalizar o modificar el régimen previsto por la Ley” (39).

3. *La naturaleza del “título constitutivo”, examinada en su aspecto jurídico material* a través de todas las argumentaciones posibles por el I SIMPOSIO SOBRE PH (VALENCIA, 1972), fue reconducida al campo de la trascendencia dispositiva o administrativa de los actos jurídicos. Se propuso añadir a la triple distinción de actos (de administración ordinaria, de administración plena y de disposición) un cuarto término —el de *actos neutros*— dentro del cual, al modo de los contratos “atípicos” figuraría el de constitución de la PH. El sector notarialista, atendiendo a la sustancia misma de la voluntad constitutiva, la calificó de “**negocio jurídico**, consistente en una declaración de voluntad caracterizada por una finalidad de producir un específico efecto jurídico, que afecta al dominio y a la estructura de su objeto, pero que no cabe dentro del concepto clásico de los negocios de enajenación o gravamen”; sin aceptar el carácter de “administración” ni el de “disposición” (porque carece de efectos traslativos), como en definitiva el “título constitutivo” **modifica** el régimen del dominio y **vincula** el desenvolvimiento jurídico de su objeto, acaba entendiendo la COMISIÓN que estudió este punto que tiene la naturaleza de un “negocio de disposición de efectos configurativos”, con una cierta semejanza con los actos de modificación de entidades hipotecarias pero con una mayor trascendencia porque no se limita tan sólo a la determinación física de un mero objeto de derecho sino que

(39) V. CÁMARA, M. de la, “Insuficiencia normativa ...”, citada, pp. 75 y ss.

tal determinación lleva consigo unos efectos que exceden de los que se refieren al simple uso, conservación y disfrute de la cosa (40).

2. Elementos esenciales “naturales” del título.

Me refiero seguidamente a aquellos elementos que **necesariamente** deben figurar en el “título constitutivo” y que, en tal sentido, suelen acompañar *naturalmente* a su otorgamiento. Mi exposición es *coincidente, por lo demás, con la doctrina mayoritaria entre nosotros* (41) y **—por supuesto— con la práctica notarial habitual**. Examino así aquí: los presupuestos “reales”, la cuota de participación y el dato económico-fiscal.

a) Los presupuestos “reales”.

324

Me he referido anteriormente al edificio en su conjunto, a los elementos comunes y a las partes privativas. A la exposición previa, por consiguiente, me remito.

b) La CUOTA de participación.

Dispone el artículo 3, párrafo 2.º LPH.

“Artículo 3.º ... A cada piso o local se atribuirá una cuota de participación con relación al total del valor del inmueble y referida a centésimas del mismo. Dicha cuota servirá de módulo para determinar la participación en las cargas y beneficios por razón de la comunidad. Las mejoras o menoscabos de cada piso o local no alterarán la cuota atribuida, que sólo podrá variarse por acuerdo unánime”.

A su vez, el ya transcrito artículo 5, párrafo 2.º LPH dice:

(40) V. I SIMPOSIO..., ACTAS, p. 47 (subrayados míos: J. C. G.).

(41) V., en tal sentido, FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, en *Comentarios...*, ALBALA-DEJO, cit., pp. 205 y ss.

“Artículo 5.º ... En el mismo título se fijará la cuota de participación que corresponde a cada piso o local, determinada por el propietario único del edificio al iniciar su venta por pisos, por acuerdo de todos los propietarios existentes, por laudo o por resolución judicial. Para su fijación se tomará como base la superficie útil de cada piso o local en relación con el total del inmueble, su emplazamiento interior o exterior, su situación y el uso que se presuma racionalmente que va a efectuarse de los servicios o elementos comunes”.

Entiende C. LASARTE (42) que **“la «cuota» constituye un punto modular del régimen de la PH**, ya que, conforme a ella, se determinará «la participación en las cargas y beneficios por razón de la comunidad» (art. 3.2. segundo inciso) ...= Igualmente, la cuota ha de ser tenida en cuenta en la adopción de acuerdos en la Junta de Propietarios, ya que la mayoría no es sólo de personas (número de propietarios), las cuales han de representar al mismo tiempo *la mayoría de cuotas de participación*”.

325

Los autores se dedican a analizar *los variados aspectos o perfiles de esta “cuota”*, aspectos que paso a concretar como sigue:

— **QUÉ ES:**

La delimitación conceptual de **qué cosa sea** esta llamada “cuota” por la LPH hace que FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO la considere como “una entidad jurídico-económica, representativa de una fracción aritmética, que constituye el símbolo de la participación en los beneficios y cargas derivadas del régimen de la propiedad horizontal” (43).

Las conclusiones del I Simposio sobre PH (Valencia 1972) no participan del criterio doctrinal dominante en el sentido de considerar a la cuota *bajo la nota predominante* de un mero módulo proporcional del valor del piso en el conjunto

(42) V. *op. cit.*, pp. 206 y ss.

(43) V. *Comentarios...*, ALBALADEJO, cit. p. 189.

del edificio, *extrayendo este único significado de las palabras de la Exposición de Motivos de la LPH*. Entendió la COMISIÓN correspondiente precitada que **“la función de la cuota es plural**, tanto como módulo de participación de los propietarios en los gastos y cargas comunes, y en los resultados (y **no “beneficios”**, como dice la LPH) económicos por razón de la comunidad, como es también coeficiente de participación en el condominio sobre los elementos comunes, ya que la idea de copropiedad lleva implícita la de cuota y no es concebible una proindivisión sin que conste la proporción en que la cosa común pertenece a los condueños. Así viene a reconocerse *el significado múltiple de la cuota* por diversas Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado”, *recogiendo en varias de tales resoluciones las diversas aplicaciones de la cuota* al declarar que “se refiere indistintamente a la participación de los propietarios en gastos y cargas, en el total valor del inmueble y en los elementos comunes” (44).

— QUIÉN LA FIJA.

Taxativamente lo marca la Ley (**art. 5, párr. 2.º**): el propietario único, el acuerdo de los propietarios existentes, el laudo arbitral y la resolución judicial.

Esta *fijación por el propietario único del edificio* plantea el problema de si podría o no efectuarse no sólo antes de comenzada la venta de los pisos o locales, sino también antes de comenzada la construcción del inmueble: contesta afirmativamente FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, ya que es entonces cuando pueden conocerse los elementos que sirven precisamente para su fijación y son citados en ese párrafo.

Para la COMISIÓN que estudió el tema en el *I SIMPOSIO SOBRE PH (Valencia, 1972)*, este tema de la fijación es una de las cuestiones que ha planteado mayores contradicciones,

(44) Así, en las Actas del citado SIMPOSIO: v. pp. 54 y ss. (subrayados míos: J. C. G.).

sobre todo *en la vertiente convencional* (propietario único, acuerdo de los copropietarios), y **plantea desde el derecho constituyente** la posibilidad de *llegar a una solución práctica* sobre la base de modalizar aquellas dos formas de fijación convencional: en el sentido de conceder primacía a la voluntad mayoritaria de los propietarios sustituyendo la unanimidad por *quórum* reforzados de constitución y decisión, y de dar carácter *provisional* a las cuotas fijadas por el propietario único subordinando su firmeza a la aprobación mayoritaria de los propietarios precitada, con rápido y sencillo procedimiento de impugnación ante los tribunales (lo cual dejaría esta materia sometida al arbitrio judicial *como fundamento* y no como operación aritmética) (45).

— **CÓMO SE FIJA.**

El mismo **artículo 5, párrafo 2 LPH** establece *el criterio objetivo* de que habrá de tomarse como base la superficie útil de cada piso o local y también la previa determinación de su valor.

La doctrina más autorizada (FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO) (46) entiende que los **criterios** para la fijación pueden ser esquematizados como sigue:

.. La cuota vendrá referida *necesariamente a centésimas*.

.. Su fijación se hará *tomando como base* la superficie útil de cada piso o local.

.. La superficie útil *se pondrá en relación* a tales efectos con el total del inmueble, emplazamiento interior o exterior del piso o local, situación del mismo y uso que racionalmente se presuma vaya a efectuarse de los servicios y elementos comunes.

.. A estas reglas *quedan sometidos* todos aquellos que sean encargados de su fijación.

.. Si *el valor fijado* no se ajusta a tales normas previas, podrá interesarse su modificación por los perjudicados.

(45) V. *op. cit.* en nota 44 precedente; pp. 54-55 (subrayados míos: J. C. G.).

(46) V. *op. cit.* en nota 43 precedente; pp. 216 y ss.

El valor asignado inicialmente a cada piso o local no es inmutable, pudiendo en el futuro ser objeto de cambios y reajustes.

El valor fijado no tiene por qué ser ni el valor en venta, ni el valor en renta, ni el señalado al tiempo de la adquisición, ni el fijado antes de efectuarse ésta, sino que consiste —dice este autor— en “el (valor) que efectivamente corresponda según su superficie en relación con el total del valor del inmueble, su emplazamiento interior o exterior, situación y uso que racionalmente se presuma va a hacerse de los servicios y elementos comunes”.

Ahora bien, dado que *para la determinación de ese valor* son necesarios una serie de conocimientos técnicos, lo normal en la práctica es que la persona que deba efectuar esa fijación se asesore de personal técnico (arquitecto, aparejador ...) en la materia.

328

.. La fijación precisa *una operación matemática* cuyos factores están representados por el valor de cada piso o local, el valor total de los pisos o locales existentes en el inmueble, así como el valor absoluto del edificio.

.. El criterio que debe imperar en la fijación de la cuota es el de *la proporcionalidad*: tanto en orden a la cabida del piso o local en relación con la superficie total del inmueble (etc., etc.), como en orden al uso de los elementos y servicios comunes.

— EFECTOS DERIVADOS DE LA CUOTA (47).

La cuota ofrece *una doble vertiente*: la *pasiva u obligacional* (que se traduce en la necesidad de contribuir a los gastos comunes o generales), y la *activa* (derecho de participar en los beneficios que del régimen de PH puedan derivar).

En cuanto a *si es posible el derecho de disposición de la cuota*, no es posible disponer de ella (ni en la vertiente ac-

(47) V. op. cit. en nota 43 precedente: pp. 190 y ss.

tiva ni en la pasiva) por venir intrínsecamente unida tanto a la propiedad privativa como a la copropiedad. No tiene sentido sino **dentro del** régimen de la PH.

Diferente supuesto *es el caso de los actos de administración*, dado que parece que al no llevar consigo una verdadera disposición no cambian ni el ámbito ni los perfiles jurídicos del régimen de PH.

—MODIFICACIÓN DE LA CUOTA (48).

Entiende la doctrina más autorizada que el hecho de que las CUOTAS de participación hayan de ser objeto de **fijación** en el “título constitutivo” de la PH, no quiere decir que una vez establecidas las cuotas no puedan ser modificadas o alteradas o que —independientemente de lo fijado en el “título”— no se puedan contener o establecer normas complementarias *en los estatutos* en orden a la forma de establecer ciertos gastos comunes.

329

El primero de estos aspectos viene precisamente previsto en el **artículo 3 II. último inciso LPH**, a tenor del cual la cuota atribuida sólo podrá variarse por acuerdo unánime de la junta de propietarios.

El segundo de estos aspectos, referido a la posibilidad de complementar la forma de contribuir a ciertos gastos comunes en normas recogidas *en los estatutos*, lo desarrollo seguidamente.

c) *La referencia fiscal.*

No es punto objeto de reflexión por parte de autores o de tratadistas, aunque sí de obligada alusión por parte de los prácticos del Derecho, en general, y de los notarios, en particular.

Partiendo del **presupuesto** de que todo “documento” (sea público, sea privado) que contiene una obra nueva consti-

(48) V. *op. cit.* en nota 43 precedente: pp. 219 y ss.

tuida en régimen de propiedad horizontal *es un documento “de cuantía”*, fiscalmente **sujeto** a tributación –con las excepciones de la legislación de VPO, o de normativa urbanística en su caso–, y de que la liquidación del acto sujeto es siempre *previa* a la posterior entrada o acceso al Registro de la Propiedad, la praxis aconseja incluir en todo caso un dato o referencia económico, en el sentido de proceder a una valoración *inicial* (si el otorgante es el propietario único del edificio) o a una valoración *actual* (en los supuestos –escasos, raros– de una pluralidad de copropietarios, o en los casos muy frecuentes de permutas –o de cesión de suelo a cambio de vuelo–).

3. *Elementos accidentales del título.*

a) *Las normas “genéricas” en orden a la PH.*

En general, la doctrina (49) suele considerar que “podrán” formar parte del “título constitutivo”: las reglas de constitución y ejercicio de los derechos derivados de la PH (**art. 5-III**), y aquellas otras disposiciones no prohibidas por la Ley que afecten a la constitución y ejercicio de dichos derechos.

Tales reglas y disposiciones pueden y deben ir dirigidas también a regular el uso y destino del edificio y sus diferentes pisos o locales, así como sus instalaciones y servicios, administración, seguros, conservación y reparación, etc.

b) *Los elementos comunes “especiales”.*

Incluyo en este apartado aquellos elementos que **convencionalmente** (propietario único, pluralidad de copropietarios) se destinan al uso y servicio de la comunidad. Su enumeración puede ser amplísima, y queda así apuntada.

(49) V. *op. cit.* en nota 43 precedente: pp. 205 y ss.

c) *Los departamentos procomunales.*

La doctrina más autorizada –J. POVEDA DÍAZ (50)– considera –**en contra de la opinión sentada en el I SIMPOSIO SOBRE PH** (Valencia, 1972) de tratarse de *una figura intermedia* entre la unidad privativa y la pertenencia común, guardando cierta semejanza con los elementos comunes accidentales de los que se diferencia por la voluntad de los interesados y, en definitiva, por la necesaria fijación de cuota– como *notas típicas* de esta figura las siguientes:

1. Es un elemento común.

2. Es un elemento común accidental.

3. Es un elemento común que presta un servicio a la comunidad de propietarios: puede ser de uso o servicio total o parcial.

4. La copropiedad del elemento común **es –al igual que** la de los demás elementos comunes– **una copropiedad romana**: se diferencia de la copropiedad romana *ordinaria* en dos puntos, en la indivisibilidad y en la ausencia de los derechos de preferente adquisición. Viene a ser a modo de una titularidad *ob rem*.

5. La titularidad corresponde, en proindiviso, a los dueños de los elementos privativos en proporción a la cuota de participación de cada uno. Por lo tanto, no cabe transmitir separadamente de cada elemento privativo la cuota de participación en el elemento procomunal.

6. Cabe una “desafectación” del destino del elemento procomunal por decisión unánime de los copropietarios, lo que conllevará que el régimen pasará a ser el normal de todo elemento privativo.

(50) V. POVEDA DÍAZ, J., *Los elementos procomunales en la PH*, edición del CEH, imprenta San José, SA, Madrid, 1987, pp. 47 y ss., 58 y ss., 98 y ss., y 101 y ss.

d) *Los garajes.*

Tema éste al que la doctrina española, en especial la notarial (MONET ANTÓN, AZPITARTE CAMY) ha dedicado tan profundos e interesantes trabajos, que aquí no puedo sino indicar al curioso lector oyente que proceda a la inmersión en esa remisión sugerida (51).

La ubicación en este lugar del tema “garajes” obedece fundamentalmente a la *praxis insular habitual en las Pitiusas* consistente en configurar toda/s la/s planta/s de garaje **en forma de única entidad como elemento común de destino**, con un coeficiente de participación para cada espacio físico numerado, que da derecho al uso exclusivo y privativo de tal plaza de aparcamiento. No es esa mi manera de ver el tema, que en una mayoría de las veces me llega ya impuesto en el propio “título constitutivo” de la PH (*ajeno*, por supuesto, a mi modo de hacer).

332

Las posibilidades de configuración jurídica del tema garajes son tan numerosas, que a ello dedicó su espléndida *PO-NENCIA* mi querido amigo y maestro R. AZPITARTE CAMY, que analizaba allí las siguientes **variantes posibles**:

— El garaje lo forman varios locales configurados propiedades separadas e independientes de un edificio en PH.

— El garaje es un local de un edificio de PH del que son propietarios varias personas en condominio.

— El garaje es un elemento común de un edificio en PH.

(51) V. por todos:

MONET ANTÓN, F., *Los garajes en comunidad. Variantes de su tratamiento jurídico ante la Ley de Propiedad Horizontal*, publicaciones del Ilustre Colegio Notarial de Valencia, impr. Suc. de Vives Mora, Valencia, 1973.

AZPITARTE CAMY, R., “Los garajes en el título constitutivo de la propiedad horizontal”, *PO-NENCIA* para el ‘I Congreso Nacional del Notariado Español’ (Valencia, octubre 1978), publicada en el número 103, enero-marzo 1979, de la *Revista de Derecho Notarial*, ed. de Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Gráficas JCJ (Guadalajara), Madrid, octubre 1979, pp. 7 a 296.

— El garaje como conjunto de anejos de otros tantos departamentos de un edificio en PH.

— El garaje como anejo en proindivisión de departamentos en PH.

— El garaje es un departamento procomunal de un edificio en PH.

— El garaje ocupa todo el edificio, y éste está constituido en PH, con propiedades separadas e independientes.

— El garaje ocupa la totalidad de un edificio que se encuentra en situación de condominio.

— Uniones de garajes en otros tantos edificios.

— Unión de garajes en el mismo edificio.

— Agrupación de garajes de varios edificios.

e) *Las servidumbres del edificio (a favor/en contra).*

Es un conjunto de supuestos no muy habitual en nuestra práctica jurídica en las Pitiusas, pero que en las grandes ciudades suele encontrar diversas formas de manifestación.

Es, por tanto, conveniente consignarlas en el “título constitutivo”, a pesar del riesgo –previsible– de que encuentre en su camino “registral” algún obstáculo que dificulte su posterior inscripción como acto inscribible.

A estos supuestos se ha referido –no muy frecuentemente– parte de nuestra doctrina civilista moderna, a la que aquí remito. Así, entre otros, deben reseñarse los trabajos de J. BONET CORREA (52), J. MACHADO CARPENTER (53), SÁN-

(52) V. BONET CORREA, J., “La servidumbre en favor de edificio futuro y la adquisición de apartamentos en el edificio a construir”, en la *Revista de Derecho Notarial*, n.º 33-34, 1961, pp. 247 y ss.

(53) V. MACHADO CARPENTER, J., “Servidumbre en favor de edificio futuro y la adquisición de apartamentos en el edificio a construir”, **artículo** para el volumen colectivo, dirigido por A. de la Esperanza Martínez-Radio, titulado *Estudios de Derecho Privado*, vol. I, editorial Revista de Derecho privado, Gráficas González, Madrid, 1962, pp. 402 a 429, en especial 407-418.

CHEZ VELASCO (54), M. C. GÓMEZ LAPLAZA (55) y F. JORDANO FRAGA (56).

f) *La constitución de un derecho de "levante" (sobreedificación/aires).*

Aunque es un supuesto algo más frecuente en nuestra práctica jurídica de las Pitiusas, su plasmación documental es algo más compleja dada la inexcusable observancia de los preceptos en materia urbanística e hipotecaria.

A este supuesto se han referido con solvencia, y a ellos remito: DE LA CÁMARA y otros (57), J. SANAHUJA TOMÁS (58), y sobre todo V. FONT BOIX (59). Un buen resumen puede verse en la precitada obra de M. FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO (60).

B. Dimensión funcional (*quid effectus*).

Me refiero en este epígrafe a la vertiente **dinámica** del "título constitutivo", esto es, **en el aspecto de su funcionamiento** o efectos prácticos obtenidos. Es evidente que toda esta materia está en relación con todo lo que es la parte "orgánica" de la PH, cuyo régimen jurídico está incardinado en la actuación de la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS que actúa a través del PRESIDENTE de la JUNTA, y, a su vez, en

(54) V. SÁNCHEZ VELASCO, H., "Constitución de servidumbre en edificio a construir: su proyección registral", en *Revista de Derecho Notarial*, 1969, pp. 231 y ss.

(55) V. GÓMEZ LAPLAZA, M.^a C., "Las servidumbres establecidas en interés de los propietarios en la Ley de PH", en *RDP*, mayo, 1977, pp. 329 y ss.

(56) V. JORDANO FRAGA, J., "Prehorizontalidad y servidumbre de propietario", en la *Revista de Derecho Notarial*, n.º 113-114, 1981, pp. 123 y ss., en especial 192-224.

(57) V. CÁMARA ÁLVAREZ, M. de la, con GARRIDO CERDÁ, E., y SOTO BISQUERT, A., "Modalidades ...", citada, pp. 200 y ss.

(58) V. SANAHUJA, "En torno al vuelo de las fincas urbanas", en la *Revista Jurídica de Cataluña*, n.º 4, 1972, pp. 829 y ss.

(59) V. FONT BOIX, V., "El derecho de vuelo y el de superficie. Especial referencia a sus relaciones con la PH", en *Revista de Derecho Notarial*, 1967, pp. 7 y ss.

(60) V. *Comentarios...*, ALBALADEJO, cit., pp. 285-290.

gran medida, afecta a las interrelaciones de los copropietarios en extrema dependencia de la regulación de los derechos y obligaciones de los copropietarios. Dedicadas sendas PONENCIAS en esta "JORNADA MONOGRÁFICA" a tales cuestiones, me debo por elemental cortesía remitir a las exposiciones de mis compañeros PONENTES en este día.

En este lugar habría, por tanto, que analizar **diversos aspectos funcionales**, a saber: el relativo a la organización de la comunidad de propietarios, el de la interpretación de determinadas cláusulas reservadas en estatutos y el de la aplicación del Derecho por los tribunales. Así lo hago como sigue.

1. *La organización de la comunidad de propietarios.*

Remito, por lo dicho, a la PONENCIA respectiva.

2. *La interpretación del Derecho (reserva de facultades, etc.).*

Fundamentalmente se trata del **supuesto fáctico** consistente en que en los ESTATUTOS *se procede por el otorgante* del "título constitutivo" de la PH (tanto el propietario único, como la posible pluralidad de propietarios como comunidad constructora del mismo) *a la reserva estatutaria de facultades de modificación* —incluso, a veces, *de disposición*— *y de constitución de determinados derechos*, v. gr.: división de los locales en planta baja o subsuelo como propiedades separadas, configuración de atribuciones procomunales, derecho de sobreelevación —o de subedificación, en su caso—, etc. Todo ello *con la única finalidad* de modalizar o de excluir la futura intervención de la junta de propietarios. *En tales casos se plantea el tema de la posible validez y eficacia respecto del futuro ejercicio de los derechos reservados* —en relación con la intervención de la junta de propietarios— *especialmente en cuanto concierne a la modificación de las cuotas.*

En relación con estos temas, el I SIMPOSIO SOBRE PH (Valencia, 1972) hacía las siguientes consideraciones:

“La mayoría de los autores se inclinan por la validez de tales estipulaciones, fundamentalmente como reacción contra los inconvenientes de la unanimidad y, en su mayor parte, por razones de tipo práctico, aunque algunos autores, frente al posible alcance imperativo de la Ley de Propiedad Horizontal (arts. 5.º y 16, 1.º), acuden al expediente del apoderamiento expreso o tácito para orillar el obstáculo de la unanimidad. La Ponencia no comparte el sofisticado sistema de una representación —que se acepta por la Dirección General en alguna de sus resoluciones— mediante el otorgamiento de poderes por los apoderados que se aceptan por los poderdantes, y fundamenta su postura, favorable a las reservas estatutarias, en argumentos prácticos y jurídicos, por tratarse de supuestos que han aparecido en los usos jurídicos de la propiedad horizontal como una necesidad, y porque en la esfera del derecho conciernen tan sólo a una de las propiedades separadas, a elementos comunes de carácter accidental o a los llamados departamentos procomunales, que ni afectan a los verdaderos y esenciales elementos comunes ni a los otros pisos o locales, pudiendo ventilarse su conexión con la comunidad en cuanto a la fragmentación de una cuota que no altera la distribución general ni resulta onerosa para los restantes porcentajes, mediante la voluntad del propietario único o con la sola intervención mayoritaria de los propietarios. Por tanto, la Comisión considera admisible que el propietario único se reserve la facultad de subdividir sin más interferencias aquellos locales a los que se haya fijado ya una cuota general, distribuyendo ésta entre los resultantes de su fraccionamiento, así como la de reservarse el derecho de mayor elevación, concretando su desarrollo arquitectónico, fijando su cuota total y distribuyéndola después entre las propiedades separadas resultantes; como también es favorable su criterio respecto de análogas reservas a favor de la comunidad de propietarios, configurando el objeto de la reserva como parte privativa, elemento común convencional o departamento procomunal, con la diferencia, en el primer caso, de tratarse de una proindivisión romana con acción de división, y de ser necesaria la desafección comunitaria en el segundo y tercero, si bien, en este último, con la posible restricción de su titularidad y, en todos los casos, con el valor decisorio de la simple mayoría si así se hubiera pactado en el título constitutivo”.

Por su parte, la doctrina civilista reciente *ha aludido en especial al supuesto tan frecuente en la práctica de la reserva de la facultad de dividir o segregar departamentos sin autori-*

zación de la junta. Así, E. GÓMEZ CALLE (61), tras un pormenorizado examen de posiciones doctrinales y de decisiones jurisprudenciales, se muestra favorable a la *tesis admisi-va*, siempre que la reserva de tales facultades se ciña a los límites que señala para la autonomía de la voluntad del posible otorgante del “título constitutivo”: esto es, los límites generales del artículo 1.255 C.c. y los especiales derivados de la normativa especial *imperativa* del régimen de la propiedad horizontal de la LPH.

3. La aplicación del Derecho (sentencias de los tribunales).

Ante todo hay que partir de una premisa básica: una decisión jurisprudencial lo que hace es resolver un recurso, o sea, da solución al concreto caso práctico litigioso ante el juez planteado.

Me he referido a estos temas en otros lugares con alguna frecuencia y asiduidad, lo que hace que no quiera aquí y ahora ser reiterativo en las argumentaciones. Remito por tanto a mis “comentarios” sobre la jurisprudencia civil (62).

337

VIII. Del contenido del título constitutivo

En este epígrafe voy a aludir esquemáticamente a las posibles regulaciones en orden al contenido del “título”, a la regulación convencional por la vía de los pactos y a la posible modificación del contenido del “título”, en la forma que sigue.

(61) V. *op. cit.*, pp. 1564-1571.

(62) V. CERDÁ GIMENO, J., *ESTUDIOS SOBRE JURISPRUDENCIA CIVIL*, vol. I, CER, Madrid, 1992; y vol. II, CER, Madrid, 1993 —en especial, el capítulo introductorio de este último, y de él las pp. 22 a 37—; y *LA PROTECCIÓN DEL CRÉDITO EN LA JURISPRUDENCIA*, ed. Consejo General del Notariado, Madrid, 1995.

A. Regulaciones posibles.

En los supuestos prototípicos, normales, de la PH constituida mediante el “título” correspondiente, se habla por la doctrina de **contenido del “título”** para comprender aquellas determinaciones que en el mismo figuran: o bien las prescripciones necesarias por imperativo de la disposición legal pertinente (LPH), o bien las estipulaciones que el/los interesados otorguen. Ese conjunto de prescripciones y/o estipulaciones incluidas en el “título constitutivo” que llamamos **“contenido”** comprende el conglomerado de obligaciones individuales y comunitarias, de derechos personales y reales y de organización y efectos de la PH constituida.

De lo cual se desprende la posibilidad de *una doble regulación*: legal y convencional.

338 — **Regulación legal.** Está —como vimos— prevista en el **artículo 5 LPH**, antes transcrito. De este precepto, **no modificado** en la reciente reforma por LEY 8/1999 de 6 de abril, *combinado con los nuevos artículos 12, 17 y 24.2 b)* introducidos en la reforma, se deduce que:

.. Son normas *imperativas*: artículo 5, párrafos 1.º, 2.º y 4.º, artículo 12, 17. 1.º, párrafos 1 y 2, y artículo 24.2.b).

.. Son normas *facultativas*: artículo 5, párrafo 3.º, artículo 6 y artículo 8, párrafo 1.

— **Regulación convencional.** La desarrollo aparte, seguidamente.

B. La vía de los pactos.

Ante todo, hay que partir de la **premisa** de que *la posibilidad de regulación convencional* es siempre *supletoria* y *facultativa*. La LPH presupone que la reglamentación de la PH en ella establecida es completa y desenvuelve un esquema institucional suficiente para la detallada regulación básica de la figura, a modo de una ordenación “ex novo” y de manera completa de la “propiedad por pisos”.

Consciente, por tanto, de esa prevista “supletoriedad” pacticia desarrollo los puntos siguientes:

1. *Los límites normales.*

He aludido a ellos al tratar anteriormente de las posibles “reservas” estatutarias. Son los previstos en el artículo 1.255 C.c. y en la reglamentación *imperativa* de la LPH.

2. *Las modalidades de pactos.*

No cabe aquí un desarrollo integral de este punto, por lo que remito a la obra de tratadistas generales y a los autores especializados.

Dentro de una perspectiva notarial esquemática, cabría aquí aludir a la distinción primaria entre pactos **atípicos** y pactos **típicos**.

339

— **PACTOS ATÍPICOS.**

Dentro de su enorme *variedad*, cabe citar como más importantes y usuales los siguientes:

- Atribuciones procomunales.
- Reserva de determinadas facultades (división, agrupación, ...).
- Constitución de derecho de sobredificación (“levante”).
- Constitución de derecho de superficie.

— **PACTOS TÍPICOS.**

Dentro de la práctica notarial habitual suele ser corriente una *identificación casi total* entre lo que son los elementos “**esenciales**” del título y **este tipo** de pactos. De ahí la distinción que sigue:

a) *Las determinaciones “esenciales”.*

Me remito, para evitar repeticiones, a lo expuesto en el apartado VII precedente en orden a la “dimensión estructu-

ral” del título. Viene esto a ser **-forma y fondo-** a modo de haz y envés de una hoja.

b) *Los estatutos.*

Materia ésta que ha dado origen a una muy amplia bibliografía, sobre todo por parte de la doctrina notarial. A ella, a sus autores —muchos de ellos, maestros míos— debo aquí obligadamente remitirme (63).

Una excelente panorámica de estos estatutos en M. FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO (64).

Aquí procedo a un breve resumen de *su problemática* como sigue.

— *Noción y naturaleza.*

340

Para F. MONET ANTÓN los ESTATUTOS entrañan *un supuesto de negocio jurídico* (derivado del dueño único del edificio o de la pluralidad de propietarios de pisos o locales), *unilateral o plurilateral* (según los casos), *de disposición y de carácter normativo, regulador o reglamentario* (por cuanto produce las normas que rigen las relaciones varias que entraña la PH, como una especie de fenómeno de auto-disciplina o auto-imposición de normas admisibles). Al tratarse de *un negocio normativo unitario* (**aparecen dispuestos como un todo, que entraña una normación jurídica constitutiva, complementadora o modificativa de la total relación de PH a la que afecta**), *como tal norma -lex rei-* configura de modo direc-

(63) V. MONET ANTÓN, F., “Estatutos de propiedad horizontal”, conferencia en la Academia Matritense del Notariado el 5 de febrero de 1957, ed. Instituto Editorial REUS, Madrid, 1961.

BARRENECHEA MARAVER, J. L., “Estatutos y ordenanzas de la PH. Juntas de condeños y actos de disposición sobre elementos comunes y privativos”, en *Estudios de Derecho Privado*, tomo I, citado, Madrid, 1962, pp. 367 y ss.

BRIOSO ESCOBAR, E. L., “Los estatutos, reglamentos y juntas de la PH”, en la *Revista de Derecho Notarial*, n.º 119, 1983, pp. 7 y ss.

(64) V. en su obra *Comentarios...*, ALBALADEJO, *op. cit.*, pp. 220 y ss.

to e inmediato el complejo jurídico que la PH entraña, **surtiendo sus efectos** como tal reglamentación objetiva en el sentido de provocar la vinculación de los mismos para todos los que con tal estructura se pongan en contacto, esto es, que obligan a todos los que sean propietarios de pisos y a sus sucesores, intervivos y mortis causa, onerosos y lucrativos, singulares y universales, y por el solo hecho de su adquisición (65).

Para M. FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO (66), *de la dicción del artículo 5-p.3.º LPH deduce* que los estatutos son “un conjunto de reglas plasmadas por escrito con fuerza de ley, establecidas de común acuerdo por todos los propietarios de un edificio sujeto al régimen de PH, para completar y desarrollar un ordenamiento legal en lo relativo a la constitución y ejercicio de sus respectivos derechos y obligaciones, adecuándolas a las exigencias y necesidades de los diversos casos y situaciones”. De esta *noción* deduce las principales *características*: tener carácter convencional; ser obligatorios para todos los titulares del régimen de PH; no poder contener disposiciones contrarias a la Ley PH.

341

— *Plasmación documental.*

Entiende M. FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO que el otorgamiento de los estatutos suele ser *con independencia* del “título constitutivo”, pudiendo incluso ser *posterior*, siendo frecuente en la práctica que sean otorgados bien por los promotores-vendedores de pisos o locales bien por las entidades oficiales en los supuestos de VPO. *Para el supuesto*, también frecuente de que el otorgamiento del “título constitutivo” y el de los estatutos fuere *simultáneo*, cree necesario que previamente sea requisito esencial que se haya consti-

(65) V. MONET ANTÓN, F., *op. cit. en nota 63 precedente*, pp. 31 y ss., espec. 32 y ss. y 36 y ss. (de la separata); subrayados míos (J. C. G.).

(66) V. *Comentarios...*, ALBALADEJO, *op. cit.*, pp. 220 y ss.

tuido el régimen de la PH (bien por el propietario único, bien por la pluralidad de copropietarios).

Una posición doctrinal muy reciente considera que “*la redacción y otorgamiento de los Estatutos* no es una tarea que deba afrontar el propietario del edificio antes de iniciar la venta de pisos o locales al propio tiempo que elabora el denominado título constitutivo. Esta disposición parece lógica puesto que, *al ser el objeto de tales Estatutos* regular y ordenar la confluencia cotidiana de las distintas facultades derivadas del dominio de una pluralidad de titulares sobre un mismo objeto, entre los cuales raramente se encuentra el propietario del edificio, parece normal que sean los sujetos afectados por la compleja situación jurídica los que, haciendo uso de su autonomía privada, pacten libremente el contenido de tales Estatutos, cuando se haya culminado el proceso de enajenación de los distintos pisos o locales. En tal momento podrán convenir los propietarios las reglas que deben constituir el Estatuto de su edificio. Este convenio deberá ser refrendado por el voto unánime de los propietarios.-...” (67).

Para M. FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO (68), partiendo de que en la Exposición de Motivos de la LPH se dice que “la Ley brinda una regulación que es suficiente por sí para constituir *en lo esencial* el sistema jurídico que preside y gobierna esta clase de relaciones. De ahí que *la formulación de estatutos no resultará indispensable*”, considera que *no es obligatorio* el otorgamiento de los estatutos. *Y en cuanto al punto de si tales estatutos deben o no formar parte del “título constitutivo”*, se inclina por la *negativa*: porque el artículo 5 LPH precitado habla de que “el título *podrá* contener ...”, lo que indica el carácter facultativo o permisivo, y por-

(67) V. PRATS ALBENTOSA, L., “La propiedad horizontal y la multipropiedad”, en *el volumen colectivo coordinado por LÓPEZ y LÓPEZ, A. M., y MONTÉS PENADÉS, V. L., titulado Derechos Reales y Derecho Inmobiliario Registral*, ediciones Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pp. 411 y ss., *en especial* 417 (subrayados míos: J. C. G.).

(68) V. *op. cit.* en nota 66, pp. 224 y ss.

que de las normas de la propia LPH (art. 16-1.º y DDTT) se desprende que título y estatutos pueden constar separadamente.

Denunciaba en su día F. MONET ANTÓN (69) la farisaica postura de quienes se escandalizaron —ciñéndose a moldes teóricos sin contacto con la realidad— ante la constatación del hecho de formar los estatutos un bloque unitario y normativo llamado a regular **toda** la problemática de las propiedades horizontales de un edificio concreto, y pretendieron —en su día, claro es— que los estatutos regían solamente para la reglamentación de los llamados elementos comunes, sin darse cuenta de que no había tal desconexión y de que era la solución impuesta por la esencia lógica de la figura. *Añadía el dato comparativo con el Derecho de Sociedades*, en el que la temática de los estatutos y sus textos articulados fue la base del desarrollo de este sector normativo, y son precisamente los estatutos los que regularon-regulan-la vida de las sociedades.

343

— *Contenido.*

Entiende L. PRATS ALBENTOSA (70) que “en los Estatutos se precisarán: las reglas de constitución y ejercicio del derecho y de los actos de uso o de determinación del destino del edificio, de sus distintos pisos o locales, de sus instalaciones y servicios; las reglas que fijen el modo de satisfacer los gastos generados por tales actos; las normas necesarias respecto de los actos de administración y gobierno de inevitable ejecución como consecuencia de la situación de horizontalidad; reglas sobre la celebración de contratos de seguro; normas sobre la realización de actos de reparación y de conservación; y, en general, todas aquellas normas que tiendan a ordenar y a configurar el contenido y el ejercicio del

(69) V. *op. cit.* en nota 65, pp. 35 y ss. (separata).

(70) V. *op. cit.* en nota 67 precedente: p. 417.

derecho de propiedad en el edificio, siempre que no sean contrarias a la LPH, a la moral o al orden público”. Los estatutos –añade– deberán constar en documento privado como mínimo, pero para acceder al Registro de la Propiedad es preciso que consten en escritura pública.

Para ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL (71), **el contenido que transcribe el artículo 5, párrafo penúltimo LPH** es una enumeración bastante completa, y señalan como *límite fundamental* que tal contenido no puede estar en contradicción con las normas legales de tipo prohibitivo. Además de las referencias a las limitaciones legales *genéricas* (v. gr. **art. 7.3 LPH**), al suelo, al vuelo y a los elementos comunes, a los departamentos “procomunales” –a los que ya me he referido–, *los referidos autores* entienden que **también pueden formar parte del contenido**: las reglas de administración y gobierno del edificio; las reglas sobre el uso o destino de determinados pisos o locales; los anejos; garajes; sótanos; porcentaje de contribución de los pisos o locales en los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble y sus servicios; los tributos, cargas y responsabilidades no susceptibles de individualización (art. 9-5.º LPH); el uso y disfrute exclusivo por determinados pisos o locales de determinados elementos comunes (v. gr. patios interiores, azoteas o terrazas, pasillos o accesos, etc.); la cláusula que faculta la subdivisión, segregación, agrupación o agregación de una, varias o todas las plantas o partes de plantas del edificio o de pisos o locales del mismo; etc., etc.

— *Modificación.*

Esta materia ha sido expresamente regulada *en la última reforma de la LPH*, que la sujeta a **lo prevenido en el ar-**

(71) V. la **última edición –8.ª edición**, revisada, ampliada y puesta al día– de su conocida obra *Derecho Hipotecario (Fundamentos de la publicidad registral)*, Bosch Casa Editorial, SA, Barcelona, agosto 1995: en el tomo III, pp. 295 y ss., 310 y ss., y en especial 348 a 368.

título 17 –regla 1.ª– p. 1 y 2, en el sentido de requerir siempre el acuerdo *unánime* de la junta de propietarios.

c) *Las normas de régimen interior.*

Este punto está expresamente contemplado en el **artículo 6 LPH, que conserva su redacción inicial**. Para su desarrollo y comentario, remito, una vez más, a la doctrina más autorizada (72).

Una visión muy moderna y reciente es la aportada por L. PRATS ALBENTOSA (73), que entiende que el destino de este conjunto de reglas es conseguir el mejor gobierno del edificio así como el más adecuado disfrute de los pisos, locales y elementos comunes del mismo, lo que, en suma, favorecerá el desarrollo de unas relaciones de convivencia pacífica entre los distintos propietarios. Precisa también que, *a diferencia de los estatutos*, estos “reglamentos” no quedan incorporados al título constitutivo: esto significa que normalmente constarán en documento privado y que su acceso al Registro de la Propiedad queda vedado, o sea, que las normas y reglas en ellos contenidas no tendrán efectos respecto de terceros y sí sólo sobre los titulares (copropietarios).

Presenta L. PRATS ALBENTOSA el tema del posible punto conflictivo si *aparece una colisión entre el contenido de los estatutos y el de los reglamentos*, y trata de encontrar una posible solución recurriendo a un cierto causismo (en función de si el estatuto ha sido o no elaborado por los propios copropietarios) y a los principios de jerarquía normativa y de congelación de rango.

(72) V. FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, M., *Comentarios...*, ALBALADEJO, citada, pp. 227 a 231, y allí la *diferenciación respecto de los estatutos* y las precisiones en orden a su obligatoriedad en cuanto a terceros.

(73) V. *op. cit.* en nota 67: pp. 418 y ss.

C. La modificación del contenido del título constitutivo.

1. Normativa.

Es la preceptivamente *expresada en el artículo 5, párrafo 4.º LPH: texto precedentemente transcrito*, al que remito.

Y reiterada en el nuevo artículo 12, que dispone:

“La construcción de nuevas plantas y cualquier otra alteración de la estructura o fábrica del edificio o de las cosas comunes afectan al título constitutivo y deben someterse al régimen establecido para las modificaciones del mismo. El acuerdo que se adopte fijará la naturaleza de la modificación, las alteraciones que origine en la descripción de la finca y de los pisos o locales, la variación de cuotas y el titular o titulares de los nuevos locales o pisos”.

346

2. Multiplicidad de supuestos.

La referencia de la Ley (**art. 5, p. 4 precitado LPH**) a que deben observarse los mismos requisitos que *para la constitución* origina alguna perplejidad, resuelta por M. FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO (74) en el sentido de que tales normas no son aplicables en su totalidad en los supuestos de otorgamiento o bien por el propietario único del edificio o bien por árbitros o por los tribunales.

En cualquier caso, **la nueva regla 1.ª ap. a) del artículo 17** exige la unanimidad para los posibles acuerdos de los copropietarios.

Dada la enorme *variedad de posibles alteraciones o cambios* en el título constitutivo y/o en los estatutos, remito a la PONENCIA respectiva en orden a la JUNTA DE PROPIETARIOS y a los acuerdos pertinentes.

En relación con estos *supuestos de modificación del título constitutivo y la protección de los derechos individuales del*

(74) V. op. cit. en nota 72: pp. 226 y ss.

propietario y la posible impugnación judicial de los acuerdos correspondientes, me remito a la excelente monografía de A. DÍAZ MARTÍNEZ (74 bis).

3. Conexión con el Registro de la Propiedad.

3.1. Es muy importante en nuestro tema *el punto de la conexión de la PH con el Registro de la Propiedad*, máxime cuando lo que se pretende en esta JORNADA es dar a ustedes **una visión práctica** de todas las cuestiones suscitadas a diario.

Los problemas derivados del ámbito registral afectan a la PH –y, por tanto, al “título constitutivo” de la misma– cuando procedemos a *un atento cotejo mediante el contraste de la PH como institución jurídica compleja con los llamados principios hipotecarios*, el examen de la inscripción de la PH en relación con el sistema aplicable y los asientos que procedan, las cuestiones derivadas de la registración de los estatutos y los problemas que subsisten y surgen –a veces de puro Derecho Transitorio– *del conflicto entre la realidad jurídica (esto es, una PH ya existente) con el Registro como principal medio de publicidad de las relaciones con trascendencia real sobre bienes inmuebles y derechos reales.*

Desde el punto de vista registral, la PH ya inscrita consiste en la constatación tabular de un negocio jurídico caracterizado por la pluralidad de titulares y por la especialidad de su objeto, que da lugar a la constitución de una propiedad sometida a régimen especial, que regula el fenómeno complejo de una propiedad ordinaria sobre los pisos y locales de un edificio *en conexión con la copropiedad* recayente sobre el edificio entero y sus elementos comunes, con la fijación necesaria de una cuota centesimal, y cuya inscripción registral la reviste de efectos *erga omnes*. Esta concurrencia

(74 bis) V. *Propiedad Horizontal. El título constitutivo y su impugnación judicial*, ed. Aranzadi, Pamplona, 1996, espec. pp. 360 y ss.

de titularidades –individual y comunitaria–, o la escisión de una misma titularidad sobre la dualidad de objetos diversificados, provoca en el planteamiento jurídico de la mecánica registral la implantación del sistema de pluralidad de folios: divergencia de titularidad y su repercusión registral en función del doble folio que tiene importantes consecuencias en relación con el juego de los principios hipotecarios (75).

3.2. En materia de PH la ecuación clásica “registral” de finca = folio resulta alterada en ambos términos de esa ecuación. De ahí **el sistema nuevo del folio doble**, como consecuencia del desdoblamiento del objeto de la relación jurídica según la construcción dualista que es la que inspira la LPH.

348

De donde las particularidades y derivaciones “registrales”, *que abarcan todos los puntos importantes del sistema hipotecario clásico entre nosotros: desde el sistema de pluralidad de folios (que rompe el principio esencial del folio único, basado en el principio de especialidad), pasando por las especialidades del tracto sucesivo y de la legitimación registral, las relaciones comunitarias (modificaciones del título constitutivo y de los estatutos), actos sobre la totalidad del edificio (v. gr., la hipoteca), los actos de “desafección” de un elemento común no esencial, el caso de los “departamentos procomunales”, el juego de los principios de la fe pública registral y de la prioridad registral, las modificaciones de la PH inscrita (atención a la reforma reciente de la LPH), los sistemas de inscripción de la PH, el deslinde entre el “régimen” de un título constitutivo de PH y la inscripción de fincas en PH, las repercusiones en las inscripciones y asientos, etc.*

(75) Así, en *ACTAS del I SIMPOSIO...*, citado, pp. 59 y ss. En mi opinión, es imprescindible su atenta lectura para el desarrollo subsiguiente de **las derivaciones registrales de la PH**.

Una exposición **actualizada** de todo ello, imprescindible también, en la obra ya clásica de ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL: v. **op. cit. en nota 71 precedente**, y allí las remisiones pertinentes.

3.3. *De una manera especial*, cabe apuntar un par de *precisiones*:

— *Una, en orden a los títulos inscribibles* (esto es, la relación entre el “título constitutivo” de la PH y el Registro). Aquí hay que señalar las *notas* de: el carácter adjetivo de la PH en su relación con el Registro, la trascendencia del binomio título-inscripción, los procedimientos de la inscripción de la PH, y la concordancia entre la realidad jurídica extrarregistral y el Registro.

— *Otra, en orden a los actos inscribibles*, cuya variada configuración o presentación *dependerá* de los “antecedentes” o “consecuentes” de la constitución de la PH. Así determinará como *derivaciones necesarias*: las especialidades de la denominada “comunidad de autopromotores”, las de la constitución por título sucesorio o derivadas del nuevo artículo 401, párrafo último C.c., la combinación de la PH con un derecho de superficie o a consecuencia del derecho de sobreedificación (o de “levantado”), los efectos del pacto de permuta o “cesión de suelo a cambio de vuelo”, las posibles formulaciones de escrituras diferentes —*en función del otorgamiento inicial del título constitutivo*— y de los consiguientes futuros actos de disposición o gravamen de pisos o locales, etc.

349

IX. Del “régimen” constitutivo de la PH

1. Caracterización conceptual.

Define FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO (76) al *régimen constitutivo* como “el conjunto de reglas o normas, tanto legales como convencionales, que van dirigidas a regular las relaciones jurídicas originadas por la PH o de casas divididas por pisos”.

(76) V. *La Ley de...*, op. cit., pp. 213 y ss.

A dicho conjunto o regulación, en sus modalidades *legal y convencional*, he dedicado las páginas precedentes y a ellas remito.

Aquí se incluye este punto a los efectos de dar cima a la completa delimitación o caracterización jurídica del “título constitutivo” como conjunto ordenador reglamentario único de la PH.

2. Jerarquía de normas constitutivas en la PH.

2.1. Problema no siempre tratado en la doctrina, con ligeras excepciones. En la práctica notarial es habitual su consignación expresa. **Viene fundamentado en la proyección sobre el “régimen” de la PH de las normas legales:** contenidas **unas** en el C.c. (arts. 392 y ss. en orden a la comunidad de bienes), **otras** en la LH y su RH (inscripción de la PH) y **otras** en la misma Ley 49/1960 modificada por la Ley 8/1999.

350

De donde se plantea la duda de cuáles de las normas “especiales” de la LPH sean de carácter “imperativo” o “necesario” que se puedan imponer o *prevalecer* sobre otras normas también legales. A ello se ha dedicado la doctrina especializada ya citada, a la que remito.

2.2. *La jerarquía usualmente prevista en los “títulos constitutivos” notariales suele ser como sigue:*

1.º Normas legales sobre la PH.

2.º Normas estatutarias contenidas en el título, que no contravengan normas legales o disposiciones de carácter necesario superior.

3.º Reglamentos de régimen interior para la buena organización de la PH de todo el conjunto edificado.

3. Finalidad del régimen (*quid fines*).

Después de las consideraciones precedentes nos faltaba la referencia al **para qué sirve (el *quid fines*)** este “título cons-

titutivo” –*en definitiva, esta normativa sobre PH*–. El *fin último del Derecho* –lo he expuesto en otro lugar (77)– consiste en satisfacer unas necesidades sociales de acuerdo con las exigencias de la justicia y de los demás valores jurídicos implicados por ésta.

En este lugar, se trata de inquirir si entre *esos tipos* de necesidades sociales que todo Derecho intenta satisfacer se encuentra el de hallar cobijo y asiento una familia disponiendo de una vivienda propia. Parece obvio que **ese fin funcional de la normativa sobre PH –y la propia Exposición de Motivos de la Ley de 1960** lo señalaba, *según antes vimos*– parece cumplirse en nuestro tema.

A mi modo de ver, **estas funciones de la LPH** cumplen los cometidos primarios típicos: de ordenación del comportamiento del individuo en la sociedad, dentro de las relaciones intra-comunitarias en la PH (Derecho como regla de conducta); de establecimiento de criterios de decisión de los posibles conflictos (Derecho como reglas fijas); de medio de resolución de los conflictos sociales; y de instrumento humano de aplicación de la justicia (Derecho como mandato justo).

En definitiva, **el fin supremo del Derecho** es satisfacer las exigencias de la justicia y de los valores jurídicos a ella conexos. Habrá, por tanto, que establecer una jerarquía de valores y unos criterios de prelación entre tales valores que la justicia debe cumplir.

La exigencia ideal última de la justicia es el reconocimiento del valor supremo de la dignidad de la persona humana, con su *corolario* de la plena libertad o autonomía en el orden social. A esta exigencia última, todos –las normas, los “aplicadores jurídicos”– debemos atenernos en nuestra diaria labor.

(77) V. **mi artículo** “Una introducción al Derecho”, citado, pp. 1573 y ss.

X. De otras posibles perspectivas del tema

Dada la extensión que hemos creído necesario efectuar en la exposición de nuestro tema, estas posibles y **nuevas perspectivas** van a quedar aquí meramente apuntadas. Son las siguientes:

1. Situaciones de derecho transitorio.

Me remito a las DDTT de las leyes sobre PH de 1960 y de 1999.

2. Extensión normativa (LPH) a otros supuestos.

Me remito a los posibles *nuevos supuestos* —cuya inclusión en la normativa de la LPH es en ocasiones muy dudosa o discutible, y en algunas otras rechazable de plano— y *que la práctica notarial ha apuntado*. Es excelente el tratamiento y extensión dados por mi compañero L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL (78), el cual presenta los siguientes **supuestos posibles**:

- *Edificio único con zonas comunes exteriores.*
- *Edificios de una sola planta.*
- *Edificios complejos* (integrados por varias unidades arquitectónicas independientes que carecen de total autonomía).
- *Edificios o solares independientes con elementos comunes* (sería el caso de las urbanizaciones privadas).
- *Supuestos intermedios entre los anteriores*: como varios edificios en régimen de propiedad horizontal independiente con elementos comunes, edificios independientes unidos por una zona común esencial (por ejemplo, la de salida), edificios unidos por elementos susceptibles de aprovechamiento independiente, “federaciones de edificios”, etc.

(78) V. **op. cit.**, en **nota 71**: en el tomo V, pp. 134 y ss., y allí la nota 3: referida la exposición a los “conjuntos inmobiliarios” y otras figuras.

3. Interferencias de la normativa urbanística.

Me remito a las nuevas prescripciones del Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de **Actos de Naturaleza Urbanística**, aprobado por RD 1093/1997, de 4 de julio (BOE de 23 julio 1997): ver en especial los **artículos 45 a 55** del capítulo VI (Inscripción de las Obras Nuevas), **y sobre todo –por la referencia a la PH ya inscrita– el artículo 53.**

4. Repercusiones fiscales según los supuestos.

Dada la multiplicidad de *supuestos fácticos previsibles*, que se han presentado precedentemente, habrá que considerar, caso por caso, la incidencia del factor impositivo respectivo. De ahí la conveniencia de acudir a las remisiones doctrinales apuntadas *–sobre todo, las notariales–*, que han examinado cuidadosamente todas esas posibles repercusiones del Derecho Fiscal.

353

5. Concordancia del título constitutivo con el Registro de la Propiedad.

5.1. Anteriormente había hecho referencia a *la especial conexión de la materia toda de la PH con el Registro de la Propiedad* y los problemas derivados del duro *contraste* con el sistema registral y la llevanza del Registro mediante el sistema de folio único en atención al principio de especialidad. A tales consideraciones remito.

5.2. Ahora se trata de referirnos a la necesaria **concordancia** del “título constitutivo” con el Registro de la Propiedad *en atención exclusivamente* a las últimas y recientes reformas del Reglamento Hipotecario. Me refiero a tales **modificaciones** –algunas muy importantes, en general, y otras, en especial, afectantes a nuestro tema de la PH–, introducidas por el RD 1867/1998, de 4 de septiembre (BOE de 29

de septiembre de 1998). En su artículo 1.º (artículos que se **modifican**) efectúa una larguísima enumeración, de la que nos interesan aquí *los preceptos en estrecha relación con nuestro tema (PH y título constitutivo de la misma)*. A mi modo de ver son los siguientes:

— Circunstancias descriptivas de fincas urbanas: artículos 51.3 y 51.4.2.

— Cesión de suelo por vuelo: artículo 13.

— Derecho de superficie: artículo 16.

— Derecho de levante o sobreelevación: artículo 16.2.

— Garajes: artículo 68.

— Sociedades civiles sin forma mercantil: **nuevo artículo 269 bis** introducido por dicho RD en el “Reglamento del Registro Mercantil”.

354

5.3. Como complemento necesario, hay que considerar que la materia relativa a los “**complejos inmobiliarios privados**” ha sido reglamentada “ex novo” a través del **nuevo artículo 24 (CAPÍTULO III) en la LEY 8/1999, de 6 abril**, reformadora de la LPH de 1960: dicho precepto ha sido precedentemente transcrito y a él remito. Esta nueva ordenación normativa imagino va a llevar aparejada otra nueva serie de reformas legislativas “en cascada”, de las que la más trascendente será la relativa a las inscripciones registrales a practicar sobre tales conjuntos.

Conclusiones

Una vez desgranadas las **cuestiones** más importantes que me ha suscitado la reflexión acerca del tema propuesto para esta PONENCIA, me permito aventurar a ustedes a modo de **respuestas** muy personales las siguientes *ideas concluyentes*:

1.ª En orden a la *quaestio nominis*, este ponente se decanta por el carácter exclusivamente *formal* del “título” en-

tendido como el documento que es vehículo externo de la manifestación de voluntad de reglamentar unitariamente el régimen de propiedad horizontal.

2.^a En orden a la *quaestio facti*, presentadas una serie de variadas hipótesis de nacimiento y constitución de PH, este ponente se inclina por la tesis –mayoritaria en la doctrina española, y, en especial, la notarial– de considerar que el “título constitutivo” es *un requisito necesario e indispensable* para que la PH nazca y quede unitariamente conformada.

3.^a En orden a la *quaestio iuris*, la normativa sobre PH –y sobre el título constitutivo, en particular– sigue quedando *establecida* en el artículo 5 LPH de 1960, además de en los incisos de los nuevos artículos 12, 17 y 24 de la Ley 8/1999, de 6 de abril, y sigue quedando *adscrita en exclusiva* al Derecho de Bienes (LIBRO II del C.c. –De los Bienes, de la Propiedad y de sus modificaciones–, TÍTULO III –De la Comunidad de Bienes–).

355

4.^a En orden a la *quaestio valoris*, la normativa sobre PH aparece *plenamente legitimada* a la luz de su finalidad y está considerada como *de plena efectividad real* entre nuestro pueblo y nuestros profesionales y aplicadores del Derecho.

5.^a En orden a los **presupuestos de “constitución” de la PH**, este ponente ha distinguido:

— En los **presupuestos personales**, la consideración de tratarse el acto de constitución de la PH como un negocio dispositivo “configurativo” que exige una capacidad de disposición para el acto de que se trate y una legitimación plena.

— En los **presupuestos reales**, el análisis de los tres grandes aspectos: el edificio en su conjunto (terminado, en construcción o en proyecto), los elementos comunes o partes en proindivisión (art. 396.1 C.c.: con las características, clases y

casuística correspondiente), y las partes privativas o propiedades separadas de pisos o locales (art. 3.1. a) LPH: con sus requisitos, los variados supuestos fácticos, datos necesarios para la inscripción en el Registro de la Propiedad y la mención de la posible configuración de **los anejos** como elementos privativos).

— En los **presupuestos formales**, los posibles supuestos de PH *según la forma y el carácter* (sobre si es esencial o no la escritura pública para la constitución del régimen de PH) de la “forma” en la PH.

6.ª En orden a la *quaestio quo modo*, se sigue el criterio general de la doctrina de entender que la PH es *un verdadero y propio derecho real* al que se aplican las reglas generales en orden al nacimiento y adquisición de tales derechos, y se analizan algunos supuestos típicos de adquisiciones derivativas, bien por título mortis causa bien por título inter vivos.

356

7.ª En orden a **las dimensiones (perfiles) del título constitutivo**, este ponente ha deslindado los puntos relativos a tales perfiles:

A. Estructura.

— En la **estructura**, referida la exposición a la estructura **interna o propiamente dicha** (cómo es, en qué consiste ese “título constitutivo”), analizadas las diversas posiciones doctrinales acerca de la *naturaleza del “título constitutivo”*, desde mi perspectiva notarial —concorde, a su vez, con lo dictaminado en su día por el “I SIMPOSIO SOBRE PH” (Valencia, 1972)— se considera al “título constitutivo” como *un negocio jurídico de disposición de efectos configurativos*.

— En los **elementos necesarios del título** —además de los elementos **reales**, ya analizados antes— se ha aludido a la referencia fiscal, y se ha profundizado acerca de **la cuota de**

participación como punto modular del régimen de la PH (concepto, fijación, procedimiento, efectos y modificación).

— **En los elementos “accidentales” del título** se han estudiado las materias relativas a las normas “genéricas” sobre PH, los denominados elementos comunes “**especiales**” (usualmente, de origen *convencional*), los llamados “departamentos procomunales”, los garajes, las servidumbres a favor y en contra del edificio, y la constitución de un derecho de “sobreedificación” o de “levante”.

B. Funcionamiento.

— **La dimensión dinámica** del “título constitutivo” ha aludido a los efectos prácticos de la PH y a su parte “**orgánica**”, objeto de otras PONENCIAS en esta “JORNADA MONOGRÁFICA”.

— El tema de **la posible reserva estatutaria de facultades de modificación de la PH** ha sido reconducido a la posición mayoritaria de los autores, que admiten la *validez* de tales estipulaciones si bien con una referencia final a *los límites generales* a la autonomía de la voluntad.

— En cuanto a **la aplicación del Derecho**, derivada de las sentencias de los tribunales en orden a la PH, se ha señalado *la premisa básica* en orden al tratamiento por el intérprete de las decisiones jurisprudenciales.

8.ª En orden al contenido del título constitutivo, se ha partido de un concepto *amplio* de “contenido” y de las posibles *regulaciones*, con un desarrollo de las modalidades de **pactos** posibles (atípicos, típicos), y con unos distinguos *dentro de los pactos típicos* entre lo que son las determinaciones “esenciales”, los estatutos y las normas de régimen interior.

Se ha finalizado con el análisis de **la modificación del contenido del título constitutivo de la PH** en sus variados aspectos (normativa, multiplicidad de supuestos y la necesaria conexión con el Registro de la Propiedad).

9.^a En orden al “régimen” constitutivo de la PH, considerado el punto de partida de *su delimitación conceptual*, se ha analizado el problema de la jerarquía de normas constitutivas en la PH y la finalidad del régimen de PH.

10.^a En orden a las otras posibles perspectivas del tema propuesto para esta PONENCIA, se han apuntado muy esquemáticamente las siguientes: situaciones de Derecho Transitorio, posible extensión normativa a otros supuestos fácticos, interferencias de la normativa urbanística, repercusiones fiscales y el punto trascendente de *la especial conexión* de la PH con el Registro de la Propiedad.

— Resumidas brevemente las posibles **respuestas** a las **cuestiones planteadas** al inicio de la exposición, *ésta ha intentado seguir los cauces de una escritura notarial típica, cuyo modelo el autor acompaña a esta PONENCIA como ANEXO.*

Al referido ANEXO le preceden sendas **relaciones bibliográficas**: *la primera*, referida a *las obras citadas* a lo largo de la exposición; y *la segunda*, a modo de *unas mínimas sugerencias* en orden al tema de la Ponencia.

Bibliografía

— **Bibliografía citada** (orden cronológico).

LADARIA CALDENTY, J.: *Legitimación y apariencia jurídica*, Bosch Casa Editorial, impr. Clarasó, Barcelona, 1952.

ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, 5.^a edición, Bosch Casa Editorial, impr. Clarasó, Barcelona, 1954, tomo II, pp. 144 a 151.

MONET ANTÓN, F.: “Estatutos de propiedad horizontal”, conferencia en la Academia Matritense del Notariado, el 5 de febrero de 1957, ed. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1961 (edición separada).

BONET CORREA, J.: “La servidumbre en favor de edificio futuro y la adquisición de apartamentos en el edificio a construir”, en la *Revista de Derecho Notarial*, n.º 33-34, 1961, pp. 247 y ss.

- MACHADO CARPENTER, J.: "Servidumbre en favor de edificio futuro y la adquisición de apartamentos en el edificio a construir", **artículo** para el **volumen colectivo**, dirigido por A. de la Esperanza Martínez-Radio, titulado *ESTUDIOS DE DERECHO PRIVADO*, vol. I, editorial Revista de Derecho Privado, Gráficas González, Madrid, 1962, pp. 402 a 429, *en especial* 407-418.
- BARRENECHEA MARAVER, J. L.: "Estatutos y ordenanzas de la PH Juntas de condueños y actos de disposición sobre elementos comunes y privativos", en el volumen precitado *ESTUDIOS DE DERECHO PRIVADO*, tomo I, citado, Madrid, 1962, pp. 367 y ss.
- MONET ANTÓN, F.: *Problemas de técnica notarial ante la nueva Ley de Propiedad Horizontal*, publicaciones del Centenario de la Ley del Notariado, sec. 2.^a, vol. I, Madrid, 1962, pp. 243 y ss., *esp.* 273 y ss. (hay *edición separada*, impr. de tipografía Bello, Valencia, 1962).
- MONET ANTÓN, F.: "Problemas de técnica notarial en la adquisición de pisos y locales en edificio por construir", conferencia en el Colegio Notarial de Valencia el 8 de junio de 1963, imprenta de Suc. de Vives Mora, Valencia, 1967 (*edición separada*), pp. 21 y ss.
- ESCRIVÁ DE ROMANÍ, F.: "Lo imperativo y lo dispositivo en la propiedad horizontal", en la *RCDI*, 1967-II, pp. 1233 y ss.
- FONT BOIX, V.: "El derecho de vuelo y el de superficie. Especial referencia a sus relaciones con la PH", en *Revista de Derecho Notarial*, 1967, pp. 7 y ss.
- CÁMARA ÁLVAREZ, M. DE LA, GARRIDO CERDÁ, E., SOTO BISQUERT, A.: "Modalidades en la constitución de los regímenes de indivisión de la propiedad urbana", en la *Revista de Derecho Notarial*, 1969, n.º 64, pp. 145 y ss.
- SÁNCHEZ VELASCO, H.: "Constitución de servidumbre en edificio a construir: su proyección registral", en *Revista de Derecho Notarial*, 1969, pp. 231 y ss.
- CASTÁN TOBEÑAS, J.: "Derecho Civil Español, común y foral", **tomo 2** (Derecho de Cosas), **vol. I**, (Los derechos reales en general. El dominio. La posesión), 10.^a ed. (reimpresión), Ed. Reus, Madrid, 1971, pp. 342 y ss., *esp.* 356-360.
- SANAHUJA: "En torno al vuelo de las fincas urbanas", en la *Revista Jurídica de Cataluña*, n.º 4, 1972, pp. 829 y ss.
- "I SIMPOSIO SOBRE PROPIEDAD HORIZONTAL"** (organizado por las Cámaras de la Propiedad Urbana de la Zona de Levante): **ACTA** de las sesiones de trabajo celebradas por las comisiones

de estudio, QUINTA COMISIÓN ("El título constitutivo y los Estatutos de la PH. El Registro de la Propiedad"), impr. Suc. de Vives Mora, Valencia, octubre 1972, pp. 43 a 79.

MONET ANTÓN, F.: *Los garajes en comunidad. Variantes de su tratamiento jurídico ante la Ley de Propiedad Horizontal*, publicaciones del Ilustre Colegio Notarial de Valencia, impr. Suc. de Vives Mora, Valencia, 1973.

FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, M.: *La Ley de PH en el Derecho Español*, 2.^a edición (ampliada, corregida y puesta al día tanto en legislación como jurisprudencia), prólogo del Excmo. Sr. D. Vicente GUILARTE GONZÁLEZ, ed. RDP, Madrid, 1973, pp. 213 y ss., 307 y ss., 803 y ss., y *espec.* 237 y ss.

ARNAUD, A. J.: *Essai d'analyse structurale du Code Civil Français (La règle du jeu dans la paix bourgeoise)*, ed. de LGDJ, París, 1973, pp. 50 y ss., 80 y ss. y 143 y ss.

DÍEZ-PICAZO, L.: *La llamada prehorizontalidad y su proyección registral*, CEH, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España, Madrid, 1977.

360 GÓMEZ LAPLAZA, M. C.: "Las servidumbres establecidas en interés de los propietarios en la Ley de PH", en *RDP*, mayo, 1977, pp. 329 y ss.

AZPITARTE CAMY, R.: "Los garajes en el título constitutivo de la propiedad horizontal", **PONENCIA para el "I CONGRESO NACIONAL DEL NOTARIADO ESPAÑOL" (VALENCIA, OCTUBRE 1978)**, publicada en el número 103, enero-marzo 1979, de la *REVISTA DE DERECHO NOTARIAL*, ed. de JUNTA DE DECANOS DE LOS COLEGIOS NOTARIALES DE ESPAÑA, gráficas JCJ (Guadalajara), Madrid, octubre 1979, pp. 7 a 296.

JORDANO FRAGA, F.: "Prehorizontalidad y servidumbre de propietario", en *Revista de Derecho Notarial*, 1981, n.º 113-114, pp. 123 y ss.

GARCÍA-ARANGO y DÍAZ SAAVEDRA, C.: "La situación de prehorizontalidad y la protección jurídica de los adquirentes de pisos en construcción", en la *RCDI*, marzo-abril, 1982, pp. 925 y ss.

POVEDA DÍAZ, J.: *Los elementos procomunales en la Propiedad Horizontal*, edición del CEH, imprenta San José, SA, Madrid, 1983, pp. 47 y ss., 58 y ss., 98 y ss., y 101 y ss.

BRIOSO ESCOBAR, E. L.: "Los estatutos, reglamentos y juntas de la propiedad horizontal", en la *Revista de Derecho Notarial*, n.º 119, 1983, pp. 7 y ss.

FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, M.: "Comentarios al artículo 396 del C.C. y a la Ley 49/1960 de 21 de julio reguladora de la Pro-

- propiedad Horizontal", en el tomo V, vol. 2.º de la obra colectiva dirigida por el profesor M. ALBALADEJO GARCÍA *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, editorial EDER-SA, impr. de Selecciones Gráficas, Madrid, 1985, pp. 200 y ss. y 188 y ss.
- GÓMEZ CALLE, E.: "La significación del título constitutivo en el régimen de la propiedad horizontal", en *ADC*, 1992, pp. 1533-1589, en especial, 1538-1539 y 1543-1571.
- CERDÁ GIMENO, J.: *ESTUDIOS SOBRE JURISPRUDENCIA CIVIL*, vol. I, CER, Madrid, 1992; y vol. II, CER, Madrid, 1993 **-en especial, el capítulo introductivo de este último y de él las pp. 22 a 37-**; y *LA PROTECCIÓN DEL CRÉDITO EN LA JURISPRUDENCIA*, ed. CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO, Madrid, 1995.
- PRATS ALBENTOSA, L.: "La propiedad horizontal y la multipropiedad", **en el volumen colectivo** coordinado por A. M. LÓPEZ Y LÓPEZ y V. L. MONTÉS PENADÉS, titulado *Derechos Reales y Derecho Inmobiliario Registral*, ediciones TIRANT LO BLANCH, Valencia, 1994, pp. 411 y ss., *en especial* 417.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.ª: *ENCICLOPEDIA JURÍDICA BÁSICA*, vol. IV, voz TÍTULO (Derecho Civil), ed. CIVITAS, Madrid, 1995, pp. 6559-6560.
- CERDÁ GIMENO, J.: "Una introducción al Derecho", en *RCDI*, n.º 630, sept.-oct. 1995, pp. 1547 y ss., espec. 1558 y ss., y 1560 y ss.
- ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.: *Derecho Hipotecario (Fundamentos de la publicidad registral)*, última edición -8.ª edición, revisada, ampliada y puesta al día-, Bosch Casa Editorial, SA, Barcelona, agosto 1995, **tomo III**, pp. 295 y ss., 310 y ss., y *en especial* 348 a 368.
- DÍAZ MARTÍNEZ, A.: *Propiedad Horizontal. El título constitutivo y su impugnación judicial*, editorial Aranzadi, Pamplona, 1996.
- LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho Civil (Propiedad y Derechos Reales)*, **tomo cuarto - primera parte**, editorial Trivium SA, primera edición, Madrid, 1996, pp. 193 y ss., *espec.* 198-201 y 206-207.
- CERDÁ GIMENO, J.: "La protección del acreedor en la liquidación de la sociedad de gananciales", **en el "Cuarto Encuentro" de la "Asociación Española de Abogados de Familia"**, Madrid, **14-15 marzo 1997**, *en el volumen colectivo* editado por Dykinson, Madrid, 1998, pp. 83 y ss., *espec.* 102 y ss.

— **Bibliografía sugerida** (orden alfabético).

- ACTAS DEL I SIMPOSIO SOBRE PROPIEDAD HORIZONTAL (ACTA de las sesiones de trabajo celebradas por las comisiones de estudio del I Simposio sobre Propiedad Horizontal), organizado por las Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana de la Zona de Levante, impr. de Suc. de Vives Mora Artes Gráficas, Valencia, octubre de 1972.
- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, J. L.: "El título constitutivo de la Propiedad Horizontal", estudios de Derecho Notarial publicados en el *Centenario de la Ley del Notariado*, vol. II, sección 2.^a, Madrid, 1965, pp. 427 y ss.
- CÁMARA, M. DE LA; GARRIDO CERDÁ, E., y SOTO BISQUERT, A.: "Modalidades en la constitución de los regímenes de indivisión de la propiedad urbana", *RDN*, 1969, n.º 64, pp. 145 y ss.
- CÁMARA ÁLVAREZ, M. DE LA: "Insuficiencia normativa de la Ley de Propiedad Horizontal", Centro de Estudios Hipotecarios, Curso de Conferencias sobre Propiedad Horizontal y Urbanizaciones Privadas, Madrid, 1973, pp. 33 y ss.
- DÍAZ MARTÍNEZ, ANA: *Propiedad Horizontal. El título constitutivo y su impugnación judicial*, ed. Aranzadi, Pamplona, 1996.
- DÍEZ-PICAZO, L.: "La llamada prehorizontalidad y su proyección registral", publicación del Centro de Estudios Hipotecarios del Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España, Madrid, 1977 (ponencia presentada al III Congreso internacional de Derecho Registral).
- ESCRIVÁ DE ROMANÍ, F.: "Lo imperativo y lo dispositivo en la propiedad horizontal", *RCDI*, 1967-II, pp. 1233 y ss.
- FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, M.: *La Ley de Propiedad Horizontal en el Derecho Español*, ed. RDP, Madrid, 1962; "¿Existen propiedades horizontales atípicas en nuestro Derecho?", *ADC*, 1978, tomo XXXI, pp. 3 y ss.; "Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales", tomo V, vol. 2, EDERSA, Madrid, 1985.
- GARCÍA-ARANGO Y DÍAZ SAAVEDRA, C.: "La situación de prehorizontalidad y la protección jurídica de los adquirentes de pisos en construcción", *RCDI*, 1982-II, pp. 925 y ss.
- MONEDERO GIL: *El título constitutivo de la propiedad por pisos*, Pretor, 1964, pp. 506 y ss.; *Presupuestos y origen de la PH*, Pretor, 1964, pp. 357 y ss.
- MONET ANTÓN, F.: "Problemas de técnica notarial ante la nueva LPH", Estudios de Derecho Notarial, *Centenario de la Ley del Notariado*, vol. I, sección 2.^a, Madrid, 1962, pp. 243 y ss.

- ROCA SASTRE, R. M.^a, y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.: *Derecho Hipotecario (Fundamentos de la publicidad registral)*, 8.^a edición revisada, ampliada y puesta al día, Bosch Casa Editorial, SA, Barcelona, agosto, 1995: tomo III, pp. 295 y ss. y 310 y ss.
- SAPENA TOMÁS, J.; CERDÁ BAÑULS, H., y GARRIDO DE PALMA, V. M.: “Las garantías de los adquirentes de viviendas frente a promotores y constructores”, *RDN*, 1976, n.º 92, pp. 67 y ss.
- VERGER GARAU, J.: “Algunos aspectos registrales de la propiedad horizontal”, *RJC*, 1981, pp. 237 y ss.

ANEXO (minuta de escritura)

— EXPONE:

I. Que es dueño en pleno dominio del siguiente solar ... (descripción y demás circunstancias).

II. Que sobre dicho solar ... ha construido la OBRA NUEVA consistente en el edificio siguiente:

A) EDIFICIO denominado ... sito en ... con emplazamiento en su fachada es a ... Tiene una superficie total construida de ... m², incluyendo escalera, terraza, etc. LINDA: ... (— Existe en la periferia del edificio una franja sin edificar de las características siguientes ...).

Este edificio, destinado a ... (estudios-apartamentos) se compone de las siguientes unidades: anexo (jardín), escalera de acceso (exterior) emplazada en ..., una planta baja destinada a locales comerciales, ... plantas de estudios-apartamentos con ... estudios por planta, y una planta de ático con ... estudio ...

La superficie de cada una de estas unidades es como sigue: ...

La suma total de las superficies cubiertas asciende a ... m².

En la citada construcción se ha invertido la cantidad de ... ptas.

B) ELEMENTOS COMUNES: como tales, en proporción a la participación que a cada vivienda y local comercial se asigna en el valor total del inmueble, se mencionan los siguientes: suelo, subsuelo, vuelo, muros, cimentaciones, paredes medianeras, conducciones e instalaciones de agua y de electricidad, puertas, escaleras y pasillos, rampas, cubiertas, canalizaciones, desagües, etc. De modo especial, se configuran como tales: ... (azotea, franja no edificada, pozos ...).

C) SERVIDUMBRES A FAVOR de edificio: ...

D) DISTRIBUCIÓN del edificio: ... susceptibles todos ellos de aprovechamiento independiente por tener salida propia a un elemento común, y destinados a pertenecer a distintos propietarios porque ... (promotor se propone venderlos por separado, o por donación a hijos, etc.).

364

A cada uno de los pisos o locales separados se les asigna, a efectos de participación en los elementos comunes, distribución de beneficios y gastos o cargas, y participación en el total valor del inmueble, con la naturaleza y contenido y a los efectos de la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960, los VALORES O CUOTAS que al final de la respectiva descripción se expresan.

La enumeración de los ... (estudios, pisos, ...) se verifica por plantas, de derecha a izquierda (o viceversa), y según la escalera de acceso a los mismos (...), fijándose su situación mirando desde la parte posterior (...) o linde (...) del edificio. La enumeración de los locales ...

III. Que el edificio descrito SE COMPONE de las ENTIDADES REGISTRALES que se describen seguidamente en esta forma: ...

.....

— **DISPONE:**

I. Que DECLARA LA OBRA NUEVA antes descrita en el antecedente II de esta escritura.

II. Que CONSTITUYE EN RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL las distintas entidades registrales descritas en el antecedente III.

III. Que el RÉGIMEN de la PH estará formado por lo dispuesto en las normas siguientes:

a) Las normas LEGALES vigentes sobre PH —art. 396 del Código Civil y Ley 49/1960 de 21 de julio— o las que en el futuro sustituyan o modifiquen a las actuales.

b) Las normas ESTATUTARIAS que en este acto dispone, que afectarán a terceros desde su inscripción en el Registro de la Propiedad:

1.º Anexo (variar de destino ...).

2.º Locales comerciales: decoración exterior, anuncios luminosos, letreros, etc.

3.º Id. id.: actividades incómodas o insalubres: condiciones objetivas MÍNIMAS de reglamentos generales o locales de Policía (motores, humos, aires...).

4.º Derechos de levante o de profundizar...

5.º División material de viviendas...

6.º Agregación... colindantes... (planos...). A salvo los posibles derechos de los copropietarios y sin menoscabo ni interferencia en los elementos comunes.

7.º **GASTOS GENERALES.** Se entenderán como tales: los no imputables a uno o varios pisos, bien de sostenimiento del edificio y elementos comunes, bien por contribuciones, cargas o arbitrios, bien por responsabilidades no individualizables.— *De manera indicativa se detallan* los de: escalera, azotea, pozo y motores, instalaciones y conducciones de agua y electricidad, instalación de antena colectiva de TV, montaje de pararrayos, etc.

A los efectos de la regla 5.ª del artículo 9 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, la participación en los gastos de los

propietarios de... podrá ser reducida o excluida en lo referente al uso y conservación de escaleras y azotea.

c) **Las normas REGLAMENTARIAS de régimen interior** que en su día (...) decidan establecer los futuros propietarios de las entidades registrales descritas, en cuanto no se opongan a las normas legales o estatutarias antes reseñadas.

— **OTORGAMIENTO Y AUTORIZACIÓN:** ...

EL NOTARIADO Y EL COMERCIO ELECTRÓNICO

**Declaración de la Asamblea de Notariados miembros
de la Unión Internacional del Notariado Latino,
en la reunión celebrada en Buenos Aires
el día 2 de octubre de 1998 (*)**

369

El creciente interés despertado por la creación del documento electrónico y el comercio telemático, si por un lado ha suscitado grandes esperanzas de progreso, es innegable que induce a dudas y temores aparentemente justificados.

Se podría temer que las nuevas tecnologías impliquen un coloquio de máquina a máquina con un aporte de inteligencia y control humano mínimo o inexistente.

Esta sensación no tiene ninguna razón de ser: aunque sea aparentemente revolucionaria, la nueva tecnología no representa más que un cambio de instrumento de comunicación, sin que implique necesariamente una modificación de

(*) Publicado en el número 100 (diciembre 1998) de la *Gazeta de los notarios*, pp. 3-4.

las tradiciones de intercambio comercial o del ordenamiento mismo. Al contrario, tal moderno instrumento de comunicación contiene una amplia promesa de aumentar la conciencia y la potencia de las personas, permitiendo la casi total anulación de distancias y, por ende, del tiempo.

Para que, de todos modos, las posibilidades ofrecidas por esta tecnología alcancen un completo desarrollo, es necesario que sean introducidas nuevas reglas y nuevas normas respecto a aquellas tradicionalmente en uso en la *praxis* comercial. Para prevenir las dudas y los temores que, innegablemente, pudieran surgir debido al solo hecho de hallarse ante una técnica que sustituye con símbolos matemáticos la firma realizada con signos trazados por la mano humana, es de la máxima importancia que las normas –técnicas y jurídicas– que reglan el nuevo sistema brinden las máximas garantías de seguridad. De todos modos, la extraordinaria posibilidad de participar al nacimiento de un fenómeno comercial, pudiendo dictarle las normas de funcionamiento, permite al legislador y a los técnicos del derecho intervenir para que en el futuro se eviten del todo controversias y conflictos.

El comercio electrónico, según el desarrollo actual, se basa sobre una arquitectura denominada *Infraestructura de llaves públicas (PKI)*. El sistema de PKI utiliza un par de llaves, interconectadas entre ellas, siendo por tanto posible a una parte utilizar una llave (llave secreta) para firmar electrónicamente el documento pudiendo la otra parte utilizar la otra (llave pública) para verificar la autenticidad de la firma electrónica que ha sido puesta. Si aplicando al documento la pareja de llaves el resultado no coincidiera, el documento ha sido firmado por otra persona o ha sido alterado. Para que el que utiliza la llave pública para verificar la autenticidad de un documento pueda obtener la certeza que la llave pública ha sido atribuida a la persona que declara ser su titular y no a otros, es indispensable la introducción de un Tercero de Probada Confianza (*Trusted Third Party - TTP*).

En el sistema PKI el Tercero de Probada Confianza (TTP) adjunta a la llave pública un certificado que contiene la identificación del titular de la llave y toda otra información útil. Es evidente que, para que el sistema tenga éxito, el Tercero debe gozar realmente no sólo de la más amplia confianza de las partes sino asimismo de la confianza de la sociedad entera y debe estar provisto de capacidades técnico-jurídicas para poder efectuar el necesario control de legalidad sobre el documento firmado y enviado con la nueva tecnología.

En realidad tales requisitos indican a una profesión que, por más de un milenio, ha cumplido ese rol con plena satisfacción de los usuarios y de la sociedad. El notario. La función notarial consiste propiamente en la íntima fusión de los deberes de *certificar* la identidad y capacidad de las partes y en ofrecer a aquellas partes que requieren tal certificación el *asesoramiento jurídico* necesario para que el interés que se proponen obtener las partes se realice en el respeto del ordenamiento jurídico.

Para que el notario pueda seguir cumpliendo tal función, a la cual no es absolutamente posible renunciar, para el desarrollo ordenado y pacífico del comercio jurídico, será solamente suficiente que el notario adquiera los conocimientos concernientes al funcionamiento de las nuevas tecnologías, para poder cumplidamente informar a las partes y gobernar el procedimiento que se dispone a utilizar.

Seguramente habrá otros que ofrecerán en el mercado sus servicios de TTP (bancos, cámaras de comercio, *Service Providers* en Internet, empresarios) análogamente a lo que ocurre hoy en día en el mundo del papel que nos es familiar; ninguno, de todos modos, podrá garantizar un tal nivel de imparcialidad y, sobre todo, que tal posición de equilibrio y de “tercería” sea unánimemente y universalmente reconocida. Esta exclusividad notarial –independientemente del instrumento técnico utilizado– merece ser siempre subrayada.

Además de seguir desarrollando su propio rol de garante del documento (incluso electrónico) el notario podrá ejercer, con ventajas para la sociedad, ulteriores funciones en el ámbito del comercio electrónico:

— *Archivo y conservación del documento electrónico*: la posibilidad para las partes de presentar en juicio una copia certificada conforme por el notario, que conserva el original, con la misma fuerza probatoria del original mismo, indudablemente permitirá atribuir mayor confiabilidad a documentos que son, en muchos aspectos, incorpóreos;

— *conservación de las llaves*: el notario, aun salvaguardando por entero la necesaria reserva, puede conservar una copia de la llave, para toda necesidad de su cliente, sea para el caso que se pierda, sea en el caso que se necesite demostrar la existencia de la propia llave en un cierto momento;

372

— *time stamping*: algunos documentos, aunque no sean notariales, podrán necesitar que sea marcada la fecha y la hora; asimismo el control de tal máquina que inserta tal marca podrá ser útilmente confiada al notario;

— *ventanilla electrónica*: no todos los ciudadanos estarán provistos de las tecnologías o conocimientos requeridos para enviar o recibir documentos electrónicos; el notario podrá útilmente cumplir esta función sustitutiva suministrando al documento el valor agregado de la intervención notarial y de su certificación, lo cual será aún más útil para el proceso de intercambio de datos desde y a la administración pública;

— *certificación internacional*: la eliminación de tiempo y espacio perderá cualquier ventaja si al documento le serán puestos los obstáculos constituidos por las fronteras nacionales; los Notariados podrán garantizar la circulación del documento electrónico de un ordenamiento a otro.

En tal último sentido, podrá asumir una enorme importancia la Unión Internacional del Notariado Latino; es evidente que una cadena continua de certificación podrá ser

constituida desde cada notario hasta su propia organización nacional, a la organización superior regional o federal, hasta aquella universal de la UINL, tal ininterrumpida y capilar cadena de certificaciones podrá garantizar al documento electrónico una amplísima circulación sin tener que aguardar los tiempos necesariamente muy largos para la aprobación de tratados internacionales como los de La Haya.

Este es el desafío lanzado al notario para que sepa, en el tercer milenio, constituir siempre esa garantía de pacífico y ordenado crecimiento de la sociedad y de los individuos que ha revestido en los siglos pasados.

El Notariado y el comercio electrónico

VISTO — En el mundo actual el ciudadano precisa más que antes, de una seguridad jurídica preventiva.

VISTO — La globalización de la economía, la internacionalización de los negocios, y la regionalización de los países, hace necesario una compatibilización en las formas documentarias.

VISTO — La creciente circulación del comercio y del documento telemático, en el actual sistema y firma digital a claves asimétricas, tendientes a identificar fehacientemente a los titulares de los mensajes que utilizan esas vías de nuevo relacionamiento entre las partes de un acto o negocio con consecuencias jurídicas.

CONSIDERANDO: Que la formación de los negocios debe ir precedida del imparcial asesoramiento jurídico de los legítimamente interesados en el mismo;

CONSIDERANDO: Que a ello debe agregarse la certificación de la identidad y capacidad de las partes, que asegure el cumplimiento de las obligaciones contraídas;

CONSIDERANDO: Que el Notariado de tipo latino ha venido realizando correctamente esas funciones desde hace siglos, bajo su absoluta responsabilidad profesional y personal,

con el debido contralor establecido por las respectivas leyes orgánicas notariales de cada país.

La Asamblea General de Notariados Miembros de la Unión Internacional del Notariado Latino

DECLARA:

1.- La necesidad de promover la promulgación de leyes que reconozcan la intervención del Notariado de tipo latino, asegurando la legalidad, autenticidad y conservación de los documentos electrónicos que sirvan de base a las relaciones jurídicas entre las personas físicas y jurídicas de todo el mundo.

2.- Las organizaciones notariales nacionales aportarán su apoyo técnico a los respectivos poderes estatales, para materializar normas que regulen esta nueva forma documental para que mantenga las mismas garantías que ofrece el documento público notarial. Las organizaciones notariales nacionales sostengan a sus notarios afiliados creando las infraestructuras que sean necesarias.

3.- La UINL, a través de su Comisión de Informática y de Seguridad Jurídica, colaborará en la solicitud de apoyo que demanden los Notariados miembros.

Dado en Buenos Aires, el dos de octubre de 1998, día del cincuentenario de la fundación de la UNIÓN INTERNACIONAL DEL NOTARIADO LATINO.

HUGO PÉREZ MONTERO
Presidente