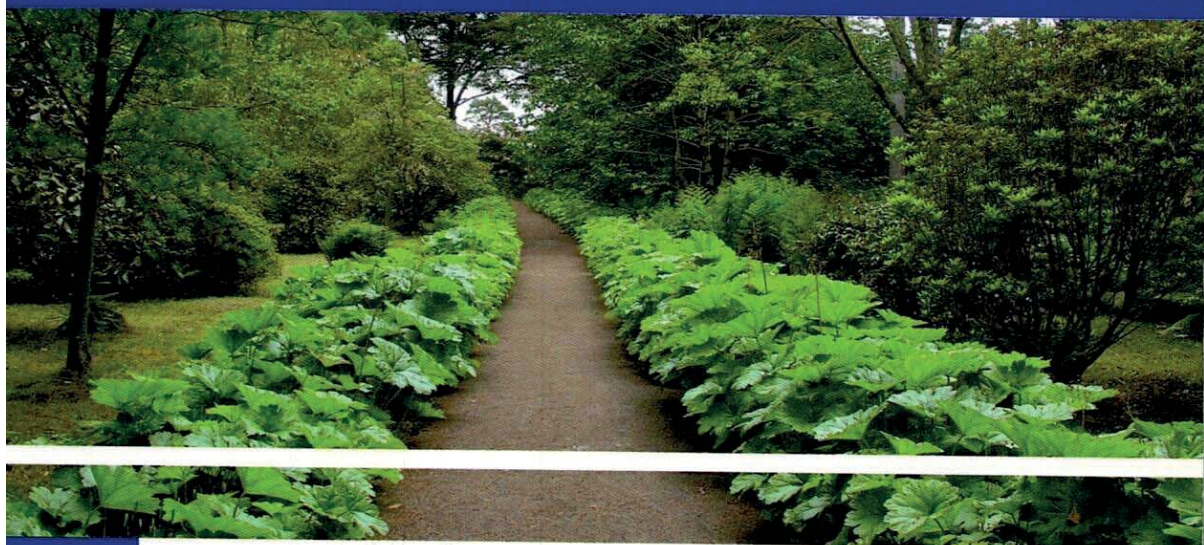


REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO



enero-marzo 2011

ESPAÑA



NIHIL PRIUS FIDE
NOTARIO

ESTUDIOS DOCTRINALES

DICTAMINA, QUE ALGO QUEDA

**INFORMACIÓN Y ESTUDIOS
DE DERECHO FISCAL**

PRÁCTICA NOTARIAL

ACTUALIDAD JURÍDICA

150

**ANIVERSARIO 1862 - 2012
DE LA LEY DEL NOTARIADO**



ANIVERSARIO 1862 - 2012 DE LA LEY DEL NOTARIADO

**150 años de historia: una función
de futuro**

11º Congreso Notarial Español

“La Autonomía de la Voluntad”

2011

Marzo. Colegio Notarial de Andalucía

“La Autonomía de la Voluntad: planteamiento general”

Junio. Colegio Notarial de Galicia

“La Autonomía de la Voluntad en el Derecho de la persona, familia y sucesiones”

Septiembre. Colegio Notarial de Cataluña

“La Autonomía de la Voluntad en el Derecho mercantil”

Noviembre. Colegio Notarial de Valencia

“La Autonomía de la Voluntad en el Derecho patrimonial”

2012

Enero. Colegio Notarial de Murcia

“La Autonomía de la Voluntad: otras formas de expresión”

Marzo. Colegio Notarial del País Vasco

“La Autonomía de la Voluntad: conflicto interregional e internacional”

28 de mayo de 2012 Colegio Notarial de Madrid

Sesión Plenaria

Número **77**
enero-marzo 2011

REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

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



CONSEJO GENERAL
DEL NOTARIADO

Suscripción y distribución:

CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO

Paseo del General Martínez Campos, 46, 6.º - 28010 Madrid - España

Tf. 913 087 232 - Fax 913 087 053

revistajuridica@notariado.org

Sumarios de los números publicados: www.notariado.org

La **Revista Jurídica del Notariado** no se identifica con las opiniones expresadas por los autores en sus trabajos

Fotografía de portada: José Luis Fernández Pérez.

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de esta obra, incluido el diseño de la cubierta, puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de la misma solo puede ser realizada con la autorización del Consejo General del Notariado, salvo excepción prevista por la ley.

© CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO

ISSN: 1132-0044

Depósito legal: GU-72/1992

Impreso en España – *Printed in Spain*

GRAFOFFSET, S.L.

C/ Los Herreros, 14 - Pol. Ind. Los Ángeles
28906 Getafe (Madrid)

CONSEJO DE REDACCIÓN

PRESIDENTE

D. Antonio Rodríguez Agradados

DIRECTOR

D. Rafael Gómez-Ferrer Sapiña (†)

SECRETARIO

D. Víctor Manuel Garrido de Palma

CONSEJEROS

D. Juan Bolás Alfonso

D. Ricardo Cabanas Trejo

D. Adolfo Calatayud Sierra

D. Francisco Calderón Álvarez

D. Elías Campo Villegas

D. José Javier Castiella Rodríguez

D.^a Ana Fernández-Tresguerres García

D. José Manuel García Collantes

D. Francisco Javier García Más

D. Fernando Gomá Lanzón

D. Carlos Marín Calero

D. Jesús Marina Martínez-Pardo

D. Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés

D. Ubaldo Nieto Carol

D. Ignacio Paz-Ares Rodríguez

D. Manuel Ángel Rueda Pérez

D. Carlos Ruiz-Rivas Hernando

D. José Carlos Sánchez González

IN MEMORIAM

Rafael Gómez-Ferrer Sapiña



Rafael Gómez-Ferrer, Director de la Revista, ha fallecido el pasado mes de junio en Valencia.

En casos como este viene a mi memoria la expresión de Carnelutti cuando, refiriéndose al notario, decía: es un servidor del bien, caballero andante de la justicia, siquiera sus armas sean incruentas. No podía ser de otro modo, ya que la aristocracia comporta nobleza de sentimiento y su principal papel consiste en servir de guía con su ejemplo a otros.

Se nos ha ido un servidor del bien –Dios se lo ha llevado cuando trabajaba en su estudio notarial–, un caballero que daba ejemplo de buen hacer en su actuación profesional y en la corporativa.

Sirve de guía con tu ejemplo, Rafa. Esta es la huella que, indeleble, has dejado.

Descansa en paz.

Manuel López Pardiñas

Presidente del Consejo General del Notariado Español

IN MEMORIAM

Juan B. Vallet de Goytisolo



En el mes de junio pasado ha fallecido.

Queremos, en la Revista, dedicarle nuestro recuerdo al maestro. Por ello, desde nuestra poquedad intentaremos realizar una semblanza de su trayectoria vital, como ejemplo para todos. Así se hará en el próximo número.

LA REVISTA

SUMARIO

In memoriam – Rafael Gómez-Ferrer Sapiña 5

In memoriam – Juan B. Vallet de Goytisolo 7

ESTUDIOS DOCTRINALES

Filialización de proyectos inmobiliarios viables: aspectos societarios y concursales 15

Fernando Azofra y Almudena Benjumea

El documento notarial de liquidación complementario del título ejecutivo 35

María Mercedes Bermejo Pumar

El Reglamento (CE) número 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). Especial referencia a las transacciones inmobiliarias y sus requisitos de derecho material y formal (Primera parte) 113

Josep M.^a Fugardo Estivill

El Consejo de Administración de la Sociedad Anónima 205

Víctor Manuel Garrido de Palma

Concepto del modo testamentario: disposición *mortis causa* "no sucesoria". (Curiosidades que aparecen en su entorno) 223

Domingo Irurzun Goicoa

Nuevas posibilidades de actuación y perspectivas de futuro en la práctica societaria internacional 269

Carlos Jiménez Gallego

Modernización del Notariado	337
Victorio Magariños Blanco	
La sustitución ejemplar como testamento sustitutorio: la consolidación de esta doctrina jurisprudencial	381
María Medina Alcoz	
Caracteres del Notariado medieval	407
Juan Alfredo Obarrio Moreno	
Derecho de la competencia y función notarial	447
Valerio Pérez de Madrid Carreras	
Constancia registral de la voluntad. Modificación de la Ley del Registro Civil (Ley 1/2009, de 25 de marzo) ...	495
Ignacio Serrano García	
DICTAMINA, QUE ALGO QUEDA	
Dictamina, que algo queda	517
Víctor Manuel Garrido de Palma	
INFORMACIÓN Y ESTUDIOS DE DERECHO FISCAL	
Notas sobre la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011 (Ley 39/2010, de 22 de diciembre) ...	543
Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés	
PRÁCTICA NOTARIAL	
Notas sobre la admisibilidad de las compras con pacto de sobrevivencia en el Derecho Común	589
Carlos Pérez Ramos	
ACTUALIDAD JURÍDICA	
Carta al tiempo	611
Por Fernando Antonio Cárdenas González	

Notas bibliográficas

Gestión de tierras rurales por entes públicos , de A. M. Cosialls Ubach, Editorial Comares, Granada, 2011	615
Por José María de la Cuesta Sáenz	
Homenaje a Víctor Manuel Garrido de Palma , varios autores, coordinadores: J. C. Sánchez González, F. J. Gardeazábal del Río, P. J. Garrido Chamorro, Consejo General del Notariado y Editorial Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2010 ...	619
Por Gabriel García Cantero	
A pie de página	673
Por el homenajeado	
Rudimentos de la sucesión y el tránsito sucesorio (Introducción al Derecho de Sucesiones del Código Civil) , de Domingo Irurzun Goicoa, Editorial Hélice, Madrid, 2010 ...	675
Por Víctor Manuel Garrido de Palma	

**EL REGLAMENTO (CE)
NÚMERO 593/2008 DEL PARLAMENTO
EUROPEO Y DEL CONSEJO,
DE 17 DE JUNIO DE 2008, SOBRE LA LEY
APLICABLE A LAS OBLIGACIONES
CONTRACTUALES (ROMA I)
Especial referencia a las transacciones
inmobiliarias y sus requisitos de derecho
material y formal
(Primera parte) (*)**

Josep M.^a Fugardo Estivill
Notario

SUMARIO

Primera parte

1. INTRODUCCIÓN AL REGLAMENTO "ROMA I"
2. ÁMBITO OBJETIVO DEL REGLAMENTO (ART. 1 REGLAMENTO ROMA I)
3. EL PRINCIPIO DE LIBERTAD DE ELECCIÓN DE LA LEY APLICABLE AL CONTRATO (ART. 3 REGLAMENTO)
 - 3.1. Procedimientos para la determinación de la Ley aplicable
 - 3.2. Contratos sin Ley aplicable
 - 3.3. Contratos objetivamente internos
 - 3.4. Los límites de la autonomía de la voluntad y las normas de aplicación necesaria. Referencia a la normativa sobre negocios relativos a bienes inmuebles

(*) El Consejo General del Notariado ha editado recientemente este trabajo. Lo publicamos ahora, en tres partes, en la *Revista Jurídica del Notariado*.

4. CONCEPTOS JURÍDICOS VARIOS EN RELACIÓN CON EL REGLAMENTO ROMA I
5. LA NORMA DE CONFLICTO A FALTA DE ELECCIÓN DE LEY APLICABLE
 - 5.1. El artículo 4 del Reglamento Roma I
 - 5.2. Puntos de conexión previstos en el artículo 4 del Reglamento Roma I
 - 5.3. Ley contractual basada en la "prestación característica del contrato"
 - 5.4. Ley contractual basada en la existencia de "vínculos manifiestamente más estrechos con otro país"

Segunda parte

6. LA PROPIEDAD Y SU RÉGIMEN LEGAL EN EL DERECHO INTERNO Y COMUNITARIO. EL TÍTULO Y EL MODO EN LA TRANSMISIÓN DE BIENES INMUEBLES
 - 6.1. Referencia a las fuentes legales configuradoras del régimen de la propiedad
 - 6.2. La contratación inmobiliaria internacional
7. LA LEY APLICABLE A LOS NEGOCIOS Y CONTRATOS SOBRE DERECHOS REALES INMOBILIARIOS
 - 7.1. Derechos reales y derechos personales
 - 7.2. Ámbito material de la expresión "derecho real inmobiliario"
 - 7.3. La aplicación de la Ley del lugar donde radiquen los inmuebles
8. REFERENCIA A LOS SISTEMAS DE TRANSMISIÓN Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD DE LOS BIENES INMUEBLES
9. ACTOS Y CONTRATOS REFERENTES A DERECHOS REALES SOBRE BIENES INMUEBLES Y ARRENDAMIENTOS
 - 9.1. Contratos incluidos
 - 9.2. Otros actos y negocios sobre derechos reales inmobiliarios
 - 9.3. Otros actos o contratos relacionados con los bienes inmuebles

Tercera parte

10. LAS NORMAS DE VALIDEZ FORMAL APLICABLES AL CONTRATO (ART. 11 REGLAMENTO ROMA I)
11. LA FORMA EN RELACIÓN CON LOS SUPUESTOS PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 11 DEL REGLAMENTO "ROMA I"
 - 11.1. Contratos bilaterales o sinalagmáticos (art. 11, apdos. 1 y 2 Rglto.)
 - 11.2. Acto jurídico unilateral (art. 11.3 Rglto.)

- 11.3. Contratos que entren en el ámbito material de aplicación del Reglamento sobre "contratos de consumo" (arts. 11.4 y 6 Rgto.)
 - 11.4. Regla general de forma para los contratos referentes a derechos reales sobre bienes inmuebles y arrendamientos de bienes inmuebles (art. 11.5 Rgto.)
 - 11.5. La forma en relación con otros supuestos negociales
 - 11.6. Otros supuestos relativos a la adopción de determinada forma en materia de bienes muebles y derechos de crédito
12. ESPECIAL REFERENCIA A LA ESCRITURA PÚBLICA NOTARIAL EN RELACIÓN CON LOS MEDIOS DE PAGO EN LA CONTRATACIÓN INMOBILIARIA Y COMO FORMA DE CONTROL
13. ESQUEMA-RESUMEN
14. BIBLIOGRAFÍA

Anexo documental

TEXTO OFICIAL DEL REGLAMENTO ROMA I

PRIMERA PARTE

1. INTRODUCCIÓN AL REGLAMENTO "ROMA I"

En las reflexiones doctrinales que componen este trabajo se procederá a examinar en sus aspectos básicos, y sin perjuicio de mejor derecho, la regulación contenida en el "Reglamento (CE) número 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)", prestando especial atención a determinadas disposiciones referentes a la elección de la Ley aplicable y los requisitos materiales y formales que deben conformar la relación jurídica correspondiente, especialmente en aquellos supuestos que tienen que ver con las transmisiones y los derechos reales de naturaleza inmobiliaria.

El Reglamento Roma I sustituye al Convenio de Roma de 1980 (CR), salvo en lo que respecta a los territorios de los Estados miembros comprendidos en el ámbito de aplicación territorial de dicho Convenio y aquellos a los que no se aplique el presente Reglamento en virtud del artículo 299 del Tratado (art. 24 Reglamento Roma I) (1).

Entre otras consecuencias, la transformación del Convenio de Roma en Reglamento hace posible que el TJCE sea automáticamente competente para interpretar su contenido, lo que asegura que sea posible una interpretación uniforme del nuevo texto (2). El Reglamento es de aplicación a los contratos celebrados a partir del 17 de diciembre de 2009 (3). El Reglamento es de aplicación universal en el sentido de que "La ley designada por el presente Reglamento se aplicará aunque no sea la de un Estado miembro".

En relación con su aplicación en España y los contratos incluidos, respectivamente, en el correspondiente ámbito objetivo del Convenio o Reglamento, cabe establecer el siguiente calendario o normativa de derecho temporal:

Los contratos celebrados antes del 1 de septiembre de 1993, se rigen por la Ley determinada con arreglo al artículo 10.5 CC y preceptos concordantes; los celebrados con posterioridad a dicha fecha hasta el 16 de diciembre de 2009, quedan sujetos a la Ley determinada según el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la

(1) J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2009, p. 95; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, 2009, p. 607.

(2) Libro Verde sobre la transformación del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en instrumento comunitario y sobre su actualización, presentado por la Comisión, Bruselas, 2003 (COM82002), 654 final (en adelante, Libro Verde), pp. 13-17; E. CASTELLANOS RUIZ, 2009, p. 9; C. NOURISSAT, 2009, p. 2; B. UBERTAZZI, 2008, pp. 11-12; C. CASIS, 2009, pp. 59 y ss.; T. BALLARINO, 2009, pp. 7-8.

(3) La versión oficial publicada contenía una contradicción de fechas (cfr. arts. 28 y 29.2 Rglto.), que ha sido salvada por la corrección de errores aprobada por el Consejo el día 19 de octubre de 2009. De acuerdo con la corrección aprobada, el artículo 28 pasa a tener la siguiente redacción: "El presente Reglamento se aplicará a los contratos celebrados a partir del 17 de diciembre de 2009".

Ley aplicable a las obligaciones contractuales; y los celebrados a partir de esta última fecha por el Reglamento Roma I (4).

Al igual que el Convenio de Roma, el Reglamento Roma I ofrece una solución uniforme conflictual y unifica las reglas de Derecho aplicables a las obligaciones contractuales incluidas en su ámbito objetivo (5). La existencia de normas de conflicto uniformes motiva que siempre que deba conocer del asunto un tribunal de un Estado miembro, la Ley aplicable al contrato sea la misma, con lo que se evita el "*forum shopping*" (6). Por tratarse de un Reglamento comunitario esto significa que es un texto de aplicación general en todos los Estados miembros y por lo que respecta a su ámbito de aplicación material, temporal y espacial, es obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro (art. 249.II TCE) (7).

Las normas de DIPr. español siguen vigentes en relación con los contratos o negocios excluidos del ámbito material del Reglamento y también son de aplicación respecto del derecho interregional privado (8).

Por otra parte, la doctrina advierte que el concepto de contrato –concepto jurídico– no debe confundirse con el concepto de documento o documentos en el que consten los pactos entre las par-

(4) Sobre la entrada en vigor y la aplicación del Reglamento, cfr. artículos 28 y 29 Reglamento Roma I (A. L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, II, 2009, pp. 484-486).

(5) J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, S. SÁNCHEZ LORENZO, 2009, p. 484.

(6) A. L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2009, II, p. 479; E. CASTELLANOS RUIZ, 2009, p. 4; B. UBERTAZZI, 2008, p. 14. Según el Glosario de términos del Libro Verde: El *forum shopping* (Búsqueda del órgano jurisdiccional más ventajoso) "designa la actitud de la persona implicada en un litigio internacional, que acude al tribunal de este o de aquel país no porque se trate del tribunal que se encuentra en mejores condiciones para conocer del litigio, sino solamente porque este tribunal, en aplicación de sus normas de conflicto de leyes, aplicaría la ley que conduciría al resultado más ventajoso para esta persona".

(7) En relación con la aplicación del Reglamento en Dinamarca, Reino Unido e Irlanda y determinados territorios de ultramar, cfr. E. CASTELLANOS RUIZ, 2009, pp. 13-15.

(8) Cfr. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2009 y A. L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2009, pp. 473 y ss.; E. CASTELLANOS RUIZ, 2009, pp. 147-149.

tes (9). Un contrato puede constar en un documento o en varios. Y un documento puede contener varios contratos o un solo contrato (10). Según se analiza más adelante, el Reglamento distingue entre requisitos de validez formal del contrato según los requisitos de forma de la Ley que lo rija en cuanto al fondo, y los requisitos de forma según la Ley del país donde se haya celebrado o la del país de la residencia habitual de una de las partes contratantes.

En relación con su correspondiente *ámbito objetivo*, el Reglamento Roma I reconoce como principio básico la libertad de las partes para elegir la Ley aplicable (*pactum de lege utenda*) y el sistema de normas de conflicto de leyes en materia de obligaciones contractuales. Así lo proclama el Considerando 11 del Reglamento: "La libertad de elegir la ley aplicable debe constituir una de las claves del sistema de normas de conflicto de leyes en materia de obligaciones contractuales".

Según dispone el artículo 3.1 Reglamento: "*El contrato se regirá por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Por esta elección, las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato [dépeçage].*"

Con todo, en caso de "dépeçage" la elección de las leyes aplicables debe ser coherente, lo que significa que debe referirse a elementos del contrato que puedan regirse por leyes diferentes sin que como consecuencia de ello se produzcan resultados contradictorios. Por ejemplo, es admisible referirse a una Ley concreta de indización, pero no es posible pactar la resolución del contrato por falta de cumplimiento sometiéndola a dos leyes diferentes, una para cada parte contratante y la elección tampoco puede utilizarse con el fin de eludir las leyes imperativas (11).

(9) A. L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, II, 2009, p. 492.

(10) J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2009, p. 115. No obstante, en el supuesto de un contrato verbal válido, no existirá documento. En este caso se planteará un problema de prueba y eficacia.

(11) Según el *Rapport* Giuliano/Lagarde (1980), referente al Convenio de Roma de 1980 (ep. 4), ninguna delegación deseaba favorecer el "dépeçage", pero ello no impedía la mención de esta posibilidad a título

En materia de fraccionamiento contractual observa la doctrina que la nueva regulación es más rígida que el derogado CR, lo que favorece la certeza y la previsibilidad en el ámbito del Derecho contractual. Salvo que el legislador (arts. 9-18 Rglto.) o las partes (art. 3.1 *in fine* Rglto.) hayan dispuesto expresamente otra cosa, "una ley única es la que debe regir el contrato. O dicho de otra forma, el fraccionamiento de partes autónomas del contrato para buscar una vinculación más estrecha es fundamentalmente una tarea de las partes *ex ante*, y no de «experimentos judiciales» *ex post*" (12).

También es posible convenir, en cualquier momento, que el contrato se rija por una Ley distinta de la que lo regía con anterioridad, bien sea en virtud de una elección anterior efectuada con arreglo al principio de libertad de elección o de otras disposiciones del Reglamento, pero de acuerdo con el artículo 3.2 del Reglamento: "Toda modificación relativa a la determinación de la ley aplicable, posterior a la celebración del contrato, no obstará a la validez formal del contrato a efectos del artículo 11 y no afectará a los derechos de terceros."

2. ÁMBITO OBJETIVO DEL REGLAMENTO (ART. 1 REGLAMENTO ROMA I)

Sin perjuicio del examen de esta cuestión en otras partes de este trabajo, en relación con su ámbito de aplicación material, el artículo 1.1 del Reglamento señala que "El presente Reglamento se aplicará a las obligaciones contractuales en materia civil y mercantil en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes".

La determinación de estas materias no está definida en el Reglamento, lo que también sucedía en relación con el Convenio de Roma y sucede en el Reglamento 44/2001, de 22 diciembre 2000.

excepcional. Cfr. E. CASTELLANOS RUIZ, 2009, pp. 91-96; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2009, pp. 157-158.

(12) F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, 2010, p. 600. Como señala la STJCE 6 octubre 2009 (Asunto C-133/08, ICF/Balkenende, Mic), referente al CR, "en lo que atañe concretamente a las normas relativas a la prescripción de un derecho, tales normas deben pertenecer al mismo ordenamiento jurídico que el que se aplica a la obligación correspondiente" (cfr. art. 10.1.c CR y art. 12.1.d Rglto.).

Con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (13) esta calificación debe efectuarse de modo "autónomo", lo que exige un "esfuerzo sistemático muy notable" (14).

El Reglamento Roma I se aplica a las obligaciones derivadas de contratos sometidos al Derecho privado (15). El Reglamento establece la Ley aplicable a las obligaciones contractuales, pero lo hace "contrato por contrato" porque cada contrato tiene su propia Ley reguladora, lo que significa que las obligaciones que nacen de un mismo contrato quedan sujetas a la misma Ley (16).

Según se analiza más ampliamente en los apartados que siguen, las materias *excluidas* del ámbito del Reglamento Roma I se basan fundamentalmente en los siguientes criterios: por no presentar carácter "contractual"; por disponer de regulación legal específica; o por haberse generado en un contexto propio al Derecho de Familia o de Sucesiones.

En consecuencia, quedan excluidas del ámbito de aplicación material del Reglamento las siguientes materias:

— Las referentes a normas fiscales, aduaneras y administrativas y las que se refieran a los siguientes ámbitos: la regulación

(13) SSTJCE, entre otras, de 22 de marzo de 1983, núm. 34/82, Asunto *Peters* y 10 de marzo de 1992, núm. 241/89, asunto *Powell Duffryn*. La parte dispositiva de la sentencia núm. 34/82 establece lo siguiente: "*la Cour, statuant sur la question a elle soumise par le Hoge Raad des Pays-Bas, par arrêt du 15 janvier 1982, dit pour droit:*

1) *les obligations ayant pour objet le versement d'une somme d'argent et trouvant leur fondement dans le lien d'affiliation existant entre une association et ses adhérents relèvent de la «matière contractuelle» au sens de l'article 5, alinea 1, de la Convention du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.*

2) *il est indifférent, a cet égard, que les obligations en question découlent directement de l'adhésion ou résultent tout à la fois de celle-ci et d'une ou plusieurs décisions arrêtées par des organes de l'associat*". <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61982J0034:FR:HTML>.

(14) J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2009, p. 98.

(15) A. L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2009, II, p. 486.

(16) J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2009, p. 114.

del estado civil y la capacidad de las personas físicas (art. 9.1 CC) (17).

— Las obligaciones que se deriven de relaciones familiares y los regímenes económicos matrimoniales o comparables al matrimonio (18), incluida la obligación de alimentos, los testamentos y las sucesiones (arts. 9.2, 9.8 y 9.3 CC).

Señala la doctrina que estas exclusiones se refieren a supuestos que comparten "un doble carácter familiar y contractual, habiéndose considerado por el legislador comunitario que la primera ha de prevalecer sobre la segunda y que, por consiguiente, su solución conflictual ha de venir proporcionada en el futuro por otro instrumento normativo comunitario sobre determinación del ordenamiento aplicable diferente al Reglamento Roma I (que se ciñe al Derecho patrimonial *stricto sensu*)" (19).

— Las obligaciones que se deriven del derecho cambiario (letras de cambio, cheques y pagarés) así como los instrumentos negociables (LCCH, LMV).

— Los convenios de arbitraje y de elección del tribunal competente [Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, Reglamento (CE) número 44/2001, artículo 22 LOPJ, Convenios internacionales en materia de arbitraje y competencia judicial internacional].

— Las cuestiones sobre derecho de sociedades y otras personas jurídicas (art. 9.11 CC y Leyes civiles y mercantiles especiales).

(17) No obstante, el artículo 13 Reglamento Roma I establece que "*En los contratos celebrados entre personas que se encuentren en un mismo país, las personas físicas que gocen de capacidad de conformidad con la ley de ese país sólo podrán invocar su incapacidad resultante de la ley de otro país si, en el momento de la celebración del contrato, la otra parte hubiera conocido tal incapacidad o la hubiera ignorado en virtud de negligencia por su parte*" (excepción de interés nacional).

(18) Aunque tengan carácter contractual, si la regulación de las parejas de hecho establecida en la *lex fori* tiene "efectos análogos al matrimonio", estas relaciones quedarán excluidas del Reglamento Roma I, pero también puede suceder lo contrario y la doctrina no tiene claro este carácter en relación con el PACS francés, la *cohabitation* belga y el *partnership* luxemburgués (J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2009, pp. 105-106; T. BALLARINO, 2009, p. 9; M. REVILLARD, 2010, pp. 136-142).

(19) A. RODRÍGUEZ BENOT, 2009, pp. 114-115.

— La constitución de *trusts* y las relaciones entre los fundadores, administradores y beneficiarios. Según el *Rapport* Giuliano/Lagarde, la exclusión se refiere a los *trusts* tal como son concebidos en el *Common Law*, pero las instituciones parecidas de derecho continental están incluidas en el ámbito del convenio, pues normalmente son de naturaleza contractual (ep. 6) (20).

— Las obligaciones que se deriven de los tratos previos a la celebración de los contratos que se consideran ilícitos civiles sometidos a las normas de conflicto del Reglamento Roma II [Cdo. (10) Reglamento Roma I].

— Los contratos de seguros procedentes de operaciones realizadas por organizaciones que no sean empresas referidas en la Directiva 2002/83/CE con arreglo a los términos previstos en el artículo 1, letra j), del Reglamento y sin perjuicio de lo previsto sobre esta materia en el artículo 7 del propio Reglamento.

— La posibilidad para un intermediario de obligar frente a terceros a la persona por cuya cuenta pretende actuar, o para un órgano de obligar a una sociedad, asociación o persona jurídica (art. 10.11 CC).

— Las cuestiones referentes a la prueba y al proceso, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 18 del Reglamento (art. 3 LEC).

— El Reglamento Roma I tampoco es de aplicación a la contratación sometida a una regulación jurídico-pública, esto es, el Reglamento sólo se aplica a los contratos regulados por el derecho privado "civil-mercantil". Estos contratos pueden ser civiles, mercantiles, contratos de trabajo, contratos onerosos, gratuitos, lucrativos, típicos, atípicos, orales y escritos (Giuliano/Lagarde) y deben vincular exclusivamente a personas particulares y entes privados, excluyendo los contratos en que una de las partes sea un ente público que actúe con potestad de *imperium* (cfr. art. 1.1 *in fine*) (21).

(20) Sobre la recepción del *trust* en nuestro derecho, cfr. *a.e.*, Manuales de DIP y en especial, las obras colectivas citadas en la bibliografía, de S. NASARRE AZNAR y M. GARRIDO MELERO (2006), y E. ARROYO I AMAYUELAS (2007). Desde la perspectiva registral, cfr. M. VIRGÓS SORIANO (2006), C. PARDO NÚÑEZ (2007), A. PAU PEDRÓN (2007).

(21) A. L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2009, II, p. 486 y pp. 632-636. También puede sostenerse que será aplicable el Reglamento Roma I a los aspectos de puro Derecho Privado relativos a los contratos

— Finalmente, también quedan excluidas aquellas obligaciones civiles que no tengan carácter contractual [obligaciones nacidas de actos ilícitos civiles extracontractuales, obligaciones que nacen de actos jurídicos unilaterales (como la oferta hecha al público, la promesa de pago, los reconocimientos de deuda, y las obligaciones naturales)], materias que en relación con su correspondiente ámbito material deben regularse por lo previsto en el Reglamento Roma II [Reglamento (CE) número 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales ("Roma II")] (22).

3. EL PRINCIPIO DE LIBERTAD DE ELECCIÓN DE LA LEY APLICABLE AL CONTRATO (ART. 3 REGLAMENTO)

Siguiendo la pauta marcada en el Convenio de Roma y de conformidad con el antes citado Considerando (11) del Reglamento Roma I, el principio general establecido en el Reglamento se basa en la libertad de elección de la Ley aplicable al contrato (*autonomía de la voluntad conflictual* o derecho de los contratantes a designar la Ley aplicable al fondo del contrato internacional –*Grundsatz der Parteiautonomie, kollisionsrechtliche Parteiautonomie*).

Según el glosario de términos del Libro Verde sobre el CR, el significado de la expresión Ley aplicable/*lex causae* es el siguiente: "Cuando una relación jurídica entre personas privadas presenta carácter internacional (por ejemplo, porque tienen diferente nacionalidad, no residen en el mismo país, participan en una transacción comercial internacional, etc.), conviene determinar cuál de las leyes en juego rige la situación. La ley aplicable se determina según las normas llamadas de conflicto de leyes."

Cuando se trate de contratos incluidos en el ámbito material de aplicación del Reglamento, el contrato –dice el art. 1 Reglamento–

públicos cuando el Estado no pueda ejercitar poderes exorbitantes, pero, en este caso, la vinculación manifiestamente más estrecha será la Ley del Estado contratante y esta será la Ley que debe regir el contrato (Sent. Tribunal Udine, Italia, 2 de agosto de 2002).

(22) J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2009, pp. 98-99; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, 2009, p. 608.

"se regirá por la ley elegida por las partes" (*the proper law of the contract*). La norma consagra el principio de libertad contractual entre las partes contratantes para determinar la Ley que debe regir el contrato (*lex contractus*) y se convierte en la piedra angular del sistema establecido en el Reglamento (23). Esta elección podrá referirse a la totalidad o solamente a una parte del contrato. Por otra parte, el Reglamento es de *aplicación universal* (efecto *erga omnes*), lo que significa que "la ley designada por el presente Reglamento se aplicará aunque no sea la de un Estado miembro" (art. 2) (24). En suma, el Reglamento establece "un sistema general de Derecho aplicable a las obligaciones no previsto específicamente para relaciones intracomunitarias, que se extiende a cualquier otra operación internacional extracomunitaria" (25).

La Ley aplicable al contrato en virtud del Reglamento Roma I rige su interpretación y su cumplimiento, las sanciones derivadas del incumplimiento de sus obligaciones, la evaluación del daño, la extinción de las obligaciones, las instrucciones para estas acciones, y las consecuencias de la nulidad del contrato. No obstante, en lo que se refiere a las modalidades de cumplimiento y a las medidas que se deben tomar en caso de cumplimiento defectuoso, se tendrá en cuenta la Ley del país donde tenga lugar el cumplimiento (art. 12 Rglto.). Por otra parte, las disposiciones del Derecho comunitario que, en materias concretas, regulen las normas de conflicto de leyes relativas a las obligaciones contractuales prevalecerán sobre el presente Reglamento, excepto en el caso de los contratos de seguro (26). El Reglamento tampoco incide en la regulación de las situaciones no contractuales [Reglamento (CE) núm. 864/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones no contractuales (Roma II)].

La elección de la Ley del contrato permite que las partes contratantes puedan fijar de modo estable y previo el Derecho estatal que debe regular su relación jurídica (*Recht von Staaten*), sometiéndola

(23) M. WILDERSPIN, 2008, p. 14.

(24) E. CASTELLANOS RUIZ, 2009, pp. 38-51.

(25) J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, S. SÁNCHEZ LORENZO, 2009, p. 484.

(26) Cfr. información existente en la web de la Unión Europea, en adelante: Síntesis... http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/judicial_cooperation_in_civil_matters/jl0006_es.htm.

al "Derecho más adecuado" a sus intereses (MAYER/HEUZÉ), con lo cual, se evitan –incluso en la esfera jurisdiccional– futuros conflictos sobre esta cuestión y también les faculta para limitarse a disponer que uno o varios ordenamientos estatales no resultarán aplicables a su contrato [*negative Rechtswahl* (27)].

Por ejemplo, por medio de la elección de la Ley aplicable al contrato, una empresa puede ajustar sus contratos internacionales al mismo derecho estatal, lo que le permite obtener determinadas economías de escala; las partes pueden elegir un Derecho neutral o que consideren especialmente conveniente a la naturaleza de sus relaciones contractuales o a la Ley de un país que ha ratificado determinado Convenio internacional. También puede suceder que interese aplicar la Ley nacional conocida por ser la más habitual para la parte contratante y la que le origina menores costes conflictuales en su conocimiento, aplicación y efectos (28).

No obstante, esta libertad de elección no puede entenderse en términos absolutos y queda sometida a determinados condicionantes, y la elección de una Ley determinada por una sola de las partes contratantes podría no convenir a la parte económicamente más débil, a la que puede interesar precisamente lo contrario. En relación con estos supuestos –en especial respecto de los contratos de consumo–, el Reglamento prevé ciertas normas protectoras, existe el denominado *orden público de protección* y, en todo caso, con arreglo a la doctrina, la elección de ley por las partes debe ser de "buena fe y lícita", fórmula aplicada en la sentencia del *Private Council* inglés en el caso *Vita Foods Products v. Unus Shipping*, [1939] A. C-277 (29).

Asimismo, la libertad de elección de Ley aplicable no es total o completa, ya que según se examina más adelante, la elección de la Ley no puede eludir la aplicación de aquellas normas que no puedan excluirse mediante acuerdo, como las leyes imperativas o de aplicación necesaria o las que puedan afectar al orden público, lo que, por ejemplo, entre otros supuestos, ofrece particular incidencia en relación con la transmisión y la regulación de los derechos reales sobre

(27) A. L. CALVO CARAVACA, 2009, pp. 57-58.

(28) A. L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2009, II, p. 496.

(29) A. L. CALVO CARAVACA, 2009, pp. 61-62.

bienes inmuebles, limitación que en este caso se justifica –según se examinará con más detalle en otro lugar– por la inmediatez del derecho del sujeto con la cosa, sus efectos respecto de terceros y el amplio acervo normativo de leyes del lugar donde radica el inmueble que son de aplicación necesaria o imperativa.

El Reglamento Roma I prevé que, cuando todos los demás elementos de la situación estén localizados en el momento de la elección en un país distinto cuya Ley se elige, “la elección de las partes no impedirá la aplicación de las disposiciones de la ley de ese otro país que no puedan excluirse mediante acuerdo” (art. 3.3), y cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación en el momento de la elección se encuentren localizados en uno o varios Estados miembros, la elección por las partes de una Ley que no sea la de un Estado miembro “se entenderá sin perjuicio de las disposiciones del Derecho comunitario, en su caso, tal como se apliquen en el Estado miembro del foro, que no puedan excluirse mediante acuerdo” (art. 3.4).

3.1. PROCEDIMIENTOS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE

La *Ley aplicable* al contrato puede determinarse o quedar determinada con arreglo a los siguientes procedimientos:

a) Por elección expresa (“deberá manifestarse expresamente...”, art. 3.1 Rgto.)

En este caso la Ley es elegida con tal carácter por las partes, ya sea de forma *expresa* o *tácita*, pero rechazándose la voluntad hipotética (30).

El supuesto de elección tácita ha sido recibido críticamente por la doctrina, al entenderse que resulta problemático que “*the parties (both of them!) take it for granted that the contract is subject to a certain law but fail to mention it!*” (31).

(30) A. L. CALVO CARAVACA, 2009, p. 64.

(31) B. UBERTAZZI, 2008, p. 62, con cita de A. BONOMI.

b) Por elección implícita

Este supuesto se dará cuando la Ley aplicable no conste de modo explícito, exigiéndose en este caso que la elección resulte “de manera inequívoca (32) de los términos del contrato o de las circunstancias del caso” (art. 3.1). No obstante, en ningún caso se considera admisible remitirse a la voluntad hipotética sobre la Ley aplicable (33).

c) Ley en defecto de elección

En defecto de elección de la Ley aplicable al contrato (o cuando la Ley elegida no sea válida), el artículo 4 del Reglamento que se cita más adelante prevé la Ley que deberá aplicarse en relación con los ocho (magníficos) contratos que constan en dicho artículo [CALVO CARAVACA-CARRASCOSA GONZÁLEZ (34)].

En *síntesis*, el contrato se regirá por la Ley elegida por las partes. La Ley podrá aplicarse a la totalidad o solamente a una parte del contrato. Las partes podrán, en cualquier momento, convenir que el contrato se rija por una Ley distinta. Aunque las partes elijan la Ley de un país distinto como Ley aplicable, la Ley del país que esté más estrechamente vinculado al objeto del contrato no impedirá la aplicación de las disposiciones de la Ley de este otro país que no puedan excluirse mediante acuerdo. En caso de que el objeto del contrato afecte a uno o varios Estados miembros, y se elija la Ley de un Estado no miembro, la Ley elegida no podrá contradecir las disposi-

(32) Las distintas versiones lingüísticas del Reglamento se refieren a este requisito en los términos siguientes: “resultar de manera inequívoca”; “*de façon certaine*”; “*risulta chiaramente*”; “*clearly demonstrated*” y “*sich eindeutig*”.

(33) En el Libro Verde se pone de relieve que el apartado 1 del artículo 3 CR, excluía la elección puramente hipotética deducida a partir de cláusulas contractuales ambiguas, pero el análisis de la jurisprudencia revelaba una gran divergencia de soluciones en este punto, achacable en parte a redacciones del Convenio más o menos flexibles en este punto, lo que evidenciaba que la frontera entre voluntad tácita y voluntad puramente hipotética era frágil. E. CASTELLANOS RUIZ, 2009, pp. 65 y ss.

(34) A. L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2009, II, p. 526.

ciones del Derecho comunitario tal como se apliquen en el Estado miembro del foro que no puedan excluirse mediante acuerdo.

3.2. CONTRATOS SIN LEY APLICABLE

La necesaria remisión a una Ley estatal impide que las partes puedan convenir contratos sin Ley aplicable. El "contrato sin ley aplicable" es el que sólo se somete a la voluntad de las partes situando la voluntad privada por encima de la Ley, cuando lo cierto es que es la propia Ley la que regula y limita el ejercicio de la autonomía de la voluntad.

Una concepción absoluta de esta tesis, que convirtiese la sola voluntad de las partes en la Ley única y exclusiva del contrato (*pacta sunt servanda*), primaría bajo una apariencia liberal los intereses de los más fuertes en la negociación (35) y situaría el supuesto en una especie de "esquizofrenia jurídica" (CASTELLANOS RUIZ), puesto que sería la Ley designada la que debería otorgar la validez de dicha voluntad y la propia validez de la Ley aplicable descansaría en la voluntad de los particulares (36). Es la *lex fori* la que debe encuadrar el principio *pacta sunt servanda* (37).

La posición del Notariado Europeo (CNUE) sobre la elección de un derecho no estatal o de principios o reglas de derecho material era igualmente contraria a esta posibilidad, lo que se justificaba con las siguientes consideraciones: en primer lugar, porque la opción de un derecho no estatal no responde a los imperativos de seguridad jurídica y previsibilidad de soluciones, pues, dichos principios o bases todavía no son suficientemente precisos y el recurso a esta clase de instrumentos es susceptible de generar considerables problemas interpretativos; en segundo lugar, si se admitiera que la Ley aplicable no es estatal, la Ley objetivamente aplicable no podría ser llamada para autorizar o invalidar la elección de la Ley aplicable, con lo que se plantearía el problema de la Ley subsidiariamente aplicable para resolver sobre las lagunas normativas y su articulación entre los diferentes textos, quedando solamente como mecanismos de excepción

(35) A. REMIRO BROTONS, 1978, p. 294.

(36) E. CASTELLANOS RUIZ, 2009, p. 83.

(37) E. CASTELLANOS RUIZ, 2009, pp. 83-90.

la remisión al orden público internacional del foro o las leyes de policía (38).

Como observa CASTELLANOS RUIZ, la exigencia de una Ley estatal aplicable tiene sus razones en los siguientes motivos: "a) un contrato sin ley no puede ser exigido su cumplimiento ante un juez; b) sólo una Ley estatal constituye un sistema jurídico completo; c) sólo una Ley estatal puede establecer los límites a la libertad contractual o autonomía material de los contratantes" (39).

Por su parte, CARRASCOSA GONZÁLEZ pone de relieve lo siguiente (40): la remisión a la "Nueva Lex Mercatoria" como ordenamiento regulador de un contrato internacional es inadecuada para la seguridad jurídica del negocio y conduce a situaciones azarosas, porque los contratantes pueden desconocer qué normas jurídicas concretas regulan su contrato; un "contrato" es un acuerdo al que la Ley atribuye determinada fuerza obligatoria, pero si tal acuerdo no está sometido a ninguna "Ley" dicho acuerdo tendrá carácter de *Gentlemen's Agreement* o algo similar, pero no será un "contrato" con la fuerza obligatoria que le atribuye la Ley (*Non Enforceable by Law*); el rechazo a esta teoría no afecta la eficacia del comercio internacional, pues es realmente limitado el número de contratos internacionales en que se conviene la aplicación de normativas que no sean "Leyes estatales"; finalmente, la apuesta por este tipo de normas es un "movimiento de parte" en el que participan árbitros y profesionales integrantes de esta corriente doctrinal que elaboran estos materiales "normativos".

Aunque finalmente el Consejo de la Unión se opuso a la existencia de contratos sin Ley, el Considerando (13) señala que "El presente Reglamento no impide a las partes incorporar por referencia a su contrato un Derecho no estatal o un convenio internacional", lo que ha causado cierta perplejidad (41).

(38) "Position du Conseil des Notariats de l'Union Européenne (CNUE) à la suite des amendements de compromis proposés par le Député européen Dumitrescu sur la proposition de règlement concernant la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) (COM/2005/0650 – COD 2005/0261)", 2007, http://www.cnue-nouvelles.be/pdf/pdf_fr_20071114034511-2.pdf

(39) E. CASTELLANOS RUIZ, 2009, p. 83.

(40) J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2009, pp. 40-41.

(41) C. NOURISSAT, 2009, p. 3.

Con todo, la sumisión de las partes (por ejemplo, a una *lex mercatoria* o a las Reglas Uniformes CCI) no puede considerarse un ordenamiento alternativo al Derecho de los Estados y sólo tendrá valor para regular la parte dispositiva del contrato en su sentido de autonomía contractual material (*Privatautonomie*) en el marco del Derecho nacional aplicable (pactos privados *inter partes*), con tal que con dicha elección no se contraríen normas imperativas de la Ley que rige el contrato, y sin que ello pueda entenderse como una auténtica autonomía conflictual (*Parteitautonomie*), tanto si se ha hecho una elección de Ley aplicable expresa como en defecto de ésta (42).

Como observa la doctrina, "La aplicación de la Ley de un concreto Estado no sólo es necesaria como petición de principio, pues no puede existir un contrato sin ley o inmune, sino como una exigencia práctica originada en las propias lagunas e incertidumbres que suscita cualquier reglamentación basada en los usos comerciales o en las recomendaciones de las organizaciones profesionales" (43). En suma, "La autonomía sirve para «localizar» un contrato internacional en un ordenamiento jurídico dado, no para lo contrario" (44).

Por lo que atañe al *valor jurídico* de la remisión a estas reglas, deberá tenerse la situación concreta que puede presentarse (45):

a) No se planteará especial problemática si las partes ajustan su conducta a estas reglas y no se presenta contrariedad alguna para precisar o complementar lo establecido en el derecho estatal que rige el contrato.

(42) E. CASTELLANOS RUIZ, 2009, pp. 72-76. El pacto por el que un contrato inglés se sujetaba a los principios de la ley islámica ("*subject to the principles of the Glorious Sharia'a*"), fue rechazado al considerarse que repugnaba al derecho inglés y constituía una cláusula contradictoria consigo misma y carente de sentido (Caso *Shamil Bank of Bahrain v. Beximco Pharmaceutical Ltd.* [2004] EWCA Civ. 19 [2004] I WLR), citado por A. L. CALVO CARAVACA, 2009, pp. 68-69.

(43) J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, S. SÁNCHEZ LORENZO, 2009, p. 489.

(44) M. VIRGÓS SORIANO, 1993, p. 117. Según C. VON BAR, la doctrina de la *Lex mercatoria* es "teóricamente falsa, como fuente jurídica, conceptualmente difusa y, desde el punto de vista de la política jurídica, equivocada". Si se quiere asegurar su cumplimiento, esta *Lex* debe enmarcarse en el viejo aforismo *pacta sunt servanda* (cfr. A. L. CALVO CARAVACA, 2009, pp. 72 y ss.).

(45) J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2009, pp. 41-43.

b) Si las discrepancias se resuelven por vía arbitral, los árbitros resolverán con arreglo a las "normas" que las partes indiquen, pero si el contrato debe ejecutarse las autoridades estatales no controlarán la "Ley aplicada por los árbitros". Con todo, el laudo puede no ejecutarse si vulnera los principios básicos del Derecho estatal del país de ejecución (contrariedad al orden público internacional) o podrá ser atacado ante las autoridades estatales mediante un recurso de nulidad o anulación basado en dicho motivo; por último,

c) Si la controversia debe resolverse ante órganos jurisdiccionales, el tribunal deberá juzgar el caso con arreglo a las normas que le marca el Derecho del Estado del que el tribunal depende; en este caso, la admisión de dichas reglas será posible en la medida en que sean admisibles con arreglo a lo previsto en el DIPr.

Como señala la doctrina: "Le caractère très réduit des effets accordés au contrat sans loi s'explique par l'attachement des systèmes nationaux à l'application d'une réglementation étatique aux contrats internationaux. Cet attachement ne procède pas seulement d'une méfiance à l'égard du droit spontané, il s'explique également par une fiabilité à la méthode conflictuelle et à la justice de rattachement.

Concrètement, ces considérations se traduisent par l'adoption, dans l'immense majorité des systèmes juridiques, de règles de conflit conduisant à désigner une loi étatique pour régir le contrat. Cette référence à la législation étatique se manifeste soit dans l'énoncé du principe d'autonomie qui autorise les parties à choisir la *loi* applicable à leur contrat soit dans la formulation de la règle applicable à défaut de choix qui conduit le juge à déterminer, là encore, une *loi* applicable en fonction de directives ou de critères de rattachement qui varient selon les ordres juridiques. Dans les deux cas, aucune place n'est faite au droit non étatique dans la réglementation des contrats internationaux" (46).

Otra cuestión a considerar en relación con la remisión a una Ley estatal consiste en la distinción entre la referencia a leyes estatales específicas a través de "incorporaciones por referencia", supuesto en que las partes se refieren a la aplicación total o parcial al contrato de una determinada Ley, y la cláusula de elección de Ley aplicable o autonomía conflictual.

(46) L. GANNAGÉ, 2007, p. 10.

La incorporación en el contrato de una Ley estatal concreta por referencia no significa que esta Ley sea la que debe regir el contrato, y puede entenderse como un pacto entre las partes de aplicación de una Ley determinada de un Estado concreto y su validez vendrá determinada de conformidad con la Ley rectora del contrato, haya sido o no ésta elegida por las partes. El procedimiento para determinar cuándo puede darse una u otra situación se suele basar en la generalidad o concreción de la redacción de la cláusula. "La elección de la Ley aplicable es, por definición, genérica, mientras que las incorporaciones por referencia, al contrario, suponen la identificación de la Ley incorporada" (47).

En el supuesto de cambio legislativo, según se presente una u otra situación, las consecuencias serán distintas: en el supuesto de una incorporación por referencia, los cambios legislativos en esta norma no alterarán el contenido del pacto incorporado. En cambio, la elección de Ley aplicable en virtud de la autonomía conflictual implica una designación intemporal de la Ley rectora del contrato, por lo que ante un cambio legislativo deberán considerarse las consecuencias previstas en las propias disposiciones transitorias. Esta distinción también será de utilidad en el supuesto de cláusulas de elección nulas.

3.3. CONTRATOS OBJETIVAMENTE INTERNOS

El Reglamento Roma I sólo es aplicable para determinar la Ley reguladora del contrato "en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes (art. 1.1)", lo que significa que el Reglamento no será aplicable cuando el contrato no presente ningún "elemento extranjero". No obstante, puede suceder que aun interviniendo en el contrato sólo nacionales (contrato objetivamente interno), las partes contratantes acuerden el sometimiento del contrato interno a una Ley extranjera.

En estos supuestos debe prevenirse la existencia de un posible fraude de Ley internacional (*evasion of the Law*), que consiste en "la alteración voluntaria y artificiosa de la circunstancia empleada como punto de conexión de la norma de conflicto, realizada por las partes

(47) J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, S. SÁNCHEZ LORENZO, 2009, p. 490.

con el fin de provocar la aplicación de un derecho estatal («ordenamiento de cobertura») al supuesto, distinto a aquel Derecho estatal («ordenamiento defraudado») que sería normalmente aplicable” (48). Por definición, el fraude conlleva la existencia de un elemento subjetivo o intencional. El acto es intrínsecamente lícito, pero está viciado por una finalidad ilícita, lo que conduce a su ineficacia.

Aprovechando la diversidad de sistemas de derecho internacional privado, el fraude de Ley internacional se manifiesta por la modificación, *ergo*, manipulación, de un elemento de conflicto que ha sido efectuada voluntariamente por las partes con el fin de lograr un determinado resultado al amparo de la Ley elegida, pero sin que la situación creada presente vínculos reales con la Ley del país que ha sido escogida y sin aceptar las consecuencias más esenciales que normalmente cabría atribuir a este cambio; “*forum shopping*” y “fraude de Ley” responden a supuestos de hecho distintos, pero pueden utilizarse en paralelo. En el fraude de Ley se manipula la regla de conflicto de leyes. En el *forum shopping* se acude a un tribunal extranjero que no reconozca el fraude de Ley para que decida a satisfacción del defraudador, el cual, posteriormente, invoca el reconocimiento de la decisión obtenida en el país en que la misma debe cumplirse (49).

En el supuesto de “contratos objetivamente internos”, la regulación prevista por el Reglamento Roma I es la siguiente (arts. 3.3 y 3.4):

a) En los contratos objetivamente vinculados con un solo Estado pero con elección de las partes, de la Ley de otro Estado, “la elección de las partes no impedirá la aplicación de las disposiciones de la ley de este otro país que no puedan excluirse mediante acuerdo” (art. 3.3 Rglto.). Esta previsión tiene la naturaleza de norma anti-fraude y con ella se trata de evitar situaciones de fraude de Ley internacional.

b) En los contratos objetivamente vinculados con la Comunidad Europea pero con elección, por las partes, de la Ley de un tercer Estado, esta elección se “entenderá sin perjuicio de la aplicación de

(48) A. L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2009, I, p. 280.

(49) P. MAYER, V. HEUZÉ, 2007, pp. 189 y ss.

las disposiciones del Derecho comunitario, en su caso, tal como se apliquen el Estado miembro del foro, que no puedan excluirse mediante acuerdo" (art. 3.4 Rglto.).

3.4. LOS LÍMITES DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD
Y LAS NORMAS DE APLICACIÓN NECESARIA.
REFERENCIA A LA NORMATIVA SOBRE NEGOCIOS
RELATIVOS A BIENES INMUEBLES

La libertad contractual que se manifiesta en el principio de la autonomía de la voluntad de las personas impone el reconocimiento de unos poderes de autorregulación de sus intereses, pero el ejercicio de esta libertad debe responder a unos fines lícitos y legales (art. 1255 CC). Por otra parte, en aras a fines de interés general, programático o sectorial, y la regulación de la convivencia social, el ordenamiento jurídico puede establecer determinadas limitaciones o prohibiciones legales de obligada consideración o cumplimiento.

El principio de libertad de elección de Ley aplicable a las obligaciones contractuales en materia civil y mercantil preside la regulación conflictual establecida en el Reglamento Roma I. Dicho esto, el propio Reglamento fija su ámbito material de aplicación y dentro del mismo establece las condiciones, excepciones, normas no excluibles o de aplicación necesaria, regulaciones especiales y límites de carácter general, sectorial o específico, que deben tenerse en cuenta a la hora de aplicar dicho principio.

En el supuesto de leyes elegidas por las partes convenidas al amparo del principio de autonomía conflictual, para ser aplicadas a la totalidad o solamente una parte del contrato, la determinación de los límites contractuales es mucho más compleja, puesto que pueden entrar en juego leyes que no responden a instituciones y regulaciones de aplicación general.

Por otra parte, la remisión y aplicación de las normas de derecho necesario o imperativo debe circunscribirse solamente a la parte del texto o norma legal que no sea disponible, dejando abierto el libre juego de la autonomía de la voluntad en aquellos puntos de la norma aplicable que sean libremente disponibles por las partes.

Según se irá examinando a lo largo de este trabajo, uno de los ámbitos o excepciones en que dicho principio debe ejercitarse con cierto comedimiento y que puede motivar la aplicación necesaria de

numerosas normas de derecho interno del lugar donde se halle sito el bien que no pueden excluirse mediante acuerdo, es el que se refiere a los actos referentes a negocios o derechos reales sobre bienes inmuebles (50).

Este efecto se produce respecto de toda clase de negocios pero es especialmente intenso en relación con las transacciones inmobiliarias. Como observa la doctrina de derecho comparado europeo: "*The public law context of real property transactions is extremely wide and diverse. Though the constitutional principle of freedom of contract is the rule in all European countries, real property transactions are considerably affected by (1) consumer protection instruments, (2) public law restrictions on certain transactions, (3) taxes and (4) subsidies granted to the building of homes*" (51).

En este ámbito especial, en conexión más o menos directa con el principio *lex rei sitae* –pues, como prevé el propio Reglamento, a falta de elección, los contratos de naturaleza inmobiliaria se registrarán por “la ley del país donde esté sito el bien inmueble”–, deberá partirse de las siguientes premisas: por un lado, deben considerarse la esfera de aplicación material del Reglamento Roma I y las disposiciones limitativas o de aplicación necesaria referentes a las normas del respectivo Estado miembro que no puedan excluirse mediante acuerdo (arts. 3.3 y 3.4), las leyes de policía (art. 9), y el orden público del foro (art. 21); por otro lado, deben tenerse presentes los requisitos de validez formal de la Ley del país donde se halle radicado el inmueble cuando la aplicación de estas normas sea independiente del país donde se celebre el contrato y de la Ley que rija el contrato y estas normas no puedan excluirse mediante acuerdo (art. 11.5).

En nuestro derecho, entre las limitaciones legales, de ámbito general o especial, de naturaleza contractual o real, establecidas en leyes imperativas o prohibitivas y sin perjuicio de mejor derecho, puesto que la correspondiente calificación y aplicación de la norma concreta a cada contrato puede ser más o menos acertada o situarse

(50) Así como a los arrendamientos de bienes inmuebles con arreglo a las previsiones especiales que se analizan en otro lugar de este trabajo [cfr. arts. 4.1, letras c) y d), y 6.4, letra c)].

(51) C. U. SCHMID *et al.*, 2005, p. 22.

ante supuestos o circunstancias en los que no siempre resultará fácil establecer la exigencia de la aplicabilidad necesaria de la norma objeto de consideración, sin ánimo de agotar las referencias legales posibles, cabe referirse a los siguientes supuestos:

a) La regulación sobre control de cambios; inversiones extranjeras; blanqueo de capitales; protección del consumidor; contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles; la normativa de protección de crédito al consumo (L. 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo); Ley de venta a plazos de bienes muebles, así como la legislación sobre condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas; los contratos usurarios (art. 1 L. 23 de julio de 1908); la prohibición, salvo en los supuestos legalmente previstos, del pacto de *lex comisoría* recogida en los artículos 1859 y 1872 CC (52); los actos de disposición de derechos sobre la vivienda habitual o familiar y de bienes muebles de uso ordinario de la familia regulados en la Ley que rige el estatuto personal del disponente (53); las prohibiciones de autocontratación; la prohibición de

(52) No obstante, lo previsto en la Directiva 2002/47/CE, de Acuerdos de Garantía Financiera, significa la admisión de negocios de garantía que por sí mismos realicen una función típicamente comisoría o que implican forma de relación comisoría de estas garantías. Cfr. la adaptación de esta Directiva según Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública.

Por lo demás, la adquisición "irrevocable" del dominio como modo de hacer cristalizar garantías fiduciarias se halla prevista en la disp. adicional 12.^a de la Ley 37/1998, aptdo. 3 (modificación de la Ley del Mercado de valores), y en menor medida, en disp. adic. 6.^a, aptdo. 5 de la misma Ley. Cfr., asimismo, disp. adic. 10.^a, aptdo. 2, letra b), de la Ley 37/1998, en la forma redactada por el artículo 16 de la Ley 44/2002, de Reforma del Sistema Financiero.

(53) Como supuesto dudoso cabe citar la prohibición de donar ciertos bienes o derechos (arts. 634 y 635 CC). El artículo 634 CC establece que la donación podrá comprender todos los bienes presentes del donante o parte de ellos "con tal que éste se reserve, en plena propiedad o en usufructo, lo necesario para vivir en un estado correspondiente a sus circunstancias". Podrá alegarse que si la donación se somete a otra legislación, quizás no sería de aplicación una previsión legal parecida y que siempre quedaría

contratar sin previa autorización o licencia de la autoridad (Ley 8/1975, de 12 de marzo, de Zonas e Instalaciones de Interés para la Defensa Nacional); y las limitaciones legales sobre actos de disposición de viviendas acogidas a la legislación de protección oficial o pública.

b) En otros supuestos, la legislación prevé derechos preferentes a favor de terceros que generalmente no son disponibles ni pueden excluirse por las partes mediante pacto privado. Se trata de limitaciones legales a las facultades de libre disposición de los bienes que limitan la facultad de libre disposición del propietario en relación con la disposición del bien o en cuanto a la elección de la persona a quien debe transmitir o los derechos de terceros. En consecuencia, la aplicación voluntaria de una Ley contractual distinta con el fin de excluir estos derechos legales no será posible. En estos casos cabe incluir los supuestos legales sobre el retracto de comuneros, de colindantes, el retracto enfiteúutico, los retractos legales referentes a arrendamientos rústicos y urbanos, sobre explotaciones agrarias prioritarias, de bienes pertenecientes al Patrimonio Histórico Español (54), y las

abierta la acción civil o penal que proceda (de rescisión en fraude de acreedores, de restitución o reducción por parte de los obligados a prestar alimentos al donante, por existir un pacto de reversión, delito de alzamiento de bienes, etc.). Considerado en su máxima absolutividad, la admisión del supuesto sin restricción alguna vendría a constituir para el donante una especie de muerte patrimonial o autoprivación de su capacidad y autonomía patrimonial, y en tal supuesto cabe entender que existirá justa causa para la denegación de la autorización notarial, pero lo cierto es que la alegación, al donar, del requisito previsto en el artículo citado no es legalmente exigible.

En el derecho histórico se establecía que el donante "aya de lo que le fincare, tanto de lo suyo, que pueda bien vivir, de guisa que non aya de demandar lo ageno" (Ley 5.^a, título 4.^o, partida 5.^a). En relación con el derecho vigente, señalan M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART (2006, p. 313) que "constando que no se hizo la reserva o que es insuficiente, la donación no se debió otorgar, ni autorizar por el Notario, ni inscribir en el Registro de la Propiedad; y si a pesar de todo se llevó a efecto es desde un principio claudicante. Y consta en ella misma. Aunque ciertamente igual es de claudicante desde un principio la donación sin reserva o con reserva insuficiente, a pesar de que no conste en ella. Mas en este caso hay que probarlo". En la doctrina de la DGRN, cfr. RR. de 21 de agosto de 1893, 17 de abril de 1907 y 11 de mayo de 1911.

(54) Respecto de la protección del patrimonio histórico internacional, cfr. Convención de París de 17 de noviembre de 1970, Directiva 93/7/CEE

transmisiones onerosas relacionadas con la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, y la obligación de contratación de seguros obligatorios para la circulación de vehículos a motor.

El artículo 9.7 de la Ley 26/2006, de 30 de noviembre, de Arrendamientos Rústicos, restringe el acceso a los arrendamientos rústicos en España a las personas físicas y jurídicas que no pertenezcan a un Estado miembro de la UE o del EEE o a algún país con el que exista algún convenio internacional de cooperación que extienda este régimen y sólo podrán ser arrendatarias las personas físicas de terceros Estados sujetas a la Ley de Extranjería que estén en situación de residencia permanente, y en el caso de las personas jurídicas se aplica el criterio de reciprocidad.

Los arrendamientos incluidos en el ámbito material de aplicación de la LAU están sujetos imperativamente a los Títulos I, IV y V de la misma (art. 4.1 LAU). Los arrendamientos de vivienda que se rigen por el Título II tienen eficacia "*unilateralmente imperativa*", pero en determinados supuestos la norma admite la validez o anteposición de pactos privados.

c) En materia inmobiliaria, sin perjuicio cuando proceda de la aplicación de las normas antes citadas, también deberán tenerse presentes, entre otras posibles normas o limitaciones legales, las siguientes:

— El cumplimiento del régimen de garantías de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación; y la Ley 57/1968, de 27 de julio, por la que se regula la percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas (55).

desarrollada por la Ley 36/1994, de 23 de diciembre, de incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva 93/7/CEE del Consejo, de 15 de marzo, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro de la Unión Europea; Reglamento CEE 3911/92/ del Consejo, de 9 de diciembre de 1992, relativo a la exportación de bienes culturales, y Reglamento (CE) núm. 116/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la exportación de bienes culturales, que es de obligatorio cumplimiento desde el 3 de marzo de 2009, tal y como se establece en su artículo 12.

(55) El defectuoso cumplimiento y carencias de la Ley 57/1968, han sido denunciadas por la doctrina, que aboga por la necesidad de su reforma (A. CARRASCO *et al.*, 2008, pp. 585 y ss.; A. RENTERÍA AROCENA, 2003, pp. 319 y ss.).

En el Preámbulo de esta Ley se afirma que se trata de una norma que "concierna al interés público" y el artículo 7 establece que "Los derechos que la presente Ley otorga a los cesionarios tendrán el carácter de irrenunciables".

— Son igualmente aplicables las normas civiles o administrativas de derecho inmobiliario o urbanístico de derecho necesario o imperativo o leyes de policía, como por ejemplo, el régimen legal referente a la agrupación de fincas entre distintos titulares, las segregaciones y divisiones de fincas, las disposiciones sobre unidades mínimas de cultivo y fincas indivisibles y la regulación de la propiedad horizontal.

En relación con la regulación del régimen legal de la propiedad horizontal, la disposición transitoria primera de la Ley 49/1960, sobre Propiedad Horizontal, dispone el carácter imperativo de esta normativa, al establecer que "La presente Ley regirá todas las comunidades de propietarios, cualquiera que sea el momento en que fueron creadas y el contenido de sus estatutos, que no podrán ser aplicados en contradicción con lo establecido en la misma". Por su parte, la disposición final única, apartado 1, de la Ley 8/1999, de Reforma de la Ley 49/1960, establece que "1. Quedan derogadas cuantas disposiciones generales se opongan a lo establecido en la presente Ley. Asimismo quedan sin efecto las cláusulas contenidas en los estatutos de las comunidades de propietarios que resulten contrarias o incompatibles con esta Ley." Aunque esta regulación admite un amplio margen de libertad contractual, en todo caso, deberán cumplirse las normas de derecho necesario material y formal que sean claramente deducibles de los términos de la Ley (56). En general, observa la doctrina, "es un principio básico del régimen de propiedad horizontal, instituido por la LPH, la prevalencia del derecho necesario sobre el dispositivo, aunque ello no es óbice para que se deje patente que, incluso, se ponga de manifiesto que una determinada norma regirá sólo en defecto de pacto en otro sentido" (57).

(56) Otro tanto se desprende, por ejemplo, de lo previsto sobre el régimen de propiedad horizontal regulado en el vigente Código Civil de Cataluña (cfr. disp. transitoria sexta, aptdo. 1, CCCat.).

(57) E. PÉREZ PÉREZ, 2009, II, con referencia a A. DÍAZ MARTÍNEZ. Por su parte, A. CARRASCO PERERA *et al.* (2008, pp. 787-788) señalan que "las normas contenidas en la LPH son imperativas desde el momento en que, producido un supuesto de hecho coincidente con el contemplado por las mismas, tendrán lugar ineludiblemente las consecuencias previstas en ellas, aunque

— Tampoco se halla a la libre disposición de las partes la normativa administrativa sobre suelo urbano y rústico, cesiones obligatorias de suelo, aprovechamiento y gestión urbanística, transferencia de aprovechamientos urbanísticos, parcelaciones urbanísticas, instrumentos de equidistribución y demás figuras y regulaciones relativas a estas materias, que pueden prever requisitos o ámbitos normativos de aplicación necesaria referentes tanto a cuestiones de derecho material como formal.

En este supuesto, son de interés las siguientes previsiones legales contenidas en la Ley del Suelo (RDL 2/2008, de 20 de junio) (58). Según el apartado primero de la disposición final primera de esta Ley, las normas que se citan seguidamente "Tienen el carácter de condiciones básicas de la igualdad en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los correspondientes deberes constitucionales y, en su caso, de bases del régimen de las Administraciones Públicas, de la planificación general de la actividad económica y de protección del medio ambiente, dictadas en el ejercicio de las competencias reservadas al legislador general en el artículo 149.1.1, 13, 18 y 23 de la Constitución...":

"Artículo 3. Ordenación del territorio y ordenación urbanística.

1. La ordenación territorial y la urbanística son funciones públicas no susceptibles de transacción que organizan y definen el uso del territorio y del suelo de acuerdo con el interés general, determinando las facultades y deberes del derecho de propiedad del suelo conforme al destino de éste. Esta determinación no confiere derecho a exigir indemnización, salvo en los casos expresamente establecidos en las leyes.

El ejercicio de la potestad de ordenación territorial y urbanística deberá ser motivado, con expresión de los intereses generales a que sirve.

2. La legislación sobre la ordenación territorial y urbanística garantizará:

a) La dirección y el control por las Administraciones Públicas competentes del proceso urbanístico en sus fases de ocupación, urbanización,

dichas consecuencias sean precisamente las que establecen una remisión a la voluntad de los particulares, siendo este tipo de remisión la única «claramente deducible de los términos de la Ley» (Exp. M.)".

(58) Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo.

construcción o edificación y utilización del suelo por cualesquiera sujetos, públicos y privados.

b) La participación de la comunidad en las plusvalías generadas por la acción de los entes públicos en los términos previstos por esta Ley y las demás que sean de aplicación.

c) El derecho a la información de los ciudadanos y de las entidades representativas de los intereses afectados por los procesos urbanísticos, así como la participación ciudadana en la ordenación y gestión urbanísticas.

3. La gestión pública urbanística y de las políticas de suelo fomentará la participación privada.”

“Artículo 7. *Régimen urbanístico del derecho de propiedad del suelo.*

1. El régimen urbanístico de la propiedad del suelo es estatutario y resulta de su vinculación a concretos destinos, en los términos dispuestos por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística.

2. La previsión de edificabilidad por la ordenación territorial y urbanística, por sí misma, no la integra en el contenido del derecho de propiedad del suelo. La patrimonialización de la edificabilidad se produce únicamente con su realización efectiva y está condicionada en todo caso al cumplimiento de los deberes y el levantamiento de las cargas propias del régimen que corresponda, en los términos dispuestos por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística.”

“Artículo 8. *Contenido del derecho de propiedad del suelo: facultades.*

1. El derecho de propiedad del suelo comprende las facultades de uso, disfrute y explotación del mismo conforme al estado, clasificación, características objetivas y destino que tenga en cada momento, de acuerdo con la legislación aplicable por razón de las características y situación del bien. Comprende asimismo la facultad de disposición, siempre que su ejercicio no infrinja el régimen de formación de fincas y parcelas y de relación entre ellas establecido en el artículo 17.

[...]”

“Artículo 9. *Contenido del derecho de propiedad del suelo: deberes y cargas.*

1. El derecho de propiedad de los terrenos, las instalaciones, construcciones y edificaciones, comprende, cualquiera que sea la situación en que se encuentren, los deberes de dedicarlos a usos que no sean incompatibles con la ordenación territorial y urbanística; conservarlos en las condiciones legales para servir de soporte a dicho uso y, en todo caso, en las de seguridad, salubridad, accesibilidad y ornato legalmente exigibles; así como realizar los trabajos de mejora y rehabilitación hasta

donde alcance el deber legal de conservación. Este deber constituirá el límite de las obras que deban ejecutarse a costa de los propietarios, cuando la Administración las ordene por motivos turísticos o culturales, corriendo a cargo de los fondos de ésta las obras que lo rebasen para obtener mejoras de interés general.

En el suelo urbanizado a los efectos de esta Ley que tenga atribuida edificabilidad, el deber de uso supone el de edificar en los plazos establecidos en la normativa aplicable.

En el suelo que sea rural a los efectos de esta Ley, o esté vacante de edificación, el deber de conservarlo supone mantener los terrenos y su masa vegetal en condiciones de evitar riesgos de erosión, incendio, inundación, para la seguridad o salud públicas, daño o perjuicio a terceros o al interés general; incluido el ambiental; prevenir la contaminación del suelo, el agua o el aire y las inmisiones contaminantes indebidas en otros bienes y, en su caso, recuperarlos de ellas; y mantener el establecimiento y funcionamiento de los servicios derivados de los usos y las actividades que se desarrollen en el suelo.

2. El ejercicio de las facultades previstas en las letras a y b del apartado primero del artículo anterior, en terrenos que se encuentren en el suelo rural a los efectos de esta Ley y no estén sometidos al régimen de una actuación de urbanización, comporta para el propietario, en la forma que determine la legislación sobre ordenación territorial y urbanística:

a) Costear y ejecutar las obras y los trabajos necesarios para conservar el suelo y su masa vegetal en el estado legalmente exigible o para restaurar dicho estado, en los términos previstos en la normativa que sea de aplicación.

b) Satisfacer las prestaciones patrimoniales que se establezcan, en su caso, para legitimar usos privados del suelo no vinculados a su explotación primaria.

c) Costear y, en su caso, ejecutar las infraestructuras de conexión de la instalación, la construcción o la edificación con las redes generales de servicios y entregarlas a la Administración competente para su incorporación al dominio público cuando deban formar parte del mismo.

3. El ejercicio de la facultad prevista en la letra c del apartado primero del artículo anterior, conlleva asumir como carga real la participación en los deberes legales de la promoción de la actuación, en régimen de equitativa distribución de beneficios y cargas y en los términos de la legislación sobre ordenación territorial y urbanística, así como permitir ocupar los bienes necesarios para la realización de las obras al responsable de ejecutar la actuación."

— Igualmente deben tenerse presentes las limitaciones del dominio de interés general o especial impuestas por norma legal,

por ejemplo, limitaciones de interés para las comunicaciones, para preservar el medio ambiente, en interés de las explotaciones mineras, las derivadas del régimen de aguas, concentración parcelaria, permutas forzosas de fincas, regulación de montes, etc. (59).

— En lo que respecta a la adquisición del dominio, deben cumplirse los requisitos de título y modo (art. 10.1 CC). En lo que respecta a los requisitos de validez formal del negocio inmobiliario, deberán cumplirse los requisitos de forma previstos en el ordenamiento interno del país donde se halle sito el bien, cuando la aplicación de esta norma de forma sea independiente del país donde se celebre el contrato y de la Ley que lo rijan, y esa norma no pueda excluirse mediante acuerdo. En materia de publicidad registral, deberán cumplirse los requisitos de derecho material y formal que rijan la legislación registral –entre ellos, cuando así esté legislado, el de titulación pública– en el país donde el inmueble se halle sito.

d) Finalmente, la libertad de elección tampoco puede contrariar las disposiciones del Derecho comunitario que no puedan excluirse mediante acuerdo. Estas disposiciones pueden tener rango de Directiva, Reglamento o Decisión (60).

Las Directivas comunitarias sientan principios básicos, pero dejan su puesta en práctica en manos de los Gobiernos a través de las respectivas normativas nacionales. Para que los principios en ella establecidos surtan efecto para los ciudadanos, el legislador nacional debe adoptar una norma de Derecho interno que conforme el ordenamiento jurídico nacional a los objetivos de la Directiva.

La eficacia de la Directiva en el Derecho interno puede basarse en tres vías diferentes: a) Por la eficacia directa, supuesto en que los particulares podrán invocar su aplicación siempre que la misma no haya sido desarrollada o lo sea de modo incompleto o defectuoso y la norma otorgue derechos a los particulares y su contenido sea preciso e incondicional; b) Por el efecto de la interpretación de la

(59) Sobre los límites y limitaciones de la propiedad inmobiliaria, agraria, forestal, minera, de aguas, etc., cfr., *a.e.*, E. PÉREZ PÉREZ, 2009, I, pp. 127 y siguientes.

(60) http://ec.europa.eu/community_law/introduction/what_directive_es.htm.

norma de Derecho nacional conforme a la Directiva, siendo los jueces quienes deben interpretar la norma interna en consideración con lo dispuesto en la Directiva no transpuesta; y c) Por el reconocimiento a los particulares de ejercitar contra el Estado miembro no cumplidor una acción de responsabilidad patrimonial, cuando no sea posible la interpretación del Derecho interno conforme a las directrices de la Directiva (61).

Los Reglamentos comunitarios equivalen a las Leyes nacionales, salvo que se aplican en todos los países miembros y deben cumplirse por todos los destinatarios de la norma. El Tribunal de Justicia ha reconocido su efecto directo completo (STJCE de 14 de diciembre de 1971, Asunto *Politi*).

Por último, las Decisiones comunitarias regulan cuestiones concretas y sólo se aplican a la persona u organización a la que hacen referencia. Según el Derecho Comunitario, la decisión "Se trata de un acto obligatorio de alcance individual previsto en el artículo 249 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (Tratado CE). Por

(61) S. PUGA GÓMEZ, 2007. Según la Unión Europea, en el Derecho Comunitario (2008), "El efecto directo reviste dos aspectos: un efecto vertical y un efecto horizontal. El efecto directo vertical interviene en las relaciones entre los particulares y el Estado, lo que significa que los particulares pueden prevalerse de una norma comunitaria frente al Estado. El efecto directo horizontal interviene en las relaciones entre particulares, lo que significa que un particular puede prevalerse de una norma comunitaria frente a otro particular. Según las normas del Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia admite o el efecto directo completo, es decir, un efecto directo horizontal y un efecto directo vertical, o el efecto directo parcial, que se limita al efecto directo vertical."

"El Tribunal de Justicia ha reconocido efecto directo a las Directivas (sentencia de 6 de octubre de 1970, *Franz Grad*) porque «el efecto útil (...) se debilitaría si a los nacionales del Estado de que se trate se les privara de la posibilidad de invocarlo ante los órganos jurisdiccionales». No obstante, el Tribunal de Justicia precisó que el efecto directo era de carácter exclusivamente vertical (sentencia de 26 de febrero de 1986, *Marshall*). Además sólo rige a partir de la expiración del plazo de transposición (sentencia de 5 de abril de 1979, *Ratti*). Por último, las directivas deben cumplir las condiciones impuestas en la sentencia *Van Gend en Loos* para que se les reconozca el efecto directo (sentencia de 4 de diciembre de 1974, *Van Duyn*)", http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/decisionmaking_process/114547_es.htm.

lo tanto, la Decisión es un acto vinculante que tiene un destinatario preciso que puede ser uno o más particulares (individuos y empresas) o bien uno o más Estados miembros. Además de las decisiones del artículo 249, existen decisiones sin destinatario y decisiones del tercer pilar (cooperación policial y judicial en materia penal). La Constitución establece una nueva tipología de actos entre los que se incluye la «Decisión Europea», que puede ser de dos tipos, según su ámbito de aplicación: individual (corresponde a la Decisión del artículo 249) y general (pasa a ser el instrumento básico de la política exterior y de seguridad común)” (62).

En el supuesto de que las normas indicadas puedan prever ámbitos de libre disposición y ámbitos que son de necesario e inexcusable cumplimiento, en cada caso procederá determinar la parte vinculante de la norma en relación con el supuesto de hecho a considerar.

En suma, el amplio conjunto de normas legales que inciden en la regulación de derecho de la propiedad inmobiliaria y que son de necesaria consideración en todos los negocios referentes a esta clase de bienes, motiva que la doctrina se refiera a la concepción estatutaria de la propiedad, concepto que incide de manera muy destacada en la propiedad urbanística.

En este sentido, la propiedad ha pasado a ser considerada como un derecho “estatutario” y no como un derecho individual propio del Estado liberal (art. 348 CC). La propiedad urbanística está configurada como un “estatuto jurídico específico”, y esta concepción ha sido admitida en la doctrina y en la jurisprudencia contencioso-administrativa. La propiedad urbanística está determinada por la Ley y el plan y queda sometida a un “proceso de legalidad”. Esto significa que el derecho fundamental de la propiedad del artículo 33.1 CE queda relegado al imperar lo previsto en el segundo apartado de este artículo, pues “la función social de estos derechos delimitará su contenido de acuerdo con las leyes” (63).

Como señala WOLFF, “La cuestión de *qué derecho real* merece, por ser el más extenso, el nombre de «propiedad», sólo puede contestarse *relativamente*, con respecto a un ordenamiento jurídico y social histórica-

(62) http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/decisionmaking_process/114526_es.htm.

(63) E. PÉREZ PÉREZ, 2009, tomo I, pp. 23-25.

mente dado. Es, pues, un error definir la propiedad como «un derecho de suyo ilimitado», definición que era corriente en el siglo XIX. Hasta dónde llegue la libertad del propietario para proceder a su antojo con la cosa, no puede deducirse del concepto mismo de la propiedad, sino del ordenamiento jurídico total que concede el derecho y, por tanto, delimita concretamente el terreno dentro del cual puede ejercerse el arbitrio del propietario. Semejantes *delimitaciones* son *inmanentes* a la propiedad como lo son a cualquier derecho subjetivo, y pertenecen a la determinación de su contenido" (64).

Por otra parte, las limitaciones públicas que afectan a la propiedad y a los negocios sobre bienes inmuebles, suelen constituir un lugar común y se hallan presentes en prácticamente todos los sistemas legislativos.

En el derecho comparado europeo, la doctrina pone de relieve que: "Genuine *public law restrictions on real property transactions* may take many forms. Firstly, municipal or regional pre-emption rights exist all over Europe. In some countries, they exist for all kinds of land sales (e.g. Poland) whereas in others they are reserved to special land (e.g. certain harbour areas in Belgium, or all land affected by urban planning measures in Germany). Generally, these give the competent authority a 2-3 months option of purchasing the land at the conditions agreed upon in the (preliminary) sales contract; however, this option may be, and frequently is, renounced in anticipatory notices. Secondly, everywhere in Europe, buildings, including substantial changes or subdivision of existing buildings, require permits by the competent authorities who may deny them due to non-compliance with all kind of public law, in particular zoning law (including masterplans).

Beyond that, there are frequent *limitations on special kinds of transactions*. Thus, in Poland, the sale of public land is reported to usually require a tender procedure. Moreover, in several States, a special authorisation is required for the purchase of farming land, forests (e.g. Germany and Sweden) or land and buildings with cultural, historical interest (Italy) or high ecological value (Spain). These provisions aim at ensuring that the buyer is in fact able and willing to take adequate care of the land. In Sweden, a similar authorisation is even required from a buyer wishing to acquire tenancy properties, so as to ensure proper management capacities and to counteract speculation. In Holland and Germany, municipal law may limit the purchase or use of houses by non-locals. The

(64) M. WOLFF, 1971, pp. 326-327.

most extreme and controversial example along these lines stems from Greece, where all purchases of land in borderland areas (which amount to a huge percentage of the national territory) need a special authorisation by the Ministry of Internal Affairs which is frequently denied to foreigners. This limitation has been attacked on European law grounds. Conversely, prohibitions on the acquisition of land by foreigners have generally been abolished for nationals of EU Member States following EU law provisos to this effect.

Further-reaching limitations generally attach to buildings which have been publicly subsidised in order to create homes for people in need («*social housing*»). To quote the Spanish example, the buyer may use the house only as his habitual residence, there is an upper price limited for later sales, a prohibition of sale in the first five years as well as pre-emption and redemption rights of the public administration for any sales taking place within the first 10-15 years. If these limitation are nor respected, all subsidies received must as a rule be paid back, but the Spanish authorities are said to control compliance with little rigor. That notwithstanding, these obligations not entered in the land register may give rise to insecurity. Similar limitations are reported to be «smuggled into» municipal building lease schemes in the Netherlands” (65).

4. CONCEPTOS JURÍDICOS VARIOS EN RELACIÓN CON EL REGLAMENTO ROMA I

Con el fin de ofrecer una visión de conjunto del Reglamento Roma I, en este apartado se reseñarán o examinarán determinados conceptos generales relacionados con su contenido.

a) CONSENTIMIENTO Y VALIDEZ MATERIAL

“Artículo 10 Reglamento. *Consentimiento y validez material.*

1. La existencia y la validez del contrato o de cualquiera de sus disposiciones, estarán sometidas a la ley que sería aplicable en virtud del presente Reglamento si el contrato o la disposición fueran válidos.

2. Sin embargo, para establecer que no ha dado su consentimiento, cualquiera de las partes podrá referirse a la ley del país en que tenga su residencia habitual si de las circunstancias resulta que no sería razonable determinar el efecto del comportamiento de tal parte según la ley prevista en el apartado I.”

(65) C. U. SCHMID *et al.*, 2005, p. 23.

Según el primer apartado, la Ley del contrato se aplica a todas las cuestiones de existencia y validez de fondo del contrato. En el derecho español, ello comprende el consentimiento, objeto y causa. En el derecho de *common law*, en la exigencia de una *consideration* (66). En el segundo apartado, la norma deja un margen de apreciación al juez para que pueda declarar la existencia o no del contrato en función de las relaciones y documentos preexistentes entre las partes y usos habituales en la materia, aunque cuando el contrato sea suficientemente explícito respecto de las obligaciones de las partes, será difícil que pueda aplicarse (67).

En el supuesto de otorgamiento del acto o contrato ante notario público, no cabrá cuestionamiento alguno en relación con el apartado 2 del artículo citado. Según dispone el artículo 17 bis 2.a) LN, el notario "deberá dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes". En este punto cabe recordar las funciones de información, asesoramiento y consejo notarial, debiendo el notario, sin mengua de su imparcialidad, informar a una de las partes respecto de las cláusulas de las escrituras y de las pólizas propuestas por la otra, comprobar que el contrato no contiene condiciones generales declaradas nulas por sentencia firme e inscritas en el Registro de Condiciones Generales, y prestar especial asistencia al otorgante necesitado de ella, asesorando con imparcialidad a las partes y velando por el respeto de los derechos básicos de los consumidores y usuarios (art. 147 RN).

(66) Todo contrato debe satisfacer el requisito de la *consideration*, que en una declaración de la *Exchequer Chamber* de 1875 se conceptúa como sigue: "*a valuable consideration, in the sense of the law, may consist either in some right, interest, profit or benefit accruing to the one party, or some forbearance, detriment, loss or responsibility, given, suffered, or undertaken by the other*" (CURRIE V. MISA, 1875, L.R. 10 Ex, at 162), G. ALPA, 2000, p. 181.

(67) M. REVILLARD, 2010, p. 546.

b) INCAPACIDAD DE LOS CONTRATANTES

“Artículo 13. *Incapacidad.*

En los contratos celebrados entre personas que se encuentren en un mismo país, las personas físicas que gocen de capacidad de conformidad con la ley de este país, sólo podrán invocar su incapacidad resultante de la ley de otro país si, en el momento de la celebración del contrato, la otra parte hubiera conocido tal incapacidad o la hubiera ignorado en virtud de negligencia por su parte”.

La capacidad contractual se halla fuera del ámbito material del Reglamento (art. 1.2.a). En esta materia rige la Ley nacional del contratante extranjero (arts. 9.1 y 9.11 CC y 15 Ccom.), pero los artículos 10.8 CC y 13 Reglamento Roma I prevén la llamada “excepción del interés nacional”, encaminada a proteger los siguientes principios: la buena fe del contratante que contrató con quien creyó que era persona capaz; la seguridad jurídica y comercial del tráfico internacional; el principio de la apariencia de la validez del negocio; y, la Ley de aplicación más previsible o más estrechamente vinculada con la situación (68). Por lo demás, esta excepción es común en los países que someten la capacidad a la ley de la nacionalidad (69).

La doctrina señala que esta norma se inspira en el conocido caso de la sentencia Lizardi del Tribunal de casación francés de 13 de enero de 1861 (70), y tiene por objeto la protección del cocontra-

(68) A. L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, II, 2009, p. 597.

(69) *Rapport Giuliano/Lagarde*, comentario al artículo 11 CR.

(70) Esta Ley protegió a un comerciante francés que había contratado con un ciudadano mejicano menor de 23 años, que había suscrito unos pagarés en pago de una compra de joyas que se habían entregado en presencia de la familia y sin oposición de ésta. El comprador se oponía al pago alegando su incapacidad para contratar según su ley personal, pues la mayoría de edad en la legislación mejicana estaba fijada en los 25 años. El tribunal entendió que el comerciante francés no estaba obligado a conocer las leyes de las diversas naciones ni las disposiciones que regulan la capacidad de los menores y la mayoría de edad, siendo en estos casos suficiente para la validez del contrato en Francia, que el ciudadano francés hubiera contratado “*sans légèreté, sans imprudence et avec bonne foi*”. La decisión se fundó en la protección del “interés nacional” con el fin de proteger el comercio jurídico.

tante de buena fe como consecuencia del desconocimiento excusable de una Ley extranjera.

Para que sea aplicable lo previsto en el artículo 13 del Reglamento Roma I, debe tratarse de un contrato celebrado por una persona física, que es quien alega su incapacidad, con otra persona física o jurídica y hallarse ambas partes en un mismo país, que es la circunstancia objetiva que motiva la confianza de la otra parte contratante. No es preciso que los contratantes sean de distinta nacionalidad o que el incapaz sea extranjero. Según la Ley del lugar este contratante debe gozar de capacidad contractual, lo que significa que la Ley del lugar debe ser más favorable que la Ley personal del incapaz. El contratante capaz debe haber contratado "*sans légèreté, sans imprudence et avec bonne foi*". Como sea que la norma busca validar el negocio, la carga de la prueba de la incapacidad corresponde a la parte que la invoca, que también deberá probar que no concurren los requisitos previstos en este artículo para que esta excepción pueda oponerse (71). Debido a que la ignorancia de la Ley extranjera no siempre será excusable, esta norma debe considerarse de aplicación restrictiva.

Fuera del ámbito material del Reglamento, el artículo 10.8 CC también prevé esta cláusula, pero establece unos presupuestos diferentes (72). "Serán válidos, a efectos del ordenamiento jurídico español, los contratos onerosos celebrados en España por extranjero incapaz según su ley nacional, si la causa de la incapacidad no estuviese reconocida en la legislación española. Esta regla no se aplicará a los contratos relativos a inmuebles situados en el extranjero".

En relación con este artículo, la doctrina observa que el artículo 10.8 CC tiene una esfera aplicativa distinta que puede produ-

(71) A. L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, II, 2009, pp. 596-597.

(72) A. L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, II, 2009, p. 599. Según la respuesta de la DGRN de 13 de abril de 2005 a la Consulta efectuada sobre la vigencia del artículo 10.8 CC: "... *debe subrayarse que el artículo 10.8 del Código Civil no ha sido derogado por el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980. Tampoco el legislador español realizó ninguna modificación de dicho precepto tras el 1 de septiembre de 1993. Ello revela la voluntad del legislador de que el artículo 10.8 del Código Civil siga vigente y sea aplicado a los supuestos de «excepción del interés nacional» no regulados por el artículo 11 del Convenio de Roma*".

cirse con mayor frecuencia, pues el contratante negligente que no está protegido en el Reglamento sí lo está por el artículo 10.8 CC (RDGRN de 4 de marzo de 1981) y "la compatibilidad y aplicación de ambas normas en sus respectivos ámbitos de actuación resulta plenamente coherente con las exigencias derivadas del principio de seguridad jurídica, que es un principio constitucional que reviste una importancia de primer orden en el Derecho Internacional Privado" (Respuesta DGRN de 13 de abril de 2005) (73).

En el supuesto de autorización notarial, el citado artículo 17 bis LN dispone que el notario deberá dar fe de la identidad de los otorgantes y de que a su juicio "tienen capacidad y legitimación".

De acuerdo con la mejor doctrina, el juicio notarial de *capacidad* normalmente se refiere a "la capacidad natural, la capacidad jurídica y la de obrar, la ausencia de prohibiciones objetivas o subjetivas, la necesidad de consentimientos (del cónyuge, del padre, madre o tutor, etc.) o de autorizaciones o habilitaciones judiciales o administrativas, y en caso de comparecencia en nombre ajeno, la existencia y suficiencia de la representación legal, voluntaria u orgánica y la personalidad jurídica de la Entidad representada, según su género" (74). Cuando el compareciente interviene en nombre y representación de un tercero, el notario autorizante "insertará una reseña identificativa del documento auténtico que se le haya aportado para acreditar la representación alegada y expresará que, a su juicio, son suficientes las facultades representativas acreditadas para el acto o contrato a que el instrumento se refiera". "La reseña por el notario de los datos identificativos del documento auténtico y su valoración de suficiencia de las facultades representativas harán fe suficiente, por sí solas, de la representación acreditada, bajo la responsabilidad del notario" (cfr. art. 98, L. 24/2001).

El notario también debe dar fe de la *legitimación* de los otorgantes. Mientras que la capacidad atiende a la aptitud intrínseca del sujeto, la legitimación consiste "en una particular relación del sujeto con el objeto del negocio o de otro acto jurídico", "la específica posi-

(73) En sentido discrepante sobre la vigencia del artículo 10.8 CC cfr. J. GÓMEZ TABOADA, 2009, pp. 37-41, que considera manifiestamente preferible la solución establecida en la norma española.

(74) A. RODRÍGUEZ ADRADOS, 2007, pp. 95-96.

ción de un sujeto respecto de ciertos bienes e intereses, por la que su declaración de voluntad puede ser operante respecto de éstos" (75).

c) RESIDENCIA HABITUAL

"Artículo 19. *Residencia habitual.*

1. A efectos del presente Reglamento, la residencia habitual de una sociedad, asociación o persona jurídica será el lugar de su administración central.

La residencia habitual de una persona física que esté ejerciendo su actividad profesional será el lugar del establecimiento principal de dicha persona.

2. Cuando el contrato se celebre en el curso de las operaciones de una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento, o si según el contrato, la prestación debe ser realizada por tal sucursal, agencia o establecimiento, se considerará residencia habitual el lugar en el que dicha sucursal, agencia u otro establecimiento esté situado.

3. La residencia habitual será la determinada en el momento de la celebración del contrato."

De acuerdo con el Considerando (39), la definición del concepto de residencia habitual viene exigida por razones de seguridad jurídica, en particular, para las sociedades, asociaciones o personas jurídicas.

La solución establecida es distinta a la prevista en el artículo 60, apartado 1, del Reglamento (CE) número 44/2001. En el presente caso la necesidad de fijar un criterio único para definir este concepto tiene en cuenta que en determinados casos el Reglamento Roma I utiliza la conexión basada en la residencia habitual con el fin de establecer la Ley aplicable en defecto de elección (76).

d) LEYES DE POLICÍA Y NORMAS IMPERATIVAS

Una norma es imperativa o de *ius cogens* cuando las partes no pueden separarse de la misma al celebrar el contrato; es dispositiva cuando las partes pueden no aplicarla. Con arreglo a la doctrina, no es conveniente que el contrato internacional goce de una "inmunidad

(75) A. RODRÍGUEZ ADRADOS, 2007, p. 96, con citas de CARIOTA-FERRARA.

(76) T. BALLARINO, 2009, p. 8.

legislativa", que impida que el contrato ya no pueda ser regulado por los Derechos de los Estados en los que repercute afectando a sus intereses generales y públicos, de aquí la necesidad de someter el contrato a las normas imperativas o de policía aplicables al contrato (77).

El concepto y efectos de las "leyes de policía" aparece previsto en el artículo 9 del Reglamento:

"Artículo 9. *Leyes de policía.*

1. Una ley de policía es una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato según el presente Reglamento (78).

2. Las disposiciones del presente Reglamento no restringirán la aplicación de las leyes de policía de la ley del foro.

3. También podrá darse efecto a las leyes de policía del país en que las obligaciones derivadas del contrato tienen que ejecutarse o han sido ejecutadas en la medida en que dichas leyes de policía hagan la ejecución del contrato ilegal. Para decidir si debe darse efecto a estas disposiciones imperativas, se tendrá en cuenta su naturaleza y su objeto, así como las consecuencias que se derivarían de su aplicación o de su inaplicación."

La introducción de una definición normativa como la que aparece en el apartado 1 de este artículo constituye una novedad importante

(77) A. L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2009, p. 584.

(78) En francés: "1. *Une loi de police est une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat d'après le présent règlement.*"

En inglés: "1. *Overriding mandatory provisions are provisions the respect for which is regarded as crucial by a country for safeguarding its public interests, such as its political, social or economic organisation, to such an extent that they are applicable to any situation falling within their scope, irrespective of the law otherwise applicable to the contract under this Regulation.*"

ya que, al decir de la doctrina, no existían textos legales conocidos de derecho interno o internacional que definieran este concepto y obedece al deseo de asegurar cierta uniformidad del Derecho Comunitario.

La norma evidencia la emergencia de normas imperativas de procedencia comunitaria y condiciona la noción de las leyes de policía que no puede desconocer los principios que inspiran los tratados y el contenido del Derecho Comunitario. El contenido de la definición se inspira en la sentencia del caso *Arblade* de 1999, que se cita más adelante (79). La expresión "ilegal" recogida en la norma, no significa "nulo", sino "prohibido por la Ley" (80).

La definición introducida por el Reglamento "contribuye a clarificar que las leyes de policía forman un subconjunto de la categoría más general de las normas imperativas, cuya característica fundamental reside en el hecho de que están destinadas a proteger valores jurídicos que no pueden ser renunciados en el ordenamiento jurídico al cual dichas normas pertenecen" (81).

La conveniencia de distinguir entre "leyes de policía" y "disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo" aparece prevista en el Considerando (37) del Reglamento, en el que se afirma que "Consideraciones de interés público justifican, en circunstancias excepcionales, el recurso por los tribunales de los Estados miembros a excepciones basadas en el orden público y en leyes de policía. El concepto de «leyes de policía» debe distinguirse de la expresión «disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo» y debe interpretarse de manera más restrictiva" (82).

(79) A. BONOMI, 2008, p. 224.

(80) J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2009, p. 241.

(81) A. BONOMI, 2008, p. 225. El carácter de "norma imperativa" de las "leyes de policía" conllevó que en ciertas versiones lingüísticas del Convenio de Roma se utilizara una sola expresión jurídica (*mandatory rules, disposizione imperativa, zwingende Vorschriften*), y en los países de *common law* la entrada en vigor del Convenio de Roma condujo a la doctrina a la necesidad de introducir el nuevo concepto de "*overriding statutes*" con el fin de poder diferenciarlo del concepto de normas imperativas "simples" (*mandatory rules*).

(82) En francés: "(37) *Des considérations d'intérêt public justifient, dans des circonstances exceptionnelles, le recours par les tribunaux des États membres aux mécanismes que sont l'exception d'ordre public et les*

En sentido estricto el concepto de normas que no pueden excluirse mediante acuerdo se refiere a normas imperativas no susceptibles de derogación para la existencia de un contrato, por ejemplo, los artículos 1256 y 1261 CC, de modo que estas normas no pueden considerarse propiamente como normas de policía. No obstante, como se verá más adelante, no siempre es fácil establecer una clara distinción entre ambos conceptos.

El Libro Verde también aludía a la necesidad de distinguir entre leyes de policía –o disposiciones imperativas, entendidas como “normas a las que un Estado concede tal importancia que exige su aplicación en cuanto la situación jurídica presente un vínculo con su territorio, cualquiera que sea, por otra parte, la ley aplicable al contrato”– y leyes de orden público interno, y para ilustrar la diferencia entre estas normas se remite al ejemplo del Derecho francés de despido: “No hay duda de que se trata de una ley de orden público interno, lo que significa que cualquier contrato entre patrono y asalariado por el que el asalariado renunciara a la indemnización de despido o aceptara la reducción de su período de preaviso sin indemnización, sería nulo. En cambio, la jurisprudencia francesa ha decidido que no se trata de una ley de policía, aplicable cualquiera que sea la legislación aplicable al contrato. En consecuencia, un asalariado francés cuyo contrato de trabajo esté válidamente sujeto a un Derecho extranjero [...] no puede esperar que la legislación francesa en materia de despido se aplique de oficio” (83).

lois de police. La notion de «lois de police» devrait être distinguée de celle de «dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord» et devrait être interprétée de façon plus restrictive.”

En italiano: “(37) Considerazioni di pubblico interesse giustificano, in circostanze eccezionali, che i giudici degli Stati membri possano applicare deroghe basate sull’ordine pubblico e sulle norme di applicazione necessaria. Il concetto di «norme di applicazione necessaria» dovrebbe essere distinto dall’espressione «disposizioni alle quali non è permesso derogare convenzionalmente» e dovrebbe essere inteso in maniera più restrittiva”.

(83) Libro Verde..., p. 36, que en las Cuestiones 13 y 14 tiene en cuenta las limitaciones y soluciones posibles inherentes a un desplazamiento con carácter temporal a otro país.

La expresión "leyes de policía" procede del derecho francés ("*lois de police*") (84), en la versión italiana, "*norme di applicazione necessaria*", y se refiere a "normas internacionalmente imperativas" (*internationally mandatory rules, international zwingende Normen*), que tienen por objeto regular situaciones jurídicas internacionales cualquiera que sea la Ley que las regula, siempre que dicha situación esté comprendida en su ámbito de aplicación y tienen por objeto la protección del interés público en la organización política social y económica de un Estado. Se trata de regulaciones limitativas de la autonomía privada encaminadas al aseguramiento del orden público, la tranquilidad, la seguridad y la salubridad públicas, que operan en múltiples materias sectoriales y tienen alcance omnicompreensivo y como p \acute{o} rtico obligado el *principio de legalidad* y el principio *pro libertate* (85).

En la doctrina administrativa, el concepto de policía puede definirse genéricamente como "el conjunto de medidas coactivas arbitradas por el Derecho para que el particular ajuste su actividad a un fin de utilidad pública, se trata de una excepción al principio que informa el status *negativus libertatis*, según el cual la Administración no puede inmiscuirse en la esfera reservada al particular". Con la policía el estado de libertad civil deja de ser un derecho absoluto del ciudadano (86).

(84) Señala GARRIDO FALLA (1953, p. 13) que "Hacia comienzos del siglo xv, fecha de partida que nos interesa, la policía es ya algo que se refiere a la prosperidad y seguridad públicas. Unas Ordenanzas reales francesas del año 1415 hablan de las disposiciones «*pour garder le bien public... en très bonne police*». A fines del siglo xv la expresión, originariamente francesa, como se ha visto, pasa a Alemania para designar posiblemente toda la actividad estatal en el sentido amplio que se ha mantenido después durante algún tiempo en la literatura, como demuestra la definición de LOZT (para el cual, por policía es imposible entender otra cosa que el conjunto de la actividad del Gobierno para conseguir los fines del Estado en toda su extensión). Pero el concepto amplio a que acabamos de hacer referencia va a sufrir a lo largo de su evolución una serie de restricciones."

(85) M. CASTELLS ARTECHE, 1995, pp. 4924-4925.

(86) F. GARRIDO FALLA (1953, p. 2). Según A. MONCADA LORENZO (1959), puede definirse a la policía como: "La actividad administrativa de limitación que subordina el ejercicio de los derechos individuales y el desarrollo de las relaciones jurídicas a la intervención singular y transitoria en ellos de un ele-

En el Derecho Internacional Privado, FRANCESKAKIS propone entender como "leyes de policía", "*las leyes cuya observancia es necesaria para la salvaguardia de la organización política, social o económica de un país*", pero la doctrina ha criticado este concepto por su laxitud, al entenderse que en los Estados modernos prácticamente todas las leyes tienen por finalidad garantizar intereses económicos o sociales, lo que significa que la atribución o no de dicho carácter es una cuestión de grado o medida. No obstante, esta indefinición también se presenta a la hora de definir otros conceptos como "las buenas costumbres". En suma, es imposible establecer el marco de las leyes de policía en una forma, aunque sea vaga o general. En todo caso, ante una hipótesis concreta la busca de los límites constituirá un imperativo necesario (87).

En el derecho comunitario, la doctrina remite al caso *Arblade* (STJCE, 23 de noviembre de 1999, *Jean Claude Arblade & Fils SARL*, y *Bernard Leloup, Sofrage SARL*, C-369/96 y C-376/96) apartado 30, que señala que la expresión leyes de policía y de seguridad "*se refiere a las disposiciones nacionales cuya observancia se ha considerado crucial para la salvaguardia de la organización política, social o económica del Estado miembro de que se trate, hasta el punto de hacerlas obligatorias para toda persona que se encuentre en el territorio nacional de este Estado miembro o con respecto a toda relación jurídica localizada en él*". Con

mento de control administrativo para verificar su adecuación a las exigencias del interés público".

En síntesis, J. C. DURAND (2004) ofrece los siguientes conceptos: "a) «Policía»: es la actividad estatal genérica que se traduce en la imposición de limitaciones a la libertad de los individuos para permitir la convivencia social. Incluye –en la actualidad, y asumiendo la vigencia de un sistema de división de poderes– tanto el «poder de policía» como la «policía administrativa»; b) «Poder de policía»: la potestad del órgano legislativo para dictar normas que limiten la libertad de los individuos, y reglamenten los derechos reconocidos en la Constitución; c) «Policía administrativa»: actividad material que realiza el órgano ejecutivo, subordinada a la ley, por medio de la cual se complementan y detallan las reglas de policía dictadas por el legislativo (actividad reglamentaria de policía) y se hacen cumplir las mismas (actividad material de policía administrativa). En un sentido emparentado con el anterior, «policía administrativa» (como facultad, y no como actividad) puede designar la potestad administrativa de actuar en esta materia".

(87) P. MAYER, V. HEUZÉ, 2007, pp. 89-90.

todo, estas disposiciones no pueden ser contrarias al Derecho comunitario, lo que se expresa en el Cdo. (31) con las siguientes palabras: *"La pertenencia de las normas nacionales a la categoría de las leyes de policía y de seguridad no las exime del respeto a las disposiciones del Tratado, so pena de vulnerar la primacía y la aplicación uniforme del Derecho comunitario. Éste sólo puede tomar en consideración los motivos en que se sustentan dichas legislaciones a la luz de las excepciones a las libertades comunitarias expresamente previstas por el Tratado y, en su caso, como razones imperativas de interés general"*.

Para ubicar el alcance de lo previsto en el artículo 9 del Reglamento Roma I, la doctrina también tiene presentes el contenido de los artículos 3, apartados 4 y 3, 4 y 6 de la norma reglamentaria (88).

— El artículo 3.4 del Reglamento llama la atención sobre la necesaria aplicación de las disposiciones del Derecho comunitario que no puedan excluirse mediante acuerdo, lo que significa que en las situaciones enteramente localizadas en uno o varios Estados comunitarios (situaciones intracomunitarias) la elección de la Ley de un Estado que no sea miembro de la Comunidad no puede perjudicar la aplicación de las normas imperativas de Derecho comunitario.

— Otro tanto se halla previsto en el artículo 3.3 del Reglamento, que prevé que en los contratos de derecho interno, la elección de una Ley extranjera no puede afectar a las disposiciones imperativas en vigor del Estado en cuestión, normas que pueden traer causa directa de un Reglamento o deberse al desarrollo de una Directiva comunitaria. En estos casos no será preciso recurrir al artículo 9 ni demostrar que se trata de una Ley perteneciente al núcleo duro de las leyes de policía para que sea aplicable la norma imperativa.

— Por lo que atañe al artículo 4 del Reglamento, las soluciones introducidas para la regulación de determinados contratos especiales, como los de distribución o franquicia, conducen a la aplicación de la Ley de residencia habitual del distribuidor o del franquiciado, lo que conlleva la aplicación de una regulación que se considera determinante para favorecer la parte débil del contrato. En el pasado esta solución hubiera precisado recurrir al concepto de leyes de policía (89).

(88) A. BONOMI, 2008, pp. 218 y ss.

(89) A. BONOMI, 2008, p. 222.

— Por último, a mayores, también debe tenerse presente, según se analizará más adelante, el hecho de la ampliación del ámbito material de la normativa especial relativa a la protección de los consumidores debida al contenido del artículo 6 del Reglamento. Actualmente, la protección se extiende no sólo a los contratos que tengan por objeto bienes muebles materiales y servicios, sino a todos los contratos concluidos por los consumidores a excepción de determinados contratos nominados expresamente excluidos por la norma citada (art. 6.4 Rgto.). Esta previsión permite atribuir mayor eficacia a las normas de protección del consumidor y facilita su aplicación a supuestos que antes estaban excluidos o que eran de dudosa inclusión.

En el ámbito del Reglamento Roma I un sector de la doctrina ha afirmado que el concepto de leyes de policía debe circunscribirse a las "normas de dirección" o normas ordopolíticas, o sea, las normas que protegen intereses generales o públicos (*publicas utilitas*). Con ello, se trataría de evitar las externalidades derivadas de la elusión de normas previstas en determinado Estado que no están previstas en la Ley del Estado aplicable al contrato. La aplicación de las leyes imperativas o "normas de dirección" debe realizarse de oficio por el tribunal que conoce del asunto, pues en caso contrario se pondrían en peligro los objetivos que tutela la norma (90).

Entre las "normas de dirección" la doctrina se refiere a las siguientes: las normas que protegen y definen el modelo económico constitucional, la regulación sobre derecho de la competencia y las normas *antitrust*, las normas de control de sectores económicos estratégicos o especialmente protegidos, sobre patrimonio histórico, inversiones exteriores, control de cambios, blanqueo de capitales, de control del fraude fiscal, sobre nacionalizaciones, de protección del medio ambiente, sobre importaciones y exportaciones y la regulación del tráfico internacional de productos "sensibles".

Según esta tesis, las leyes de aplicación necesaria protegen exclusivamente el interés de ese concreto Estado. Por tanto, en principio, de dicho concepto quedarían excluidas las "normas de protección" (*utilitas privatorum*), que son las que tratan de reestablecer el equilibrio entre los contratantes. La aplicación de esta tesis supondría

(90) A. L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2009, II, pp. 585-586.

que la protección de los consumidores, trabajadores y otros colectivos situados en situación contractual débil, debe ampararse en normas de conflicto específicas.

No obstante, la distinción entre normas de dirección y normas de protección no siempre es fácil, pues el alcance del concepto de interés público puede ser muy variado. Por lo demás, todas las disposiciones imperativas persiguen finalidades de interés general y propias y es por esta razón que el legislador decide que su contenido debe quedar excluido de la libre disponibilidad de las partes. Por otra parte, aunque en algunos casos el interés protegido por la norma sea un interés individual, la decisión del legislador de proteger ese interés concreto a través de una disposición imperativa evidencia que esta protección viene impuesta por razones de interés general y que su aplicación reviste una importancia fundamental en la organización política, social o económica del país en cuestión. En este sentido, la protección de la parte contratante débil también puede constituir un objeto relevante de interés comunitario, lo que puede justificar la adopción de normas de aplicación necesaria y asimismo puede suceder que se defienda la aplicabilidad de normas materiales imperativas a los contratos internacionales concluidos por los consumidores, doctrina que también cabe deducir de determinadas decisiones de los tribunales comunitarios (91).

En relación con las leyes de policía y toda esta problemática, la doctrina se ha pronunciado del modo siguiente (92):

En primer lugar, en ciertos países las reglas que protegen determinados intereses privados no se consideran leyes de policía o sólo tienen este carácter de modo accesorio, pero este enfoque restrictivo puede no ser seguido por todos los Estados. Por otra parte, en el citado caso *Arblade*, aunque las normas laborales puestas en cuestión tenían por objeto proteger los derechos de los trabajadores, este

(91) G. PIZZOLANTE, 2009, p. 236; A. L. CALVO CARAVACA, 2009, pp. 106 y ss.; J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, S. SÁNCHEZ LORENZO, 2009, p. 500; A. BONOMI, 2008, pp. 228-232. Así, en el asunto *Mostaza Claro v. Centro Móvil Milenium*, C-168/05, TJCE 26 de octubre de 2006, el Tribunal señaló que se incluían en el orden público las reglas de la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas, poniendo de relieve su naturaleza e importancia de "interés público" en aras de la protección de los intereses de los consumidores.

(92) M. WILDERSPIN, 2008, pp. 22-23.

hecho no les hacía perder su naturaleza de leyes de policía, ni aparentemente esta ubicación fue cuestionada por el Tribunal.

En segundo lugar, el Reglamento no prescribe el tipo de norma explícita en que debe aplicarse lo previsto en el artículo 9, lo que puede motivar que el legislador considere necesario conferir dicho carácter a la norma correspondiente.

Por último, la remisión a una disposición cuya observancia un país "considera esencial" no es satisfactoria, debido a que ciertas normas de policía tienen su fundamento en disposiciones de Derecho comunitario y estas leyes de policía de origen comunitario tienen por objeto la protección de intereses privados de la parte contratante débil, de aquí que se considere difícil que el legislador comunitario haya pretendido excluir esta clase de normas del campo de aplicación del artículo 9 Reglamento.

Las leyes de policía pueden proceder de la *lex fori* o de otros ordenamientos: para poder aplicar la ley de policía de los Estados que conocen del asunto (arts. 9.1 y 2 Rglto.) es preciso que la norma resulte aplicable al contrato internacional con independencia de cuál sea la Ley que rige el contrato. Cada Estado debe determinar los casos en los cuales deben observarse sus leyes de policía cuyo cumplimiento considere que "es esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos" (SAP Madrid de 3 de mayo de 2006) (93). La infracción de una norma internacional imperativa producirá los efectos previstos en la correspondiente regulación internacional o los previstos en el artículo 6.3 CC. Por último, la aplicación de leyes de policía de otros países debe cumplir los requisitos previstos para este supuesto (art. 9.3 Rglto.).

e) ORDEN PÚBLICO

El artículo 21 del Reglamento Roma I dispone lo siguiente:

"Artículo 21. *Orden público.*

Sólo podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley de cualquier país designada por el presente Reglamento si esta aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del foro".

(93) A. L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2009, II, p. 588; A. L. CALVO CARAVACA, 2009, p. 123.

La cláusula o excepción de orden público, conocida como "orden público internacional", "*ordre public*", "*Public Policy*", "*Vorbehaltsklausel*", "es la excepción al normal funcionamiento de la norma de conflicto en cuya virtud se descarta la aplicación de la Ley extranjera que resulta contraria a los principios fundamentales del Derecho del país cuyos tribunales conocen del asunto (*Lex Fori*) que garantizan la cohesión jurídica de la sociedad de dicho país" (94).

En todas las legislaciones el orden público –concepto de contornos imprecisos y de diverso contenido, caracterizado por su relatividad espacial y temporal– constituye un límite a la aplicación de la norma de conflicto, que tiene por finalidad excluir la competencia de la norma extranjera por aquella reclamada en el caso concreto.

La aplicación de este principio se basa en que la admisión con carácter general y *a priori* de la competencia de leyes extranjeras cuyo contenido y principios se desconocen puede chocar con los principios y reglas que rigen en el ordenamiento interno e impedir su normal integración.

La remisión a un Derecho extranjero puede motivar que determinada solución convenida entre las partes implicadas produzca efectos que afecten negativamente al "orden" o "arquitectura básica", "eje central" o "principio básico" del ordenamiento jurídico español, afectando a principios que se consideran importantes para la estabilidad y buen funcionamiento del edificio jurídico general, lo cual podría causar una perturbación grave en la estabilidad, la cohesión jurídica y el correcto funcionamiento de la "sociedad española". De aceptarse sin más la solución extranjera perjudicial, el entero edificio se vendría abajo y el Derecho español perdería su efecto "útil" y dejaría de regular correctamente la convivencia social (95).

Como se ha afirmado por la doctrina, el hecho de admitir la aplicación de las leyes extranjeras provoca un "salto en la oscuridad" (L. RAAPE). La admisión de la Ley extranjera no conlleva atribuir un voto en blanco al conjunto de la legislación del universo, cualquiera

(94) A. L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2009, I, p. 348. "*Public policy* is the body of principles that underpin the operation of legal systems in each state. This addresses the social, moral and economic values that tie a society together: values that vary in different cultures and change over time" (Enciclopedia Wikipedia).

(95) J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2008a, p. 2359.

que sea el contenido y posterior evolución de esos ordenamientos (BATIFFOL). Por tanto, como sea que "el legislador puede conceder competencia, en ciertas materias, a las leyes de otros Estados mediante un sistema conflictual, también puede negársela, paralizando el juego normal de sus normas de conflicto cuando estime que la confianza que puso en la legislación del Estado extranjero no está justificada, ya que su aplicación perturbaría gravemente la coherencia de su propio derecho interno. En esto consiste el orden público" (96).

En relación con su ámbito conceptual, la doctrina distingue entre normas imperativas o de *ius cogens*, calificadas por algunos autores como "orden público interno", que son las que resuelven los conflictos entre el Estado y el ciudadano cuando éste trata de vulnerar normas del ordenamiento interno declaradas inderogables y limitativas de la autonomía de la voluntad, y "orden público internacional", considerado como una subdivisión del primero que está integrado por aquellos principios fundamentales de la *lex fori* que constituyen un límite infranqueable para la aplicación de la norma extranjera prevista por la norma de conflicto (97). Por tanto, aunque de ordinario las normas imperativas respondan a principios de orden público, ello no excluye que todos los preceptos imperativos deban incardinarse en el concepto de orden público.

Los distintos conceptos "orden público interno" y "orden público internacional" aparecen recogidos en el glosario de términos del Libro Verde sobre el CR, como sigue:

— *Orden público interno*: "Conjunto de normas nacionales de carácter imperativo cuyo objeto es garantizar el orden social y económico de un Estado. Se trata de normas cuya aplicación las partes no pueden excluir por contrato, por ejemplo las destinadas a proteger una parte considerada «débil» (consumidor, trabajador, menor, etc.)."

— *Orden público internacional*: "Después de haber determinado la ley aplicable a una situación jurídica dada, de acuerdo con sus normas de conflicto de leyes, sucede que el juez considera que la

(96) R. FRAGUAS MASSIP, 1977, 373.

(97) R. FRAGUAS MASSIP, 1977, 381.

aplicación concreta de esta ley entraña un resultado poco compatible con el sistema de valores del foro. En consecuencia, descarta la ley extranjera normalmente aplicable y aplica su propia ley. Tradicionalmente, cada Estado miembro dispone de su propio cuerpo de normas de orden público internacional, pero con la multiplicación de disposiciones imperativas de origen comunitario, asistimos hoy en día al nacimiento de un «orden público europeo».

En suma, cada Estado organiza su convivencia como tiene por conveniente a través de "sus" propias Leyes, de aquí que cada Estado también tenga "su" conjunto de principios básicos, que operan como "su" excepción de orden público internacional (98).

En nuestro derecho, el orden público internacional interviene para proteger la regulación básica y la cohesión jurídica de la sociedad "española", no los de la sociedad de otros países, de aquí que cuando el supuesto regido por un Derecho extranjero no esté integrado ni afecte a la sociedad "española", el orden público internacional "español" no interviene, porque si así fuera, el orden público internacional español operaría para defender la cohesión jurídica de sociedades "extranjeras", pero utilizando los principios de derecho interno destinados para mantener la cohesión interna, lo que resulta absurdo y supondría una imposición de concepciones jurídicas "españolas" a las sociedades y concepciones de otros países, lo que no es necesario, conveniente, ni oportuno (MAYER/HEUZÉ) (99).

La aplicación del principio de orden público internacional preserva la "cohesión jurídica de la sociedad española" y salvaguarda la convivencia y la paz social. En el supuesto de aplicarse el Derecho extranjero designado por la norma de conflicto y derivarse de ello un daño o perjuicio a los intereses generales y públicos de la sociedad española, es preferible proteger estos "intereses generales" que el "interés particular" perjudicado, pues globalmente ello provoca un "daño menor", que es menos costoso y más eficiente. Como señala CARRASCOSA, al que se ha seguido en estas reflexiones, "El Derecho internacional privado a través de la cláusula de «orden público internacional», imputa el daño a la parte que lo puede soportar a menor coste. Por tanto, el objetivo de la cláusula de orden público inter-

(98) J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2008a, p. 2361.

(99) J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2008a, p. 2365.

nacional es claro: evitar la externalidad negativa (= un daño a los «intereses generales»), que puede producirse como consecuencia de la aplicación de un Derecho extranjero en España, de modo que sean los particulares implicados e inicialmente beneficiados por la aplicación de un Derecho extranjero, los que soporten la aplicación a sus relaciones jurídico-privadas, del derecho español, aunque ello pudiera ocasionarles fuertes costes (= pues más altos serían los costes de la solución adversa, es decir, los suscitados por un daño a la estructura básica de la sociedad española)” (100).

Los principios que componen el orden público internacional español se extraen de los distintos cuerpos legales de Derecho español (SAP Madrid de 23 de marzo de 2006) y de la misma Constitución Española (101). En materia de “seguridad jurídica” de la contratación, cabe señalar que el principio de seguridad jurídica está recogido expresamente en el artículo 9.3. CE y que es considerado como “una exigencia del ordenamiento” (STC 962/1984, de 31 de mayo), cuyo conjunto informa (STC 4/1981, de 2 de febrero), de aquí que la doctrina se refiera a la *constitucionalización* de la seguridad jurídica (102), lo que confiere a la misma rango constitucional y rigor vinculante para todos los poderes públicos, incluso el poder legislativo.

Según lo previsto en el artículo 21 Reglamento Roma I, para evitar la aplicación de la Ley designada al amparo de la regulación del Reglamento es preciso que exista incompatibilidad o contradicción entre la aplicación de ciertas disposiciones de la Ley del contrato designada y los principios fundamentales del Derecho del Estado miembro cuyas autoridades conocen del asunto.

El concepto de orden público no se refiere a un orden público comunitario o europeo, sino al orden público internacional “del foro”. Sin embargo, cuando el foro sea el de un Estado miembro, deberá tenerse presente que el Derecho comunitario forma parte del Dere-

(100) J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2008a, p. 2357.

(101) ATS 24 de octubre de 1979; STS 31 de diciembre de 1979; SAP Madrid 27 de enero de 1990; RDGRN 14 de septiembre de 1994; SAP Guadalajara 23 de marzo de 2006 (Citadas en J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2008a, p. 2361).

(102) J. AROZAMENA SIERRA, 1987, pp. 34-35; M. HERRERO DE MIÑÓN, 2003, pp. 351 y ss.

cho del Estado del foro. Asimismo, el TJCE puede establecer que un principio jurídico de Derecho comunitario es "esencial" y que debe ser protegido a través de la cláusula de orden público internacional del foro.

La doctrina señala que la aplicación de la cláusula de orden público debe considerarse excepcional y solamente interviene si afecta a la organización jurídica de la sociedad española porque el supuesto presenta una clara vinculación con España. La exclusión de una disposición legal de otro país en base a su contradicción con el orden público internacional podrá efectuarse cuando, por ejemplo, una Ley extranjera permita la exención total de responsabilidad de una de las partes, prevea acciones imprescriptibles o admita un contrato de esclavitud (103).

f) REMISIÓN A SISTEMAS PLURILEGISLATIVOS

La solución aplicable al supuesto de existencia en un Estado de diversas unidades territoriales con sistemas legislativos propios adopta lo previsto en el artículo 19 CR y actualmente está regulada en el artículo 22 del Reglamento, "*Estados con más de un sistema jurídico*".

El apartado 1 de esta norma establece que cuando un Estado se componga de varias unidades territoriales, cada una de las cuales tenga sus propias normas jurídicas en materia de obligaciones contractuales, "cada unidad territorial se considerará como un país a efectos de la determinación de la ley aplicable en virtud del presente Reglamento". El apartado 2 establece que en estos casos el Estado miembro "no estará obligado a aplicar el presente Reglamento a los conflictos de leyes que afecten únicamente a dichas unidades territoriales".

Como se ha indicado, en nuestro derecho siguen vigentes las normas de DIPr. español en relación con el derecho interregional y los supuestos excluidos del ámbito material del Reglamento. Esto significa que la problemática que se puede suscitar en materia de contratos entre el Derecho común y los distintos Derechos civiles o forales especiales, deben resolverse por aplicación de los artículos 10.5 y concordantes del Código Civil.

(103) A. L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2009, II, pp. 480-481.

g) EXCLUSIÓN DEL REENVÍO

El reenvío surge "cuando la norma de conflicto del DIPr. del país cuyos tribunales conocen del asunto remite, para la regulación del caso, a un Derecho extranjero, ordenamiento que contiene una norma de conflicto que, a su vez, remite la regulación de la situación privada internacional al Derecho de otro país, que puede ser el Derecho del país cuyos tribunales conocen del asunto o el Derecho de un tercer país" (104).

La exclusión del reenvío se halla prevista en el artículo 20 Reglamento: "Cuando el presente Reglamento establezca la aplicación de la ley de un país, se entenderá por tal las normas jurídicas materiales en vigor en ese país, con exclusión de las normas de Derecho internacional privado, salvo que el presente Reglamento disponga otra cosa."

Esta solución se basa en la presuposición de que si los contratantes eligieron la Ley de un Estado es porque quieren que ésta sea aplicada y no que lo sea la norma de un tercer Estado como resultado de una norma de conflicto del Estado cuyo derecho se prefirió, ya que sería poco realista presumir que la tuvieron en cuenta y dieron por supuesta su aplicación (105).

h) REGLAS DE CONFLICTO

El artículo 23 del Reglamento establece que con la excepción de los contratos de seguro (art. 7), el presente Reglamento "se entenderá sin perjuicio de la aplicación de disposiciones del Derecho comunitario que, en materias concretas, regulen las normas de conflicto de leyes relativas a las obligaciones contractuales".

i) PRUEBA DE LAS OBLIGACIONES

"Artículo 18. *Carga de la prueba.*

1. La ley que rija la obligación principal en virtud del presente Reglamento se aplicará en la medida en que, en materia de obligaciones con-

(104) A. L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2009, I, p. 288.

(105) A. L. CALVO CARAVACA, 2009, p. 63.

tractuales, contenga normas que establezcan presunciones legales o determinen la carga de la prueba.

2. Los contratos o los actos jurídicos podrán ser acreditados por cualquier medio de prueba admitido bien por la ley del foro, bien por cualquiera de las leyes contempladas en el artículo 11 [validez formal], conforme a la cual el acto o contrato sea válido en cuanto a la forma, siempre que tal medio de prueba pueda emplearse ante el tribunal que conozca del asunto."

La Ley que rige la obligación principal determinará las presunciones *iuris et de iure* y las presunciones *iuris tantum*. Por otra parte, la fuerza probatoria de los actos jurídicos ante la Ley del foro no se rige por el Reglamento Roma I. Se trata de una cuestión que es de naturaleza puramente procesal y rige la ley del país cuyos tribunales conocen del asunto (*lex fori regit processum*, art. 3 LEC).

En los supuestos en que el contrato haya sido formalizado en instrumento público serán de aplicación los efectos jurídicos y probatorios y las presunciones legales previstas por las leyes procesales del foro. Estos efectos serán especialmente relevantes en relación con los ordenamientos que en sus normas de producción interna o en virtud de norma, tratado o convenio internacional, reconozcan la figura del documento público y sus específicos efectos jurídicos y procesales.

j) CESIÓN DE CRÉDITOS Y SUBROGACIÓN

"Artículo 14. *Cesión de créditos y subrogación convencional.*

1. Las relaciones entre el cedente y el cesionario, o entre el subrogante y el subrogado de un derecho contra otra persona («el deudor»), se regirán por la ley que, en virtud del presente Reglamento, se aplique al contrato que les ligue.

2. La ley que rija el crédito objeto de cesión o subrogación determinará su transmisibilidad, las relaciones entre el cesionario o subrogado y el deudor, las condiciones de oponibilidad de la cesión o subrogación al deudor y el carácter liberatorio de la prestación hecha por el deudor.

3. El concepto de cesión en el presente artículo incluye las transferencias plenas de derechos, las transferencias de derechos a título de garantía, así como las prendas u otros derechos de garantía sobre los derechos."

“Artículo 15. *Subrogación legal*.

Cuando, en virtud de una obligación contractual, una persona («el acreedor») tenga derechos frente a otra persona («el deudor»), y un tercero esté obligado a satisfacer al acreedor o haya, de hecho, satisfecho al acreedor en ejecución de esa obligación, la ley aplicable a esta obligación del tercero determinará si, y en qué medida, éste puede ejercer los derechos que el acreedor tenía frente al deudor en virtud de la ley que rige su relación”.

A pesar de que se impone una interpretación uniforme por razón de la internacionalidad de la norma, con carácter previo, conviene delimitar, aunque sea a grandes rasgos y desde la perspectiva del derecho interno, determinados conceptos y supuestos de cesión de créditos, subrogación y cesión del contrato.

El contrato de la *cesión de créditos* representa un negocio bilateral en virtud del cual el acreedor-cedente transfiere por actos *inter vivos* la titularidad de su crédito a un tercero (cesionario), con lo que el crédito se hace circular (STS 17 diciembre 1994). “La cesión del crédito es el medio para hacerlo circular sustituyendo al sujeto en el lado activo de la relación obligatoria, que permanece inalterada en el aspecto pasivo y vinculando a los elementos personales originarios” (106). En nuestro derecho la figura se halla regulada en los artículos 1526-1536 CC, que asimila la cesión a la compraventa de créditos y en los artículos 347-348 Ccom., pero además de la *ventidionis causa*, la cesión puede operar por otros motivos (atribución gratuita, permuta, aportación a sociedad, cesión fiduciaria, cesión solutoria, cesión en garantía, etcétera).

El citado Libro Verde se refiere a la cesión de crédito con los siguientes términos: “Se trata de un acuerdo por el cual un acreedor, llamado cedente, transfiere el crédito que tiene contra su deudor, llamado deudor cedido, a un contratante, llamado cesionario” (107).

(106) J. M. DE CASTRO FERNÁNDEZ, 1996, p. 35.

(107) Libro Verde..., p. 42, que afirma que la cesión de crédito es un mecanismo muy utilizado, en particular, en la práctica bancaria, para realizar distintas operaciones de crédito u operaciones de *factoring*, y se refiere al siguiente ejemplo: “Un proveedor de repuestos («cedente») titular de créditos frente a sus propios clientes, fabricantes de automóvil («deudores cedidos»). En vez de esperar a que los fabricantes le paguen, el proveedor cede estos créditos a su banco («cesionario») con el fin de obtener inmediatamente el dinero correspondiente a los importes de las facturas”.

La *subrogación* supone el cambio de acreedor en la relación obligatoria. El pago de un tercero interesado en el cumplimiento de la obligación produce *ex lege* la subrogación del mismo en el crédito (art. 1210.1 y 3 CC) y también la produce el pago de un tercero no interesado cuando cuente con el consentimiento expreso o tácito del deudor (art. 1210.2 CC), mientras que el pago por un tercero, ignorándolo el deudor, produce únicamente una acción de reembolso de lo pagado por éste (art. 1158 CC), pero si el deudor conoce el pago y no se opuso expresamente se entiende que hay una aprobación tácita. Como dice el artículo 1212 CC, "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".

La diferencia de la subrogación con la cesión de créditos consiste en que la cesión es el cauce para realizar el interés de la circulación del crédito, que se considera un bien patrimonial susceptible de tráfico jurídico, mientras que la subrogación atiende a la satisfacción de un interés del subrogado para recuperar en vía de regreso un desembolso patrimonial que ha efectuado al acreedor satisfecho (108).

Debe distinguirse entre subrogación legal y subrogación convencional. La subrogación legal es la que se produce *ope legis*, por coincidir el supuesto de hecho con el efecto legal previsto en la norma legal correspondiente. La subrogación es convencional cuando procede de un acuerdo entre el acreedor y el subrogado. Los artículos 1210, 1211 y 1212 CC regulan diversos supuestos de subrogación legal (109). Otros supuestos de subrogación legal se hallan previstos en los artículos 659.3 LEC y 236.e) RH.

En el ámbito inmobiliario los terceros típicamente interesados en el cumplimiento de una obligación garantizada son el tercer poseedor y el hipotecante no deudor (110): a) El tercer poseedor de la finca gravada con hipoteca que satisface el crédito asegurado hipotecariamente, es un tercero interesado en el cumplimiento de la obligación (art. 1210.3.º CC), por lo que salvo que el comprador de la finca

(108) L. Díez-PICAZO, A. GULLÓN, 1985, II, p. 323.

(109) La Ley 514 del Fuero Nuevo de Navarra regula el contrato con facultad de subrogación.

(110) E. CORDERO LOBATO, 2008, I, pp. 947 y ss., que examina con más detalle toda esta problemática.

la haya adquirido con descuento o retención del importe garantizado se subroga en el crédito satisfecho. Esta subrogación no se produce en la finca de que sea propietario, pues, satisfecho, total o parcialmente, el crédito hipotecario, la hipoteca que grava la finca de que es propietario, se extingue por confusión; b) Por su parte, el hipotecante no deudor o tercero viene a constituir una suerte de garante de deuda ajena e igualmente –en su condición de interesado en el cumplimiento de la obligación garantizada– puede subrogarse en los derechos, hipotecas y privilegios que el acreedor ostente (arts. 1210.3.º y 1212 CC).

Un supuesto especial de subrogación que no obedece a la iniciativa del acreedor y opera por voluntad del deudor –que es quien paga– sin necesidad de que lo consienta el acreedor actual e incluso contra su voluntad, es el previsto en el artículo 1211 CC (111). Para que esta subrogación se produzca de pleno derecho es necesario que se ajuste totalmente al supuesto de hecho previsto en la norma legal. La doctrina discrepa sobre la naturaleza legal, convencional o mixta de esta subrogación. Históricamente el supuesto ha tenido y tiene escasa aplicación práctica debido a su posible complicación (necesidad de determinación por vía voluntaria o judicial de la deuda exacta del negocio inicial) y a que resultaba costosa, pues ello conllevaba un cambio de acreedor que requería la cancelación de la hipoteca anterior y la constitución de una nueva.

Para paliar esta problemática, facilitar una mayor competitividad en el mercado financiero y permitir que el deudor pueda mejorar las condiciones financieras de la deuda que tiene contraída, un desarrollo especial de esta clase de subrogación es el previsto en la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación de préstamos hipotecarios (112), que en los términos y requisitos previstos en esta Ley,

(111) “Artículo 1211 CC. El deudor [sujeto activo de la subrogación] podrá hacer la subrogación sin consentimiento del acreedor, cuando para pagar la deuda haya tomado prestado el dinero [préstamo] por escritura pública [requisito de forma], haciendo constar su propósito en ella [requisito de contenido], y expresando en la carta de pago [requisito de contenido] la procedencia de la cantidad pagada”.

(112) Ley 2/1994, Artículo 1: “Ámbito. 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 hipote-

permite, por un lado, la modificación de los préstamos a través de un acuerdo entre la parte prestataria y la propia entidad prestamista (novación modificativa), y por otro lado, la posibilidad de subrogación de una entidad financiera por otra a instancia del deudor aunque aquélla no coopere, todo ello, a un menor coste financiero, fiscal y arancelario. Como sea que se trata de una regulación especial, los beneficios y efectos jurídicos consiguientes sólo serán posibles si se ajustan al marco legal previsto en dicha regulación (113).

La *cesión de contrato* responde a otra configuración, pues sirve para hacer posible la circulación del contrato en su integridad, produciendo la subentrada de un tercero como parte contractual, que pasa a ocupar el lugar de uno de los contratantes originarios. Esta figura no está contemplada en nuestro Código Civil, aunque existen referencias por aproximación [arts. 1893, 1721 y 1521 CC (114)] y está legalmente admitida en alguna de sus aplicaciones prácticas, como por ejemplo la cesión de los arrendamientos.

La cesión de contrato se trata de un pacto válido y posible (arts. 1255 y 1091 CC), que sólo es admisible con referencia a situaciones negociales, por el que la primitiva relación contractual se amplía a un tercero vinculado, con lo que se produce atribución de los efectos de un contrato a persona distinta de la que lo concluyó, pasando la relación de bilateral a trilateral –que necesariamente no tiene que ser simultánea– y produciendo como efecto característico que el cedente resulte desligado del negocio, y el cesionario subrogado en su lugar (STS 4 de febrero de 1993). La diferencia entre la cesión de créditos y la cesión del contrato es que la primera sólo

carios 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.”

(113) E. CORDERO LOBATO, 2008, I, pp. 954-975.

(114) En el Derecho foral navarro la cesión del contrato está prevista en la Ley 513 del Fuero Nuevo de Navarra: “Cesión de contrato. Todo contratante puede ceder el contrato a un tercero, para quedar sustituido por éste en las relaciones pendientes que no tengan carácter personalísimo”.

hace circular el crédito, pero no supone cesión del total contrato íntegro ni de la relación obligatoria consiguiente.

En relación con la regulación internacional de la cesión de créditos y la subrogación convencional, en la doctrina de derecho comparado existe general consenso a la hora de afirmar que esta materia plantea una problemática muy compleja (115), lo que igualmente corrobora el Libro Verde CR al poner de relieve que "Como cualquier operación en la que intervienen tres personas, la cesión de crédito plantea numerosos interrogantes en Derecho internacional privado porque se está en presencia de tres relaciones jurídicas diferentes, cada una de las cuales puede estar sujeta a su ley propia" (116).

La cesión no puede considerarse contrato de "prestación de servicios" (art. 4.1 Rglto.), pues sólo transmite el derecho de crédito contra el deudor. La norma solamente se refiere a la cesión voluntaria del derecho de crédito respecto de la parte activa de la deuda –la subrogación legal está regulada en el art. 15 Reglamento–, y no comporta la cesión del contrato.

La nueva norma sigue de cerca la regulación existente en el anterior artículo 12 CR, pero incorpora las dos modificaciones siguientes: en primer lugar, se refiere tanto a la cesión de créditos como a la subrogación, conceptos –especialmente en el supuesto de negocios a título oneroso– que se hallan muy próximos. En segundo lugar, la norma ha incorporado el apartado tercero, referente a determinados efectos de la cesión.

(115) A. L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2009, II, p. 602.

(116) Libro Verde..., pp. 42-43. Por remisión al ejemplo antes citado, el Libro Verde señala que "el primer vínculo contractual en el tiempo es el existente entre el proveedor y los fabricantes de automóviles. A este crédito, también llamado «crédito originario» se referirá, ulteriormente, la operación de cesión. Está sometido a su ley propia, determinada de conformidad con los artículos 3 (autonomía de voluntad) y 4 (vínculos más estrechos)", y se produce posteriormente, el contrato de cesión o de transferencia, entre el cedente o proveedor de repuestos, y el cesionario, aquí el banco. El cesionario es quien proporciona la prestación característica (si la ley de cesión se ajusta a la ley del crédito, una sola ley regularía la transferencia), pero en la cesión de créditos múltiples, cada contrato de transferencia puede tener su propia ley. El tercer vínculo jurídico es el que nace entre el deudor cedido y el banco.

En la normativa actual, el Considerando (38) señala que la expresión "relaciones" que figura en este artículo debe abarcar los aspectos jurídico reales entre cedente y cesionario "en aquellos ordenamientos jurídicos en que dichos aspectos se tratan separadamente de los aspectos relativos al Derecho de obligaciones", pero advierte que el significado de dicho término tampoco puede entenderse "como referido a cualquier relación entre cedente y cesionario que pueda existir. En particular, no debe abarcar cuestiones preliminares relativas a una cesión de créditos voluntaria o a una subrogación convencional. El término debe limitarse estrictamente a aquellos aspectos directamente pertinentes a la cesión de créditos voluntaria o a la subrogación convencional de que se trate".

Señala la doctrina que el crédito cedido está sujeto a su propia Ley reguladora. La Ley que regule el crédito objeto de cesión o subrogación determinará su transmisibilidad, las relaciones entre el cesionario o subrogado y el deudor, las condiciones de oponibilidad de la cesión o subrogación al deudor y el carácter liberatorio de la prestación hecha por el deudor (art. 12.2 Rglto.), lo que significa que los efectos de la cesión de créditos con respecto del deudor no se rigen por la Ley aplicable al "contrato o relación jurídica reguladora de la cesión", sino por la Ley que regula el "crédito cedido". Esta solución se considera favorable para el deudor, ya que puede saber en todo momento la Ley aplicable a su situación jurídica con independencia de un eventual cambio de acreedor (117).

Nada prevé la norma sobre la vinculación de los efectos de la cesión u oponibilidad de la misma respecto de los acreedores del cedente o terceros ajenos a la cesión, cuestión que tampoco se había atrevido a abordar el texto anterior (118).

(117) A. L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2009, II, p. 602; J. J. FORNER DELAYGUA, 2009, p. 221, este autor, en relación con el artículo 12.2. CR y la propuesta RR-1, en lo sustancial y en este punto con las mismas previsiones.

(118) A este respecto, el Libro Verde (p. 43) señala que la oponibilidad de la cesión de crédito a los terceros es una cuestión esencial, ya que determina la eficacia de la cesión y la transferencia de la propiedad. Por ej., el proveedor no ha pagado a su propio acreedor, y éste embarga sus bienes y créditos, incluso los créditos objeto de cesión a favor del banco. La cuestión a resolver es quién es propietario de los créditos cedidos, el nuevo acreedor

Las opciones consideradas se basaban en someter la cuestión a la Ley del país de residencia habitual del cedente en el momento de proceder a la cesión, o a la Ley que rige el crédito cedido, sin que se hubiera logrado un consenso a la hora de redactar esta norma, de aquí que el artículo 27.2 Reglamento disponga que "A más tardar el 17 de junio de 2010, la Comisión presentará al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo un informe sobre la eficacia frente a terceros de una cesión o subrogación de un derecho y la prioridad del derecho cedido o subrogado sobre un derecho de otra persona. El informe estará acompañado, en su caso, de una propuesta de modificación del presente Reglamento y de una evaluación del impacto de las disposiciones que habrán de producirse" (119).

Para precisar la Ley aplicable a la oponibilidad de la cesión a terceros, el Libro Verde exponía las opciones siguientes (120).

a) *Aplicación de la misma Ley que la aplicable al contrato de transferencia.* Esta solución ha sido adoptada por la jurisprudencia holandesa y presenta ventajas en aquellos sistemas que no distinguen entre las cuestiones de validez del contrato de transferencia y eficacia de la transferencia de la propiedad del crédito.

b) *Aplicación de la misma Ley que la aplicable al crédito originario.* Esta solución era la elegida en el anteproyecto del Convenio y seguida por la jurisprudencia alemana. En este caso se entiende que no es razonable diferenciar los terceros en general, como un acreedor del cedente o un segundo cesionario del mismo crédito, con el deudor cedido. En este caso, la Ley aplicable a la oponibilidad del contrato sería la misma en ambos supuestos, lo que garantiza una determinada coherencia en el tratamiento de la operación de cesión en su conjunto.

o el banquero. O bien, el proveedor, para obtener fraudulentamente mayor crédito, ha cedido a dos bancos diferentes el mismo crédito, en este caso, la cuestión sería determinar cuál de ellos es el propietario de los créditos. Estas cuestiones no están resueltas de la misma forma en todos los Estados miembros, por lo que conviene establecer cuál es la Ley que debería aplicarse para no incitar a las partes al *forum shopping*.

(119) A. L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2009, II, pp. 602-603; M. WILDERSPIN, 2008, pp. 24-25.

(120) Libro Verde, p. 44.

c) *Aplicación de la Ley del deudor cedido.* Con esto se trata de evitar posibles incertidumbres para conocer la Ley aplicable al crédito originario. La ventaja de esta opción es que esta ley puede ser fácilmente conocida por los terceros, pero haría más problemática la cesión de créditos profesionales múltiples cuando los deudores estén domiciliados en distintos países.

d) *Aplicación de la Ley del domicilio del cedente.* Esta solución favorece la previsibilidad de los terceros y es la que ha sido adoptada por la Convención de Naciones Unidas sobre la cesión de créditos en el comercio internacional.

Como sea que todas estas soluciones, excepto la indicada en el apartado b), pueden someter a leyes diferentes la oponibilidad al deudor cedido, por una parte, y la oponibilidad a los otros terceros, por otra, el Libro Verde señala que esta circunstancia podría conducir en algunos casos "a un callejón sin salida". Por ello se ha propuesto prever una norma material por la que se dé prioridad al que actúa en primer lugar, teniendo en cuenta la buena o mala fe de los acreedores en competencia.

Los efectos de la *subrogación legal* son los previstos en el artículo 15 del Reglamento. La subrogación legal puede producirse como efecto del contrato (por ejemplo, fianza), por vía de hecho, supuesto en que puede resultar complejo determinar la Ley reguladora de la relación jurídica entre el tercero y el deudor, si es que existe, o por Ley, cuando la norma legal la impone. El artículo 15 del Reglamento no es aplicable a la subrogación en la posición del acreedor de deudas que procedan de ilícitos civiles no contractuales.

Por lo que respecta a la *cesión de contrato*, el hecho de que un tercero asuma la íntegra posición contractual de una de las partes contratantes no altera el resto del contrato originario. En nuestro derecho, esta cuestión supone la novación subjetiva por cambio de deudor o de acreedor.

En este supuesto, las cuestiones a resolver son dobles: por un lado, fijar la Ley aplicable al contrato de "cesión de contrato" o relación entre el cedente y el cesionario. Esta Ley deberá determinarse con arreglo a los principios generales que rigen la Ley aplicable a las obligaciones contractuales (arts. 3 y 4 Rglto.) y, en principio, sólo debe afectar a las relaciones entre dichas partes contratantes. Por

otro lado, determinar la Ley aplicable a los efectos de la transmisión del contrato, cuestión que generalmente estará prevista por la Ley que rige el contrato objeto de cesión.

k) REFERENCIA A OTRAS CUESTIONES PREVISTAS EN EL REGLAMENTO

Aunque su análisis excede del objeto del presente trabajo, en el Reglamento Roma I también existen previsiones sobre las siguientes materias: Responsabilidad múltiple (art. 16); Compensación legal (art. 17); y Relación con el Convenio de Roma (art. 24); y Relación con los convenios internacionales existentes (art. 25), norma esta última que prevé que el presente Reglamento no afectará a la aplicación de los convenios internacionales en que ya sean parte uno o más Estados miembros que regulen conflictos de leyes materia de obligaciones contractuales, no obstante lo cual, en las relaciones entre Estados miembros, el presente Reglamento primará frente a los convenios celebrados exclusivamente entre dos o más Estados miembros en la medida que dichos convenios versen sobre las materias reguladas en el mismo.

5. LA NORMA DE CONFLICTO A FALTA DE ELECCIÓN DE LEY APLICABLE

5.1. EL ARTÍCULO 4 DEL REGLAMENTO ROMA I

En aras a lograr una mayor seguridad jurídica, y a diferencia de lo previsto en el artículo 4 CR, que en defecto de Ley aplicable establecía una presunción basada en la Ley del país con el cual el contrato presentaba los "lazos más estrechos", presumiéndose que esta situación se daba "en el país en que la parte que deba realizar la prestación característica tenga, en el momento de la celebración del contrato, su residencia habitual o, si se tratare de una sociedad, asociación o persona jurídica, su administración central", el Reglamento Roma I ha introducido reglas de conflicto más precisas estableciendo ocho reglas fijas (*rattachements fixes*) respecto de los denominados por la doctrina "ocho magníficos contratos" (121).

(121) A. L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2009, II, p. 526.

Con la incorporación de estas "presunciones fuertes" o, más bien, "puntos de conexión rígidos" (122), se contribuye al objetivo general buscado con el Reglamento, que consiste en lograr que las normas de conflicto presenten "un alto grado de previsibilidad" [Considerando (16)].

Estas reglas están enumeradas en el artículo 4 del Reglamento Roma I y solamente se reserva el criterio flexible del lazo o vínculo más estrecho cuando el contrato no esté cubierto por dichas previsiones, contenga varios puntos de conexión o manifiestamente presente vínculos más estrechos con otro país distinto del indicado según la Ley prefijada. La regulación establecida en estos supuestos presenta mayor rigidez que la establecida en el Convenio de Roma. Se trata de una "rigidez amortiguada" (123).

La regulación establecida en el Reglamento no parte como principio general de aplicación de la Ley más estrechamente vinculada (concepto que solamente aparece previsto con carácter subsidiario y se regula en el aptdo. 3.º de este artículo), sino que procede a determinar, en defecto de elección, la Ley que debe aplicarse a determinados tipos de contratos. Por otra parte, "Aunque estas leyes específicas se inspiran en la presunción general del Convenio de Roma, no se formulan como simples presunciones, sino como las leyes que *a priori* deben ser aplicadas, sugiriendo tal vez una limitación del margen de excepción que [...] producía el modelo del Convenio de Roma" (124). Con arreglo a esta interpretación, esto conlleva que la aplicación del artículo 4 del Reglamento sea imperativa para el juez, y que la preterición de la regla general y de las reglas especiales a través de la cláusula de excepción exija un *plus* de motivación por parte del intérprete (125).

(122) Así lo entiende E. CASTELLANOS RUIZ, 2009, p. 133: "Los puntos de conexión del artículo 4.1 Reglamento Roma I dejan de ser «presunciones» que conducen a la Ley del país más vinculado con el contrato. Se trata de una norma de conflicto con puntos de conexión rígidos cuya misión primordial es concretar de modo axiomático, la Ley aplicable al contrato, sea o no la Ley del país más estrechamente vinculada con el mismo."

(123) J. J. FORNER DELAYGUA, 2009a, p. 77.

(124) J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, S. SÁNCHEZ LORENZO, 2009, pp. 496-497.

(125) J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, S. SÁNCHEZ LORENZO, 2009, pp. 499-500.

"Artículo 4. *Ley aplicable a falta de elección.*

1. A *falta de elección* (126) realizada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3, y sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 5 a 8 (127), la ley aplicable al contrato se determinará de este modo:

a) el contrato de *compraventa de mercaderías* se regirá por la ley del país donde el vendedor tenga su residencia habitual;

b) el contrato de *prestación de servicios* se regirá por la ley del país donde el prestador del servicio tenga su residencia habitual;

c) el contrato que tenga por objeto un *derecho real inmobiliario o el arrendamiento de un bien inmueble* se regirá por la ley del país donde esté sito el bien inmueble;

d) no obstante lo dispuesto en la letra c), el *arrendamiento de un bien inmueble* celebrado con fines de uso personal temporal para un período máximo de seis meses consecutivos se regirá por la ley del país donde el propietario tenga su residencia habitual, siempre que el arrendatario sea una persona física y tenga su residencia habitual en ese mismo país;

e) el contrato de *franquicia* se regirá por la ley del país donde el franquiciado tenga su residencia habitual;

f) el contrato de *distribución* se regirá por la ley del país donde el distribuidor tenga su residencia habitual;

g) el contrato de *venta de bienes mediante subasta* se regirá por la ley del país donde tenga lugar la subasta, si dicho lugar puede determinarse;

h) el contrato celebrado en un sistema multilateral que reúna o permita reunir, según normas no discrecionales y regidas por una única ley, los diversos intereses de compra y de venta sobre *instrumentos financieros* de múltiples terceros, tal como estipula el artículo 4, apartado 1, punto 17, de la Directiva 2004/39/CE, se regirá por dicha ley.

2. Cuando el contrato no esté cubierto por el apartado 1 o cuando los elementos del contrato correspondan a más de una de las letras a) a h) del apartado 1, el contrato se regirá por la ley del país donde tenga su residencia habitual (128) la parte que deba realizar la prestación característica del contrato.

(126) El texto resaltado obedece a efectos meramente expositivos.

(127) Estos artículos establecen provisiones específicas para los siguientes contratos: Contratos de transporte (art. 5), contratos de consumo (art. 6), contratos de seguro (art. 7) y contratos individuales de trabajo (art. 9).

(128) Según el artículo 19 Reglamento la residencia habitual de una sociedad, asociación o persona jurídica será el lugar de su administración central. La residencia habitual de una persona física que esté ejerciendo su actividad profesional será el lugar de su establecimiento principal. En el

3. Si del conjunto de circunstancias se desprende claramente que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los apartados 1 ó 2, se aplicará la ley de este otro país.

4. Cuando la ley aplicable no pueda determinarse con arreglo a los apartados 1 ó 2, el contrato se regirá por la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos.”

En suma, a falta de elección entre las partes de la Ley aplicable al contrato, el legislador comunitario ha establecido en los casos claros (por ej. art. 4.1, letras *c*, *g*, y *h*) y en los tipos contractuales corrientes y normalmente identificables con claridad (art. 4, letras *a*, *e* y *f*), la correspondiente *lex contractus*, sin cerrar la conexión por completo (art. 4.2); fuera de esto, la Ley del contrato se determina en virtud de la “prestación característica”, pero sin cerrar tampoco por completo la conexión (arts. 4.2 y 3), y en el supuesto de que aquélla no pueda determinarse, actúa directamente la conexión de cierre prevista en el art. 4.4 (“vínculos más estrechos”) (129).

La solución establecida en el Reglamento Roma I mejora la regulación anterior, al establecer una estructura más sencilla para la determinación de la Ley aplicable, que aplica el siguiente binomio: “*norma de conflicto + cláusula de escape*” (130), lo que se complementa con la concreción de lo que debe considerarse como “prestación característica” o centro de gravedad del contrato. Lo que antecede, sin perjuicio de las reglas subsidiarias referentes a la Ley donde deba realizarse la prestación característica o a la Ley del país donde el contrato presente vínculos más estrechos (art. 4, núms. 2, 3 y 4).

Por lo que se refiere a la enumeración de contratos establecida en las ocho letras del artículo 4, apartado primero, cabe señalar que no es exhaustiva y que tampoco se refiere a ocho contratos específicos.

supuesto de que el contrato se celebre por una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento, o la prestación deba ser realizada por su mediación, la residencia habitual será el lugar en el que dicha sucursal, agencia o establecimiento esté situado. La residencia habitual será la determinada en el momento de la celebración del contrato.

(129) J. J. FORNER DELAYGUA, 2009a, p. 78.

(130) F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, 2009, p. 615.

Respecto de la primera cuestión, se observa que en otros artículos del Reglamento existen referencias concretas a otras clases de contratos en función de su naturaleza específica y que existe una regulación especial para el grupo de los denominados "contratos de consumo".

En este sentido, existen previsiones especiales en relación con los siguientes contratos: con los contratos de transporte de mercancías y de pasajeros, que están regulados en el artículo 5, sin perjuicio de la especialidad prevista en el artículo 6; con los contratos de consumo, norma que a su vez prevé determinadas excepciones; con los contratos de seguro regulados en el artículo 7 del Reglamento; y con los contratos individuales de trabajo previstos en el artículo 8.

Por lo que atañe a la segunda cuestión, mientras que, en unos casos, la norma se refiere a determinados grupos contractuales, en otros, la norma estatuye sobre la Ley aplicable a un contrato en concreto que, en algunos casos, en defecto de esta referencia específica, podría quedar incluido en determinado grupo contractual, pero por medio de esta adscripción específica se favorece una aplicación uniforme de la Ley aplicable al contrato en defecto de elección, con lo cual se evitan calificaciones dispares.

Así sucede en relación con los contratos de franquicia y de distribución, que son "contratos de servicios" [Cdo. (17)] que están sujetos a normas específicas (131). Mediante esta referencia explícita a

(131) En nuestro derecho, el RD 201/2010, de 26 de febrero, por el que se regula el ejercicio de la actividad comercial en régimen de franquicia y la comunicación de datos al registro de franquiciadores, entre otras precisiones, se refiere a este contrato en los siguientes términos:

"Artículo 2. *Actividad comercial en régimen de franquicia.*

1. A los efectos del presente real decreto, se entenderá por actividad comercial en régimen de franquicia, regulada en el artículo 62 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, aquella que se realiza en virtud del contrato por el cual una empresa, el franquiciador, cede a otra, el franquiciado, en un mercado determinado, a cambio de una contraprestación financiera directa, indirecta o ambas, el derecho a la explotación de una franquicia, sobre un negocio o actividad mercantil que el primero venga desarrollando anteriormente con suficiente experiencia y éxito, para comercializar determinados tipos de productos o servicios y que comprende, por lo menos:

a) El uso de una denominación o rótulo común u otros derechos de propiedad intelectual o industrial y una presentación uniforme de los locales o medios de transporte objeto del contrato.

estos dos contratos se pretende que los distintos tribunales consideren que la "prestación característica" es siempre la misma, esto es, el lugar de residencia habitual del franquiciador o del distribuidor, evitándose con ello la casuística contradictoria que se presentaba entre los tribunales de distintos países (132).

a) Referencia a los contratos denominados de "prestación de servicios"

El grupo de denominados contratos de "prestación de servicios" engloba una "categoría autónoma" propia al Derecho Comunitario que incluye una amplia variedad de contratos, sin que el concepto pueda identificarse exclusivamente como el típico contrato de arrendamiento de servicios, sino que debe extenderse a otras muchas clases de contratos (133).

b) La comunicación por el franquiciador al franquiciado de unos conocimientos técnicos o un saber hacer, que deberá ser propio, sustancial y singular; y,

c) La prestación continua por el franquiciador al franquiciado de una asistencia comercial, técnica o ambas durante la vigencia del acuerdo; todo ello sin perjuicio de las facultades de supervisión que puedan establecerse contractualmente."

(132) En los contratos de concesión, los tribunales franceses e italianos consideraron que la prestación característica correspondía al "concedente", mientras que los tribunales belgas consideraban que la prestación característica correspondía al "distribuidor" o "concesionario", con lo cual, la pretendida norma de conflicto "uniforme" que no distinguía en estos casos (art. 4.2 CR), se interpretaba de modo "no uniforme" en los Estados parte (E. CASTELLANOS RUIZ, 2009, p. 263).

(133) En relación con esta materia, que solamente se expone en sus aspectos más destacados, ofrecen especial interés las conclusiones del Abogado General Sra. VERICA TRSTENJAK, presentadas el 27 de enero de 2009, y la propia sentencia TJCE de 23 de abril de 2009, en el Asunto C-533/07, Falco PRIVATSTIFTUNG y Thomas RABITSCH contra Giseli WELLER-LINDHORST, que se citan más adelante y que en particular se refieren al concepto de prestación de servicios en relación con la aplicación del Reglamento (CE) 44/2001 <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=es&newform=newform&alljur=alljur&jurcdj=jurcdj&jurtpi=jurtpi&jurtfp=jurtfp&alldocrec=alldocrec&docj=docj&docor=docor&docop=docop&docav=docav&docsom=docsom&docinf=docinf&alldocnorec=alldocnorec&docnoj=docnoj&docnoor=docnoor&radtypeord=on&typeord=ALL&docnodecision=docnodecision&allcommjo=allcommjo&affint=affint&affclose=>

La doctrina pone de relieve que en la conceptualización del contrato de prestación de servicios predomina una noción económica y no jurídica del concepto, de aquí que para delimitar su concepto se utilicen fundamentalmente criterios económicos y no jurídicos, lo que no deja de constituir una quiebra de los principios dogmáticos que secularmente se han utilizado para clasificar, desde la ciencia jurídica, los contratos y ello evidencia el peso de las concepciones económicas en el derecho moderno (134). Por tanto, según el ámbito en el que se utilice la expresión "servicios" o la finalidad buscada, el entendimiento de esta expresión puede ser diferente.

Con todo, el recurso al Derecho Civil sigue siendo una herramienta indispensable, entre otros fines, para apoyar o no la inclusión de cualquier contrato en determinado grupo contractual en consideración con su concepto propio, contenido negocial y efectos, pero como ponen de relieve la doctrina científica y la jurisprudencia comunitaria, en ciertos supuestos la inclusión o no de determinado contrato

affclose&numaff=C-533%2F07&ddatefs=&mdatefs=&ydatefs=&ddatefe=&mdatefe=&ydatefe=&nomusuel=&domaine=&mots=&resmax=100&Submit=Buscar.

(134) En las Conclusiones de la Abogada General VERICA TRSTENJAK, el punto 25 dice lo siguiente: "La Comisión destaca que procede interpretar el concepto de «servicios» de modo autónomo, con independencia de la definición de dicho concepto en los ordenamientos de los Estados miembros. A este respecto, se remite a la amplia acepción de ese concepto en el marco del Derecho comunitario primario, que es sustancialmente más amplia que las habituales definiciones del Derecho civil de los ordenamientos nacionales, puesto que comprende, por ejemplo, el alquiler de puestos de atraque a propietarios de embarcaciones de otros Estados miembros (16) o el leasing de automóviles a empresas de otros Estados miembros. (17) En este sentido, la Comisión alega que también puede considerarse un servicio la concesión de derechos de explotación de propiedad intelectual. Esa institución sostiene asimismo que las directivas comunitarias sobre el impuesto del valor añadido no pueden servir como instrumento para la interpretación del artículo 5, apartado 1, letra b), del Reglamento núm. 44/2001, puesto que dicho Reglamento, según su artículo 1, apartado 1, no se aplica en materia fiscal." No obstante, la STJCE de 23 de abril de 2009 estableció que a efectos del Reglamento número 44/2001, un contrato por el cual el titular de un derecho de propiedad intelectual autoriza a la otra parte contratante a explotar dicho derecho como contrapartida por el pago de una remuneración no era un contrato de prestación de servicios.

en un grupo contractual no está exenta de notables dificultades y puede hallarse en contradicción con lo previsto en otra norma comunitaria.

En el presente caso, a efectos de establecer el ámbito de aplicación material y disposiciones del presente Reglamento es necesario adscribir cada contrato a su grupo o categoría, lo que debe efectuarse por medio de una interpretación autónoma y hallarse en coherencia con la interpretación realizada en la aplicación del Reglamento 44/2001 y del Reglamento 864/2007 (Roma II). Así se desprende de los Considerandos (7) y (17), que en relación con la Ley aplicable a falta de elección y respecto de la "prestación de servicios" y "venta de mercaderías" remiten a la interpretación que resulte del artículo 5 del Reglamento 44/2001, pero señalando que los contratos de franquicia y de distribución "son contratos de servicios [que], están sujetos a normas específicas".

El juego de referencias a unos Reglamentos en concreto y la existencia de reglas o interpretaciones específicas para determinados contratos puede significar, como se afirma en la sentencia TJCE de 23 de abril 2009 (Asunto C-533/70, Falco), que cada norma comunitaria ofrezca una interpretación concreta y que lo que cabe calificar de prestación de servicios en relación con determinada directiva, como la directiva de servicios o las directivas en materia de IVA, no se califique en el mismo sentido en relación con la aplicación del Reglamento 44/2001. Por otro lado, según las Conclusiones de la Abogado General en el Asunto C-533/07, este último Reglamento no puede interpretarse en un sentido tan amplio que comprenda todos los contratos no incluidos en la categoría de compraventa de mercaderías.

Tradicionalmente el contrato de servicios se ha diferenciado del contrato de obra en el sentido de que el obligado en él sólo debe una determinada actividad, en cambio, en el contrato de obra, el obligado (contratista) se obliga respecto de otra parte (comitente), con o sin suministro de materiales, y mediante precio cierto, a la obtención de un determinado resultado del trabajo (*opus consumatum et perfectum*). En la doctrina dominante del antiguo Derecho común, el contrato de obra fue limitado por la compraventa en cuanto que había que aplicar el derecho de la compraventa cuando el fabricante suministraba los materiales, pero modernamente el tratamiento de

esta cuestión depende de la regulación introducida por las diferentes codificaciones y subsiguientes normativas especiales dictadas al compás de los importantes cambios y transformaciones sociales y estructurales experimentados por las sociedades modernas (por ejemplo, Estatuto del Trabajo, Ley de Ordenación de la Edificación, etcétera) (135).

En relación con el significado "prestación de servicios" en función de la respectiva norma comunitaria que se refiere a esta expresión, cabe referirse a las siguientes normas comunitarias:

— El artículo 2 de la Directiva 77/388/CEE del Consejo, de 17 de mayo de 1977, relativa al IVA (136), dispone que estarán sujetas al IVA "las entregas de bienes y prestaciones de servicios realizadas a título oneroso en el interior del país por un sujeto pasivo que actúe como tal" y las importaciones de bienes. Según el artículo 5, por "entrega de bienes" se entenderá "la transmisión del poder de disposición sobre un bien corporal con las facultades atribuidas a su propietario", y según el artículo 6, serán consideradas "prestaciones de servicios", "todas las operaciones que no tengan la consideración de entrega de bienes con arreglo a lo dispuesto en el artículo 5", incluida la cesión de un bien incorporeal, representado o no por un título, y las obligaciones de no hacer o de tolerar actos o situaciones determinadas. En esta Directiva solamente existen dos posibles grupos de adscripción. La regulación del IVA tiene por objeto regular la tributación del acto o negocio realizado referente a una entrega de un bien o la prestación de un servicio, pero nada prescribe sobre la Ley aplicable al acto o contrato sujeto al impuesto.

— En la "Directiva 2006/123 (CE) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios del

(135) H. COING, 1996, II, pp. 599 y ss. El artículo 1588 CC prevé que en el contrato de ejecución de obra puede convenirse que el que la ejecute ponga solamente su trabajo o su industria, o que también suministre el material, pero la regulación del Código ha quedado anticuada y obsoleta por el influjo de los cambios legislativos posteriores.

(136) Sexta Directiva 77/388/CEE del Consejo, de 17 de mayo de 1977, en materia de armonización de las legislaciones de los Estados Miembros relativas a los impuestos sobre volumen de negocios. Sistema común del Impuesto sobre el Valor Añadido: base imponible uniforme.

mercado interior”, la Directiva regula únicamente aquellos servicios que se realizan por una contrapartida económica incluidos en su ámbito de aplicación material (137). A efectos de esta Directiva, el artículo 4.1 define “servicios” como “cualquier actividad económica por cuenta propia prestado normalmente a cambio de una remuneración, contemplada en el artículo 50 del Tratado”. Esta Directiva establece un concepto genérico limitado, ya que afecta exclusivamente a las actividades incluidas en su ámbito de aplicación material y sólo regula la libertad comunitaria de prestación del servicio, pero sin pretender entrar en la Ley aplicable a la relación jurídica del prestador del servicio con las personas con quienes contrate (138).

— Por otro lado, el “Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el

(137) Las exclusiones se refieren a ámbitos de actuación muy distintos, como servicios de interés general, servicios financieros, comunicaciones electrónicas, transportes, servicios sanitarios, audiovisuales, actividades del juego, servicios sociales, actividades en las que es de aplicación el artículo 45 del Tratado, etcétera (cfr. arts. 2, 16-18).

(138) Directiva 2006/123/CE, Considerando (33): “En la presente Directiva, el concepto de «servicio» incluye actividades enormemente variadas y en constante evolución; entre ellas se cuentan las siguientes: servicios destinados a las empresas, como los servicios de asesoramiento sobre gestión, servicios de certificación y de ensayo, de mantenimiento, de mantenimiento de oficinas, servicios de publicidad o relacionados con la contratación de personal o los servicios de agentes comerciales. El concepto de servicio incluye también los servicios destinados tanto a las empresas como a los consumidores, como los servicios de asesoramiento jurídico o fiscal, los servicios relacionados con los inmuebles, como las agencias inmobiliarias, o con la construcción, incluidos los servicios de arquitectos, la distribución, la organización de ferias o el alquiler de vehículos y las agencias de viajes. Los servicios destinados a los consumidores quedan también incluidos, como los relacionados con el turismo, incluidos los guías turísticos, los servicios recreativos, los centros deportivos y los parques de atracciones, y, en la medida en que no estén excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva, los servicios a domicilio, como la ayuda a las personas de edad. Estas actividades pueden constituir al mismo tiempo servicios que requieren una proximidad entre prestador y destinatario, servicios que implican un desplazamiento del destinatario o del prestador y servicios que se pueden prestar a distancia, incluso a través de internet.” Sobre el contrato de servicios en el Marco Común de Referencia, cfr. P. DE BARÓN ARNICHES, 2008.

reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil", tiene por objeto regular el foro del demandado y la posible admisión de otros foros alternativos a causa del estrecho nexo existente entre el órgano jurisdiccional y el litigio o para facilitar una buena administración de justicia, pero tampoco estatuye sobre la Ley aplicable a la relación objeto de la pretensión planteada.

Entre otros supuestos, el Reglamento (CE) núm. 44/2001 distingue distintos foros en función de si se trata de demandas referentes a obligaciones derivadas de un contrato, y según se trate de "compraventa de mercaderías" o de "prestación de servicios". Asimismo, el Reglamento establece foros especiales para determinadas relaciones jurídicas como los contratos de trabajo, seguros, de consumo, y fueros exclusivos en relación, entre otros supuestos, como los bienes inmuebles y los registros públicos.

En lo que aquí interesa destacar, el artículo 5 de este Reglamento, en precepto considerado "complicado, inextricable y misterioso" y de mediocre redacción (139), dispone que: "Las personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser demandadas en otro Estado miembro: 1. a) en materia contractual, ante el tribunal del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviere de base a la demanda; b) a efectos de la presente disposición, y salvo pacto en contrario, dicho lugar será: cuando se tratare de una compraventa de mercaderías, el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser entregadas las mercaderías; cuando se tratare de una prestación de servicios, el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser prestados los servicios; c) cuando la letra b) no fuere aplicable, se aplicará la letra a)", y en relación con la competencia exclusiva de los Tribunales, el artículo 22 dispone que son exclusivamente competentes, sin consideración del domicilio: "1) en materia de derechos reales inmobiliarios y de contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, los tribunales del Estado miembro donde el inmueble se hallare sito. No obstante, en materia de contratos de arrendamiento de bienes inmuebles

(139) E. CASTELLANOS RUIZ, 2009, p. 166, con remisiones a V. HEUZÉ y A. MOURRE, que trata ampliamente sobre la interpretación de este artículo.

celebrados para un uso particular durante un plazo máximo de seis meses consecutivos, serán igualmente competentes los tribunales del Estado miembro donde estuviere domiciliado el demandado siempre que el arrendatario fuere una persona física y que propietario y arrendatario estuvieren domiciliados en el mismo Estado miembro [...], 3) en materia de validez de las inscripciones en los registros públicos, los tribunales del Estado miembro en que se encontrare el registro”.

Si la cuestión se examina desde una perspectiva doctrinal, partiendo de una consideración económico-funcional, el contrato de servicios puede definirse como: “el contrato que tiene como objetivo principal la prestación de una actividad que consiste en dar, hacer o no hacer una cosa, a título oneroso, gratuito o lucrativo, y no la transmisión de la propiedad de una cosa” (P. BERLIOZ) (140).

Dicho concepto comprende “los contratos que generan tanto obligaciones de medios como de resultado. Comprende también los contratos que generan obligaciones tanto de hacer como de no hacer y los contratos que comportan obligación de poner a disposición una cosa, como el préstamo (Sent. *Cour Cass.*, Francia, 28 de noviembre de 2006)” (141). También se incluyen los siguientes contratos: los contratos de agencia [*S. Cour Cass.*, Francia, 3 de octubre de 2006 (142)]; de *marketing*, de campaña de publicidad, de arquitectura, de abogacía, de fletamento [*SAP Pontevedra* de 21 de noviembre de 2006 (143)]; de suministro, de prestaciones sanitarias, de enseñanza, de obra con suministro de materiales [*AAP Barcelona* de

(140) Cfr. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2009, p. 182, y E. CASTELLANOS RUIZ, 2009, p. 207. Desde una perspectiva funcional, M. B. M. LOOS (2004, pp. 575-577) señala que una gran parte de los servicios pueden incardinarse en alguno o algunos de los siguientes diez tipos de actividad: Consejo (*Advice*); Agencia (*Agency*); Construcción (*Construction*); Diseño (*Design*); Información (*Information*); Intermediación (*Intermediation*); Mantenimiento de bienes (*Processing*); Almacenamiento (*Storage*); Transporte (*Transportation*) y Cuidados sanitarios (*Treatment*).

(141) J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2009, p. 181. Cfr., asimismo, E. CASTELLANOS RUIZ, 2009, pp. 207 y 268-269.

(142) Contrato de agencia a ejecutar en Francia y agente con domicilio en Portugal.

(143) Contrato de fletamento a ejecutar, según el contrato, en Vigo.

17 de noviembre de 2005 (144)], *leasing* (145), arrendamiento de bienes muebles si éste comporta obligaciones activas para el arrendador, etcétera (146).

En relación con la fijación del concepto de "servicios" y su distinto alcance según la norma comunitaria que se analice, son de interés las siguientes consideraciones que figuran en las Conclusiones del Abogado General referentes a la STJCE de 23 abril 2009, asunto C-533/07, que evidencian las dificultades prácticas que en ciertos supuestos pueden plantearse a la hora de calificar un determinado contrato como de prestación o no de servicios. En el supuesto que se cita, se trataba de establecer si un contrato por el cual el titular de un derecho de propiedad intelectual autorizaba a la otra parte contratante a explotar dicho derecho como contrapartida por el pago de una remuneración, debía considerarse o no un contrato de prestación de servicios, pues de esta calificación dependía la fijación de la competencia del tribunal que debía dirimir el conflicto referente al pago de los derechos de explotación de la propiedad intelectual que se había suscitado entre partes residentes en distintos Estados miembros.

(144) No obstante, plantean problemas de calificación (contratos de compraventa de mercaderías o de prestación de servicios) los contratos de suministro de bienes que han de fabricarse o producirse, cuando el cliente haya formulado determinadas exigencias sobre la obtención, transformación o entrega de productos que han de fabricarse, la garantía de calidad de fabricación o buena gestión administrativa de los pedidos, siendo importante la parte de valor que cabe atribuir a la mercancía o a la mano de obra o a la prestación de otros servicios (cfr. E. CASTELLANOS RUIZ, 2009, pp. 209 y ss.).

(145) Este supuesto puede plantear problemas de calificación. La mayoría de la doctrina entiende que el arrendamiento financiero no puede incluirse en el concepto compraventa de "mercaderías", aunque incluya una opción de compra, pero también podría calificarse en este sentido si el interés del comprador es mayor que en la resolución de la relación de uso anterior (E. CASTELLANOS RUIZ, 2009, p. 198). Como se verá más adelante, cuando se trate de arrendamiento financiero de bienes inmuebles, el contrato es mixto y debido a la importancia del elemento real procede incluirlo –cuando menos, en relación con este aspecto– en el grupo de los derechos reales inmobiliarios.

(146) J. CARRASCOA GONZÁLEZ, 2009, p. 181; E. CASTELLANOS RUIZ, 2009, pp. 206 y ss. y 269.

“57. A mi juicio, para definir el concepto de «servicios» presentan una importancia decisiva dos aspectos. En primer lugar, el significado habitual del término «servicios» exige que quien presta el servicio realice una determinada actividad; por tanto, la prestación de servicios requiere una cierta actividad o un comportamiento activo por parte de quien los presta. (56) En segundo lugar, como veremos al tratar de la analogía con la definición de ese concepto en el marco de las normas comunitarias primarias, (57) los servicios deben prestarse, en principio, a cambio de una contraprestación. De todos modos, hay que tener presente que mediante la definición abstracta del concepto de que se trata sólo se determinan sus límites externos. En cada litigio será necesario resolver de forma individualizada, caso por caso, la cuestión de si una determinada actividad está comprendida o no en el concepto de «servicios».

58. Sobre la base de la definición abstracta de la noción de «servicios» expuesta en el punto anterior, es posible a mi juicio constatar que el contrato de licencia no puede considerarse un contrato que tiene por objeto una prestación de servicios en el sentido del artículo 5, apartado 1, letra b), segundo guión, del Reglamento núm. 44/2001. En efecto, aunque la licencia se concede a cambio de una contraprestación, el licenciante no realiza en este contexto ningún comportamiento activo. Autoriza al licenciatario a explotar el derecho de propiedad intelectual objeto de la licencia. La conducta activa exigida al licenciante consiste en suscribir el contrato de licencia y facilitar materialmente el objeto de la licencia para que sea explotado, comportamientos que a mi juicio no pueden calificarse como «servicios». Por tanto, la concesión de una licencia no puede considerarse un «servicio» en el sentido del artículo 5, apartado 1, letra b), segundo guión, del Reglamento núm. 44/2001.

62. A mi juicio, en el presente asunto, esa definición amplia de la noción de «servicios» derivada del Derecho primario (147) no puede trasladarse sin limitaciones al término idéntico utilizado en el artículo 5, apartado 1, letra b), segundo guión, del Reglamento núm. 44/2001, por varios motivos.

(147) “En el ámbito de la libre circulación de servicios, el artículo 50 CE, párrafo primero, que define los servicios como «las prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración, en la medida en que no se rijan por las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, capitales y personas». El artículo 50 CE, párrafo segundo, menciona únicamente algunas categorías generales de servicios (actividades de carácter industrial, actividades de carácter mercantil, actividades artesanales, actividades propias de las profesiones liberales), pero el Tribunal de Justicia ha interpretado de modo muy amplio ese concepto” (texto tomado del apartado 61 de las Conclusiones).

63. En primer lugar, como ha indicado acertadamente el Gobierno alemán, la razón de dar una definición tan amplia del concepto de «servicios» en el Derecho comunitario primario consiste en la voluntad de incluir en dicho concepto, en el marco de los esfuerzos para la creación del mercado común, una gama de actividades lo más amplia posible. (62) Sin embargo, esa justificación de la interpretación en sentido amplio no puede trasladarse a la interpretación del artículo 5, apartado 1, letra b), segundo guión, del Reglamento núm. 44/2001, ya que los contratos que no se definan como contratos que tienen por objeto una prestación de servicios podrán en todo caso considerarse contratos relativos a la compraventa de mercaderías conforme al primer guión de esa misma disposición, o contratos para los que la competencia se determina con arreglo a la letra a) del citado artículo 5, apartado 1. Si bien es cierto que la finalidad del Reglamento núm. 44/2001, globalmente considerado, consiste –como resulta de su segundo considerando– en garantizar el buen funcionamiento del mercado interior mediante la unificación de las normas sobre competencia judicial en materia civil y mercantil, no es menos cierto que la realización de ese objetivo no se garantizará con mayor eficacia aplicando una interpretación amplia del término servicios utilizado en el artículo 5, apartado 1, letra b), segundo guión, de dicho Reglamento.

64. En segundo lugar, a diferencia del concepto de «servicios» en el ámbito del Derecho primario, ese mismo término utilizado en el artículo 5, apartado 1, letra b), segundo guión, del Reglamento núm. 44/2001 no puede incluir el arrendamiento de inmuebles, puesto que, según el artículo 22, apartado 1, del citado Reglamento, en materia de arrendamiento de bienes inmuebles, son exclusivamente competentes los tribunales del Estado miembro donde el inmueble se hallare sito, salvo si se trata de contratos de arrendamiento o alquiler de bienes inmuebles celebrados para un uso particular durante un plazo máximo de seis meses consecutivos, en cuyo caso serán igualmente competentes los tribunales del Estado miembro donde estuviere domiciliado el demandado. (63) Por tanto, en el caso de arrendamiento o alquiler de inmuebles, no es posible nunca determinar la competencia sobre la base del artículo 5, apartado 1, letra b), segundo guión, del Reglamento núm. 44/2001. En sus observaciones escritas, las partes invocan la sentencia Ciola, (64) en la que el Tribunal de Justicia calificó como servicios el alquiler de puestos de atraque. El alquiler de puestos de atraque puede considerarse equiparable al arrendamiento de inmuebles, por lo que no es posible establecer una analogía entre el caso de autos y el asunto Ciola, antes citado.

65. En lo que respecta a la analogía entre los distintos significados del término «servicios» en el Derecho primario y en el Reglamento núm. 44/2001, procede observar además que las partes invocan también

la sentencia Cura Anlagen, (65) en la que el Tribunal de Justicia también calificó como «servicio» en el ámbito de la libre prestación de servicios el leasing de automóviles a empresas de otros Estados miembros. Ese asunto se refería por tanto al arrendamiento de un bien mueble. Sobre este extremo, señalaré que la cuestión prejudicial no persigue que se determine si el arrendamiento de bienes muebles puede constituir un «servicio» en el sentido del Reglamento núm. 44/2001. Sin embargo, aun suponiendo que sea posible calificar el arrendamiento de un bien mueble como servicio en el sentido del artículo 5, apartado 1, letra b), segundo guión, del Reglamento núm. 44/2001, ello no implica automáticamente que haya que incluir también en ese concepto la concesión de una licencia. En efecto, hay que considerar que entre el mencionado contrato de arrendamiento y el contrato de licencia existen diferencias relevantes de Derecho civil, en virtud de las cuales el contrato de licencia no puede recibir un trato absolutamente idéntico al del contrato de arrendamiento o alquiler” (148).

b) Exclusiones, contratos complejos y referencia a contratos específicos

Del grupo de contratos de prestación de servicios deben excluirse las siguientes clases o grupos de contratos:

En primer lugar, como es obvio, los contratos o negocios que están excluidos del ámbito de aplicación material del Reglamento; en segundo lugar, los contratos que tengan reglas propias y específicas establecidas en el propio Reglamento, como los contratos de franquicia, de distribución, de compraventa de mercaderías y de subasta, los contratos de transporte de mercancías y de pasajeros (art. 5), de consumo (art. 6), de seguro (art. 7) y de trabajo (art. 8).

También quedan excluidos los contratos de cesión de derechos, como licencias, compraventas y arrendamientos de patentes, marcas, *know-how* y otros derechos, al constituir contratos cuya finali-

(148) La parte dispositiva de la sentencia TJCE de 23 de abril de 2009, asunto C-533/07, Falco, dispuso que: “1. El artículo 5, número 1, letra b), segundo guión, del Reglamento (CE) núm. 44/2001 [...], debe interpretarse en el sentido de que un contrato por el cual el titular de un derecho de propiedad intelectual autoriza a la otra parte contratante a explotar dicho derecho como contrapartida por el pago de una remuneración no es un contrato de prestación de servicios en el sentido de dicha disposición.”

dad principal es la transferencia de la propiedad o de facultades dominicales sobre cosas o derechos (149). La exclusión de estos contratos se justifica porque no cabe calificarlos como contratos de prestación de servicios.

Por lo que se refiere a los denominados *contratos complejos* que supongan la prestación de servicios y la transmisión de propiedad de las cosas al mismo tiempo (contratos de rehabilitación de inmuebles), entiende la doctrina que deben calificarse en consideración de la finalidad del contrato, por lo que si la finalidad económica del contrato es la prestación del servicio y no la transmisión de la propiedad de la cosa, el contrato será calificado como contrato de prestación de servicios (150). Por lo que respecta al contrato de *leasing*, se considera que existen dos contratos: arrendamiento y opción de compra, por lo que procederá aplicar las normas conflictuales adecuadas a cada supuesto (151).

Otros grupos contractuales previstos por el citado artículo 4 se refieren a los contratos que tengan por objeto un *derecho real inmobiliario o el arrendamiento de un bien inmueble*, materia que se examina más adelante, y a los contratos celebrados en sistemas multilaterales que regulen los intereses de compra y de venta sobre *instrumentos financieros* de múltiples terceros, en los precisos términos que establece la norma de referencia.

(149) Conclusiones de la Abogado General VERICA TRSTENJAK en el Asunto C-533/07 antes citado en relación con un contrato de licencia por medio del cual el titular de los derechos de autor, con sede en Austria, autorizaba a la otra parte contratante, con sede en Alemania, a vender grabaciones en audio y vídeo de un concierto del cantante Falco en Austria, Alemania y Suiza. En estos contratos el licenciante no lleva a cabo una "conducta activa", al limitarse a permitir la explotación de ciertos derechos de los que es titular, por lo que no presta un "servicio". A este respecto, la parte dispositiva de la STJCE de 23 de abril de 2009 estableció que "El artículo 5, núm. 1, letra b), segundo guión, del Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000 [...] debe interpretarse en el sentido de que un contrato por el cual el titular de un derecho de propiedad intelectual autoriza a la otra parte contratante a explotar dicho derecho como contrapartida por el pago de una remuneración no es un contrato de prestación de servicios en el sentido de dicha disposición."

(150) J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2009, p. 183.

(151) E. CASTELLANOS RUIZ, 2009, p. 127.

Por lo que se refiere a las normas propias para determinados *contratos específicos*, según se ha indicado, el artículo 4.1 se refiere, en concreto, a las siguientes figuras contractuales: los contratos de compraventa de mercaderías, de franquicia, de distribución, de venta de bienes mediante subasta y al contrato especial de arrendamiento de un bien inmueble con fines de uso personal cuando se concierte en las circunstancias previstas en el apartado letra d).

La no inclusión de otros contratos internacionales designados nominatim se justifica por la doctrina en consideración a que, por un lado, el contrato internacional más importante se refiere a la compraventa, y por otro lado, porque en un gran número de supuestos los contratos internacionales tienen que ver con contratos de distribución o con la prestación de servicios, por lo que su regulación se deduce de lo previsto en el artículo 4.1 Reglamento.

5.2. PUNTOS DE CONEXIÓN PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 4 DEL REGLAMENTO ROMA I

Los *puntos de conexión* establecidos en el artículo 4 Reglamento permiten deducir la existencia de las siguientes soluciones tipo (152):

a) Ley que favorece a determinada parte contractual

En los contratos de compraventa de mercaderías, prestación de servicios, franquicia y distribución, se potencia la posición de determinada parte contractual y se aplica una Ley estatal concreta, con independencia de otras conexiones igualmente posibles, como podrían ser la conexión espacial o el principio de proximidad.

b) Ley basada en el principio de proximidad

En los contratos sobre derechos reales inmobiliarios, arrendamiento de un bien inmueble, venta de bienes mediante subasta, y las compras y ventas en un sistema multilateral de instrumentos financieros (art. 4, letras *c, d, g* y *h* Rglto.), se aplica el "principio de proximidad".

(152) J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2009, pp. 188 y ss.

La solución basada en el principio de proximidad remite a la Ley del país donde se localiza el "centro de gravedad" del contrato (O. VON GIERKE) o a la Ley del país donde radica la "sede de la relación jurídica" (F. C. VON SAVIGNY), lo que conlleva que se aplique la Ley del país más estrechamente vinculado con la situación. El objetivo buscado con esta solución es que se generen los menores costes de transacción conflictuales para las dos partes.

A falta de elección de Ley aplicable realizada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3, el Reglamento Roma I dispone que el contrato que tenga por objeto un derecho real inmobiliario o el arrendamiento de un bien inmueble se regirá por la Ley del país donde esté sito el bien inmueble. Esta regla ya se encontraba en el Convenio de Roma de 1980. No obstante, como excepción a esta regla, el arrendamiento de un bien inmueble celebrado con fines de uso personal temporal para un período máximo de seis meses consecutivos se regirá por la Ley del país donde el propietario tenga su residencia habitual, siempre que el arrendatario sea una persona física y tenga su residencia habitual en este mismo país (letra *d*). Por otra parte, el contrato de venta de bienes mediante subasta se regirá por la Ley del país donde tenga lugar la subasta, si dicho lugar puede determinarse (letra *g*).

En materia de bienes inmuebles, la tradicional *vis attrativa* e importancia legal y práctica de la *lex rei sitae* se evidencia claramente en relación con los derechos reales y arrendamientos en los términos indicados. Como observa la doctrina francesa, en la venta de inmuebles, "las partes son libres de elegir expresamente otra ley que rija el contrato o solamente una parte del mismo procediendo al fraccionamiento del contrato. Pero debe admitirse que, en la mayoría de los supuestos, la ley del lugar de situación del inmueble será escogida para regir el contrato de forma expresa o en virtud del art. 4.1.c del reglamento. Esta solución no se encuentra alejada de las soluciones conflictuales mantenidas hasta ahora por el derecho positivo" (153). También corresponderá aplicar esta conexión cuando el contrato prevea un objeto múltiple –por ejemplo, venta del inmueble obligándose el vendedor a realizar previamente ciertas reparaciones en el mismo–, pues la fun-

(153) M. REVILLARD, 2010, pp. 549-550.

ción económica del contrato radica en la transmisión de la propiedad (154).

La solución prevista para la subasta de bienes en defecto de falta de elección de Ley aplicable a este negocio, merece cierto comentario adicional, pues la subasta no viene a ser otra cosa que una especie de venta pública.

La doctrina justifica esta solución general por entender que las subastas son "mercados regulados" por la Ley del país en que se lleva a cabo la subasta, lo que debe conllevar que se aplique la misma Ley para todos los sujetos que intervienen en la subasta.

Por otra parte, la norma establece que regirá la Ley del país donde tenga lugar la subasta "si dicho lugar puede determinarse", supuesto en que la norma alude implícitamente a las subastas en *internet* o en línea deslocalizadas (155).

No obstante, aun dando por buena la solución y la justificación expuesta, cabe deducir que lo previsto en este supuesto no puede entenderse en sentido absoluto, de aquí la necesidad de distinguir las distintas situaciones que pueden producirse y la naturaleza mueble o inmueble y estatuto jurídico propio de los bienes objeto de la subasta y las normas de transmisión y protección del tráfico jurídico que puedan afectarles. La regulación de la subasta atiende más bien a los aspectos obligaciones y al acto de intermediación o prestación del servicio de subasta y a la regulación del propio acto de subasta, pero en relación con el aspecto real de la transmisión de los bienes, deberá considerarse la naturaleza del bien y su estatuto real de conformidad con la legislación especial que pueda afectarle, el lugar de situación del bien, las cargas o derechos reales que recaigan sobre el mismo, los tanteos o retractos legales, etc., y su carácter o no de bien registrable.

En suma, según se trate de subasta de bienes muebles o inmuebles, procederá aplicar, en todos los casos, aquellas normas legales que, con independencia de la Ley aplicable, no puedan excluirse mediante acuerdo, por ejemplo, en la subasta de valores mobiliarios cotizados en un mercado secundario oficial procederá aplicar las previsiones existentes en este mercado oficial; en el supuesto de bienes

(154) J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2009, pp. 183-184.

(155) J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2009, p. 187.

registrables procederá aplicar las normas de acceso y estatuto de derecho material aplicables al correspondiente registro público, también procederá aplicar las normas de policía administrativa que procedan (por ejemplo, derechos de tanteo y retracto en el supuesto de bienes incluidos en el ámbito material de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español) y los tanteos o retractos legales que puedan afectar a dichos bienes.

Al hilo de las consideraciones precedentes, a mi entender, cuando se subasten bienes inmuebles en el país donde estén sitos estos bienes, es de prever que la subasta se regirá por la Ley del país. Si el lugar de la subasta no puede determinarse, el artículo 4.2 Reglamento prevé que procederá aplicar la Ley del país donde tenga su "residencia habitual" la parte que deba realizar la prestación característica, criterio que, en el supuesto concreto de subasta de bienes inmuebles, si no se distingue entre el acto de subasta y negocio de entrega o formalización de la transmisión, podría conllevar la aplicación de una Ley extraña o de imposible aplicación a la Ley del lugar de situación del inmueble que no se correspondería con la Ley del lugar de entrega efectiva del bien. Como sea que la Ley del país donde radique el inmueble es la que presenta vínculos manifiestamente más estrechos con el objeto del contrato (cfr. art. 4.4 Rglt.), cabe deducir que la solución más congruente para la formalización de la venta será aplicar la regla *lex rei sitae*, lo que necesariamente precisará tomar en consideración el estatuto jurídico del bien y las cargas y derechos reales que puedan afectarle (156). Todo ello, sin perjuicio de la regulación del contrato de prestación de servicios del subastador o de la aplicación de las normas uniformes o de naturaleza obligacional referentes a la regulación o servicio de la subasta y el acto de contratación.

(156) Con independencia de lo dispuesto en el artículo 10.1 CC respecto de la publicidad de los derechos reales, en el supuesto de procedimientos comunitarios de insolvencia el Reglamento CE número 1348/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sigue una regla material de intangibilidad de los derechos reales sobre bienes del deudor situados en otros Estados miembros distintos al de apertura del concurso, con tal que se cumplan determinadas condiciones materiales para que se considere que existe un auténtico derecho real.

5.3. LEY CONTRACTUAL BASADA EN LA "PRESTACIÓN CARACTERÍSTICA DEL CONTRATO"

En los supuestos de defecto de elección de la Ley aplicable, cuando la Ley aplicable no pueda operar por motivos técnicos, y en los contratos mixtos o complejos, se aplica la regla del artículo 4.2 Reglamento Roma I: Ley del país de la residencia habitual de la parte que deba realizar la "*prestación característica*" del contrato.

Según la tesis tradicional, la *prestación característica* de los contratos sinalagmáticos consiste en el intercambio de una cosa o actividad por dinero (*Pecuniary Principle*), o sea, "la prestación por la que se debe el pago" (Giuliano/Lagarde) o prestación no dineraria (*Nicht-Geldleistung*).

En los comentarios del *Rapport* Giuliano/Lagarde sobre el artículo 4 CR se afirma que en los contratos bilaterales la contra-prestación contractual en las economías modernas consiste en un pago en dinero. Esta prestación no es, pues, la prestación característica del contrato. Lo es la prestación por la cual se debe el pago.

Según las diferentes categorías contractuales la prestación característica del contrato es la siguiente: En la compraventa, la prestación característica consiste en la entrega de la cosa a cambio del precio. En otros contratos, la atribución del uso de una cosa, la prestación de un servicio, del transporte, del seguro, de la actividad bancaria, de la fianza, etc., es lo que constituye el centro de gravedad y la función socio-económica de la operación contractual.

No obstante, este concepto no se sigue fielmente en el Reglamento, pues según el Considerando (19), "*la prestación característica del contrato debe determinarse en función de su centro de gravedad*", lo que en ciertos casos puede dificultar determinar dónde radican las prestaciones más complejas (157). Finalmente, en los contratos unilaterales la prestación característica es el contenido de la obligación asumida.

(157) P. A. DE MIGUEL ASENSIO, 1995, pp. 14-22; E. CASTELLANOS RUIZ, 2009, p. 122.

5.4. LEY CONTRACTUAL BASADA EN LA EXISTENCIA DE "VÍNCULOS MANIFIESTAMENTE MÁS ESTRECHOS CON OTRO PAÍS"

El punto de conexión basado en los "*vínculos manifiestamente más estrechos con otro país*" se prevé en los siguientes supuestos:

1.º Cuando del conjunto de circunstancias se desprenda claramente que el contrato presenta vínculos más estrechos con otro país distinto a la Ley aplicable a los ocho contratos (art. 4.1) o a la Ley de residencia habitual de la parte que deba realizar la prestación característica del contrato, se aplicará la Ley de este otro país;

2.º Cuando el contrato no responda a ninguno de los ocho contratos descritos en el artículo 4.1; y,

3.º Cuando la Ley aplicable no pueda determinarse por referencia a la prestación característica del contrato.

Con o sin elección de Ley aplicable, lo normal debe ser la aplicación de los puntos de conexión antes examinados, de aquí que la solución prevista en este caso deba considerarse más bien "excepcional" y aplicarse solamente cuando el contrato presente "claramente" vínculos manifiestamente "más" estrechos con otro país distinto al que correspondería con arreglo a los demás puntos de conexión.

Según el Considerando (20), "Si el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con un país distinto del indicado en el artículo 4, apartados 1 ó 2, una cláusula de escape debe establecer que ha de aplicarse la ley de ese otro país. Para determinar este país debe tenerse en cuenta, entre otros aspectos, si el contrato en cuestión tiene una relación muy estrecha con otro contrato o contratos."

En realidad, debido a la rígida vinculación que establece el artículo 4.1, la doctrina pone de relieve que aunque el Considerando citado hable de "cláusula de escape", más bien debe hablarse de una "cláusula de excepción" (158). Con esta regla el legislador ha introducido cierta flexibilidad a lo establecido en dicho artículo.

Para determinar los vínculos más estrechos deben relativizarse determinados índices, como el "lugar de celebración", el "mercado

(158) E. CASTELLANOS RUIZ, 2009, p. 134.

afectado por el contrato”, la “moneda de pago” y el “idioma” de redacción del contrato, que pueden tener carácter circunstancial, y en el supuesto que se examina también pueden tener un peso limitado las cláusulas de elección de foro y las referencias al contenido material de un ordenamiento. Tampoco puede ser un indicador válido el que resulte de una suma de elementos a favor de determinado país, sino que la cuestión debe considerarse desde un punto de vista cualitativo, analizando el mayor o menor peso de las vinculaciones al caso concreto, que pueden ser subjetivas, jurídicas o económicas (159). En definitiva, una vinculación debe considerarse “manifiesta” cuando no existan dudas de tal vinculación (160).

Cuando el objeto del contrato recaiga sobre un bien, el vínculo será más o menos determinante en función de que se trate de bienes muebles o inmuebles. En el primer caso, la importancia es relativa y dependerá de la naturaleza y estatuto jurídico del bien, mientras que en el segundo caso, el lugar de localización del bien inmueble debe considerarse determinante.

En relación con la contratación inmobiliaria se ha afirmado que “cuando ambos contratantes tienen su residencia habitual en el mismo Estado y éste no es el país de situación del inmueble, puede afirmarse que resultará, de modo claro, que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con el país de la sede o residencia habitual común de los contratantes que con el país del inmueble donde se halla situado” (161). Sin embargo, como advierte la doctrina, la solución propugnada en este último supuesto se basa en un “potencial localizador débil” (CARRASCOSA) y por ello, también podría suceder que se impusiera la solución contraria.

Confirma esta interpretación –sin que a mi parecer existan cambios estructurales o legales determinantes que conduzcan a establecer una conclusión contraria– el hecho de que el artículo 4.3 del anterior Convenio de Roma establecía que en el supuesto de un derecho real inmobiliario o un derecho de utilización de un inmueble “se presume que el contrato presenta los lazos más estrechos con el

(159) P. A. DE MIGUEL ASENSIO, 1995, p. 25; E. CASTELLANOS RUIZ, 2009, p. 136.

(160) E. CASTELLANOS RUIZ, 2009, p. 132.

(161) J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2009, pp. 207 y ss.; P. A. DE MIGUEL ASENSIO, 1995, pp. 24 y ss.

país en que estuviera situado el inmueble". Según el *Rapport Giuliano/Lagarde*, esta presunción especial solamente podrá ser contradicha si las circunstancias de la causa lo exigieran. La doctrina basa el fundamento último de esta norma en la manifiesta integración en la esfera socio-económica del país donde se encuentra el inmueble (162).

Por otra parte, en el contraste entre el vínculo obligacional y el vínculo real propio de los contratos sobre derechos reales inmobiliarios, es obvio que fundamentalmente el vínculo más estrecho reside en la relación del sujeto con el objeto o cosa y esta relación, en razón a la naturaleza del vínculo, caracterizado por su inmediatez y absolutividad, trasciende o va más allá del mero ámbito de intereses entre comprador y vendedor o entre el transmitente y el adquirente del derecho real, pues afecta al derecho real de propiedad, a la forma de su transmisión, a su oponibilidad frente a todos, a su registro, y, muy especialmente, a las personas o terceros que se hallen en el país donde radique el bien o tengan intereses en relación con dicho bien.

En el supuesto de contratos sobre bienes inmuebles, los argumentos que apoyan la aplicación de la Ley del país de radicación del inmueble como "vínculo más estrecho" son los siguientes (163):

El hecho de que el *situs* del bien, base del derecho real, coincide con el lugar de ejecución de la prestación característica, pues no cabe entender que la transmisión del derecho entre el adquirente y el vendedor o causahabiente y el dominio y goce del bien, pueda hacerse efectiva en un lugar distinto que aquel en que deben ejercitarse los derechos adquiridos por el adquirente; la estabilidad de la localización del bien que es de tal calibre, que hace realmente difícil, al amparo de la previsibilidad y la seguridad, basarlo en otro criterio, como podría ser el de la residencia habitual del vendedor, circunstancia esta última que, a pesar de su adjetivación, es móvil y que en absoluto puede parangonarse con la seguridad o solidez que ofrece el primer criterio.

Asimismo, la doctrina tradicional sobre la Ley que debe regir estos contratos se basa en el principio de proximidad o regla *lex rei sitae*, ya que en esta clase de contratos en el ordenamiento del país donde

(162) Pedro A. DE MIGUEL ASENSIO, 1995, p. 22.

(163) B. ANCEL, 2008, pp. 83-84.

se halle sito el inmueble existen regulaciones concretas sobre la transmisión, la seguridad del tráfico inmobiliario y abundantes normas imperativas, leyes de policía, y otras referentes al orden público, que en ningún caso cabe desconocer u obviar, lo que conlleva que, casi siempre, la vinculación más estrecha radique, valga la redundancia, en la Ley del país donde radica el bien. Por tanto, con independencia de la Ley que rijan del contrato inexcusablemente procederá tener en cuenta como elemento determinante para la eficacia, limitaciones, oponibilidad y producción de los efectos reales del contrato, lo previsto en el ordenamiento del país de situación del inmueble.

La regla especial del artículo 4.3 Reglamento permite que el juez considere como Ley más vinculada al contrato referente a derechos reales inmobiliarios la Ley del país donde esté sito el bien. "Esta solución permite un tratamiento unitario de los aspectos contractuales y reales del contrato, ya que estos últimos se someten asimismo a la *lex rei sitae* (art. 10.1.º CC); propicia además una coincidencia saludable entre *forum* y *ius* en un sector caracterizado por la presencia de normas de orden público; y finalmente, determina la aplicación de la Ley más previsible para las partes, donde se ubica el objeto del contrato, que designa el mercado afectado y donde debe materializarse la entrega del bien. Conviene no olvidar, además, la protección especial que el adquirente puede gozar merced a la acción de normas imperativas de protección del consumidor, algunas de las cuales se encuentran en el Derecho institucional" (164).

Estas circunstancias también han motivado, con la salvedad prevista en la norma, la extensión del mismo principio a los arrendamientos de bienes inmuebles, debido a la importancia de la función socio-económica de los inmuebles tanto en lo que se refiere a su función como lugar de asentamiento de la persona o la familia o sede de la explotación de un negocio y a la importancia, en algunos Estados, de legislaciones estrictas o leyes de policía destinadas a consolidar o proteger la posición del residente del inmueble o del titular del establecimiento empresarial, de aquí que, generalmente, la doctrina no se cuestione el "anclaje territorial" de esta clase de contratos.

(164) J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, S. SÁNCHEZ LORENZO, 2009, p. 495.

En suma, a falta de elección de Ley aplicable, en relación con las normas de conflicto previstas en el Reglamento Roma I y los diversos supuestos contractuales, cabe sintetizar esta cuestión del modo siguiente:

— En los contratos de *compraventa* de mercaderías, prestación de servicios, franquicia o distribución, si las partes no eligen una Ley aplicable, ésta se determinará en función del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato.

— A falta de elección y en general, los contratos que tengan por objeto un *bien inmueble* se regirán por la Ley del país donde esté sito el bien inmueble, el derecho real o el arrendamiento de un bien inmueble. Lo que antecede, salvo en los casos de arrendamiento temporal y uso privado (máximo seis meses consecutivos) en los que, a falta de elección, el contrato se regirá por la Ley del país donde el propietario tenga su residencia habitual siempre que el arrendatario sea persona física y tenga su residencia habitual en ese mismo país. En este último supuesto se ha tenido en cuenta la residencia común de los contratantes y el hecho de que se trate de arrendamientos considerados vacacionales o de temporada, situaciones en que generalmente no se dará una relación de dependencia directa con el país en que está situado el inmueble (165).

(165) Un supuesto de derecho especial es el previsto en el artículo 1.6 de la Ley 42/1998, de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, que tiene naturaleza de norma imperativa y que establece lo siguiente: "Los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles vacacionales por temporada, que tengan por objeto más de tres de ellas, hasta un máximo de cincuenta años, y en los que se anticipen las rentas correspondientes a algunas o a todas las temporadas contratadas, quedarán sujetos a lo dispuesto en la presente Ley, sin perjuicio de lo prevenido en la Ley de Arrendamientos Urbanos. Tales contratos deberán referirse necesariamente a una temporada anual determinada que se corresponda con un período determinado o determinable de esa temporada y a un alojamiento determinado o determinable por sus condiciones genéricas, siempre que esté especificado el edificio o conjunto inmobiliario donde se va a disfrutar del derecho". No obstante, la doctrina entiende que la remisión a la LAU hace incompatibles la aplicación de las normas de la Ley 42/1998 con el carácter meramente personal del arrendamiento ("arrendamientos para uso distinto del de vivienda"), por lo

- Los contratos de venta de bienes mediante *subasta* se regirán por la Ley del país donde tenga lugar la subasta.
- En el caso de determinados *instrumentos financieros* regidos por una única Ley, ésta será la que se aplique (166).
- Por último, en el supuesto de que ninguna o varias de las normas anteriores se apliquen a un contrato, el contrato se regirá por la Ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la "prestación característica" del contrato. No obstante, si el contrato presenta "vínculos más estrechos" con un país distinto del que sugieren dichas normas, se regirá por la Ley de dicho país. Se seguirá este mismo principio cuando no se pueda determinar la Ley aplicable.

que sólo son aplicables los Títulos I, IV, V, y el III, sólo este último, en defecto de la voluntad de las partes (cfr. A. CARRASCO PERERA *et al.*, 2008, pp. 943-944).

(166) "Síntesis...".

EL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA (1)

Víctor Manuel Garrido de Palma

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. LOS MODOS DE ORGANIZAR LA ADMINISTRACIÓN

EL NOMBRAMIENTO DE SUS MIEMBROS

- I. Competencia. Principio general y Excepciones
- II. Nombramiento por el sistema de representación proporcional
 1. Razón de ser
 2. Aplicación práctica ante la doctrina jurisprudencial
 3. El efecto que produce el ejercicio de la facultad legal
 4. Juicio crítico del sistema
- III. Nombramiento por el sistema de cooptación: el artículo 244
 1. Fundamento
 2. Requisitos
 - 2.1. Posibilidades estatutarias de *alterar* la norma
 - 2.2. Si se producen vacantes durante...
 - 2.3. El Consejo podrá designar entre los accionistas
 - 2.4. ¿Puede delegar el Consejo la facultad en estudio?
 3. Efectos jurídicos del nombramiento
 4. Juicio crítico
- IV. Los administradores suplentes. Remisión
- V. Una aparente excepción al principio general: los administradores iniciales

DELEGACIÓN DE FACULTADES POR EL CONSEJO: EL ARTÍCULO 249

- I. "Cuando los Estatutos de la sociedad no dispusieran otra cosa": ¿?

(1) Resumen de la lección magistral impartida en el CEU San Pablo, Madrid, marzo 2011 (la lección magistral abarcó también el estudio del órgano de administración en las sociedades cotizadas).

1. ¿Prohibir la delegación la Junta al Consejo?
2. ¿Limitar o condicionar la delegación?
- II. "El Consejo podrá designar de su seno una Comisión ejecutiva o uno o más consejeros delegados"
 1. De su seno
 2. Una Comisión ejecutiva
 3. Uno o más consejeros delegados
 4. ¿Cabe la coexistencia de ambos órganos delegados?
- III. Facultades delegables e indelegables: el artículo 249.2
 1. El inciso último del apartado 2 del precepto
 2. Ámbito competencial del Consejo
 3. Retomando el apartado 2, inciso último
 4. Concreciones acerca de la problemática
- IV. La representación de la sociedad por los consejeros delegados
 1. El artículo 124.2.d RRM
 2. Ámbito del poder de representación de los órganos delegados: el artículo 149.3 RRM
- V. "Sin perjuicio de los apoderamientos que pueda conferir el Consejo a cualquier persona"
 1. La representación voluntaria: los apoderados
 2. A quién se puede apoderar
 3. Las facultades de los apoderados

CONCLUSIONES

INTRODUCCIÓN.

LOS MODOS DE ORGANIZAR LA ADMINISTRACIÓN

Cuando la Ley de Sociedades de Capital de 2010 posibilita que la administración de la sociedad se pueda confiar: a un administrador único, a varios administradores solidarios o bien conjuntos, y si se trata de sociedad anónima, cuando la administración conjunta se confíe a más de dos administradores, constituirán Consejo de Administración (art. 210), está permitiendo a esta última que también determine la estructura del órgano al que se confía la administración atribuyéndolo a uno colegiado, el Consejo de Administración, a quien –formado por un mínimo de tres miembros– le corresponde también

el poder de representación (art. 242 de la Ley y 124 del Reglamento del Registro Mercantil).

Frente a las otras formas organizativas (administrador único, varios solidarios y dos conjunta o mancomunadamente) presenta inconvenientes y ofrece ventajas: innegable resulta la lentitud de su actuar ante la necesaria agilidad de decisiones en la gestión diaria, pero a su favor hay que valorar tanto la reflexión y mesura que potencialmente presenta la existencia de un órgano colegiado –sobre todo si lo componen personas con formación variada, y posiblemente representativas de intereses plurales, opuestos incluso–, como la agilización que supone la posibilidad de acudir a los consejeros delegados y a las comisiones ejecutivas, sin olvidar los apoderamientos. Pros y contras que demuestran cómo en la realidad societaria se sopesan a fin de acudir al órgano colegiado no solo en grandes sociedades, sino también en pequeñas y medianas (sobre todo pesa en la decisión de forma importante su carácter abierto o cerrado –sociedades familiares, de profesionales...–, como en la *praxis* se comprueba).

Aquí y ahora voy a centrarme en el estudio del nombramiento de los miembros del Consejo y en la delegación de facultades por el mismo.

NOMBRAMIENTO DE LOS MIEMBROS DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN

I. La competencia para el nombramiento de los administradores corresponde a la Junta de socios, sin más excepciones que las establecidas en la Ley (art. 214).

Principio general que admite excepciones, solo las que la Ley establece, por lo que hay que introducirse en ellas así como exponer algún supuesto dudoso y una modalización.

II. NOMBRAMIENTO POR EL SISTEMA DE REPRESENTACIÓN PROPORCIONAL

El actual artículo 243 LSC dice: “En la SA las acciones que voluntariamente se agrupan, hasta constituir una cifra del capital igual o superior a la que resulte de dividir este último por el número de componentes del Consejo, tendrán derecho a designar los que, superando fracciones enteras, se deduzcan de la correspondiente proporción”.

1. Razón de ser de este derecho potestativo que se ejerce en la Junta, pero no por la Junta

Sin entrar en las vicisitudes que antes y después de la Ley de SA de 1951 acaecieron acerca del sistema de nombramiento en estudio, sí hay que calar en su *ratio*: todo accionista debe tener la posibilidad de elegir a los miembros del Consejo, sin que la posible mayoría de control lo imposibilite, por lo que las acciones agrupadas han de tener derecho a designar tantos consejeros como veces se alcance íntegramente el cociente, despreciándose las fracciones sobrantes por elevadas que sean.

Lo anterior es lo que trata de exponer la confusa redacción del precepto legal, que está desarrollado en el RD 821/1991, de 17 de mayo. Aquí me ciño a destacar concretos aspectos de su aplicación en la sociedad anónima.

2. Su aplicación práctica ante la doctrina jurisprudencial

Con alguna excepción –sentencia de 20 abril 1960– el Tribunal Supremo viene considerando válidos los acuerdos de la Junta General que –modificando los estatutos conforme a los requisitos legales– han reducido el número de miembros del Consejo de Administración e incluso sustituido el modo organizativo en estudio por otro de los posibles conforme a la Ley (concretamente, por un administrador único; sentencia de 29 noviembre 1969). Como ha afirmado SÁNCHEZ CALERO, a quien sigue FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, debería revisarse esta doctrina jurisprudencial: si el acuerdo de modificación de estatutos incide directamente en la facultad del artículo 137 –hoy 243–, debería considerarse nulo; y en caso de acuerdo de supresión del Consejo con la exclusiva finalidad de privar a la minoría de lo que la Ley le concede, considerarse anulable. Es la interpretación que se ajusta al espíritu y a la finalidad de la Ley (art. 3 Código Civil). Y es que, posiblemente, subyace en esta materia que a la Junta se le impide que pueda pronunciarse *ex ante* acerca de la idoneidad o no del candidato (por lo que es objeto de crítica, máxime –dice ALONSO LEDESMA– si se trata de una Anónima cotizada).

3. El efecto que produce el ejercicio de la facultad legal

Conforme al número 2 del precepto, las acciones así agrupadas, si se hace uso de la facultad que el apartado 1 concede, no intervendrán en la votación de los restantes componentes del Consejo.

4. Juicio crítico del sistema que la Ley regula

De lo expuesto se desprende la difícil aplicación práctica del sistema de nombramiento en estudio: si bien hay que reconocer que la defectuosa redacción de la norma dificulta su aplicación real (ello no fundamenta desde luego conflictos que han sobrepasado lo razonable: llegó al Tribunal Supremo, que rechazó un recurso en el que los recurrentes habían agrupado 833 acciones de las 2.500 existentes, cuando en puridad deberían haberlo hecho al menos con 833,33). Y por otra parte hay que reconocer que en las sociedades de mayor entidad los accionistas de control imponen frecuentemente su peso accionarial; solo en sociedades cerradas, en definitiva, en las que la relación propiedad-gestión está íntimamente conectada (cualquiera que sea la dimensión de la sociedad) tiene alguna eficacia. Por ello debe mantenerse el sistema, sin perjuicio de resaltar defectos, como se ha apuntado, y también la necesidad de cambio de rumbo jurisprudencial en concretos aspectos, como he puesto de manifiesto.

III. NOMBRAMIENTO POR EL SISTEMA DE COOPTACIÓN

El artículo 244 de la LSC dice: "En la SA si durante el plazo para el que fueron nombrados los administradores se produjesen vacantes sin que existieran suplentes, el Consejo podrá designar entre los accionistas las personas que hayan de ocuparlas hasta que se reúna la primera Junta General".

1. Fundamento: para conseguir la necesaria estabilidad y continuidad del funcionamiento del Consejo, se posibilita que, sin necesidad de Junta General, el mismo designe sus propios miembros si se producen vacantes. En el ámbito de las Anónimas cotizadas se ha convertido en un procedimiento ordinario de provisión de vacantes anticipadas. Se trata, en fin, de un mecanismo de autointegración del órgano mediante el expediente de autoselección (FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA).

2. Requisitos: algunos se deducen del precepto regulador, otros hay que plantearlos en interrogante.

2.1. ¿Cabe eliminar en los estatutos la facultad de selección del Consejo; o imponerle la obligación de convocar la Junta para que sea ésta la que designe a los consejeros sustitutos; es factible limitar la facultad en estudio aumentando el rigor del ejercicio de la misma (así, que solo quepa por una causa concreta; que sea superior al legal el quórum para adoptar el acuerdo del Consejo; exigir determinada antigüedad y/o mínimo número de acciones para que el accionista pueda cubrir la vacante...); y más: convertir la facultad en un deber del Consejo de cubrir las vacantes si, por ejemplo, el número de consejeros desciende de una determinada cifra?

Interrogantes que han recibido respuestas varias por la doctrina. A mi entender, solo la primera pregunta puede tener cierta duda en su respuesta: y es que excluir estatutariamente la facultad de cooptación podría considerarse contraria a la atribución legal al Consejo de la misma. Pero los otros interrogantes –en especial el de la conversión en deber y el que supone obligar al Consejo a convocar la Junta y sea ésta la que designe a los administradores sustitutos–, considero que producen el efecto de tener que reconsiderar al menos la cuestión de mayor enjundia que he expuesto.

En definitiva, la realidad de las sociedades en las que, por su carácter cerrado, se quiere reservar a la Junta la facultad dicha –en especial, como dice SÁNCHEZ CALERO, con el fin de controlar la proporcionalidad de los administradores con relación a cada grupo de accionistas–, fundamenta la solución acorde con dicho propósito. Lo que hace dudar de tal posibilidad caso de Anónimas abiertas. Con todo –y como acertadamente expone dicho autor, en la línea de MARTÍNEZ SANZ– la licitud de la cláusula (sea o no aconsejable) parece indudable; pero, prudentemente, debe preverse entonces la provisión de vacantes anticipadas por algún sistema, como la designación de administradores suplentes.

2.2. Si se producen vacantes durante el plazo para el que fueron designados, sin que existan suplentes, dice el precepto.

Si de administradores suplentes acabo de hablar, el artículo 244 condiciona la cooptación al sistema alternativo de la previsión estatutaria de administradores suplentes. Previsión no contemplada en el artículo 138 de la Ley SA de 1951 y que el actual precepto plasma elevando el rango al Reglamento RM, siguiendo el ejemplo del régimen complementario del sistema proporcional (art. 6.º RD 821/1991)

y aplicando en sede de Consejo la posibilidad general que el actual artículo 216 establece: salvo disposición contraria de los estatutos, pueden ser nombrados suplentes de los administradores para el caso de que cesen por cualquier causa uno o varios de ellos.

Vacantes durante el plazo para el que fueron nombrados los administradores: ello, por cualquier causa (destitución, dimisión o fallecimiento); pero la vacante ha de producirse durante el plazo para el que se nombró, dice la norma, por lo que la causa no puede ser también la del transcurso de dicho plazo.

2.3. El Consejo podrá designar entre los accionistas

Si el principio general es que para ser nombrado administrador no se requiere la condición de socio, salvo disposición contraria de los estatutos (art. 212.2), para la elección en el supuesto en estudio sí es necesaria la cualidad de accionista.

Por lo demás, tanto respecto a este requisito como al de las causas de la producción de vacantes se expuso ya la posibilidad de que los estatutos alteren los mismos para mayor exigencia respecto al primero, para reducir los casos en el segundo.

2.4. ¿Puede delegar el Consejo en una Comisión ejecutiva o en uno o más consejeros delegados, para que sean éstos los que elijan por el sistema de cooptación? La respuesta negativa se fundamenta en que más allá de la pura literalidad normativa respecto a la delegación –como se estudiará–, el principio general de competencia de la Junta en este campo no debe excepcionarse sin base legal suficiente; además, en este supuesto la facultad de cooptar se inserta dentro de la organización social, lo que la Ley ha querido que corresponda al Consejo como tal. Su delegación supondría más que una auténtica cooptación, la designación de un miembro del Consejo *por otro* órgano distinto, el delegado (en este sentido se muestra la doctrina, en general, que ha profundizado en la cuestión).

3. Efectos jurídicos del nombramiento

El administrador nombrado por cooptación, conforme al artículo 248, ha de aceptar el nombramiento para que surta efecto (pues de un administrador se trata; art. 214.3); y el mismo presentarse a inscripción en

el RM (art. 215). Régimen jurídico que se completa con el aplicable en general a los administradores, pero con una excepción. Veámosla.

El administrador designado ocupa el cargo: hasta que se reúna la primera Junta General (art. 244, *in fine*), de modo que –como completa el RRM en su art. 145.2– la inscripción del nombramiento caducará cuando haya concluido la celebración de aquélla sin que conste en el Registro la *aprobación* por dicha Junta del nombramiento del administrador cooptado (ha de indicarse en el acuerdo de nombramiento el plazo, por exigirlo el art. 138 RRM en relación con el 144).

4. Juicio crítico

El régimen legal –ya existente en la Ley de 1951– plasmó cláusulas estatutarias de la realidad vivida en las SA. Con más o menos acierto –ya se han apuntado cuestiones interpretativas dudosas– se considera que debería generalizarse el sistema como medio de cobertura de las vacantes del Consejo por sus ventajas prácticas. Lo que no obsta a que –como advierte MARTÍNEZ SANZ–, si se aplica la cooptación *muy seguida*, de modo que cambie totalmente la composición del Consejo de forma rápida, puede estimarse que se pretende hurtar a la Junta su propia competencia.

No debo concluir el estudio del sistema sin coordinarlo con la renuncia de algún consejero: si con ella el Consejo queda –supuesto de hecho que motiva la resolución de 21 abril 1999– con dos miembros, frente al criterio del registrador (“deja de ser tal Consejo y no puede por tanto constituirse y menos cooptar y ni tan siquiera convocar Juntas válidamente”), entiende la DGRN que los demás consejeros pueden convocar la Junta al exclusivo objeto de proceder a los nombramientos que sean precisos (insinuando que el art. 45.4 de la Ley SRL de 1995 recoge la solución tradicionalmente propiciada por la doctrina para dar salida a las situaciones de Consejo de Administración deficitario).

Para CABANAS TREJO el Consejo con dos miembros está lastrado en su funcionamiento, pero no inhabilitado para seguir existiendo, por lo que podría acordar, bien la cooptación, bien convocar Junta al efecto dicho (ref. MARTÍNEZ SANZ y SALELLES CLIMENT).

En resumen; la realidad del Derecho de sociedades muestra lo relativo de las previsiones legales en este campo.

IV. UN SISTEMA ALTERNATIVO AL DE LA COOPTACIÓN:
LA EXISTENCIA DE ADMINISTRADORES SUPLENTE. REMISIÓN

Como ha quedado expuesto, la Ley SC parte de la posibilidad de su existencia, salvo disposición contraria de los estatutos. Así lo hace el artículo 216, ya citado, añadiendo que si los estatutos establecieran un plazo determinado de duración del cargo de administrador, el nombramiento del suplente se entenderá efectuado por el período pendiente de cumplir por la persona cuya vacante se cubre (núm. 2).

Ya se ha señalado al tratar de la cooptación que la designación por este sistema no se produce si existen suplentes. Estudiado ya el artículo 244 en este punto, a él me remito.

V. UNA APARENTE EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO GENERAL:
LOS ADMINISTRADORES INICIALES

En la escritura de constitución ha de constar la identidad de la persona o personas que se encarguen *inicialmente* de la administración y representación de la sociedad anónima (art. 22.1.e). En puridad no hay excepción al principio general del nombramiento de los administradores por la Junta General: son los socios –reunidos en Junta General, con el carácter de universal– los que a aquéllos designan (como en la práctica notarial se ha generalizado y obra en las escrituras de constitución); y desde luego eligen la estructura del órgano al que se confía la administración (art. 23.e) en sede estatutaria.

**DELEGACIÓN DE FACULTADES POR EL CONSEJO
DE ADMINISTRACIÓN: EL ARTÍCULO 249**

I. “Es posible la delegación cuando los estatutos de la sociedad no dispusieran *otra cosa*”. *¿Quid iuris* ante la expresión que emplea el precepto al comenzar su apartado primero?

1. Ante todo, hay que considerar posible la cláusula estatutaria que prohíba la delegación.

Previsión no frecuente pero cuyo fundamento reside en que cabe considerar –como acaece en sociedades cerradas y con Consejo de reducida composición– que debe ser el Consejo el órgano que gestione, administre y represente de modo efectivo, sin perjuicio de

acudir a gerentes para actuaciones de carácter ordinario, cotidiano, incluso a apoderados concretos. Evidentemente, la solución tiene que ser negativa si se pretendiera que es la Junta la que en los estatutos asume la competencia.

2. ¿Y limitaciones y condicionamientos por la Junta al Consejo?: son factibles. La resolución de 12 mayo 1999 decide afirmativamente la necesidad estatutaria de la aprobación de la Junta para el acuerdo de delegación, lo que no parece deba ser objeto de reparos.

Al tiempo, considera la misma resolución que es posible la disposición estatutaria por la que la aprobación de la Junta General se requiera también para el nombramiento de quienes han de ocupar los puestos delegados. Cabe decir en este punto que para SÁNCHEZ CALERO, conforme al apartado 3 del artículo 141 Ley SA (actualmente art. 249.3 de la Ley SC), el nombramiento del consejero o de los consejeros delegados es una facultad privativa del Consejo, inasumible por la Junta General; se trata de un acto de gestión, ajeno por tanto a la competencia de la Junta (que, además, diluiría la responsabilidad por elección inadecuada y haría perder al órgano delegado su condición de órgano subordinado del Consejo de Administración). Con todo, cabe plantear la cuestión de la autorización por la Junta –distinta a la pretendida atribución estatutaria a la misma– y es que en la actual Ley SC, en base al artículo 160.i, puede considerarse factible que la competencia del Consejo se someta a dicha autorización o que la Junta le imparta instrucciones al respecto (si los estatutos lo prevén, como el art. 161 posibilita en sede de Limitadas, pero en éstas: “salvo disposición contraria de los estatutos”).

II. “El Consejo podrá designar de su seno una comisión ejecutiva o uno o más consejeros delegados”.

1. De su seno: han de tratarse, por tanto, siempre de miembros del Consejo. Se trata de agilizar la adopción de acuerdos; también cabe para profesionalizar, especializar y asegurar el acierto en las decisiones si la delegación recae sobre expertos, profesionales *ad hoc*, especialistas en determinados asuntos y al tiempo evitar que el Consejo tenga que reunirse para tomar todos y cada uno de los acuerdos de su competencia, sin perjuicio de vigilar la actuación de aquéllos.

Lo anterior abre interrogantes, que pueden aclararse si se parte de la consideración de que la delegación ante todo no priva de facultades al Consejo como tal; es un *plus* para agilizar la actuación orgánica. Que si hay un solo consejero delegado o varios solidarios, su actuación vincula a la sociedad, como lo hace la comisión ejecutiva con sus acuerdos; y en este último supuesto sus decisiones pueden impugnarse ("o de cualquier otro órgano colegiado de administración", dice el art. 251), de modo que en el primer supuesto la responsabilidad del titular del órgano delegado no tiene por qué afectar al Consejo como tal: los delegados tienen su propia esfera de competencia y por tanto de responsabilidad. Otra cosa será que se pruebe la relación de causalidad entre el acto lesivo y la actuación del Consejo, o en su caso por la falta de vigilancia o de intervención debida (se trata, por tanto, no de relaciones internas entre el Consejo y el órgano delegado, sino de interorgánicas dentro de la organización social. En este sentido, SÁNCHEZ CALERO, con cita de autores italianos sobre la materia en estudio).

2. Comisión ejecutiva

Denominada así en la práctica –o Comisión permanente...–, este órgano colegiado permite que en Anónimas con Consejo compuesto por elevado número de miembros se adopten acuerdos con agilidad y capacidad de acierto a la vez que con un quórum más reducido que el necesario si del Consejo se tratara.

Ya apuntada la interrelación –y no confusión– entre uno y otra (concretamente a los efectos de la impugnación de acuerdos y de la responsabilidad por los adoptados), baste ahora señalar la aplicación a la Comisión ejecutiva de las normas sobre el funcionamiento del Consejo, ambos, desde luego, órganos colegiados.

3. Uno o más consejeros delegados

Cuando el Consejo, mediante el acuerdo de delegación, nombra a uno o varios consejeros delegados, se indicará el régimen de su actuación (art. 124.2, ap. d, RRM). Por lo que la configuración del órgano delegado, ya por el Consejo o bien por los estatutos, puede hacerse adaptándose a las características de cada sociedad (cerrada

o abierta; y según sea el tamaño de la misma) y en todo caso, ha de completarse lo anterior con lo que el artículo 149.1 reglamentario establece: si se nombran varios consejeros delegados, ha de indicarse qué facultades se ejercerán solidariamente y cuáles mancomunadamente o, en su caso, si todas las facultades que se delegan deben ejercerse en una u otra forma.

Conforme a lo expuesto, la estructuración del órgano delegado de carácter individual puede plasmarse en la existencia de uno o varios consejeros delegados y en caso de pluralidad con actuación conjunta o separada (ésta de modo indistinto o solidario o cada uno con diferentes funciones). Pero caso de delegados que actúen conjuntamente (mancomunados), no pueden ser más de dos: en sede de administradores así lo dice el Reglamento en su artículo 124.1.c y 2.c –administración y poder de representación, respectivamente– en sintonía con la Ley, que parte de la necesaria configuración como Consejo caso de que se trate de tres o más administradores conjuntos, por lo que de forma análoga la delegación conjunta a tres o más administradores ha de exigir actuación colegiada; dicho en otros términos, como Comisión ejecutiva (SÁNCHEZ CALERO).

4. ¿Pueden coexistir ambos órganos delegados?

Si bien la redacción alternativa del actual artículo 249 –como la del 141 Ley SA– podría llevar a la respuesta negativa, no existe razón alguna; es más, en grandes sociedades, distribuir las competencias de modo que el consejero delegado gestione lo ordinario y habitual, atribuyendo determinados asuntos de gestión a la Comisión permanente o ejecutiva, supone adaptar el complejo organigrama en estudio a las características reales de la Anónima de que se trate.

III. FACULTADES DELEGABLES E INDELEGABLES

Cuando el artículo 249, apartado 2, dice que: En ningún caso podrán ser objeto de delegación la rendición de cuentas de la gestión social y la presentación de balances a la Junta General, ni las facultades que ésta conceda al Consejo, salvo que expresamente fuese autorizado por ella, parece indicarnos que, salvo lo anterior, cabe

delegar todo lo demás. Semejante modo de interpretar y aplicar la norma pienso que llevaría a conclusiones erróneas.

1. De un lado, cuando el precepto habla de: "... ni las facultades que la Junta conceda al Consejo, salvo que fuese expresamente autorizado por ella", exige que se aclare la premisa de base, cuáles son las competencias de uno y de otro órgano, lo que en sede de Anónima no es, desde luego, sencillo. Por de pronto, aunque el artículo 160 contiene una lista de asuntos propios de la competencia de la Junta General, la letra i habla de: "cualesquiera otros asuntos que determinen la ley o los estatutos", por lo que hay que recorrer la Ley en su totalidad, por una parte, y detenerse ante cada estatuto concreto, por otra.

2. Considerado lo anterior, la delimitación competencial respecto al Consejo supone ante todo que a éste –como órgano de administración– corresponde la administración y la representación de la sociedad (art. 209), pero además todas las actuaciones que la Ley o los estatutos no hayan atribuido a la Junta (Auditores, aparte). Y partiendo de esta base, las atribuciones de la Junta, por Ley o estatutos, propias de su competencia, ¿puede delegarlas en el Consejo, sin limitación?: hoy por hoy, ante la dificultad evidente de acertar en la *ratio* de cada norma positiva para responder adecuadamente, se llega por la doctrina a considerar que por de pronto la contestación afirmativa hay que dar si la Ley así lo ha previsto expresamente; pero en otro caso...

3. Sobre la base expuesta –no totalmente segura, como puede observarse, pero al menos suficiente para proseguir–, "son delegables las facultades que la Junta conceda al Consejo, solo –apartado 2 en estudio– si fuese expresamente autorizado por ella", lo que completa el artículo 149.2 RRM diciendo que: las facultades concedidas con el carácter de delegables por la Junta al Consejo solo podrán delegarse *si* se enumeran expresamente en el acuerdo de delegación.

4. Concreciones y especificaciones sobre la problemática

Delegar no puede traducirse en dejación de funciones (*función* implica actuación en interés de quien por ley necesita protección o si de intereses privados se trata, en interés de quien ha nombrado

al que delegar pretende): al Consejo corresponde ante todo dirigir la estrategia de la sociedad (marcar la dirección es competencia de la Junta, si centrada está en su misión societaria) y los criterios fundamentales que hay que seguir en la gestión social. Y a él corresponden las facultades de organización del propio Consejo (regular su propio funcionamiento, designar a su presidente... art. 245.2). Todo ello es indelegable; considerar lo contrario supondría dejación de funciones.

En resumen, puede decirse que a lo que acabo de exponer ahora como básico hay que sumar lo que en los apartados anteriores he apuntado, a fin de considerar lo que *no puede ser objeto de delegación*.

IV. LA REPRESENTACIÓN DE LA SOCIEDAD POR LOS CONSEJEROS DELEGADOS

1. El poder de representación, en el caso de Consejo de Administración, corresponde al propio Consejo, que actuará colegiadamente. No obstante, los estatutos pueden atribuir, *además*, el poder de representación a uno o varios miembros del Consejo a título individual o conjunto (art. 124.2.d del RRM). Lo que completa el artículo 149 del mismo Reglamento al decir que: "En el supuesto de que se nombren varios Consejeros Delegados, deberá indicarse qué facultades se ejercerán solidariamente y cuáles en forma mancomunada o, en su caso, si todas las facultades que se delegan deben ejercerse en una u otra forma".

Con lo expuesto y lo que el artículo 124.2 determina respecto al poder de representación de los administradores, aplicable por lógica analogía, queda regulado el poder de representación de los órganos delegados (caso de consejeros delegados solidarios, la distribución posible de funciones entre ellos tendrá un alcance meramente interno; art. 124.2.b).

2. Ámbito del poder de representación de los órganos delegados

El artículo 149.3 RRM, siguiendo a la Ley, establece que el ámbito del poder de representación de los órganos delegados será el que determina el artículo 129 de la Ley SA en relación con los adminis-

tradores (hoy, el precepto citado de la LSC). Se trata, por tanto, de todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos, ceñido indudablemente a las competencias delegadas, sin que las limitaciones estatutarias o las fijadas por el Consejo tengan repercusiones o efectos respecto a los terceros.

Lo anterior no debe malinterpretarse: quien puede lo más, delegar –salvo lo por ley indelegable–, puede lo menos, no delegar todo: si –por ejemplo– las facultades delegadas no incluyen la de adquirir inmuebles, no está el consejero delegado legitimado o facultado *ad hoc*, ello aunque la Junta General apruebe la compra (pues –dice la resolución de 26 noviembre 2003– tal órgano carece de facultades para ello; las tiene el Consejo de Administración).

V. “Sin perjuicio de los apoderamientos que pueda conferir el Consejo a cualquier persona”, termina expresando el apartado primero del artículo 249.

1. Al lado de los órganos sociales están los apoderados, representantes voluntarios. Apoderados pueden nombrar los administradores a los que se ha atribuido el poder de representación y ello conforme a la forma determinada por los estatutos, sin perjuicio de lo que el ya estudiado artículo 233 establece (caso de Consejo, el ap. 2, letra d). Por lo que también los administradores delegados con poder de representación atribuido pueden apoderar.

2. A quién se puede apoderar

A cualquier persona, con capacidad de obrar suficiente. Pero, si bien no existe cuestión acerca de apoderar a personas extrañas al Consejo (ocupen o no cargos dentro de la sociedad, como director, gerente...), se ha planteado para el supuesto de que se apodere a quien ya es administrador con facultades de representación. Aunque la Dirección General de los Registros y del Notariado lo admitió, actualmente el criterio doctrinal y el de alguna resolución es contrario a la inscripción del poder (y es que los poderes generales han de inscribirse en el Registro Mercantil; art. 94.5 RRM). Desde luego, la duplicidad puede originar confusiones en sus efectos respecto a terceros, por lo que la representación orgánica, en fin, ha de prevalecer por institucional de modo total.

Cosa distinta es que el administrador no sea titular del poder de representación: la inexistencia de duplicidad representativa evita la razón para ser apoderado. Igualmente –como ha entendido la resolución de 30 diciembre 1996– es factible que dos consejeros delegados otorguen poder al tercer consejero delegado mancomunado, pues la conjunción –mientras el poder no se revoque– existe indudablemente.

3. Las facultades del apoderado son las que constan en la escritura de poder. A diferencia del ámbito legal de representación del órgano, al representante voluntario se le miden sus facultades con arreglo al poder concreto. Diferencia que, por ser básica, no debe olvidarse a efectos prácticos.

4. Como tampoco debe olvidarse que las facultades del apoderado pueden embridarse exigiendo –por ejemplo– para algunas la actuación conjunta del Consejero delegado (en el supuesto de la resolución de 29 octubre 2008 el Consejero delegado apoderó con las facultades y requisitos señalados. Ante la suspensión de la inscripción del poder “dadas las vicisitudes de su posterior revocación o la extinción de la representación orgánica ligada al poder”, la DGRN resuelve en el citado sentido).

CONCLUSIONES

Primera. La realidad de las sociedades de capital demuestra cómo se ponderan las ventajas y los inconvenientes de los distintos modos que la Ley posibilita para organizar la administración. A la forma organizativa del Consejo se acude no solo en grandes sociedades, también en las PYMES: es importante para decidirse el carácter abierto o cerrado –sociedades familiares, de profesionales...– del tipo social de que se trate.

Segunda. En las sociedades de capital la competencia para el nombramiento de los administradores corresponde a la Junta General, pero en sede de sociedades Anónimas existen determinadas excepciones no aplicables a la Limitada: en éstas no es posible el

nombramiento vía representación proporcional ni por cooptación dentro del Consejo (baste apuntarlo; ref. resolución de 16 septiembre 2008).

Tercera. La excepción consistente en el nombramiento por el sistema de representación proporcional no ha tenido el efecto práctico que se deseaba: la defectuosa redacción de la norma legal –a pesar de complementos de desarrollo posteriores–, la doctrina jurisprudencial vigorizadora de acuerdos del órgano decisorio en merma de la eficacia del sistema por el artículo 243 regulado y el peso del accionariado de control, demuestran que solo en sociedades cerradas tiene alguna eficacia.

Cuarta. Otra excepción, la del sistema de cooptación del artículo 244, plantea cuestiones prácticas de entidad, sobre todo si son eficaces las disposiciones estatutarias exigiendo la intervención de la Junta, e incluso la de la eliminación de la facultad del Consejo en este punto. También el carácter cerrado o no del tipo social es de considerar a los efectos apuntados.

El sistema referido, por la agilidad y sencillez que conlleva, se considera que debe ser objeto de generalización como medio de cobertura del Consejo, a salvo abusos en su aplicación que podrían llegar a hurtar a la Junta su propia competencia.

Quinta. El sistema orgánico de Consejo de Administración, con el desarrollo complementario de la delegación de facultades: de su seno la designación de una Comisión ejecutiva, así como Consejeros delegados, permite su adaptación a las sociedades de capital, en general. Lo que se completa con los apoderamientos a conferir a cualquier persona.

Combinaciones varias. Entrecruzamiento de órganos y de representantes voluntarios que necesitan atención por el jurista y que armónicamente regulados consiguen ágil actuación de la sociedad en el amplio campo de la administración y la representación.

**ESTUDIOS
DOCTRINALES**



FILIALIZACIÓN DE PROYECTOS INMOBILIARIOS VIABLES: ASPECTOS SOCIETARIOS Y CONCURSALES

Fernando Azofra
Almudena Benjumea
Abogados. Uría Menéndez

A pesar de la generalizada situación económica adversa, especialmente severa en el sector inmobiliario, no es infrecuente encontrar proyectos inmobiliarios que aun brindan una razonable probabilidad de éxito, a condición de que se quiera (y se pueda) invertir en ellos tiempo y algunos recursos financieros. En muchos de esos casos, sin embargo, el empresario titular de estas oportunidades no se encuentra en disposición de acometerlos en solitario (pues carece de caja excedentaria que poder destinar a nuevos proyectos), ni tampoco le resulta siempre posible encontrar inversores que puedan comprometer los fondos propios necesarios para ello.

Incluso encontrando socios en el capital, la parte del león de toda inversión inmobiliaria continúa siendo la financiación ajena y, dentro de esta, la bancaria. Y encontrar nueva financiación bancaria se ha convertido, últimamente, en tarea imposible en el sector. Pocas entidades de crédito parecen dispuestas a conceder nuevo crédito a una inmobiliaria existente, aunque su producto pudiera merecerlo: si la inmobiliaria es cliente del banco o caja, esta no querrá aumentar su exposición o riesgo con un deudor que puede estar ya en dificultades. Pero al mismo tiempo, ningún banco o caja que no esté ya en el *pool* bancario de una inmobiliaria se sentirá mínimamente incentivado para apoyarla con nueva financiación en estos momentos (teniendo ya decenas o centenas de inmobiliarias entre sus clientes por las que preocuparse).

Con todas las dificultades, son los financiadores actuales de una inmobiliaria los que podrán eventualmente conceder nuevo crédito

para desarrollar estos proyectos. Una de las mayores preocupaciones, en este proceso, será la de aislar el negocio lo más posible de las vicisitudes concursales de su dueño. El riesgo de declaración de concurso está presente, con mayor o menor entidad, en todas las inmobiliarias del país. Pues bien, será casi imposible allegar nuevo crédito para un proyecto si la eventual declaración de concurso del empresario pudiera: (a) interrumpir su desarrollo, (b) poner en riesgo el carácter privilegiado de la financiación hipotecaria existente o de la nueva o, (c) conseguir desviar los nuevos fondos hacia otras finalidades (por ejemplo, a la amortización de otras deudas del empresario).

Para conjurar estas dificultades, uno de los caminos puede ser la "filialización" del proyecto inmobiliario, esto es, su aportación a una filial de nueva constitución (la "**Filial**"), libre por tanto de las abultadas cargas del pasado del sector inmobiliario, y, en consecuencia, alejada del riesgo del concurso. Aunque nada pueda hacerse para eliminar (a veces, ni siquiera para minimizar) el riesgo concursal del dueño actual, el traslado del proyecto y del correspondiente riesgo crediticio a la Filial ya es un gran avance: el concurso de la matriz podrá no tener impacto alguno en la Filial.

Por otro lado, la filialización puede conseguirse sin desvirtuar el carácter privilegiado de la financiación hipotecaria, para el caso de que la Filial se vea también arrastrada al concurso por el de la matriz; e incluso sin perjudicar la antigüedad de la financiación hipotecaria existente (a efectos de la amenaza de la rescisión concursal del art. 71 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, "**LC**").

Finalmente, la operación debe estar suficientemente protegida frente a su eventual impugnación, en caso de concurso de la matriz.

1. ESTRUCTURA SOCIETARIA DE LA OPERACIÓN

Si el proyecto puede considerarse como una unidad económica o rama de actividad a efectos societarios (1), además de la modalidad

(1) Conjunto empresarial integrado por un complejo de relaciones jurídicas activas y pasivas, según la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de junio de 1994 (RJ 4915).

de aumento de capital mediante aportación no dineraria, la filialización podría alcanzarse mediante la "segregación" introducida en nuestro Derecho sustantivo por la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de sociedades mercantiles (la "LME").

Aunque la compatibilidad de "segregación" y "aportación no dineraria" ha venido siendo polémica, puede considerarse ya mayoritaria (2) la posición que considera que la introducción en nuestro Derecho de una modalidad de escisión denominada "*segregación o filialización de ramas de actividad*" (que, en esencia, comporta una filialización de una unidad económica) no sustituye, ni es incompatible con la posibilidad de seguir realizando aportaciones no dinerarias, sean de activos individuales o de conjuntos de activos y pasivos, y ya conformen estos o no una unidad económica, bajo el régimen de aportación no dineraria previsto en los artículos 63 a 76 y 300 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (la "LSC").

1.1. SEGREGACIÓN

La "segregación" fue introducida en la LME como una nueva forma de escisión societaria, consistente en el traspaso en bloque por suce-

(2) Para VICENT CHULIÀ, F.: *Introducción al Derecho Mercantil*, tomo II, Tirant lo Blanch, 2009, p. 787, no existe ninguna norma que restrinja la autonomía de la voluntad o libertad contractual para elegir como alternativa a la segregación, con transmisión en bloque o sucesión universal, cualquiera de las diversas formas de transmisión/adquisición del patrimonio o empresa social que no constituyen modificación estructural, basadas en el sistema de unidad de título y pluralidad de modos de transmisión. También lo acepta ALONSO LEDESMA, C. en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. (Coord.): *Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles*, tomo II, Aranzadi, 2009, p. 504, sin dejar de señalar las implicaciones que por configurarse como vías alternativas resultan para los intereses de los socios y de terceros, subyaciendo en el fondo del problema una cuestión de delimitación de competencias entre la Junta y el órgano de administración, no aclarada. Con una interpretación más restrictiva puede verse a RODRÍGUEZ ARTIGAS, F.: "Comentarios al Proyecto de Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. Escisión", en *Revista de la Sociedad*, 2008, núm. 31, p. 64, quien ha defendido que si se trata de unidad económica es necesario ir por la vía de la segregación.

sión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales conforma una unidad económica, a una o varias sociedades, recibiendo a cambio la sociedad segregada –y no sus socios– acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias.

La ventaja principal de la “segregación” frente a una aportación no dineraria es su agilidad, al suceder la beneficiaria a la aportante en el conjunto de bienes, derechos y obligaciones atribuidos, por ministerio de la ley, mientras que en caso de la ampliación de capital por aportación no dineraria, la sucesión queda sometida al cumplimiento de los requisitos formales y materiales establecidos respecto de la asunción de obligaciones y transmisión de créditos (arts. 1112, 1158, 1205, 1257 y 1526 y ss. del Código Civil, art. 118 de la Ley Hipotecaria, etc.). En esencia, esto implica que la aportación no dineraria de deudas o pasivos asociados a los activos aportados a la Filial (como sería prototípicamente el caso de la aportación de la deuda hipotecaria asociada al proyecto) estaría sujeta al consentimiento de los acreedores correspondientes.

Sin perjuicio de lo anterior, en el caso de la segregación, como en toda escisión, existe un derecho de oposición de los acreedores sociales (arts. 44 y 73 LME) (derecho inexistente en un aumento de capital mediante aportación no dineraria).

Por último, supone también una ventaja que en la “segregación” se permita acordar la fecha a partir de la cual (dentro del ejercicio en curso) las operaciones relativas a la unidad económica filializada podrán considerarse realizadas a efectos contables por cuenta de la sociedad a la que se aporta (mientras que en la aportación no dineraria, la Filial solo podrá contabilizar como propias las operaciones relativas a los activos y pasivos aportados desde el momento en que se acuerde el aumento de capital).

Sin embargo, el hecho de que el patrimonio objeto de segregación (esto es, el proyecto inmobiliario) deba constituir una *unidad económica*, como dispone el artículo 71 LME, suele constituir un obstáculo insalvable: ese proyecto “prometedor” que justifica el esfuerzo puede ser una promoción concreta (dentro de las muchas de la inmobiliaria), un determinado suelo en gestión (dentro de los muchos de la inmobiliaria) o un particular activo en explotación (dentro de los muchos de la inmobiliaria), pero a menos que sea el

único de los de su clase en el balance del dueño (promoción, suelo en gestión, activo patrimonial, etc.) no va a poder considerarse una rama económica.

1.2. APORTACIÓN NO DINERARIA DEL PROYECTO

Si el proyecto no constituyera una "unidad económica", como dispone el artículo 71 LME, la única vía para su filialización es la aportación no dineraria a la Filial.

Es conveniente que la Filial adopte la forma de sociedad de responsabilidad limitada, con el fin de beneficiarse de la mayor flexibilidad del régimen aplicable a este tipo societario y las menores exigencias y formalidades.

Una vez constituida o adquirida la Filial, se ampliará su capital mediante la aportación no dineraria del proyecto (que incluiría todos los activos y pasivos relacionados). No se puede obviar el hecho de que todos los bienes y derechos que integran el proyecto y que se pretendan aportar a la Filial deberán ser susceptibles de valoración económica (art. 58 LSC).

La financiación existente ligada al proyecto ha de ser igualmente asumida por la Filial, mediante una subrogación de esta en los créditos concedidos a la sociedad aportante, con el consentimiento de los acreedores. Dentro de las diferentes alternativas que se plantean, cabría igualmente que, con posterioridad a la subrogación por parte de la Filial en la financiación existente, los bancos acreedores capitalizasen la financiación concedida en relación con el proyecto (o una parte de ella) o realizaran una aportación dineraria, pasando a ser socios de la Filial (junto con la sociedad aportante).

A continuación, la Filial y los acreedores habrán de novar la deuda existente (de manera homogénea y en su totalidad) para hacerla compatible con el desarrollo del proyecto. Esto debe hacerse sin perjudicar la antigüedad y el rango de las hipotecas existentes.

Por último, los acreedores han de otorgar financiación adicional a la Filial para efectuar las inversiones pendientes para finalizar el proyecto hasta su puesta en explotación, cubrir las necesidades operativas esperadas de la Filial, los gastos e impuestos de la operación de filialización, etc.

1.2.1. Responsabilidad y valoración de la aportación no dineraria

Conforme al artículo 73 LSC, los socios de la Filial que ostenten dicha condición en el momento de acordarse el aumento de capital, y quienes la alcancen en virtud de la adquisición de alguna participación desembolsada mediante aportaciones no dinerarias y los administradores de la Filial, responderán solidariamente frente a la Filial y frente a los acreedores sociales por la diferencia entre la valoración fijada por estos en el preceptivo informe (que deben realizar y poner a disposición de los socios en el momento en que se convoque la Junta general de la Filial para acordar el aumento de capital) y el valor real de aquellas.

Todo ello salvo que los socios, de conformidad con el artículo 76 LSC, hubieran sometido la aportación a valoración pericial conforme a lo previsto para las sociedades anónimas (arts. 67 y ss. LSC). Quedarán así exonerados de responsabilidad si se hubiera sometido la aportación a informe elaborado por uno o varios expertos independientes con competencia profesional designados por el registrador mercantil del domicilio social y si el valor que se da a la aportación en la escritura social no es superior a la valoración realizada por los expertos.

Adicionalmente al supuesto anterior, surge la duda de si los socios de la sociedad de responsabilidad limitada quedarían igualmente exonerados de responsabilidad si el valor razonable de los bienes aportados se hubiera determinado, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la realización efectiva de la aportación, por experto independiente con competencia profesional no designado por las partes, de conformidad con los principios y las normas de valoración generalmente reconocidos para esos bienes, conforme a lo dispuesto en el artículo 69, apartado (b) LSC, que es una de las excepciones al informe de experto designado por el Registro Mercantil, aplicable a las sociedades anónimas.

Estas dudas derivan del contraste entre el artículo 76 LSC y el artículo 21.5 de la antigua Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (la "LSRL"). En efecto, el artículo 21.5 LSRL (tras la modificación introducida por la LME) permitía excluir la responsabilidad de los socios cuyas aportaciones no dinerarias fueran "*valoradas de conformidad con lo previsto en la Ley de Sociedades Anónimas*".

Conforme al antiguo artículo 21.5 LSRL, quedaba claro que los socios de una sociedad de responsabilidad limitada quedarían exentos de responsabilidad tanto si sometían la aportación a valoración pericial realizada por experto designado por el Registro Mercantil (art. 38 Ley de Sociedades Anónimas o "**LSA**"), como si se daba alguna de las excepciones a la exigencia del informe previstas en el artículo 38 bis LSA, esto es, si aportaban valores cotizados con la certificación emitida por la sociedad rectora (art. 38 bis 1.º LSA) o bienes cuyo valor razonable se hubiera determinado, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la realización efectiva de la aportación, por experto independiente con competencia profesional no designado por las partes, de conformidad con los principios y las normas de valoración generalmente reconocidos para esos bienes (art. 38 bis 2.º LSA).

Sin embargo, al mencionar el tenor literal del artículo 76 LSC la expresión "*valoración pericial*", ¿quedan los socios de una sociedad de responsabilidad limitada exonerados de responsabilidad si aportan un informe de experto independiente elaborado dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la realización efectiva de la aportación, conforme a lo previsto en el artículo 69 b) LSC? ¿Y si se aportan acciones de una sociedad cotizada con certificación de la sociedad rectora, conforme a lo previsto en el artículo 69 a) LSC? En estos casos, ¿se puede entender que hay una "*valoración pericial conforme a lo previsto para las sociedades anónimas*"?

Nos inclinamos por pensar que en ambos supuestos los socios quedarían igualmente exonerados de responsabilidad. El caso del apartado b) del artículo 69 LSC ofrece poca discusión: también ahí existe una valoración de experto profesional, una "*valoración pericial*" (aunque ese experto no lo haya designado el registrador mercantil). Respecto de la certificación de la sociedad rectora del apartado (a) del artículo 69 LSC, si bien en términos léxicos estrictos, difícilmente podría entenderse esa certificación como una "*valoración pericial*", nos inclinamos a hacer una interpretación lógica y sistemática, en particular atendiendo al carácter de texto refundido de la LSC y a los objetivos de mera "*regularización*", "*aclaración*" y "*armonización*" de textos legales que la inspiran, conforme a su exposición de motivos, en base a la cual debería también en este caso entenderse excluida la responsabilidad del socio.

En el caso concreto de la aportación de inmuebles y de la utilización del informe de experto no designado por el Registro Mercantil al que se refiere el apartado b) del artículo 69 LSC, deberíamos analizar cuáles deben ser los principios y normas de valoración generalmente aceptados que debería aplicar el experto. Creemos, desde luego, que podría evitarse el régimen de responsabilidad con tasaciones realizadas conforme a las reglas contenidas en la Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo, sobre normas de valoración de bienes inmuebles y de determinados derechos para ciertas finalidades financieras (las conocidas como "tasaciones ECO" en la práctica). Ello no solo porque las tasaciones ECO se usan de forma abrumadoramente mayoritaria en la práctica inmobiliaria, sino porque las normas ECO son de aplicación imperativa en determinados ámbitos (tales como los de valoración, recursos propios y normas contables de las entidades de crédito o a efectos del mercado hipotecario). Más dudoso es que permitiera la exoneración de responsabilidad una valoración realizada conforme a las reglas y criterios patrocinados por *The Royal Institute of Chartered Surveyors* del Reino Unido (el *RICS Appraisal and Valuation Manual*, conocido como Libro Rojo de valoraciones -Red Book), también utilizado en España, pero tan solo en el campo de los inversores institucionales (especialmente, aunque no solo, los extranjeros). Aunque el *Red Book* quizás sea el manual de valoración de activos inmobiliarios más utilizado en el mundo, es más que probable que no se consiga excluir la responsabilidad del socio usándose una tasación realizada conforme a sus reglas y principios.

2. RIESGOS CONCURSALES

2.1. RIESGOS EN CASO DE DECLARACIÓN DE CONCURSO DE LA SOCIEDAD APORTANTE

La operación de filialización podría ser cuestionada al amparo del artículo 71 LC en caso de que la sociedad aportante fuera declarada en concurso dentro de los dos años siguientes, al establecer dicho artículo que "[...] *serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración [del concurso], aunque no hubiere existido intención fraudulenta*".

La jurisprudencia viene teniendo dos grandes parámetros de análisis del concepto de "acto perjudicial" o "perjuicio a la masa activa", al margen de las presunciones legales establecidas en el artículo 71: por un lado, (i) la valoración de la equivalencia entre las prestaciones, con el fin de apreciar minoraciones del activo patrimonial de la concursada originadas por el acto controvertido (perjuicio en sentido estricto o directo); y por otro lado, (ii) el análisis del perjuicio en sentido amplio, que tiene en cuenta más elementos que el análisis anterior, fundamentalmente la consideración de si el negocio analizado perturbó o perjudicó el cumplimiento de las reglas concursales en torno a la prelación de los distintos créditos, perjudicó la viabilidad empresarial del deudor o la posibilidad de alcanzar un convenio con los acreedores (perjuicio genérico o indirecto) (3).

Mientras que en el primer caso, la jurisprudencia tiene por rescindibles determinados actos si "*tras cotejar el valor patrimonial del activo que sale de su patrimonio con el valor patrimonial de la contrapartida recibida*" (4), se aprecia una minoración del activo patrimonial o neto patrimonial, o "*reducción del conjunto de bienes y derechos sobre los que está llamada a obtener satisfacción la colectividad de acreedores, provocando que la cuota de satisfacción de los acreedores ordinarios sea menor*" (5), en el segundo caso, el "perjuicio amplio o genérico" se aprecia en los negocios que, por sus particulares circunstancias, impidan, disminuyan o dificulten la satisfacción colectiva de los acreedores concursales, o que alteren el principio de la *pars conditio creditorum*. En este último caso, se considera perjudicial un acto cuando "*por las circunstancias en que tiene lugar, implica un trato favorecedor o beneficioso injustificado para un acreedor que debía concurrir al procedimiento concursal en igualdad de condiciones que los restantes acreedores, los cuales, de no haber existido ese acto, hallarían una masa activa que les permitiría*

(3) Véase AZOFRA, F.: "Reestructuración de deuda: la transmisión de activos", en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 50, diciembre de 2008, pp. 28 y ss.

(4) Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Alicante de 5 de mayo de 2008.

(5) Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Palma de Mallorca de 26 de febrero de 2007.

la percepción, en hipótesis, de una cuota de satisfacción más elevada" (6) o cuando "el acto o negocio cuestionado atente contra dicho principio de maximización del valor de la masa activa" (7).

En cualquier caso, y a pesar de que no existe una línea jurisprudencial nítida, observamos algunos puntos en común en las sentencias dictadas hasta la fecha en torno al concepto de perjuicio patrimonial, que nos servirán de criterio a la hora de dilucidar si la pretendida filialización sería perjudicial para la masa activa en un caso de concurso de la sociedad aportante:

— Se ha considerado como factor que automáticamente determina la apreciación de perjuicio el pago de un precio inferior al valor real del bien objeto de transmisión en el mercado (8);

— Se considera objetivamente perjudicial para la masa activa la asunción de deuda ajena (incluso sin acudir a la presunción *iuris et de iure* del art. 71.2 LC, relativa a actos de disposición a título gratuito) hasta en el caso de que la deuda asumida sea de una sociedad participada y que dicha asunción venga acompañada del reconocimiento de un crédito contra el deudor originario –ahora liberado (9);

(6) Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 27 de enero de 2011. En el mismo sentido, sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias de 15 de julio de 2010, de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13 de enero de 2010 o del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Pontevedra de 28 de enero de 2011. Entre la doctrina, GIL RODRÍGUEZ, J.: "Comentario sobre el artículo 71", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentario a la Ley Concursal*, Ed. Tecnos, 2004, p. 852, que también destaca que el acto "seguirá siendo impugnabile aún en el supuesto de que se acreditara que fue otorgado en momento aún de prosperidad y anterior a la precipitación de la ruina del concursado".

(7) Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 21 de noviembre de 2007 (AC 2008\143).

(8) Sentencias del Juzgado de lo Mercantil de las Islas Baleares de 26 de febrero de 2007 (AC 2008/391), de la Audiencia Provincial de Barcelona de 11 de junio de 2007 (AC 1535), de la Audiencia Provincial de Córdoba de 21 de noviembre de 2007 (AC 2008/143) y del Juzgado de lo Mercantil de Alicante de 5 de mayo de 2008 (JUR 160442).

(9) Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona de 11 de junio de 2007 (AC 1535) o de la Audiencia Provincial de Asturias de 17 de julio de 2008 (*La Ley*, 162034).

— Por poco preciso que pueda parecer, la práctica judicial viene prestando gran atención, a la hora de declarar el carácter perjudicial, a la mera proximidad temporal con el hecho del concurso, con independencia de que el acreedor tuviera conocimiento de su inminencia o de la situación de insolvencia del deudor (10);

— La práctica judicial también presta especial atención al hecho de que el bien que sale del patrimonio del concursado sea uno de sus principales activos, un bien afecto a su actividad empresarial o de vital importancia para esa actividad (11);

— Es también relevante para declarar la existencia de perjuicio que el acto cuya rescisión se pretende sea ajeno a la actividad ordinaria de las partes que lo concluyeron o, al menos, carezca de una justificación económica razonable (12).

En este sentido, y dependiendo del supuesto de hecho, en el caso de que la sociedad aportante mantenga el 100 por 100 del capital de la Filial, a nuestro juicio la filialización del proyecto no debería suponer un perjuicio para la masa activa de la sociedad aportante en caso de concurso, siempre que no se perjudique la viabilidad empresarial de la sociedad aportante o la posibilidad de alcanzar un convenio o a otros acreedores.

Ciertamente, desde el punto de vista del patrimonio de la sociedad aportante, y su sujeción a la satisfacción de los acreedores del concurso, lo mismo da que los activos y pasivos que componen el proyecto formen parte directamente de tal patrimonio, o de forma

(10) Sentencias de la Audiencia Provincial de Lugo de 23 de noviembre de 2007 –JUR 139884–, de la Audiencia Provincial de Barcelona de 26 de abril de 2007 (AC 1698), del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Barcelona de 25 de febrero de 2005 –AC 535–, del Juzgado de lo Mercantil de Cantabria de 18 de octubre de 2006 –AC 1905– y de la Audiencia Provincial de Barcelona de 11 de junio de 2007 (AC 1535).

(11) Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Barcelona de 13 de octubre de 2006 (AC 670) o sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Córdoba de 25 de julio de 2005 (AC 1551).

(12) Sentencias del Juzgado de lo Mercantil de las Islas Baleares de 26 de febrero de 2007 (AC 2008/391), y del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Barcelona de 25 de febrero de 2005 (AC 535) y de 13 de octubre de 2006 (AC 2007/670).

indirecta a través de la titularidad del 100 por 100 de las participaciones de la Filial. Somos de la opinión de que la filialización no supondría en tal caso una disminución del patrimonio neto de la sociedad aportante y tampoco sería susceptible de perjudicar o alterar las preferencias legales de cobro de sus acreedores (al fin y al cabo, los acreedores ya contarían con un crédito privilegiado especial respecto de la financiación hipotecaria en caso de concurso de la sociedad aportante y tendrían, en consecuencia, derecho de agresión sobre los bienes hipotecados) o impedir o dificultar la consecución o el cumplimiento de un convenio.

Con carácter adicional, creemos que la filialización podría justificarse económica y empresarialmente como una vía para permitir la captación de nuevos recursos para el proyecto que permita su maduración. En cualquier caso, creemos que es importante que se justifique en el caso concreto que no existe un interés en privilegiar a una entidad de crédito en perjuicio del resto de acreedores, que tendrían derecho concurrencial sobre los activos (o derecho sobre el exceso de su valor, una vez amortizada la deuda hipotecaria) en caso de concurso. Contar con informes de expertos independientes que justifiquen la bondad de la filialización para la viabilidad empresarial de la sociedad aportante puede ser una pieza importante de convicción del juez y la administración concursal, en caso de concurso.

Si, por el contrario, los acreedores adquieren una participación en el capital de la Filial (sea mediante capitalización de créditos, sea mediante nuevas aportaciones), sería necesario asegurar que el valor del porcentaje de capital atribuido a la sociedad aportante tras la correspondiente ampliación se corresponde con el valor neto de su aportación al proyecto (es decir, con el valor real de lo aportado, una vez descontada la deuda), de forma tal que no se produzca desplazamiento patrimonial de la sociedad aportante a los financiadores. Adicionalmente a lo anterior, para proteger la filialización de cualquier otra acción rescisoria en caso de concurso de la sociedad aportante (incluso más allá del plazo de dos años incluido en el art. 71 LC) y, en particular, de la rescisoria por fraude de acreedores, sería conveniente eliminar los beneficios que la filialización podría tener para aquellos en perjuicio de los restantes acreedores de la sociedad aportante, garantizando así que los financiadores no tengan, en razón de su participación en la Filial, ninguna preferencia de cobro frente a los

demás acreedores de la sociedad aportante adicional a la que tenían en su condición de acreedores hipotecarios antes de la filialización.

2.2. RIESGOS EN CASO DE DECLARACIÓN DE CONCURSO DE LA FILIAL

Es escasa la probabilidad de que la Filial sea declarada en concurso (toda vez que en la mayoría de los casos prácticamente sus únicos acreedores van a ser los bancos financiadores). Con todo, en el caso de que fuera declarada en concurso cabría analizar el riesgo de que la deuda (tanto la existente como la nueva) sea considerada como créditos subordinados, al amparo de los artículos 92 y 93.2 LC, al considerar a los financiadores personas especialmente relacionadas con la Filial. A este respecto, el artículo 93.2 LC considera, entre otras, como personas especialmente relacionadas con el deudor a las siguientes:

1.º Los socios que *“en el momento de nacimiento del derecho de crédito, sean titulares de, al menos, un cinco por ciento del capital social, si la sociedad declarada en concurso tuviera valores admitidos a negociación en mercado secundario, o un diez por ciento si no los tuviera”*;

2.º Los administradores, de derecho o de hecho, y los apoderados con poderes generales de la sociedad declarada en concurso, así como quienes lo hubieran sido en los dos años anteriores a la declaración de concurso; y

3.º *“las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso y sus socios, siempre que estos reúnan las mismas condiciones que en el número 1.º de este apartado”*.

Con respecto al artículo 93.2.1.º LC, habrá que evitar que cualquiera de los financiadores ostente a consecuencia de la filialización una participación en el capital social de la Filial superior a los umbrales mencionados para que no exista riesgo alguno de subordinación de sus derechos de crédito frente a la Filial. En caso de adquirirse en el futuro tal participación, la subordinación afectaría únicamente a los derechos de crédito nacidos con posterioridad.

Asimismo, la deuda de cualquiera de los financiadores podría considerarse subordinada para el caso de que fuera considerado adminis-

trador de hecho o de derecho de la Filial al tiempo del concurso o dentro de los dos años anteriores. Respecto de la consideración de administrador de derecho, los financiadores podrían evitar el riesgo indicado designando como administrador a un empleado o a una sociedad del grupo. Aunque la sociedad del grupo del financiador que se designara como administrador fuera una sociedad controlada (o incluso íntegramente participada) por el financiador, la atribución a este de la condición de administrador exigiría aplicar la doctrina del levantamiento del velo, como se sabe, de carácter extraordinario en nuestra jurisprudencia. La sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Murcia de fecha 2 de febrero de 2006, por ejemplo, mantuvo la calificación de los créditos de una caja de ahorros como créditos especialmente privilegiados al no ser estos créditos subsumibles en el artículo 93.2.2.º LC, pese a que la condición de administrador la había ostentado una sociedad íntegramente participada por esta, afirmando al respecto que: (i) la aplicación de la teoría del levantamiento del velo requiere que se pruebe que los entes sociales han sido utilizados para perjudicar los derechos de terceros (13); (ii) ha de hacerse un uso restrictivo de esta teoría, estando justificada únicamente en aquellos supuestos en que aparezca evidente que se ha utilizado con fines fraudulentos, una confusión de personalidades y patrimonios entre una persona física y una persona jurídica (14); (iii) se requiere "*prudencia*" y examinar el caso concreto, para aplicar dicha doctrina solo cuando sea preciso evitar el abuso de esa independencia en daño ajeno o de los derechos de los demás, es decir, cuando se dé "*un mal uso de la personalidad*" o "*un ejercicio antisocial de su derecho*" (15); y (iv) que esta teoría no es aplicable si no se prueba que la sociedad demandada sea una sociedad "pantalla", una ficción que pretende obtener un fin fraudulento, como incumplir un contrato, eludir la responsabilidad contractual o extracontractual de los socios, aparentar insolvencia (...) (16).

(13) Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 1993 (RJ 1993\9100).

(14) Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 1997 (RJ 1997\8903).

(15) Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1998 (RJ 1998\4000).

(16) Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 1998 (RJ 1998\6197).

Respecto al riesgo de que el acreedor sea considerado administrador de hecho del deudor, ante la ausencia de delimitación legal, habrá que estar a la definición acuñada por la jurisprudencia (17) y la doctrina (18) del administrador de hecho, esto es, *"aquel que, sin título, o con título nulo o extinguido, ejerce de hecho y de manera efectiva las funciones atribuidas por la ley al órgano administrativo, sea sustituyendo a los administradores de derecho, sea influyendo sobre ellos de manera decisiva"*.

Una cuestión candente al respecto es si las cláusulas contractuales habituales en los contratos financieros (especialmente en las refinanciaciones) que imponen a la sociedades obligaciones de hacer o no hacer (*affirmative or negative covenants*), o que facultan a las entidades financieras para intervenir –en mayor o menor medida– en la adopción de decisiones propias de la gestión de la sociedad refinanciada, puede permitir considerar a las entidades financieras como administradores de hecho del deudor. La consideración del financiador como administrador de hecho es una materia sobre la cual no existe una jurisprudencia consolidada. Existe una general coincidencia doctrinal en que será difícil poder atribuir a los acreedores financieros la condición de "administradores de hecho" en razón de estas facultades contractuales (a veces realmente latas) de control e intervención en la gestión.

Algunos autores se apoyan en el argumento de que estas cláusulas restrictivas del poder de decisión del órgano de administración del deudor no implican una conducta continuada y estable por parte de los acreedores en el seno del deudor o en relación con su actividad que exceda de la mera relación crediticia (19).

(17) Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1974 (RJ 1974/3970); de 3 de marzo de 1977 (RJ 1977/856); de 23 de marzo de 1998 (RJ 1998/1492); de 26 de mayo de 1998 (RJ 1998/4004); de 7 de junio de 1999 (RJ 1999/4730); de 24 de septiembre de 2001 (RJ 2001/7489), de 25 de abril de 2002 (EDJ 10228) y de 26 de mayo de 2003.

(18) Entre otros, MARTÍNEZ SANZ, F.: "Ámbito subjetivo de la responsabilidad", en ROJO-BELTRÁN: *La responsabilidad de los administradores*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2008, p. 71.

(19) PULGAR EZQUERRA, J.: "La responsabilidad de las entidades financieras por concesión abusiva de crédito en derecho español", en J. PULGAR-C. VARGAS, *Tendencias actuales en torno al mercado del crédito. VIII Congreso de la Asociación Sainz de Andino*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2010,

Otro argumento empleado es de tipo económico: la aplicación indiscriminada y poco cuidadosa de la figura del administrador de hecho aumentaría las reticencias de la banca a dar crédito a sociedades en apuros (20), lo que sería muy perjudicial tanto para dichas empresas como para la economía en general.

La atribución a las entidades de crédito refinanciadoras de la condición de administradores de hecho se reserva a los casos en los que estas toman decisiones que corresponden propiamente a los administradores de derecho de forma estable, continuada e independiente, limitándose así a los "casos extremos" (21) o "situaciones patológicas" (22).

En todo caso, la subordinación de la deuda con la Filial derivada de la consideración de los financiadores como administrador de hecho o de derecho de la Filial no se extendería, con base en este único argumento, al resto de los créditos ostentados por esos mismos acreedores frente a la sociedad aportante (en caso de concurso concurrente de esta). Lo anterior, obviamente, a excepción de que, atendidas las circunstancias concurrentes (la relevancia económica o estratégica de la Filial en el seno de la sociedad aportante, la relevancia de sus recursos o ingresos en el seno de la sociedad aportante, etc.), pudiera entenderse que el administrador de hecho o derecho de la Filial es también administrador de hecho de la sociedad aportante.

Por último, en el caso de que los bancos financiadores hubiesen tomado participación en la Filial y se pudiera entender que la Filial pertenece al grupo de la sociedad aportante, existe el riesgo de subordinación de los créditos de los bancos financiadores, al amparo del artículo 93.2.3.º LC. Si bien en la actualidad la LC no contiene

pp. 141-149. Asimismo, ALONSO UREBA, A.: "La aplicación del concepto de administrador de hecho en supuestos de concurso de sociedades integradas en un grupo y de refinanciación", en A. UREBA-J. PULGAR: *Implicaciones financieras de la Ley Concursal. Adaptado al Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo*, Las Rozas (Madrid), Ed. La Ley, 2009, p. 168.

(20) FERRÉ FALCÓN, J.: *Los créditos subordinados*, Madrid, Ed. Thomson Civitas, 2006, p. 494.

(21) GARRIDO, J. M.ª: "Comentario sobre el Art. 92.3", en A. ROJO-E. BELTRÁN: *Comentario a la Ley Concursal*, Madrid, Ed. Civitas, 2004, p. 1678.

(22) FERRÉ FALCÓN, J.: *Los créditos...*, *op. cit.*, p. 484.

una definición de "grupo", de conformidad con el Proyecto de Ley 121-000119/2011, de 23 de marzo, de reforma de la LC, se añadiría a la LC una disposición adicional sexta del siguiente tenor: "se entenderá como grupo de sociedades lo dispuesto en el artículo 42.1 del Código de Comercio". El artículo 42 del Código de Comercio define el grupo de sociedades sobre la base del "control". Así, existe grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. Ante la ausencia de definición de "grupo" en la LC, algunos autores han venido entendiendo, con apoyo en el artículo 3.5 LC, que el concepto de grupo en la LC es más amplio que el del artículo 42 del Código de Comercio, y no incluye exclusivamente las situaciones de control o dominio, sino también las de grupos horizontales o por coordinación en los que el elemento configurador es la existencia de "unidad de decisión" entre los socios respecto de su filial común. Esta tesis del carácter amplio del concepto de grupo en materia concursal ha sido respaldada por algunas resoluciones judiciales (23).

En el supuesto de que los bancos financiadores tomen una participación en la Filial, habrá que extremar las precauciones a la hora de diseñar la estructura de capital y gobierno corporativo de la Filial para no encontrarse en ninguna de las presunciones de control establecidas en el artículo 42.1 del Código de Comercio. Sin embargo, debe enfatizarse que esta relación de presunciones es meramente enunciativa y no limitativa y, en consecuencia, no agota el catálogo de situaciones en las que puede advertirse la existencia de control.

Sin perjuicio de lo anterior, incluso en el caso de que se considerara a la Filial integrada en el grupo de la sociedad aportante, la subordinación de los créditos de los bancos financiadores (o de alguno de ellos) frente a la sociedad aportante, al amparo del artículo 93.2.3.º LC, en base a su condición de socios de la Filial, exigiría que "[los socios de la Filial reunieran] *las mismas condiciones que en el número 1.º de este apartado*".

La primera de las condiciones establecida en dicho número 1.º es la de titularidad de, al menos, un 5 por 100 del capital social (en caso de sociedades con valores admitidos a cotización) o un 10 por 100 (en otro caso). Lógicamente, esas condiciones deberán cum-

(23) Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 18 de noviembre de 2009 (AC 2010/34).

plirse respecto de la participación de los bancos financiadores (en su condición de socios) en la sociedad del grupo (en esta hipótesis, la Filial) y no del concursado (la sociedad aportante).

En la redacción de la LC, el requisito se refiere, exclusivamente, a titularidad de participación en el capital, no a participación en el poder político, o en los derechos de voto, ni al concepto de control. No hay remisiones a la noción de grupo en el apartado 1.º del artículo 93.2 LC (24), ni a elementos como "control" o "influencia".

No existe consenso sobre el fundamento de esta exigencia del 5 por 100 ó 10 por 100 de tenencia de capital y si se puede extender a supuestos asimilados (por ejemplo, usufructo o prenda de valores, cuando los derechos de voto correspondan al usufructuario o acreedor pignoraticio, acuerdos de votación conjunta, tenencia de participaciones a través de filiales, etc.). Por un lado, parecería que lo que atribuye la condición de "*persona vinculada*" al socio es la tenencia de una participación mínima que presupone una determinada influencia en la sociedad participada. Pero la participación que exige la ley es demasiado exigua, tanto en sociedades abiertas como cerradas, para garantizar al socio una posición de predominio o de control en la sociedad insolvente, siquiera una capacidad de ejercer una influencia en la sociedad concursada. Algunos autores han defendido que la subordinación legal de los créditos de las personas especialmente relacionadas (los llamados *insiders* en la literatura norteamericana) ha de buscarse en las peculiaridades de la relación crediticia en cuestión, cuya causa se considera afectada –y en cierta medida, devaluada– en razón de la identidad subjetiva del acreedor, en base a la existencia de una suerte de presunción *iuris et de iure* en torno a la naturaleza no estrictamente crediticia de la causa del negocio de financiación y de sus motivaciones presuntamente espurias (25). Es por eso que la subordinación de los créditos de las personas especialmente vinculadas se produce de forma automática,

(24) Desapareció en la tramitación parlamentaria de este artículo la referencia al artículo 42 del Código de Comercio (y por tanto, la exigencia de control del socio) que contenían los textos prelegislativos.

(25) IGLESIAS PRADA, J. L., VAQUERIZO ALONSO, A.: "Sobre la subordinación legal en el concurso de los créditos pertenecientes a las personas especialmente relacionadas con el deudor", en *Estudios sobre la Ley Concursal, Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, t. IV, pp. 3734 y 3753.

con absoluta independencia de cuál sea el origen o causa del crédito, de la conducta o ánimo de los titulares, de la existencia o no de ánimo fraudulento o perjuicio efectivo para los intereses de los restantes acreedores o de una conducta social o jurídicamente reprochable.

En cualquier caso, si lo que atribuye la condición de persona vinculada al socio, desde la óptica de la ley, es la capacidad de influencia en la sociedad participada, esta capacidad de influencia se anuda en la letra de la ley, exclusivamente, a la tenencia de una determinada participación accionarial significativa. Aunque la normativa del mercado de valores, de la que parecen traer causa los umbrales del artículo 93.2.1.º LC (26), permite extender el régimen allí previsto a situaciones asimilables a la de la tenencia en la que se disfruta de idéntica capacidad de influencia (cesión de voto desligada de propiedad, por ejemplo), lo cierto es que la filosofía que inspira la normativa concursal y la del mercado de valores es diferente. Aunque no faltan opiniones doctrinales que hacen descansar la consideración de "persona vinculada" en su capacidad de influencia en la gestión de la concursada, que tendría un socio que poseyera más del 10 por 100 de los derechos de voto aunque no tuviera tal participación en el capital, nos decantamos más bien por la posición doctrinal que defiende la aplicación del artículo 93.2.1.º LC de forma estricta a situaciones en las que existe esa tenencia mínima de capital, sin extenderla a situaciones asimilables a la tenencia (27).

A mayor abundamiento, se ha defendido el carácter de norma sancionadora de la subordinación legal (28), lo que obligaría a interpretarla de forma restrictiva (art. 4.2 del Código Civil). Además, la LC se asienta en el principio de igualdad de trato a los acreedores,

(26) En concreto, del Real Decreto 377/1991, de 15 de marzo, sobre participaciones significativas.

(27) SEBASTIÁN QUETGLÁS, R.: *El concurso de acreedores del grupo de sociedades*, Estudios de Derecho Concursal, Ed. Thomson Aranzadi, 2009, p. 227 y nota 445.

(28) Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 28/11/2008 (JUR 2009/144647): "[...] *debemos dejar constancia de que esa automatización en la discriminación negativa, penalizadora, restrictiva de derechos, creemos que conduce a una interpretación del precepto, el art. 93.2.1.º LC ajustada a su tenor literal, no extensiva ni susceptible de extrapolación analógica*".

“que ha de constituir la regla general del concurso, y que sus excepciones han de ser muy contadas y siempre justificadas” (Exposición de Motivos LC, apartado V). Nuevamente esta orientación exige hacer una interpretación contenida, y no expansiva, tanto de los privilegios como de las subordinaciones establecidas por la norma.

Entendemos, en base a todo ello, que existen argumentos para defender la aplicación literal del precepto y no extender su alcance a otros supuestos distintos de los expresamente citados, como sería reputar *“personas vinculadas”* a los bancos financiadores que tuvieran una influencia política en la Filial superior al 10 por 100, aunque su participación en el capital sea inferior al 10 por 100.

Por último, somos de la opinión de que, incluso en el caso de que se llegara a afirmar, por un lado, la condición de la Filial de entidad del “grupo” de la sociedad aportante y, por el otro, la condición de “persona vinculada” de los financiadores del proyecto filializado en su condición de socios de la Filial con una participación en el capital social superior al 5 por 100 o al 10 por 100, la subordinación solo podría predicarse respecto de los créditos de ese financiador frente a la sociedad aportante con nacimiento posterior a la adquisición de la condición de socio en la Filial. Así resulta de la literalidad del inciso final del artículo 93.2.3.º LC que, al remitirse al número 1.º, se refiere en plural a *“las condiciones”*, y, por tanto, no solo a la condición de titularidad en el capital, sino también a la de temporalidad (créditos posteriores a la adquisición de la titularidad) (29).

(29) Obsérvese que el inciso final del artículo 93.2.3.º LC fue incorporado a través del artículo 9.5 del Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, precisamente el mismo Decreto-Ley que, mediante su artículo 9.4, incluyó en el apartado 1.º del artículo 93.2 LC el requisito de la temporalidad, por lo que, desde un punto de vista de política legislativa, parece evidente que la remisión se refiere a ambas condiciones. ALONSO LEDESMA, C.: “La reforma en materia de subordinación crediticia”, en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 11, 2009, pp. 65 y 66.

EL DOCUMENTO NOTARIAL DE LIQUIDACIÓN COMPLEMENTARIO DEL TÍTULO EJECUTIVO (*)

María Mercedes Bermejo Pumar

Notario

Doctora en Derecho

SUMARIO

1. PRIMERA PARTE. PACTO/S EN EL TÍTULO EJECUTIVO SOBRE LA FIJACIÓN DEL SALDO LÍQUIDO DE OPERACIONES PARA EL DESPACHO DE EJECUCIÓN EN EL CASO DE INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN (EJECUCIÓN FORZOSA). ARTÍCULOS 572 Y 573 DE LA LECIV, 207.4.º, 218 Y 219 (RD 45/2007, DE 19 DE ENERO) DEL REGLAMENTO NOTARIAL. DOCUMENTO COMPLEMENTARIO DEL TÍTULO EJECUTIVO. PROPUESTA DE SOLUCIÓN CUANDO LAS OPERACIONES SE REFIEREN A CONTRATOS PRIVADOS Y HECHOS EXTERNOS AL TÍTULO

Contenido de la primera parte:

- 1.1. Tema que provoca la cuestión
- 1.2. Evolución
- 1.3. La norma excepcional en la LECiv vigente: distinción entre el procedimiento para efectuar la liquidación (libertad de pacto) y los medios para acreditar el saldo deudor (interpretación de los medios tasados). Artículos 207.4.º, 218 y 219 del RN, y 153 de la LH (Circular 59/2008 del Colegio Notarial de Madrid). *Nulla executio sine titulo* y documento notarial de liquidación complemento del título ejecutivo, requisito necesario de la demanda cuando no consta la intervención del deudor en las operaciones para efectuar la liquidación, exista o no pacto de liquidez
- 1.4. Regla general a falta de pacto

(*) Publicado en el libro *Homenaje a Víctor Manuel Garrido de Palma*, Editorial Thomson Reuters Civitas y Consejo General del Notariado, 2010, pp. 1463-1536.

- 1.5. Resumen
- 1.6. Artículo 153 de la LH
- 1.7. Importancia de la notificación previa a la reclamación
- 1.8. Propuesta de solución: la actuación notarial cuando la cantidad es liquidable en virtud de operaciones que no se refieren directamente al crédito o préstamo y resultan de elementos externos al título que se pretende poner en ejecución (contratos y escritos privados o simples hechos)

2. SEGUNDA PARTE. PACTO SOLUTORIO Y SOBRE LA FORMA DE ACREDITAR EL CUMPLIMIENTO DE UNA OBLIGACIÓN CONTRACTUAL (EJECUCIÓN VOLUNTARIA). ARTÍCULO 219 DEL RN. RD 45/2007, DE 19 DE ENERO

Contenido de la segunda parte:

- 2.1. Documento de liquidación a cualquier otro efecto, procesal o no, distinto del contemplado en el artículo 218 del Reglamento Notarial. Complemento necesario de la falta de valor probatorio del traslado o certificado de la cuenta para solicitar su extinción o la cancelación de cualquier garantía (art. 82 de la Ley Hipotecaria –documento auténtico–; art. 33 del Reglamento Hipotecario –documento público–; arts. 573 de la LECiv, y 218 y 219 RN –documento público y auténtico–; art. 1229 del Código Civil –notas escritas por el acreedor–)

1. PRIMERA PARTE. PACTO/S EN EL TÍTULO EJECUTIVO SOBRE LA FIJACIÓN DEL SALDO LÍQUIDO DE OPERACIONES PARA EL DESPACHO DE EJECUCIÓN EN EL CASO DE INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN (EJECUCIÓN FORZOSA). ARTÍCULOS 572 Y 573 DE LA LECIV, 207.4.º, 218 Y 219 (RD 45/2007, DE 19 DE ENERO) DEL REGLAMENTO NOTARIAL. DOCUMENTO COMPLEMENTARIO DEL TÍTULO EJECUTIVO. PROPUESTA DE SOLUCIÓN CUANDO LAS OPERACIONES SE REFIEREN A CONTRATOS PRIVADOS Y HECHOS EXTERNOS AL TÍTULO

1.1. TEMA QUE PROVOCA LA CUESTIÓN

La acción ejecutiva responde a la existencia de un título de tal naturaleza que dispensa de la necesidad de indagar sobre la existencia de la relación en la que se funda. Como dice MONTERO AROCA, en un proceso de ejecución el título es el fundamento o causa de

pedir; en él se resumen todas las alegaciones del ejecutante no siendo necesario alegar nada distinto (1).

El artículo 517 de la LECiv señala cuáles son los títulos ejecutivos. Atiende a la forma. Pero la fuerza coactiva del título que permite al acreedor obtener por vía sumaria el cumplimiento de la obligación no depende solo de la forma del documento (2), sino del propio contenido del título (3). El título ejecutivo es lo que está fuera, es decir, el documento (la "cáscara", como dice CARNELUTTI), por lo que está dentro, la certeza que emana y que permite valorarlo como la prueba legal del crédito; "exigencia para la ejecución no tanto de la declaración judicial de certeza cuanto de la aquiescencia del deudor por una parte, y de la suficiencia de la afirmación del acreedor por otra: el equilibrio se ha formado precisamente sobre el concepto de la prueba legal del crédito que debe suministrarse al oficio ejecutivo, y que es algo menos que la declaración de certeza y algo más que la afirmación" (4).

Para que el título sea ejecutivo es necesario que por él se pueda tener por cierto el consentimiento de las partes a lo que es objeto de la obligación, la cantidad líquida o la manera de liquidarla. La prueba auténtica del consentimiento prestado proporciona certeza al derecho del acreedor correlativo a la obligación del deudor que se pretende ejecutar.

Esta certeza que debe proporcionar el título sobre el contenido económico de la obligación, es el presupuesto de las normas que regulan el procedimiento de ejecución dineraria (5). Se tiene en

(1) MONTERO AROCA, Juan: *Las ejecuciones hipotecarias*, p. 504.

(2) Como parece resultar de algunas de las manifestaciones recogidas en las minutas de la entidad acreedora, por ejemplo, BBVA: "El contrato al que se refiere la presente escritura ha sido formalizado, según se expresa anteriormente, con la intervención de Fedatario Público que se señala, a todos los efectos, incluso a los previstos en el número 4.º del artículo 517 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y legislación concordante".

(3) *Vid.* en este sentido, CARNELUTTI, Francesco: *Estudios de Derecho Procesal. Título ejecutivo y ciencia del proceso*, pp. 660, 671.

(4) CARNELUTTI, Francesco: *Estudios de Derecho Procesal. Título ejecutivo y ciencia del proceso*, pp. 662 y 663.

(5) Artículo 571 de la LECiv: "Las disposiciones del presente Título (IV, de la ejecución dineraria) se aplicarán cuando la ejecución proceda en virtud de un título ejecutivo del que directa o indirectamente, resulte el deber de

cuenta la conformidad de las partes al contenido del título al tiempo de otorgarse el documento y en el momento en el que se solicita la

entregar una cantidad de dinero líquida" (en el capítulo I, dedicado a las disposiciones generales).

Artículo 572.2: "También podrá despacharse ejecución por el importe del saldo resultante de operaciones derivadas de contratos formulados en escritura pública o póliza intervenida por corredor de comercio colegiado, siempre que se haya pactado en el título que la cantidad exigible en caso de ejecución será la resultante de la liquidación efectuada por el acreedor en la forma convenida por las partes en el propio título ejecutivo. En este caso, sólo se despachará ejecución si el acreedor acredita haber notificado previamente al ejecutado y al fiador, si lo hubiere, la cantidad exigible resultante de la liquidación". Sin embargo, 695.1.2.^a LECiv.

En este caso a la demanda ejecutiva deberán acompañarse, además del título ejecutivo y de los documentos del artículo 550 de la LECiv, aquellos a que se refiere el artículo 573 de la misma ley: "1... 1.º El documento o documentos en que se exprese el saldo resultante de la liquidación efectuada por el acreedor, así como el extracto de las partidas de cargo y abono y las correspondientes a la aplicación de intereses que determinan el saldo concreto por el que se pide el despacho de ejecución. 2.º El documento fehaciente que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en el título ejecutivo. 3.º El documento que acredite haberse notificado al deudor y al fiador, si lo hubiere, la cantidad exigible. 2. También podrá acompañarse a la demanda, cuando el ejecutante lo considere conveniente, los justificantes de las diversas partidas de cargo y abono...".

En caso de intereses variables el ejecutante expresará en la demanda ejecutiva las operaciones de cálculo que arrojan como saldo la cantidad determinada por la que pide el despacho de ejecución (art. 574 LECiv).

Artículo 575.2 y 3: "Sin perjuicio de la pluspetición que pueda alegar el ejecutante el tribunal no podrá denegar el despacho de ejecución porque entienda que la cantidad debida es distinta de la fijada por el ejecutante en la demanda ejecutiva. Sin embargo, no se despachará ejecución si, en su caso, la demanda ejecutiva no expresase los cálculos a que se refieren los artículos anteriores o a ella no se acompañasen los documentos que estos preceptos exigen".

En la ampliación por vencimiento de nuevos plazos de una misma obligación, la liquidación de estos puede hacerse por lo que resulte de los cálculos de la ya presentada si fuese conforme al título.

El artículo 685 se remite al artículo 550 y, en sus respectivos casos, a los artículos 573 y 574.

Proceso abreviado de excepciones –demanda de oposición– tasadas [entre ellas, acreditar documentalmente el pago, pluspetición –especiali-

expedición de las ulteriores copias a fin de que puedan ser puestas en ejecución. Con este requisito se trata de asegurar que la copia

dad, no suspende-, compensación con crédito que resulte de documento ejecutivo a su vez (-art. 557 LECiv-)]; también podrá oponerse alegando defectos procesales, como la nulidad radical del despacho de ejecución por no cumplir el documento presentado los requisitos legales exigidos para llevar aparejada ejecución (art. 559.1.3.º LECiv); en el caso de oposición por motivos de fondo, si estos no pueden resolverse por los documentos aportados, podrá solicitarse la celebración de vista, que señalará el secretario judicial (art. 560 LECiv); también podrá el ejecutado impugnar en el curso del proceso por infracción legal (art. 562 LECiv).

Solo se despachará ejecución (rige también en el caso de ejecución sobre bienes hipotecados) si se expresa el título ejecutivo, la tutela que se pretende conforme al título, precisando la cantidad conforme al artículo 575 de la LECiv (art. 549 LECiv) y se deben acompañar los precios o cotizaciones aplicables para el cálculo cuando no son de público conocimiento (art. 550). El auto por el que se despacha ejecución contendrá el contenido del requerimiento de pago al deudor en los casos en los que la ley establece este requerimiento (art. 553.1.5.º LECiv). Artículo 581: Casos en los que procede el requerimiento de pago: 1. Cuando la ejecución para la entrega de cantidades determinadas de dinero no se funde en resoluciones judiciales o arbitrales, o en transacciones o convenios aprobados judicialmente, despachada la ejecución, se requerirá de pago al ejecutado por la cantidad reclamada... 2. No se practicará el requerimiento establecido en el apartado anterior cuando a la demanda ejecutiva se haya acompañado acta notarial que acredite haberse requerido de pago al ejecutado con al menos diez días de antelación. Podrá hacerse en su domicilio del título ejecutivo o, a petición del ejecutante, en el lugar en el que pueda ser hallado (regla general, hay además la especial de los arts. 682 y 683 -para el cambio-).

En la ampliación por vencimiento de nuevos plazos de una misma obligación, la liquidación de estos puede hacerse por lo que resulte de los cálculos de la ya presentada si fuese conforme al título.

La oposición a la ejecución hipotecaria podrá fundarse en error en la determinación de la cantidad exigible cuando la deuda garantizada es el saldo que arroje el cierre de una cuenta; deberá acompañar un ejemplar de la libreta, a no ser que se hubiese convenido con la entidad acreedora, si esta es de crédito, ahorro o financiación, que la cantidad exigible en caso de ejecución será la especificada en certificación expedida por la entidad acreedora, pero el ejecutado deberá expresar con la debida precisión los puntos en que discrepe de la liquidación efectuada por la entidad (art. 695 LECiv).

se libra a favor de quien es titular de la acción ejecutiva [arts. 517 (6) de la LECiv y 233 del Reglamento Notarial].

Pero en las minutas de los contratos de préstamo y crédito que presentan las entidades financieras para elaborar las escrituras y en las pólizas que presentan para su intervención, se prevén variaciones en el importe de la cuota que debe satisfacer el deudor por remisión a hechos, circunstancias y contratos privados (7) cuya certeza no resulta del propio título. Tampoco se pacta en ellas ningún medio que permita conocer de modo auténtico la certeza de los contratos ni de los hechos futuros de los que se hace depender esta variación. En algunos casos se pacta que estas alteraciones tengan lugar con la mera solicitud escrita y firmada por el deudor o incluso se pacta la solicitud verbal, por lo que la realidad de estos contratos y hechos futuros no está probada.

(6) Primera copia de la escritura o segunda dada en virtud de mandamiento judicial y con citación de la persona a quien deba perjudicar, o de su causante, o que se expida con la conformidad de todas las partes; o pólizas de contratos mercantiles firmadas por las partes o por corredor de comercio colegiado que las intervengan, con tal que se acompañe certificación en la que dicho corredor acredite la conformidad de la póliza con los asientos de su libro registro y la fecha de estos...

(7) BBVA: "En cada uno de los sucesivos períodos de interés las cuotas se recalcularán considerando el tipo de interés que resulta aplicable y el plazo restante al inicio del período, conforme a la fórmula que se recoge en el anexo I de esta escritura. Ello no obstante, la parte prestataria podrá optar, en una o varias veces, por la modificación, ampliándolo o reduciéndolo, del número de cuotas mensuales de amortización del préstamo, sin que en ningún caso pueda llegar a excederse del plazo máximo de duración pactado y con arreglo a las demás condiciones que más adelante se establecen... Una vez transcurrido el período de interés fijo y el primer período de interés variable, y en cuantas ocasiones lo considere oportuno, la parte prestataria, siempre que se encuentre al corriente por razón del préstamo, podrá ampliar o reducir el número de cuotas mensuales restantes de amortización, con arreglo a las siguientes condiciones... 3.3. Para determinar el tipo nominal aplicable al devengo de los intereses ordinarios, la duración del préstamo se entiende dividida en períodos de interés... la parte prestataria podrá optar, para que tenga efecto en el período de interés inmediato siguiente, por una de las modalidades de interés...; a) Modalidad a interés constante o, b) Modalidad a interés constante... 3.ª BIS... Índice de referencia principal si el préstamo se encuentra en la modalidad de interés variable...".

Las notas y escritos privados del acreedor no hacen prueba frente al deudor o tercero y es solo el deudor quien puede hacerlos valer en lo que le favorezca, pasando, en ese caso, por lo que le perjudiquen (1229 del Código Civil).

Tampoco la cuenta sirve como medio de prueba del contenido del contrato. En las escrituras de préstamo y crédito se suele recoger la cuenta en la que se representan los cargos y abonos que resultan de los contratos de préstamo, crédito, reconocimiento de deuda... Esta cuenta no constituye la prueba de las relaciones sustrato de los asientos, ni los traslados de la especial que se apertura para el préstamo, crédito o contrato que se realice se toman como documentos de procedencia del deudor titular de la cuenta.

Con la apertura de la cuenta la entidad asume la obligación de su llevanza. La parte deudora se obliga a tener saldo en ella para hacer frente a los vencimientos periódicos. Esto parece ser lo más importante del programa obligacional de la parte deudora (8).

(8) Por ejemplo, Caixa Galicia: "La devolución del capital y el pago de intereses y sumas accesorias deberán efectuarse en la Sucursal de... el mismo día señalado para su pago. A tal efecto el prestatario mantendrá abierta la cuenta... con los fondos necesarios, en las respectivas fechas de pago, para que ésta pueda aplicarlos a satisfacer las obligaciones derivadas del mismo".

Caixa Nova: "La parte prestataria se compromete a tener cuenta en la Caja, debiendo mantenerla por todo el tiempo de duración del préstamo, con saldo suficiente para cargar en la misma los intereses, amortizaciones y demás conceptos que origine el préstamo...".

Banesto: "Mediante abono en la cuenta corriente abierta a su nombre en la sucursal de dicho Banco..., y la parte prestataria declara haberla recibido a su entera satisfacción en la indicada forma, en el día de hoy y por el importe citado".

Banco Santander: "El pago de las amortizaciones de capital a que se refiere la presente Cláusula, así como el de las comisiones, intereses, gastos pactados e impuestos a cargo de la parte prestataria, se efectuará, sin necesidad de previo requerimiento de pago, mediante cargo en la cuenta señalada en la Cláusula Primera. «Capital del Préstamo», letra b), o en cualquiera otra que aquélla designe al efecto en el futuro abierta a su nombre en dicho BANCO, comprometiéndose la parte prestataria a tener saldo acreedor suficiente en la indicada cuenta, y quedando el BANCO desde ahora facultado para destinar saldo acreedor bastante de las expresadas cuentas a fin de atender los pagos mencionados".

Llevada al extremo esta idea podría conducir a que la obligación del deudor se reduzca a tener saldo en una cuenta y que la relación jurídica se someta en sus efectos a la accidental contable, de manera que se difumina la principal y la relación subjetiva entre acreedor-deudor y la objetiva se abstraen y limitan a lo que refleje la cuenta.

Pero aun cuando se pacte que la obligación consiste en pagar el saldo que arroje la cuenta por compensación de los sucesivos abonos y cargos, la relación jurídica no es sustituida por la contable. De manera que no se entiende que los abonos y cargos suponen la aceptación de las alteraciones de los contrato/s, relación sustrato base, cuando no se ajustan a lo convenido en ellos.

En todo contrato el *animus solvendi* del deudor no está justificado por la existencia de saldo o por el ingreso en la cuenta; ni el movimiento de la cuenta que refleje el abono por un tercero implica la subrogación de este tercero que lo efectúa en el lugar del acreedor cuando el deudor no rechace la aplicación de este ingreso al pago de la deuda.

Las partidas de ingreso y cargo en la cuenta no prueban el contenido de la relación contractual entre acreedor y deudor o con el tercero, ni, tampoco, la intención de este a pagar por el deudor y a subrogarse en el lugar del acreedor.

La relevancia de la cuenta, como mera representación contable de los movimientos que derivan de un contrato, no altera ni prueba el contenido de la relación jurídica.

Los abonos en la cuenta solo constituyen el medio de pago de la obligación debida. Así lo pone de manifiesto la doctrina antigua y reciente. Por ejemplo, ESTASÉN, después de invocar el artículo 1089 del Código Civil, recuerda que "para que haya deudor y, por lo tanto, obligación de pagar el total o parte de una cuenta, ha de haber actos, contratos ú omisiones creadores de vínculos de derecho y a los cuáles hagan referencia los conceptos de las partidas que dicha cuenta contenga" (9). Entre los autores actuales, GARCÍA-PITA Y LASTRES mani-

(9) La representación contable no puede confundirse con los actos y contratos que son la causa de la cuenta y de todas y cada una de sus partidas. ESTASÉN, Pedro: *De las cuentas corrientes y de los contratos de cuentas corrientes según el Derecho español*, Madrid, 1909, p. 15, también pp. 26, 29 y 30.

fiesta que "las cuentas bancarias no recogen, de forma prolija y minuciosa, los datos relativos a los negocios jurídicos que dan lugar a las remesas o apuntes... la prueba de las relaciones causales no puede ser proporcionada por los datos que figuran en la cuenta" (10).

Por lo que, volviendo al supuesto que nos ocupa, cuando el título no prueba la existencia de los contratos privados y hechos de los que se hace depender el importe de la base de cálculo, la cuenta no sule esta falta. El saldo de la cuenta no prueba si se produjeron y tuvieron en cuenta hechos que falta demostrar como ciertos. En ella, solo queda reflejo de las consecuencias de las circunstancias pactadas, pero no prueban el contenido del contrato de crédito o de préstamo o de los contratos, a su vez, de los que se hizo depender la fijación del tipo aplicable a la operación o de las cantidades acumuladas al capital.

Por otra parte, la regla general es que la cantidad debida se liquida de común acuerdo, y este acuerdo debe constar en la forma a la que la ley reconoce fuerza probatoria y, en el caso de juicio ejecutivo, también fuerza ejecutiva.

Pero se admitió, excepcionalmente y para un tipo de contrato, que el acreedor unilateralmente pudiese acreditar la cantidad objeto de reclamación. Se trata del supuesto del crédito en cuenta corriente. Las distintas operaciones que el deudor carga en la cuenta de crédito se someten a las condiciones de la cuenta y son el fin de los actos de disposición del crédito.

Esta medida excepcional se permitió para dar agilidad a las ejecuciones. Pero no puede servir para burlar lo que constituye el fundamento de los juicios ejecutivos que no tienen por fin indagar y declarar el derecho a una cantidad. Es el título la prueba probada del derecho a cobrarse una cantidad líquida desde el principio o liquidable por lo que se acordó en él. Como recuerda la STC de 10 de febrero de 1992, dictada en la cuestión de inconstitucionalidad número 1219/1988 y acumulados, relativas al artículo 1435.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil (1881 reforma 1984), el artículo 1435

(10) GARCÍA-PITA Y LASTRES, José Luis: *Tratado de Derecho Mercantil. Las entidades de crédito y sus operaciones*, volumen 4, *Operaciones bancarias neutras*, p. 416, "Las cuentas bancarias no recogen los datos relativos a los negocios jurídicos causa de las remesas o apuntes".

no otorga a la contabilidad de las entidades de crédito el carácter de documento público.

A esta idea de que el título ejecutivo es el fundamento del proceso de ejecución responden las distintas soluciones que adopta el legislador cuando lo regula. Por ejemplo, en la ampliación por vencimiento de nuevos plazos de una misma obligación, la liquidación de estos puede hacerse por lo que resulte de los cálculos de la ya presentada si fuese conforme al título.

Esta solución no será posible si el importe de la cantidad debida varía en función de nuevos contratos privados y hechos extraños al título.

Tampoco podrá tener lugar la oposición a la certificación del acreedor, si lo que puede ser objeto de discusión no figura en ella, como es la realidad de los contratos y hechos de los que se hace depender la cantidad debida y el traslado de la cuenta no prueba. Aun en el caso de que el acreedor presente los soportes y comprobantes de estas alteraciones, el deudor estará desprotegido por insuficiencia de título aunque el que se ejecute aluda a estos posibles contratos y hechos futuros, si no están probados en él.

El reconocimiento de fuerza ejecutiva a las escrituras y pólizas en las que el contenido económico de la relación se hace por remisión a contratos que no constan en el propio título, resulta incoherente con otras exigencias legales.

Por ejemplo, es incoherente que se exija conformidad de la póliza (documento privado) con el asiento de los Libros Registro y que no se exija requisito alguno para contrastar si es debido el importe que se reclama según hayan tenido o no lugar contratos privados, solicitudes escritas o meros hechos manifestados por el acreedor. Contratos y hechos que no pueden ser verificados ni confrontados. Resulta, también, incoherente el reconocimiento de fuerza ejecutiva a documentos privados o manifestaciones del acreedor por remisión, con la exigencia de auto judicial en el que conste la cantidad objeto de reclamación por indemnización fijada en estado de rebeldía del deudor.

Los contratos privados y posibles hechos futuros de los que se hace depender la cuantía de la cuota no constan en debida forma para que constituyan la prueba auténtica de la aquiescencia del deudor a las bases en las que puede sustentarse la reclamación.

Por lo que creo que estas minutas que presentan las entidades financieras para la elaboración del título no dotan de certeza a la futura reclamación del acreedor, y justifican discrepancias en consideración al alcance de la deuda y de la insuficiencia del título.

Es incoherente, por esta razón, que tenga lugar en el título el consentimiento anticipado a que las ulteriores copias tengan carácter ejecutivo, cuando el propio título no lo tiene sin ser reintegrado por otros documentos auténticos, al no dotar, por sí, de certeza al contenido del derecho desde el inicio de la relación.

Cuando la LECiv anterior, la de 1881, después de la reforma de 1984, sanciona legalmente la práctica del pacto de liquidez por la entidad acreedora (la certificación en la que se exprese la cantidad que se tendrá por líquida incorporada a documento fehaciente en el que se acredite que la liquidación se realizó conforme a la pactado y coincide con el saldo que aparece en la cuenta del acreedor –STC de 12 de febrero de 1992–) no está permitiendo que, por virtud de la cuenta, se haga abstracción de los requisitos formales y sustantivos necesarios para que el saldo deudor pueda exigirse en un proceso sumario y abreviado de ejecución.

La vigente LECiv tampoco excepciona este principio, de manera que el documento fehaciente de liquidación no es un acta de manifestaciones del acreedor.

Por lo que, cuando para el cálculo de la cuota el título se remita a hechos y contratos privados, la diligencia del documento notarial de liquidación exigido en la ley como requisito de la demanda en el que se recoge el certificado emitido por el acreedor, deberá efectuarse de manera que sirva al fin que con él se persigue: el despacho de ejecución; y no es más que apariencia de buen derecho si en la diligencia se dan por ciertas las bases de las operaciones por la sola manifestación del acreedor.

Junto a esta liquidación final para el supuesto de incumplimiento, el acreedor suele reservarse la facultad de llevar a cabo otras liquidaciones unilateralmente durante la vida del préstamo o del crédito.

Los pactos que dejan incierta la cantidad debida son muy variados y frecuentes en las minutas de préstamo y de crédito garantizados o no con hipoteca, que presentan las entidades financieras acreedoras para la elaboración de las escrituras públicas. En ellas

se recogen cláusulas que hacen depender de circunstancias ajenas al título tanto la fijación de la parte amortizada de capital, como la de los intereses que devenga la pendiente, así como la remisión a tarifas que no son oficiales ni de público conocimiento. Esto sucede, bien porque su cuantía se hace depender de nuevas disposiciones de un crédito o del ejercicio de opciones en la forma de amortizar un préstamo o crédito, que, a su vez dan lugar a la acumulación al capital, o del uso de facultades atribuidas al deudor o al propio acreedor, o por cualquier otra circunstancia. La porción periódica de intereses debidos por razón del capital pendiente suele ser variable también, porque estos intereses se determinan por referencia a otro (y a otro, y a otro... –por ejemplo, el euríbor publicado en la página de la Agencia Reuters a las X horas del mismo día en el que se fije el tipo de cesión por el ICO...–) y el margen que se adiciona a esta referencia es, a su vez, variable según se cumplan o no otros contratos privados con la entidad acreedora, o, de nuevo, por cualquier otra circunstancia.

En las minutas de las entidades financieras sobran ejemplos de remisiones a la posible celebración de contratos privados y de manifestaciones o hechos que están por probar para determinar el importe debido (11).

(11) Recojo algunos al azar:

BBVA: "Amortización con cuota final. Una vez transcurridos los tres primeros meses de la duración del préstamo, la parte prestataria podrá solicitar al Banco la amortización del préstamo por el sistema de «amortización con cuota final» y posteriormente, en el supuesto de que ya se encontrase el préstamo en dicho sistema de «amortización con cuota final», podrá solicitar al Banco la modificación del importe de la última cuota o «cuota final», en ambos casos con las siguientes condiciones... que la repetida solicitud esté firmada por todos los prestatarios y, en su caso, por todos los fiadores... Todas las firmas deberán estar legitimadas notarialmente... En el supuesto de aceptar el Banco la solicitud de «amortización con cuota final» o de modificación de importe de la «cuota final»... comenzará a aplicarse... Modificación del número de cuotas.– Una vez transcurrido el «período de interés fijo» y el primer «período de interés variable», y en cuantas ocasiones lo considere oportuno, la parte prestataria, siempre que se encuentre al corriente de sus obligaciones por razón del préstamo y que no tenga débitos vencidos pendientes de pago al banco por razón de otras operaciones, podrá ampliar o reducir el número de cuotas mensuales restantes de amortización con arreglo a las siguientes condiciones: a) Que se dé aviso por escrito al

En estos casos, las operaciones para el cálculo de lo debido no se refieren directamente al crédito o préstamo, sino a contratos o circunstancias cuya certeza no resulta del título. La complicación aumenta con otros pactos que suelen acompañar al préstamo o crédito. Algunos de estos adquieren la relevancia de relación autónoma, que es la que en su caso se garantiza. Por ejemplo, cuando

Banco con quince días de antelación... Aplazamiento de pago de cuotas.- Igualmente, una vez transcurrido el «período de interés fijo» y el primer «período de interés variable», la parte prestataria, siempre que se encuentre al corriente de sus obligaciones por razón del préstamo y que no tenga débitos vencidos pendientes de pago al Banco por razón de otras operaciones, podrá aplazar el pago de hasta dos cuotas en cada año natural y con un máximo de diez cuotas aplazadas durante toda la duración del préstamo, con arreglo a las condiciones que se establecen a continuación: 1. Que se dé aviso por escrito al Banco con al menos quince días de antelación a la fecha de vencimiento de la cuota mensual objeto de aplazamiento, indicando la fecha de la cuota cuyo pago se aplaza... 5. El importe de la/s cuota/s aplazada/s se acumulará al capital pendiente al día siguiente del vencimiento de la/s cuota/s y como aumento de capital devengará intereses desde la citada fecha al tipo de interés vigente en el préstamo... Períodos de interés... Una vez transcurridos los tres primeros meses de la duración del préstamo, así como una vez en cada anualidad de la duración del préstamo, la parte prestataria podrá optar... por una de las modalidades de interés... a) Modalidad de interés constante o b) Modalidad de interés variable, en la forma y condiciones siguientes: -Que notifique por escrito al Banco, con quince días de antelación a la fecha de inicio del nuevo período de interés... 3.4. Tipo nominal... Tipo de interés variable. Índice de referencia. 3.º bis. Períodos de interés variable. Cálculo del tipo de interés vigente. En cada período de interés variable el tipo de interés vigente será el tipo nominal, expresado en tasa porcentual anual, que para cada modalidad de tipo de interés se define a continuación y, en su defecto, el tipo nominal sustitutivo que también se define seguidamente indicando en ambos casos el índice de referencia y margen constante que se utilizan para la determinación respectiva del nominal... En todos los casos, se tomará el valor del último índice que en la fecha anterior más próxima a la fecha inicial del período haya sido publicado en el Boletín Oficial del Estado... Cuando se utilice este índice, el tipo nominal será el valor del último índice adicionado en cero con setenta y cinco puntos porcentuales... 3.bis. 4 Bonificación de tipo de interés. El Banco manifiesta que el tipo de interés vigente aplicable en cada período de interés que resulte de acuerdo con las reglas y condiciones anteriores será objeto de una bonificación de tipo de interés equivalente a los puntos porcentuales del tipo de interés ordinario nominal que

se asegura el saldo que arroje una cuenta al final de un período o a la extinción del contrato y los intereses son los convenidos en

más adelante se indican, siempre que al menos una de las personas integrantes de la parte prestataria mantenga los productos o servicios bancarios que, a su expresa solicitud, tenga suscritos o domiciliados en el Banco. Para que en su caso se aplique la correspondiente bonificación la parte prestataria debe encontrarse al corriente de sus obligaciones por razón del préstamo y no tener débitos vencidos pendientes de pago al Banco por razón de otras operaciones. La formalización de la presente escritura en ningún caso implica la obligación del Banco de acceder a contratar con la parte prestataria todos o alguno de los productos o servicios relacionados con la presente cláusula. La bonificación estará en función de los grupos A, B, C, de productos y servicios siguientes, con las condiciones que para cada caso se especifican: Grupo A: Nómina: se entiende por nómina a estos efectos la domiciliación ininterrumpida durante seis meses anteriores a cada período de interés, en cuenta abierta en..., de nómina, pensión, subsidio de desempleo o domiciliación del pago de la cuota de autónomos. Excepcionalmente, y únicamente durante el período de interés fijo, dicha domiciliación habrá de extenderse por un plazo de tres meses siempre que dicho período fijo se haya pactado con una duración inferior a seis meses. 2. Seguro multirriesgo hogar que deberá contratarse con la compañía... debiendo mantenerse dicho contrato de seguro vigente y al corriente de pago de las primas el día anterior al comienzo de cada período de interés en que vaya a ser aplicable la bonificación... Grupo B: 1.-Seguro de vida o seguro de amortización del presente préstamo: deberá contratarse una de estas dos modalidades de seguro con la Compañía... 2.-Tarjeta de crédito: se entiende a estos efectos el ser titular de cualesquiera de las tarjetas de crédito comercializadas por... y la efectiva utilización de la misma en comercios al menos una vez en los seis meses anteriores a cada período de interés... Grupo C: 1. Plan de pensiones o de previsión individuales: deberá ser contratado con la entidad correspondiente gestora perteneciente al Grupo... y realizarse unas aportaciones mínimas ininterrumpidas de 50 euros/mes durante los seis meses anteriores a cada período de interés... La parte prestataria faculta al Banco para suplir los gastos necesarios para asegurar la correcta inscripción de la hipoteca... El Banco queda facultado para cargar en cuenta o reclamar en cualquier momento a la parte prestataria cuantas cantidades se le adeuden por los conceptos antes indicados. Las cantidades así adeudadas al Banco devengarán, desde la fecha en que éste las hubiese satisfecho y sin necesidad de reclamación, intereses de demora...".

Caixa Nova: "Aplazamiento de cuotas: La parte prestataria, siempre que se encuentre al corriente en todas las obligaciones derivadas del presente contrato y el préstamo se encuentre dispuesto en su totalidad, podrá solicitar a la Caja el aplazamiento de pago de un máximo de un año... hasta

el contrato de cuenta corriente, en la que se reflejan los abonos y cargos consecuencia de las relaciones sustrato. En otros casos las

un total de tres aplazamientos durante toda la vida del préstamo, que no podrán sobrepasar en total treinta y seis meses. El aplazamiento de cuotas deberá instarse a la Caja mediante solicitud expresa...”.

Caixa d’Estalvis i Pensions de Barcelona: “La parte acreditada y la Caixa podrán acordar la modificación de la fecha de vencimiento de todas o de alguna o algunas de las disposiciones realizadas e incluso establecer o suprimir períodos de carencia de amortización para una o varias disposiciones ya realizadas, o para otras nuevas... La parte acreditada y la Caixa podrá también acordar el aplazamiento del pago de cuotas estableciendo a tal efecto un período de espera... el período de espera finalizará también cuando así lo solicite la parte acreditada, se realice por la misma una amortización anticipada, el importe disponible del créditos no sea suficiente para cubrir los intereses correspondientes al período de espera atendida una eventual variación al alza de los mismos durante dicho período, o se acepte por la Caixa la subrogación de un tercero... la Caixa queda especialmente facultada e irrevocablemente autorizada en lo menester por la parte acreditada y por la hipotecante no deudora para aplicar, con cargo a la parte disponible por la misma del presente crédito, cualquier obligación de pago vencida y no satisfecha de dicha parte o de cualquiera de las personas que la integran, dimanante de cualesquiera operaciones, tales como, a título enunciativo, descubiertos en cuenta, avales, préstamos, créditos, descuentos o cualquier otra. Tal cargo, que será notificado a la parte acreditada con detalle de la operación de que se trate, tendrá el carácter de disposición... La Caixa podrá negarse a que la parte acreditada realice disposiciones del crédito, aun en el caso de no haber alcanzado el límite de endeudamiento concedido, en cualquiera de los supuestos previstos como causas de vencimiento anticipado de la presente operación o si hubiese incumplido cualquier otra obligación que tenga contraída con terceros, o cuando hubiere variado cualquiera de los factores que se tomaron en consideración al concertar la operación, especialmente la solvencia de la parte acreditada, o en caso de fallecimiento de las personas que, en su caso, la integran”.

Banesto: “2.6.- Aplazamiento de cuotas periódicas.- Sin perjuicio de lo anteriormente pactado, siempre que se encuentre al corriente de las obligaciones pactadas en esta escritura, la parte prestataria podrá, si le conviene, solicitar hasta tres aplazamientos de pago de un número determinado de cuotas correspondientes al préstamo con sujeción a los siguientes pactos: a) a parte prestataria deberá comunicar al Banco su deseo de efectuar el aplazamiento indicando el número de cuotas que desea aplazar, con una anticipación de al menos quince días a la fecha de cobro de la primera cuota a aplazar y siempre después de la fecha de la última cuota

condiciones se fijan en cada disposición o en cada remesa y tienen su reflejo en el título o no.

pagada, mediante escrito cuyo modelo se incorpora como Anexo a esta escritura. b) En cada solicitud se pueden aplazar hasta doce cuotas mensuales consecutivas. c) Para poder solicitar cada uno de los aplazamientos, el acreditado deberá haber pagado puntualmente y sin ningún retraso, las doce cuotas mensuales previas, y, entre cada uno de los aplazamientos, igualmente habrán de haberse pagado, puntualmente y sin ningún retraso, como mínimo otras doce cuotas mensuales. d) Los intereses devengados correspondientes a las cuotas aplazadas se capitalizarán en la forma prevista en el artículo 317 del Código de Comercio, en la fecha en que hubiera correspondido su liquidación, pasando a formar parte del capital pendiente de amortizar. e) En ningún momento, a lo largo del período de espera, el importe pendiente del préstamo que se irá incrementando con la capitalización de intereses, no podrá superar el capital inicial, de manera que si se diera esa circunstancia, se reducirá el número de cuotas a aplazar de forma que se adecuen a dicho límite. Una vez finalizado, en su caso, cada uno de los períodos de aplazamiento, se volverá a calcular el cuadro de amortización, calculándose las cuotas en función del nuevo capital pendiente, el tipo de interés vigente y el plazo de amortización convenido...

3.bis. 5. Bonificación del tipo de interés. Además de lo indicado anteriormente en esta misma cláusula, en la fecha de inicio de cada uno de los sucesivos períodos de interés, se actuará de la siguiente forma para obtener el tipo de interés nominal a aplicar en ese período de interés. Se restará, al tipo de interés obtenido según la forma establecida en el apartado 3.º bis.2, cero con cero cinco puntos por cada uno de los grupos de productos o servicios que se especifican a continuación, siempre que se tengan contratados con Banesto o sociedades de su grupo, en la forma, los volúmenes o plazos mínimos que se señalan: Servicio Nómina/pensión: ha de existir domiciliación de la nómina o pensión de, al menos, uno de los titulares, en momento de cada revisión. Seguro Multirriesgo del Hogar: ha de existir este tipo de seguro, contratado con Banesto Seguros, SA, para la vivienda hipotecada, con un capital asegurado, por el concepto continente, mayor o igual al valor para seguro de la tasación del bien hipotecado, señalada en la cláusula 7.2. Seguro de vida/amortización de préstamo: a nombre de cualquiera de los titulares por un importe acumulado mínimo del sesenta por ciento del saldo vivo del préstamo en el momento de la revisión del tipo de interés. Tarjeta de crédito a nombre de cualquiera de los titulares con una facturación mínima acumulada en todos los contratos de tres mil euros los doce meses anteriores a la revisión, excluida la retirada de efectivo. Plan de pensiones o de Previsión o Fondos de Inversión a nombre de cualquiera de los titulares con un saldo global mínimo de cuatro mil euros,

Otros pactos se contraen para reforzar la efectividad de la garantía o el cumplimiento de la obligación principal asegurada (el propio crédito o préstamo). Entre estos últimos pactos accesorios y auxiliares se encuentra aquel por el que se faculta al acreedor para efectuar pagos por cuenta del deudor y capitalizar su importe (12), o aquel otro por el que se faculta al acreedor a efectuar una compensación voluntaria de cuentas, que suele incluirse en las minutas de las entidades financieras (13) [excepcionando para cualquier

en el momento de la revisión. Por tanto la suma total de los puntos a restar tendrá un máximo de cero con veinticinco puntos. A los efectos de lo dispuesto en esta estipulación, hay que entender que la contraprestación de dichos productos y servicios, así como su mantenimiento posterior, se hace por expresa solicitud y voluntad de la parte prestataria, sin que en ningún caso suponga para el Banco la obligación de contratarlos o mantenerlos”.

(12) Banco de Santander: “II. El BANCO queda facultado en este acto por la parte prestataria para suplir los pagos debidos por la misma, a tenor de lo pactado en el precedente apartado I, y cargarlos en cuenta de aquélla en cualquier momento. Las cantidades así adeudadas al BANCO devengarán, desde la fecha en que éste las hubiera satisfecho, y sin necesidad de reclamación alguna, intereses de demora con arreglo a la Cláusula SEXTA y quedarán garantizados con cargo a la cifra prevista para gastos y costas en la Cláusula NOVENA. La totalidad de los débitos vencidos de la parte prestataria, derivados de esta operación, y que se hallaren pendientes de pago en cada momento, tendrán la consideración de deuda única a los efectos del artículo 1169 del Código Civil, sobre lo cual, el BANCO no estará obligado a admitir pagos parciales. Sin perjuicio de lo anterior, si existieran en algún momento varios débitos vencidos de la parte prestataria frente al BANCO, derivados tanto de esta operación como de cualquier otra, el BANCO quedará facultado para determinar libremente el débito a cuyo pago se aplicará cada una de las cantidades que recibe de aquél, o que queden disponibles a su favor en cualquiera de las operaciones”.

(13) También sobran ejemplos. Recojo los siguientes:

Caixa d’Estalvis i Pensions de Barcelona: “La parte acreditada autoriza expresamente a la Caixa para que perciba las cantidades que no le hayan sido satisfechas a su debido tiempo con cargo a cualquier depósito de dinero de los que aquélla o cualquiera de sus integrantes sea titular única o indistinta. Al propio tiempo la Caixa queda autorizada para que pueda aplicar al pago o cumplimiento de las obligaciones vencidas, aunque sea anticipadamente, que deriven del presente contrato de crédito, o de la ley, los depósitos de valores, los activos financieros, los créditos y los valores de rescate e indemnizaciones de los seguros de que la parte acreditada

tipo de depósito de forma expresa el artículo 1200 del Código Civil –que para la mayoría de los autores es inaplicable al depósito irre-

o cualquiera de sus integrantes figure como titular en la Caixa. A tales efectos, la parte acreditada concede poder irrevocable a la Caixa para: a) disponer de los depósitos y de los activos financieros, dando órdenes de cargo, realización, cesión o endoso, incluso de venta en Bolsa, necesarias. b) Compensar sus créditos con los de la parte acreditada o de cualquiera de sus integrantes. Estos créditos se considerarán exigibles si bien a tales efectos, aunque no hayan vencido todavía”.

BBVA: “8.5. Compensación. La deuda que resulte contra la parte prestataria por razón de este contrato, podrá ser compensada por el Banco con cualquier otra deuda de éste que la prestataria pudiera tener a su favor, cualquiera que sea la forma o documentos en que esté representada, la fecha de su vencimiento, que a este efecto podrá anticipar el Banco y el título de su derecho, incluso el de depósito”.

Caixa Nova: “La parte prestataria se compromete a tener cuenta en la Caja, debiendo mantenerla por todo el tiempo de duración del préstamo, con saldo suficiente para cargar en la misma los intereses, amortizaciones y demás conceptos que origine el préstamo... en caso de no existir saldo suficiente en la mencionada cuenta, la parte prestataria y los fiadores autorizan expresamente a la Caja para cobrar cualquier cantidad vencida con cargo a créditos, cuentas corrientes, libretas de ahorro o depósitos de efectivo o valores que figuren a nombre de la parte prestataria o de los fiadores si los hubiera, aunque sea solidariamente con otras personas. Con el mismo fin, la Caja podrá proceder a la venta de valores depositados por cualquiera de los obligados, para lo cual esta escritura servirá como orden expresa, quedando facultada la Caja para la firma del vendí y cuanta documentación proceda”.

Caja de Ahorros de Galicia: “Queda facultada la Caja para entender compensadas las cantidades que le adeude el prestatario con los créditos que ostente éste frente a la misma, aunque provengan de un contrato de depósito y con independencia de la fecha de vencimiento, que a estos efectos se entenderá anticipado en beneficio de la Caja”.

Banco Santander: “La parte prestataria reconoce el derecho del Banco, y en lo menester le autoriza, irrevocablemente, para cargar las cantidades que adeude a éste como consecuencia del presente contrato, tanto en las cuentas corrientes como de ahorro, o de cualquier otra naturaleza que la parte prestataria tenga o puede tener abiertas en el Banco, así como compensar las deudas procedentes de este contrato con cualquier depósito a la vista o a plazo de que aquélla fuera titular en el Banco, concediéndole a éste cuantas facultades sean precisas a los solos efectos e indicados fines,

gular (14)-] con el recurso a la idea de cuenta única. Esta compensación (que la jurisprudencia analiza con recelo, por ejemplo, entre otras, la STS de 21 de abril de 1988 y la más reciente STS de 16 de diciembre de 2009, para exigir su precisión y evitar la arbitrariedad) sugiere, a su vez, muchas dudas. Entre ellas, si puede ejercitarse solo por el acreedor, tal como parece resultar del pacto, o si es posible que pueda hacerse valer por el fiador, como sucede en la compensación que regula la ley (art. 1197 del Código Civil). Pero, aun pactada como mera facultad del acreedor y deduciendo de lo convenido que el deudor no renunció a la posible compensación, es discutible que se le pueda imponer sin consideración a las facultades y garantías (por ej., pacto sobre modalidades de valoración) que le corresponden (artículo 1172 del Código Civil) y a las excepciones que, por ello, puede oponer (15). Es, por esta razón, muy discutible que esta compensación voluntaria tenga una eficacia automática en las relaciones jurídicas con el recurso a mecanismos contables y sin consideración a la naturaleza de los créditos (que pueden ser análogos o análogos por conversión –por proceder a su venta, de activos, por ejemplo–; vencidos o vencidos por declaración anticipada –a lo que se presta anticipadamente consentimiento–). Lo es, también, que se predique el carácter unilateral de la facultad de compensar en consideración, exclusivamente a los términos del pacto, ya que, por virtud de este pacto de compensación no puede facilitarse un empleo abusivo por el acreedor de su facultad de llevanza y gestión de las cuentas (16) frente al deudor o frente a tercero. De manera que,

entre ellas las de proceder al traspaso de fondos necesarios o vender los valores que tenga o en lo sucesivo tuviese depositados en el Banco dicha parte prestataria. En el supuesto de tratarse de imposiciones a plazo, podrá el Banco cancelarlas anticipadamente con el objeto ya indicado. Esta misma cláusula será de aplicación a los garantes, caso de existir éstos”.

(14) *Vid.*, por todos, GARCÍA-PITA Y LASTRES, José Luis: en *Tratado de Derecho Mercantil. Las entidades de crédito y sus operaciones*, volumen 4, *Operaciones bancarias neutras*, p. 407. BAENA BAENA, Pedro Jesús: *La compensación en las cuentas bancarias*, Madrid, 1999, pp. 48 y 49.

(15) *Vid.* GARCÍA-PITA Y LASTRES, *op. cit.*, pp. 410, 411.

(16) BAENA BAENA, Pedro Jesús: *op. cit.*, pp. 55 y ss.

como pone de relieve la doctrina, el daño consecuencia de la actuación u omisión del acreedor por no ejercitar la compensación, puede hacerse padecer a otro, como es el fiador o cuando el saldo favorable de otra cuenta debe satisfacer los créditos de terceros –cuenta con domiciliaciones– si el ejercicio de la compensación imposibilita el pago a este tercero. Especialmente problemático en casos de privilegio especial. Puede suceder, también, que el impago al tercero haga imposible la liquidación de la cuota por un importe y no por otro (p. ej., cuando así se convino para obtener una bonificación y el importe de la cuota debida se fije en consideración a otras relaciones o hechos extraños al contenido del contrato mismo, de manera que lo debido por una relación que se compensa, lo es en función de lo debido y satisfecho por otras relaciones, compensándose todas en la misma cuenta, cuando no quede saldo para pagarlo todo –p. ej., cuota y prima de un seguro–).

Este pacto de compensación supone la atribución de una facultad de autocontratación que no puede darse sin mandato expreso y sin pacto sobre unas garantías mínimas que impidan un uso abusivo de esta facultad por el acreedor.

Esta compensación voluntaria también supone una liquidación previa y unilateral.

Y es que las minutas de las entidades financieras contienen distintos pactos de liquidación unilateral por el acreedor: el que supone la compensación, el que tiene lugar con la revisión de cuotas periódicas o el llamado de liquidez para el supuesto de reclamación por incumplimiento.

La defensa y posición del deudor se ve afectada por estos pactos en los que se establece la liquidación unilateral por el acreedor tanto para fijar la cantidad objeto de reclamación judicial en caso de incumplimiento, como durante toda la vida del contrato de préstamo o crédito celebrado con entidades financieras en los que el importe que se genera por distintos conceptos (capital, intereses, comisiones...) se fija en función de hechos y contratos extraños al título (contratos de seguro, disposición de tarjetas, opciones, solicitudes por escrito, condiciones personales...).

En estos casos se produce una liquidación unilateral durante la vigencia de la operación. Se pacta como bastante la comunicación

al deudor, por medio de cualquier escrito privado, del resultado de las revisiones cuando en atención a estas circunstancias deba hacerse individualizada (17).

Pero es discutible que las liquidaciones unilaterales deban tenerse por confirmadas y sin posibilidad de impugnación solo por el hecho del pago periódico aun siendo indebido el importe satisfecho.

De acuerdo con un criterio clásico de interpretación de las cuentas, la imposición de un cálculo intrincado que no pueda extraerse del título no puede favorecer al acreedor ni al tiempo de la liquidación que ponga fin al contrato ni durante la vida de este: "cuando las cuentas se hallan intrincadas o inciertas, el deudor no puede considerarse como moroso ni estará obligado a pagar intereses, sino desde la liquidación y aprobación de las mismas, y generalmente hasta que se verifique la liquidación de las cuentas de cualquier negocio no habrá lugar a la demanda ni al pago del débito procedente del mismo negocio" (18).

Estos pactos de liquidación unilateral se convienen a pesar de la falta de certeza en el propio título de las bases de la cantidad debida, incerteza que no permite obtener "magnitudes contractualmente prefijadas" (SAP Lleida 23 de abril de 1999), ya que se determinan en función de contratos privados y hechos que no resultan del documento público notarial ni directa ni indirectamente y, por tanto, no existe prueba legal y auténtica de ellos.

Cláusulas como las transcritas en las notas de estas páginas recogidas de las minutas redactadas por las entidades financieras que remiten el cálculo del importe de la cuota a elementos externos, están lejos de fijar "con claridad y precisión las bases para la liquidación" (art. 219 de la LECiv) de la cantidad exigible de forma y manera que esta pueda llegar a obtenerse con una simple operación aritmética ni por los datos que obran en la propia escritura (19).

(17) OOMM de 12 de diciembre de 1989 y de 4 de mayo de 1994, desarrollada por la Circular 5/1995, de 22 de julio.

(18) ESTASÉN, Pedro: *op. cit.*, p. 15.

(19) A pesar de los términos de las minutas: BBVA: "El contrato al que se refiere la presente escritura ha sido formalizado, según se expresa anteriormente, con la intervención de Fedatario Público que se señala, a todos los efectos, incluso a los previstos en el número 4.º del artículo 517 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y legislación concordante".

En estos casos el pacto de liquidez presenta como deficiencia e inconveniente mayor la falta de autenticidad de los datos que deben tenerse en cuenta para acreditar lo debido.

El pacto de liquidación unilateral para el supuesto de incumplimiento, al objeto de reclamación del importe debido, no tuvo siempre el mismo contenido ni se desarrolló su admisión en el mismo contexto procesal ni sustantivo.

En virtud del llamado pacto de liquidez se permitió inicialmente la reserva a favor del acreedor de la facultad de certificar la cantidad líquida de forma excepcional en base al contenido del título ejecutivo y en consideración a un contrato que facilita el acceso y seguimiento de las operaciones por parte del deudor. Pero el actual artículo 572.2 va más lejos y permite el pacto por el que cualquier acreedor se reserva la facultad de hacer por sí la liquidación en virtud de cualquier contrato y operación.

Son cosas distintas liquidar y acreditar el saldo de las operaciones en las que el deudor debe/puede tener intervención.

Por esta razón no me parece acertada la afirmación de que "todas la referencias hechas al artículo 1435 LECiv deban entenderse hechas al artículo 572.2 LECiv", de la Circular del Colegio de Madrid 59/2008.

La LECiv actual da amparo legal a una novedad cuando reconoce el pacto por el que el deudor permite al acreedor liquidar unilateralmente. Recordemos que la intervención del fedatario, según la enmienda parlamentaria que recuerda también la STC de 10 de febrero de 1992, tiene como fin impedir que "la determinación del saldo quede al solo arbitrio de la Entidad acreedora".

Al mismo tiempo la LECiv vigente no limita el tipo de medio de pago ni las operaciones que pueden pactarse para facilitar la liquidación. No es necesario que se trate de un contrato de crédito en cuenta corriente, ni que exista una cuenta, de cualquier tipo, asociada a la operación.

Recordemos que la misma STC de 10 de febrero de 1992 manifestaba que "el artículo 1435 LECiv no facilita la ejecución de cualesquiera derechos de crédito de que sean titulares los Bancos y otras Entidades financieras. El precepto restringe su alcance a los contratos mercantiles que, *además de documentarse mediante formas que garantizan su autenticidad* implican la existencia de una

situación de cuenta corriente entre las partes, único contexto en el que cobra sentido la regulación de las operaciones de liquidación y de certificación de saldos. Este dato confirma que no estamos ante un supuesto de trato jurídico especial que atienda sólo a rasgos subjetivos del acreedor, sino que dicho trato es debido a las peculiares exigencias de las actividades de intermediación financiera que constituyen el objeto social, exclusivo y excluyente, de las Entidades de crédito en nuestro Derecho”.

Las justificaciones objetivas que invoca el Tribunal Constitucional están más cargadas de razón que las subjetivas.

La nueva norma, artículo 572.2, dio al traste con ellas.

Anticipo mi opinión: 1) No es lo mismo liquidar que acreditar lo que resulta de unas operaciones de liquidación de las que el deudor no está excluido.

2) Las reglas de liquidación no se tuvieron ni tampoco se pueden tener por tasadas en la vigente LECiv.

3) En cuanto a la forma de acreditar el saldo, ya es más discutible que puedan admitirse otras bilaterales o unilaterales distintas a las que recoge el artículo 572 de la LECiv. El artículo 695 de la vigente LECiv hace referencia a la doble libreta (documento privado) –sistema del art. 153 LH–, pero no como modalidad de acreditar la cantidad líquida.

La solución que considero posible es la de reconducir otras distintas a las literalmente previstas en la LECiv, a los dos supuestos del artículo 572 y entender que la LECiv exige que se acompañe a la demanda el documento fehaciente de liquidación en aquellos supuestos que no tienen cabida en el punto 1 del artículo 572 LECiv.

— El Reglamento Notarial permite hoy distintas actuaciones. No parece absurdo si se tiene en cuenta que el contenido del pacto no es el mismo al amparo de la LECiv/2000, de aquel regulado en el derogado artículo 1435 de la LECiv/1881 reforma de 1984. El artículo aplicable del RN cuando entra en vigor la LECiv/2000 es el 207.4.º, al día de hoy, artículos 207.4.º, 218, 219. Todos los supuestos que contempla cumplen el requisito de ser documentos fehacientes de liquidación que exige el artículo 573 de la LECiv, pero responden a un contenido del pacto o a un fin diferente.

El pacto de liquidez se refirió inicialmente al crédito en cuenta y sus asimilados. En la actualidad se admite para cualquier contrato si

la cantidad es liquidable por procedimientos y operaciones que resultan del título (20) (saldo de operaciones). Esta amplitud de la excepción facilita el que se prive al deudor de garantías. Por lo menos de las mínimas de las que dispone con el derecho de información que deriva del contrato de crédito en cuenta corriente.

Lo más frecuente es que hoy se convenga que el saldo debido es el que consta en una cuenta, pero entendido este término en el sentido de representación contable (STC 141/1995: saldo debido según la contabilidad del Banco). En la mayor parte de los casos es una especial para la operación que el propio acreedor (así sucede en el caso de la mayoría, no todas, de las entidades financieras) lleva y gestiona, anotando en ella las sucesivas disposiciones o cargos y abonos que se van haciendo del crédito, préstamo o de cualquier otra operación y sus circunstancias (21). Esta cuenta especial

(20) Entre otras opiniones: BERNABÉ PANÓS, Ramón: *El documento fehaciente en la ejecución dineraria de títulos ejecutivos contractuales y su autorización notarial*, Notariado hoy, Col.legi de Notaris de Catalunya, Ed. Bosch, 2009, p. 44. PRADES LÓPEZ, Jorge: "Aspectos prácticos del documento fehaciente de liquidación-acta", *Cuadernos de Derecho y Comercio*, número 51, junio 2009, pp. 192 y 193.

(21) Por ejemplo las siguientes:

Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona: "La Caixa, a partir de la fecha de vencimiento anticipado o final del crédito, ya sea en todo o en parte, practicará la liquidación de la cuenta conforme a sus libros. La Caixa notificará a la parte acreditada el extracto de dicha liquidación por cualquier medio admitido en derecho, sin perjuicio de hacerlo posteriormente por vía judicial o notarial, en los supuestos en los que la ley así lo prescriba, y se entenderá que el vencimiento total del crédito ha tenido lugar, a todos los efectos, en la fecha a la que la liquidación se refiera. Se considerará como cantidad líquida y exigible a efectos del ejercicio de acciones judiciales la que resulte de dicha liquidación efectuada por la Caixa en la forma convenida por las partes en el propio título. El saldo de liquidación de la cuenta de crédito se acreditará mediante certificación de la Caixa, a los efectos del ejercicio de cualquier clase de acción ejecutiva que le competa, en especial de las que recaigan sobre el bien hipotecado".

BBVA: "Si la entidad acreedora decide acudir a la vía ejecutiva, conforme al número 4.º del artículo 517 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y demás disposiciones concordantes, podrá instar acción ejecutiva, de acuerdo con el artículo citado, vencido el préstamo por cualquier causa o motivo, y dado que la cantidad que se exige es líquida y resulta como consecuencia

del contrato no es obligatoria (no son los asientos en los libros obligatorios de los comerciantes o fiscales).

Como vimos, la liquidación y el cálculo se complica cuando en la misma cuenta asociada se efectúan otros cargos (recibos de luz, cuotas y derramas de comunidad...), y así se pacta habitualmente como circunstancia para bonificar el margen diferencial.

del préstamo acreditado en este documento, con el fin de reintegrarse del principal, intereses, comisiones y gastos, en las condiciones establecidas en este contrato, más los gastos y costas que se originen en el procedimiento. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, los contratantes pactan expresamente que, a efectos meramente procesales, de conformidad con lo dispuesto en el número 2 del artículo 572 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el Banco podrá acompañar, junto con el título ejecutivo previsto en el número 4.º del artículo 517 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, certificación expedida en los términos previstos en el número 1 del artículo 573 de dicha Ley, acreditativa del saldo deudor de la cuenta de la operación, en la forma convenida en este contrato. En su virtud, bastará para el ejercicio de la acción ejecutiva la presentación del título ejecutivo prevenido en el número 4.º del artículo 517 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la aportación de la documentación prevenida en el número 1 del artículo 573 de la misma ley. Cuando se reclamen judicialmente intereses, ordinarios o de demora, a tipos distintos del vigente desde hoy, bastará, a efectos ejecutivos, acreditar la oportuna publicación en el Boletín Oficial del Estado del tipo que deba tomarse en consideración”.

Caixa Nova: “A efectos de lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento civil, ambas partes pactan expresamente que, en caso de ejercitar la acción ejecutiva, bien sea la ordinaria o la especial sobre bienes hipotecados, la cantidad líquida y exigible será la resultante de la liquidación efectuada por la Caja en la forma convenida en este título y acreditada mediante certificación librada por la misma e intervenida por fedatario público; sin que ello signifique la alteración de la naturaleza de préstamo de la presente operación, ni de la preferencia de cobro que supone”.

Caja Galicia: “Las partes acuerdan que la cantidad exigible, en caso de ejecución judicial, será la resultante de la liquidación efectuada por la Caja en la forma convenida por las partes en este contrato, lo que podrá acreditar mediante certificación expedida por la misma e intervenida por Notario, en que se haga constar tal extremo. En ningún caso podrá entenderse que la emisión de esta certificación afecta a la expresada naturaleza del préstamo y a la preferencia que de ella se deriva”.

— El reconocimiento a favor del acreedor de la facultad de fijar la cantidad líquida pasó por distintas fases, y en ellas fueron variando las garantías que se reconocieron al deudor para evitar el perjuicio que le puede ocasionar el ejercicio de esta facultad.

1.2. EVOLUCIÓN

El legislador en 1909 regula en el artículo 153 de la LH de forma especial (de hecho admitida en términos generales) la hipoteca en garantía del saldo que arroje una cuenta corriente de crédito (de la que se ocupó en primer lugar la resolución de 12 de septiembre de 1910). Crédito del que dispone el titular de la cuenta y del que es acreedor la entidad financiera. El criterio que siguió el legislador a efectos del procedimiento hipotecario es el de dejar libertad a las partes para pactar el medio de acreditar la cantidad objeto de reclamación: "a la escritura y demás documentos designados en la regla 3.^a del artículo 131, tendrá que acompañar el que acredite el importe líquido en la cantidad adecuada en la forma convenida en la escritura de constitución de hipoteca. Si en la escritura no aparece pacto sobre esto, será necesaria la presentación del ejemplar que obre en poder del actor de la libreta que a continuación se dice. Para que pueda determinarse al tiempo de la reclamación la cantidad líquida a que asciende, cuando no se haya pactado otra cosa en la escritura, los interesados llevarán una libreta de ejemplares duplicados, uno en poder del que adquiere la hipoteca y otro en el del que la otorga, en los cuales, al tiempo de todo cobro o entrega, se hará constar, con la aprobación y firma de ambos interesados cada uno de los asientos de la cuenta corriente" (art. 153, Ley Hipotecaria de 1909).

Este artículo 153 LH se refiere a la manera de acreditar el saldo debido: la pactada o en su defecto uno de los ejemplares, el que tenga el actor, de la libreta que se lleva por duplicado y en la que constan los asientos que se indican firmados por ambas partes. Pero este artículo no se refiere a las reglas de liquidación, ni a quién debe efectuarla.

Bajo esta regulación existe libertad de pacto sobre la liquidación y sobre la manera de acreditar el saldo debido y una regla general a falta de pacto.

Esta inicial regla amplia en la admisión de medios para acreditar el saldo, unida a la falta de prohibición expresa de la liquidación unilateral, podrían haber justificado un sistema que tuviese por líquida la cantidad debida que arroje la contabilidad de una de las partes en la relación. Solución que podría haber encontrado apoyo, también, en una de las reglas en materia de cuentas, aquella por la que se presume correcta la de la parte contractual que la lleve mejor, cuando así fuese.

A pesar de la falta de prohibición legal, se reconocieron límites a la regla de libertad de pacto. La posibilidad de que la cantidad debida sea la que arroja la contabilidad del acreedor no se admitió. La DGRN, en resolución de 21 de marzo de 1921, lo rechazó en un supuesto de constitución de hipoteca en garantía de las letras a favor de X y de todas las cantidades que como saldo resulten de los libros de contabilidad de la acreedora. La DGRN rechazó expresamente que la contabilidad de la acreedora fuese suficiente para acreditar la deuda. No basta la presentación del extracto de cuentas del acreedor sin la conformidad del deudor. Esta resolución se ocupa de un supuesto de hipoteca de máximo que, según la DGRN, requiere desenvolvimientos procesales distintos a los establecidos en los artículos 131 y ss. de la LH y 201 de su Reglamento (de entonces). Pone de relieve, además, que cuando entre las obligaciones garantizadas se encuentran las incorporadas a letras de cambio, no puede admitirse el procedimiento sin tener en cuenta quién tiene en su poder los efectos, en otro caso se pueden llegar a multiplicar de forma inadmisibles los títulos que llevan aparejada ejecución.

El tema que cuestiona esta resolución es, por una parte, un problema de insuficiencia del título para promover ejecución. En él se fijan las obligaciones de forma muy genérica (se puede decir que no existe título ejecutivo de las del segundo grupo citado en la escritura de constitución, *vid.* resolución) y, además, en él, por otra parte, tampoco se resuelve sobre la concurrencia de títulos ejecutivos en el caso de las letras de cambio. Por lo que esta resolución considera que, en este caso, no están suficientemente determinadas las obligaciones aseguradas.

En el supuesto de hecho narrado en la resolución, el pacto no solo deja al arbitrio del acreedor la forma de acreditar, sino también, la forma de liquidar y de fijar las deudas garantizadas.

Más tarde, el legislador, en la reforma hipotecaria de 1944-1946, modifica el artículo 153 de la LH -hipoteca en garantía de crédito en cuenta-, y acoge, junto al sistema bilateral tasado de doble libreta, una modalidad de acreditar unilateralmente la cantidad líquida al efecto que este artículo regula -la ejecución de esta hipoteca-. Acepta el consagrado en la práctica de certificación bancaria, pero prevé como medida de garantía para el deudor la notificación notarial o judicial del extracto de la cuenta, pudiendo alegar el deudor en la misma forma, dentro de los ocho días siguientes, error o falsedad. Estas son las únicas excepciones, y por esto último se le calificó de sistema rígido.

Para la ejecución de la hipoteca se mantiene la regla general de la bilateralidad, pero admitiendo un sistema tasado para acreditar el saldo deudor. Y excepcionalmente, en uno de los casos en que la cantidad líquida no puede ser conocida al inicio de la relación, y solo en el caso de que la acreedora sea alguna de las entidades que menciona la norma, se admite una manera unilateral de acreditar el importe debido sometida a la garantía de la notificación posterior. Este importe es el que resulta de una cuenta que lleva la entidad, pero que sigue su titular, el deudor.

A pesar de este derecho a seguir la cuenta, la norma exige la notificación al deudor de la cantidad por la que se pretende el despacho de ejecución, que debe ser notarial o judicial, es decir, con garantía jurídica (advertencia de efectos, asistencia imparcial, regla sobre gastos que genera...).

Esta notificación no se confunde con la información de saldo a la que está obligada la acreedora y sometida a las reglas de formulación de reparos y objeciones de las rendiciones de cuentas. No es una información más de aquellas a la que está obligada la entidad legalmente como comisionista y como consecuencia del contrato de cuenta corriente.

En este sistema el deudor debe efectuar por sí la comprobación del error o falsedad.

La inicial prohibición a la fijación unilateral sufre de nuevo un cambio en su evolución y se llegó a admitir (en una norma de rango insuficiente para ello) que determinadas entidades pudieran acreditar la cantidad líquida y exigible para el despacho de ejecución mediante una "certificación que la entidad bancaria acreedora expida en dichos

casos, amparada en la cláusula inserta en la cuenta de crédito, en virtud de la cual el deudor se obliga a aceptar como cierto el saldo que aparezca en la cuenta corriente del día del vencimiento de la póliza”.

Una Orden del Consejo de Ministros de 21 de abril de 1950 uniformó con carácter general para los créditos en cuenta corriente (por tanto sometida a las reglas de esta) el criterio procesal sobre los requisitos. Aceptó como medio suficiente para acreditar en juicio la cantidad líquida de la deuda, la certificación de la entidad, extendiendo a la Banca privada la práctica admitida para el Banco de España (art. 103 del Reglamento General del mismo de 23 de marzo de 1948), si bien exige a la privada, los Bancos, Cajas de Ahorro y Sociedades de Crédito, que la certificación del saldo deudor de la cuenta corriente de crédito esté intervenida, haciendo constar el mediador en la diligencia de intervención que el saldo de la certificación coincide con el saldo que aparece en la cuenta, previa la declaración de conformidad de la póliza con el asiento del Libro Registro.

La Orden dice “podrá convenirse que la determinación del saldo del crédito al día del vencimiento, por la entidad acreedora, hará fe en juicio y surtirá todos los efectos legales pertinentes, y a ella se someterá el deudor, los fiadores y avalistas, si los hubiere”.

Pero, para este efecto se necesita la intervención del agente o del corredor.

El pacto debe existir. Pero no es necesario que se haga constar en la diligencia de intervención la conformidad del resultado al contenido del título, basta que “conste en la diligencia de intervención, previa la conformidad de la póliza con el asiento del Libro Registro, que el saldo que figura en la certificación coincide con el que aparece en la cuenta corriente abierta al deudor en los libros de aquella entidad”.

En este momento existen a favor del deudor dos medidas: las normas a las que está sometido el contrato de cuenta corriente y la intervención del mediador que certifica que el saldo coincide con el de la cuenta. La intervención del agente o del corredor es lo fehaciente y con ella el certificado de la entidad privada puede ser medio para acreditar el saldo en juicio.

El Real Decreto 2680/1982, de 15 de octubre, sobre actas notariales de determinación de saldo, introdujo el párrafo 4.º del artícu-

lo 207 del Reglamento Notarial, que establece: "Para fijar el saldo líquido exigible en los préstamos y créditos en cuenta corriente concedidos por entidades de crédito, ahorro o financiación siempre que tales operaciones y esta modalidad de fijación hayan sido pactadas en escritura pública. En virtud de la documentación exhibida por la entidad acreedora y de su concordancia con certificación de ésta, que se unirá a la matriz, el Notario levantará acta en la que quede determinado el saldo de la cuenta".

Este artículo exige que las operaciones de las que resulta la cantidad exigible y "esta modalidad de fijación" estén pactadas (las dos cosas) en el título ejecutivo. De acuerdo con la redacción de este artículo, el acta es, en sí, la modalidad de fijación de saldo. Del acta forma parte la certificación de la entidad, pero el acta notarial es el documento en el que "queda determinado el saldo de la cuenta".

Este último párrafo del artículo 207, que regula las actas por exhibición, es coherente con la actuación que en este tipo de instrumento realiza el notario: "En las actas de exhibición de documentos, además, (el notario) transcribirá o relacionará aquéllos o concretará su narración a determinados extremos de los mismos, indicados por el requirente, observando en este caso, si a su parecer, procede lo dispuesto en el párrafo último del artículo 237" (si lo omitido desvirtúa lo inserto).

El notario determina en el acta la cantidad que resulta del propio título o títulos ejecutivos por las operaciones que en él constan: por lo que se le exhibe, pero emitiendo un parecer.

Con la redacción de este artículo efectivamente parece que la determinación definitiva no es la que hace el acreedor y que este exhibe al notario, sino la que este confirma y hace constar en el acta notarial de acuerdo con el título y documentación que se le exhibe. Se espera que el cotejo por exhibición sea una actuación suficiente por parte del notario (22) para llegar a acreditar el saldo, ya que el medio de identificar las bases de cálculo y operaciones están pactadas en el título ejecutivo.

Respecto de la Orden, las novedades que introduce el artículo 207.4.º no son limitadas.

(22) BERNABÉ PANÓS, Ramón: *op. cit.*, p. 31.

— Se exige, por una parte, que se haga constar el pacto previo sobre esta modalidad de fijación, y, además, pacto previo sobre las operaciones, las reglas de liquidación necesarias para efectuar la comprobación.

— La fijación no deja de ser unilateral, porque si el saldo al que llega el notario no coincide con el saldo de la cuenta, se hará constar este hecho en el acta que se instó, sin más consecuencia. No se arbitró ningún sistema que permita conocer las actas que pueden coexistir de una misma operación.

— La fijación unilateral es excepcional. Por lo que debe interpretarse que las modalidades bilaterales de acreditación no están prohibidas y deben considerarse la regla general.

En este caso (falta de pacto sobre esta modalidad de acreditación), cuando es liquidable la cantidad, pero no líquida, la liquidación debe ser bilateral y atender al resultado que arroje la contabilidad de ambas procedencias.

— La necesidad de que se acrediten las operaciones pactadas en el título de las que resulta la cantidad líquida es un extremo más de comprobación por parte del fedatario.

Pero existe libertad de pacto sobre las reglas de liquidación. La redacción del artículo 207.4.º favorece esta idea. Se refiere a préstamo y crédito de las entidades que cita, no exige el contrato de cuenta corriente.

— La comprobación que efectúe el notario es una medida de garantía a favor del deudor para el supuesto de fijación unilateral por el acreedor, que no priva del derecho a formular oposición.

— El notario debe efectuar la comprobación de que concuerdan las operaciones pactadas en el título ejecutivo, la documentación aportada por el acreedor y el resultado al que este llega, no se extendió al objeto, efectos y plazos de una notificación al deudor prevista como garantía en casos de unilateralidad, ni las consecuencias de la oposición siguen el conducto notarial, como sucede en el caso de la hipoteca que regula el artículo 153 de la LH.

Este es el esquema que pasa a la primera regulación que hace una Ley procesal de esta solución, insuficientemente regulada hasta este momento: La constancia necesaria del pacto previo se recoge en el artículo 1435 de la LECiv/1881 después de la reforma por la Ley 34/1984, de 6 de agosto. Este artículo se ocupa de una modali-

dad de acreditar el saldo líquido en los siguientes términos: "Si en los contratos mercantiles otorgados por entidades de crédito, ahorro y financiación, en escritura pública o en póliza intervenida de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1429 de esta ley, se hubiera convenido que la cantidad exigible en caso de ejecución será la especificada en certificación expedida por la entidad acreedora, aquélla se tendrá por líquida siempre que conste en documento fehaciente que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en el título ejecutivo y que el saldo coincida con el que aparece en la cuenta abierta al deudor. En el caso de cuentas corrientes garantizadas con hipoteca, abiertas por Bancos o Cajas de Ahorro, se estará a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria. En los casos a que se refiere el párrafo anterior, la entidad acreedora deberá notificar previamente al deudor o fiador el importe de la cantidad exigible".

Según este artículo, hoy derogado, la cantidad que puede tomarse por líquida es la que consta en la certificación de la entidad. Esta retoma protagonismo, que no había perdido en el caso de certificación intervenida, pero sí en el caso del acta notarial, ya que la actuación del corredor de comercio consiste en intervenir la certificación y esta es el documento al que esta intervención dota de carácter fehaciente.

En ese momento existen dos documentos distintos para acreditar el saldo deudor: 1) La intervención por fedatario en el documento que emite la entidad; 2) el documento público y auténtico notarial.

Se produce una confusión en efectos de dos documentos distintos. De ahí el nombre ambiguo de documento fehaciente.

La falta de intervención por parte del deudor en la acreditación de la cantidad líquida se resuelve en el caso de la hipoteca en garantía de cuenta corriente de crédito (art. 153 de la LH) con la notificación notarial o judicial posterior, a la que puede oponerse en limitados casos, error o falsedad en un concreto plazo.

Mientras que ni la Orden ni el Reglamento Notarial contemplan como requisito la notificación posterior al deudor. Lo que suplen con el consentimiento anticipado por el deudor a la determinación unilateral de la cantidad líquida por parte del acreedor.

También el artículo 1435 de la LECiv de 1881 reformado en 1984 admitió la acreditación unilateral previo acuerdo, y recoge como principal garantía para el ejecutado la comprobación por parte del

mediador y fedatario, aunque no prescinde de la notificación al deudor, pero pierde relevancia en la práctica como medida de garantía tal y como se interpretó, ya que se defendió que es válida la que se practique de cualquier manera por la que el deudor pueda llegar a su conocimiento. No es esta mi opinión, por las razones que expongo después.

En cualquier caso, la notificación que la ley de enjuiciamiento previó es la del saldo. Esta medida parte de la idea de que las operaciones y bases se tienen por ciertas y resultan del título. Lo que, de hecho, no siempre resultaba así tal y como comenzaron a redactarse, ya entonces bajo la vigencia del artículo 1435 de la LECiv derogada, las pólizas y las minutas de las entidades financieras que sirven para la elaboración de las escrituras.

La solución para evitar el desequilibrio en la posición de ambas partes cuando se faculta al acreedor para que fije lo debido, consiste en dotar de certeza a los datos que el acreedor debe tomar como bases y reglas de cálculo, datos que el fedatario debe comprobar al emitir su parecer acerca del resultado de la liquidación. En los casos en que el importe de la cantidad no puede ser conocido inicialmente, el consentimiento anticipado del deudor a la determinación unilateral de la cantidad líquida por parte del acreedor hace más ágil la reclamación, pero priva de garantía al deudor, en especial si se altera el supuesto que dio base a la norma excepcional, como sucede cuando las relaciones sustrato de las remesas de la cuenta no constan en documento que lleve aparejada ejecución (pólizas, escrituras, letras y otros efectos con fuerza ejecutiva).

Con los ejemplos expuestos al iniciar estas páginas queda claro que en las minutas de las entidades se siguió la tendencia contraria –hasta el extremo de que, en mi opinión, no pueda sostenerse, en todo caso, que el título sea bastante para fundar la demanda de ejecución de la obligación–, a menos que se arbitre algún sistema que integre el título en garantía del ejecutado. Y esto es lo que intentaré líneas abajo.

— En 1984 el legislador utilizó el término documento fehaciente, ya que, aunque rige el artículo 207.4.º del RN, coexiste con el certificado de corredor de comercio colegiado. El medio comúnmente utilizado entonces.

En el documento notarial (art. 207.4.º) se exige que el fedatario acredite “haberse practicado la liquidación en la forma pactada por

las partes en el título ejecutivo" y que el saldo coincida con el que aparece en la cuenta abierta al deudor.

El artículo 1435 uniformó los requisitos de certificación y acta, y acoge la solución de esta última. Insiste en la exigencia de pacto previo en el título sobre esta forma de acreditar la cantidad que debe tenerse por líquida (pacto necesario en las dos normas de rango inferior existentes hasta ese momento). Se aproxima al texto del artículo 207.4.º del Reglamento Notarial al poner en relación el resultado con lo pactado. De esta forma, la LECiv adoptó la exigencia que estableció para la actuación del notario el RD de 15 de octubre de 1982, lo que hace necesario, en cualquier caso y como se evidenció, tener en cuenta las operaciones y movimientos de la cuenta.

El artículo 1435 derogado delimitó la función del mediador o fedatario en consideración al mismo efecto que producen dos actuaciones distintas. Conforme a los términos del artículo 207.4.º, el notario debe comprobar la conformidad con el título y la fijación que el acreedor le exhibe y, efectuada la comprobación, esta queda determinada en el acta que levanta el notario. El acta es el medio ("modalidad") de acreditar el saldo.

La LECiv mantiene la notificación al deudor. Pero el parecer del mediador o del fedatario adquiere relevancia. Su responsabilidad también en la medida en que la actuación del fedatario limita el control del deudor. De ahí la preocupación en conocer las consecuencias de la actuación notarial. A falta de una regulación mejor sobre este extremo, la referencia son los pronunciamientos judiciales. Se dice que la cantidad se tiene por líquida, pero no por la verdadera y la intervención no supone presunción de veracidad (SSTC 10 de febrero de 1992 y 3 de octubre de 1995...).

Acreditar se interpreta como algo menos que probar, es "proporcionar indicios satisfactorios de la concurrencia de los elementos integrantes del supuesto de hecho de la concreta norma" (SAP Ciudad Real 2.ª de 5 de febrero de 1998). Si en esto consiste la actuación del notario, lo que importa es lo que se le debe exhibir para que levante acta.

Desde que las entidades comienzan a introducir cláusulas ambiguas las situaciones comienzan a ser diferentes y la actuación notarial debe ser la que requiera el supuesto. La vaguedad y lo incierto

del contenido al que el deudor presta el consentimiento anticipado, hace que la notificación al mismo prevista en la ley deba cobrar mayor protagonismo y no pueda ser objeto de una interpretación que la convierta en un requisito inútil.

A menudo las cláusulas de las minutas que elaboran las entidades financieras recuerdan el supuesto de hecho de la citada RDGRN de 21 de marzo de 1921, que mereció la reflexión expuesta.

Y es que una cosa es determinar unilateralmente el saldo que resulte con arreglo a lo pactado en el título ejecutivo; otra, liquidar unilateralmente (entendiendo por liquidar, en este caso, hacer los cálculos); y otra muy distinta, fijar unilateralmente las relaciones jurídicas que determinan el importe de la cuota.

¿Dónde está el límite de la reserva de facultades a favor del acreedor a la hora de determinar el importe que debe satisfacer el deudor? El ya derogado artículo 1435 de la LECiv/1881, después de la reforma 1984 dice: "se hubiere convenido que la cantidad exigible en caso de ejecución será la especificada en certificación expedida por la entidad acreedora, aquélla se tendrá por líquida siempre que conste en documento fehaciente...". Este artículo regula los requisitos que debe reunir una demanda y la manera de determinar unilateralmente el saldo que se reclama.

Esta LECiv, como la LH en el artículo 153, tampoco reguló cómo ni por quién se debe efectuar la liquidación. El artículo 1435 de la LECiv no limitó las reglas a las que las partes pueden someter la liquidación, ni pretendió uniformar las formas de acreditar el saldo. Reconoce otras por remisión a las que regula la Ley Hipotecaria en el caso de cuentas corrientes garantizadas con hipoteca.

Faltó coherencia. El documento fehaciente de liquidación se exige en el artículo 1435 LECiv, no en el supuesto del artículo 153 de la LH. Lo que suscitó la duda sobre la necesidad del cumplimiento de esta exigencia. Sobre este punto expondré mi opinión después.

Anticipo que el requisito del documento fehaciente responde a un fin genérico. La actuación del fedatario acreditando que la liquidación se hizo conforme a lo pactado impide, como hizo ver una enmienda parlamentaria y recuerda la polémica STC 14/1992, de 10 de febrero (dictada con el voto particular discrepante del magistrado D. Carlos DE LA VEGA BENAYAS), que la fijación quede al arbitrio de una de las partes (afirmación que tiene sentido pleno puesta en relación con

el artículo 207.4.º del RN, recogido más arriba, ya que, según él, la determinación se hace en el acta, no en el documento presentado por el acreedor, "el Notario levantará acta en la que quede determinado el saldo de la cuenta" -art. 207.4.º-). Este fin que se atribuye a la actuación del notario fundamenta una aplicación general de esta solución.

Este fin no debe interpretarse de manera que desvirtúe las reglas procesales en general (sobre medios de prueba...) ni del proceso ejecutivo en particular. Y si esto es así para el remedio (la actuación del notario), con mayor razón debe predicarse a la certificación de saldo emitida unilateralmente por el acreedor.

Según la STC 14/1992, las operaciones de las que resulta el saldo al cierre "serán formalizadas en una pluralidad de documentos distintos a los libros de contabilidad, por lo que, en caso de controversia sobre la realidad, fecha, cuantía o cualquier otro extremo relevante de las operaciones entrelazadas en la cuenta corriente, son susceptibles de prueba sin dificultades especiales...". El párrafo cuarto del artículo 1435 LECiv "no restringe la potestad judicial para recibir el pleito a prueba...", como permitía el derogado artículo 1469 LECiv y de estos términos parecería resultar que la relación sustrato del asiento puede documentarse en forma cualquiera. Pero esta interpretación daría lugar a una burla del sistema. La misma sentencia, como vimos, se refería a que "el precepto restringe su alcance a los contratos mercantiles que, *además de documentarse mediante formas que garantizan su autenticidad...*".

Pero la norma que dio amparo legal a esta práctica (derogado art. 1435 de la LECiv 1881/1984) se encuentra en sede de juicio ejecutivo, en el que lo relevante es el documento que lo justifica. El artículo 1435 no confunde, como tampoco las precedentes de rango inferior, la certificación de la entidad, que es la forma de acreditar la cantidad que debe tenerse por líquida, con el procedimiento establecido por las partes para obtener esta cantidad líquida. Es decir, no es manera de liquidar la certificación del acreedor; esta es solo la forma de acreditar la cantidad objeto de reclamación.

El documento fehaciente de liquidación integra el título ejecutivo y no excusa la necesidad de que en él se recoja la conformidad de las partes a lo que es esencial para que el acreedor pueda fundar su derecho en un proceso de ejecución: 1) la existencia de la deuda, la

cantidad fija o la regla matemática simple para su obtención, 2) la manera de identificar las obligaciones y bases no conocidas al inicio de la relación y las operaciones (art. 207 del RN) por medio de las que se pueda obtener el importe debido.

La ley no limita la libertad de pacto para fijar las bases y el procedimiento para liquidar o la manera en la que se debe calcular la cantidad exigible. Pero deben resultar del título ejecutivo por conformidad de las partes, ya sean las fórmulas convenidas para este posible cálculo más o menos complejas. Las relaciones que son base para el cálculo no pueden resultar de documentos sin fuerza ejecutiva y las reglas a las que se somete la liquidación no pueden quedar al arbitrio del acreedor, p. ej., la progresión de la cuota de amortización o las normas de valoración...

Tampoco el derogado artículo 1435 se refirió, como presupuestos de la acreditación unilateral del saldo deudor, a quién puede llevar a cabo la liquidación. Las partes podían a su amparo válidamente convenir la liquidación por un tercero o que la liquidación tenga por base la contabilidad o los documentos procedentes del acreedor y del deudor.

El pacto expreso de acreditación unilateral del saldo fue declarado constitucional y no discriminatorio por el TC en la citada S. 14/1992, de 10 de febrero. Solo se admitió en los casos y para los acreedores que recoge expresamente la norma. La excepción respondió a un presupuesto objetivo y subjetivo.

A salvo esta excepción de acreditación unilateral, la ley no estableció, tal y como está redactado el derogado artículo 1435, medios bilaterales tasados para acreditar la cantidad objeto de demanda de acuerdo con las exigencias del procedimiento ejecutivo, siempre que la intervención de las partes en las operaciones de liquidación resulte probada. Salvo en el supuesto de hipoteca en garantía de cuenta corriente. Vigente esta LECiv, puede tener lugar el bilateral excepcional de doble libreta, documento privado, en el caso de hipoteca en garantía de cuenta corriente de crédito.

Por supuesto que siempre cabrá otro medio bilateral de acreditar la cantidad en documento auténtico.

Al final de esta evolución se encuentran las normas vigentes: *artículos 572 y 573 de la LECiv/2000 y, años más tarde, artículos 218 y 219 del Reglamento Notarial (RD 45/2007).*

- 1.3. LA NORMA EXCEPCIONAL EN LA LECIV VIGENTE: DISTINCIÓN ENTRE EL PROCEDIMIENTO PARA EFECTUAR LA LIQUIDACIÓN (LIBERTAD DE PACTO) Y LOS MEDIOS PARA ACREDITAR EL SALDO DEUDOR (INTERPRETACIÓN DE LOS MEDIOS TASADOS). ARTÍCULOS 207.4.º, 218 Y 219 DEL RN, Y 153 DE LA LH (CIRCULAR 59/2008 DEL COLEGIO NOTARIAL DE MADRID). *NULLA EXECUTIO SINE TITULO* Y DOCUMENTO NOTARIAL DE LIQUIDACIÓN COMPLEMENTO DEL TÍTULO EJECUTIVO, REQUISITO NECESARIO DE LA DEMANDA CUANDO NO CONSTA LA INTERVENCIÓN DEL DEUDOR EN LAS OPERACIONES PARA EFECTUAR LA LIQUIDACIÓN, EXISTA O NO PACTO DE LIQUIDEZ

La LECiv introduce el tema en el artículo 572 de manera telegráfica: "Cantidad líquida. Ejecución por saldo de operaciones".

De sus dos párrafos parece que la cantidad de dinero puede considerarse líquida si es, 1.º) la determinada en el título (no es necesario que sea líquida la de los intereses del período de ejecución ni por costas), o cuando se trate, 2.º) del "importe del saldo resultante de operaciones derivadas de contratos formalizados en escritura pública o en póliza intervenida por corredor de comercio colegiado, siempre que se haya pactado en el título que la cantidad exigible en caso de ejecución será la resultante de la liquidación efectuada por el acreedor en la forma convenida por las partes en el propio título ejecutivo".

El artículo 572 no se refiere a la forma de acreditar el saldo, sino a lo que puede tenerse por cantidad líquida a efectos de lo establecido en los artículos 549 y 575 de la LECiv. El artículo 573 regula los documentos que se deben presentar con la demanda.

El punto 2 del artículo 572 amplía el marco de la excepción reconocida en el derogado artículo 1435. El pacto de liquidez no se reserva a determinados acreedores, ni a un limitado tipo de contratos, pueden ser mercantiles o civiles. La cantidad líquida no tiene por qué ser el resultado que arroje una cuenta, no es el saldo de la cuenta abierta al deudor en concretos contratos mercantiles (derogado art. 1435 de la LECiv). La cantidad líquida es la resultante de las "operaciones..." de liquidación efectuadas por el acreedor.

A pesar de la redacción del artículo 572.2 de la LECiv, este y el siguiente, 573 de la LECiv, no confunden, como tampoco hicieron sus precedentes, los procedimientos para liquidar y la forma o for-

mas de acreditar el saldo al efecto de reclamar la ejecución. Sin embargo, estos artículos 572.2 y 573 parecen vincular la forma de acreditar por certificación o documento en que el acreedor exprese el saldo, con la liquidación efectuada por él.

La frase "efectuada por el acreedor" de los artículos 572.2 y 573.1.1.º parece referirse a una exigencia sustantiva. Lo que no parece adecuado cuando estos artículos solo regulan un requisito procesal al efecto de solicitar el despacho de ejecución en los supuestos de acreditación unilateral del saldo deudor. Excede del ámbito de esta ley procesal deducir del tenor literal del artículo 572.2 un efecto sustantivo e interpretarlo de forma distinta a sus precedentes, limitativo de las reglas a las que las partes pueden someter la liquidación, dando por supuesto que es el acreedor quien debe efectuar la liquidación para poder recurrir al proceso de ejecución.

Por lo que, anticipo, no creo que deba entenderse la expresión "liquidación efectuada por el acreedor" en el sentido de que sea necesario que este lleve o gestione la cuenta compensatoria, cosa que no sucede en todas las ocasiones, sobre todo desde que el artículo 572 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es aplicable a cualquier acreedor y crédito pecuniario, resultado de la cuenta, en cuenta, o cuando esta no es más que la expresión numérica de una relación principal y autónoma.

Este artículo 572, cuando define lo que se tiene por cantidad líquida, menciona solo dos supuestos. Pero interpretados estos literalmente no son todos aquellos en los que puede encontrarse la cantidad determinada ni la liquidable.

El artículo 572 de la LECiv se refiere, en primer lugar, al que no plantea problema porque ya está fijada la cantidad determinada de conformidad por ambas partes en el propio título ejecutivo ("que se exprese en el título con letras, cifras o guarismos comprensibles"). A este supuesto se reconduce aquel en que la cantidad puede obtenerse por una simple operación aritmética y en él se incluye el contrato de préstamo a interés fijo y con vencimiento único.

En un segundo apartado el artículo se refiere al saldo de operaciones; el que resulta de las efectuadas por el acreedor, operaciones

que se pactan en el título ejecutivo. El acreedor debe notificar este resultado al deudor.

En este punto 2 del artículo 572 el legislador reitera la exigencia de que las operaciones deben resultar del propio título (operaciones derivadas de contratos formalizados en escritura pública o en póliza intervenida).

En el primer caso (572.1) se recoge en el título ejecutivo la conformidad de las partes a la cantidad, y, en el segundo (572.2), a las operaciones para hallarla.

Las operaciones pueden ser de cualquier tipo, las pactadas. En la vigente LECiv la cuenta pierde relevancia. De los términos del artículo 572 no parece que tenga que existir. Y aunque suele abrirse una cuenta que refleja las consecuencias económicas del contrato, esta cuenta no es obligatoria. Son obligatorios los libros contables fiscales y de comercio. Basta con que las operaciones tengan su reflejo en la contabilidad del acreedor para que el artículo 572.2 de la LECiv sea aplicable. Idea que refuerza la jurisprudencia del Tribunal Constitucional cuando, a efectos del pacto de liquidez, entiende que la certificación es la expresión del "saldo debido en la contabilidad del Banco" (STC 141/1995). Sin embargo, en cuanto a la necesidad de cuenta corriente inicialmente y en consideración al supuesto a que respondía esta medida especial (c/c/c/), *vid.* la afirmación de la STC 14/1992, de 10 de febrero (23), que después resulta matizada, entre otras, por la citada.

Queda expuesto más arriba cómo el contrato de cuenta corriente facilita la intervención del deudor en los sucesivos movimientos al garantizar su acceso al resultado de la cuenta de la que es titular. Pero hoy el concepto de cuenta (que puede extraerse del art. 573 LECiv) queda reducido al de expresión numérica de la relación, cualquiera que esta sea y la función que la cuenta cumpla en relación al contrato celebrado, siempre que este pueda ser exigible con arreglo a las reglas de la ejecución dineraria previstas en la ley.

(23) Según STC de 10 de febrero de 1992, el precepto restringe su alcance a los contratos mercantiles que, además de documentarse mediante formas que garantizan su autenticidad, implican la existencia de una situación de cuenta corriente entre las partes, único contexto en el que cobra sentido la regulación de operaciones de liquidación y de certificación de saldos.

Puede suceder que la cantidad no sea líquida, pero sí liquidable por lo que resulte del título que se pretende ejecutivo y que el supuesto no sea ninguno de los dos del artículo 572, porque la cantidad no está determinada en el título con letras, cifras o guarismos comprensibles y no se pactó que la cantidad sea la resultante de la liquidación efectuada por el acreedor de acuerdo con las operaciones del título.

La ley procesal presupone y no limita la posibilidad del pacto sobre las reglas de liquidación cuando la cantidad líquida no resulta del título. En este caso es necesario probar la subsistencia, exigibilidad o contenido material del crédito. ¿Esta circunstancia representa un obstáculo para recurrir al juicio ejecutivo?

No lo parece tratándose de pactos de liquidación bilaterales más conformes con el proceso ejecutivo que el permitido de forma excepcional en el segundo apartado del artículo 572.

Por lo que es válido que se pacten unas reglas de liquidación distintas al supuesto previsto en el punto 2 del artículo 572. Por ejemplo, que se efectúe la liquidación por ambas partes o que la liquidación la haga un tercero nombrado por el acreedor y por el deudor. Y también puede suceder que no se pacte nada.

El artículo 572, a diferencia del artículo 153 de la LH, no establece regla para el supuesto de que no se pacte nada.

Tampoco parece que establezca regla alguna para el supuesto de que se pacte la liquidación por otro/s que no sea el acreedor.

A falta de pacto puede entenderse, o bien que existe una regla general aplicable, o que no es posible recurrir al proceso ejecutivo. No parece que esta última sea la vía cuando el legislador admite el juicio ejecutivo en el supuesto más extremo de desprotección para el ejecutado como es el de que la liquidación la haga unilateralmente el acreedor.

El artículo 572 recoge la regla aplicable en cualquier supuesto si se interpreta reconduciendo los posibles a los dos que contempla. Así interpretado, el que la liquidación sea efectuada por el acreedor resulta una circunstancia que no es de aplicación necesaria como presupuesto para que tenga lugar la exigencia de las medidas de garantía previstas en la LECiv, en concreto el documento fehaciente de liquidación.

Y de la ley procesal puede deducirse la existencia de una regla para el caso de que el acreedor y el deudor no pacten ni cómo liquidar ni cómo acreditar la cantidad líquida objeto de reclamación.

1.4. REGLA GENERAL A FALTA DE PACTO

La Ley procesal 1/2000 no es competente para establecer límites a las reglas de liquidación. Ni lo pretende y presupone la libertad de pacto en este punto. Pero sí es competente para regular la forma de acreditar la cantidad que se tiene por líquida al tiempo de formular la demanda. Esta Ley 1/2000 pretende uniformar procedimientos.

Se deduce del párrafo primero del artículo 572 LECiv que la regla general para liquidar y para acreditar la cantidad líquida es la bilateralidad. En este caso la norma no excepciona la forma para acreditar la cantidad líquida (art. 572.1).

Al mismo tiempo la nueva LECiv amplía la norma excepcional (unilateralidad) a favor de cualquier acreedor y la operación no tiene por qué seguirse a través de una cuenta corriente. Esta amplitud hace que sea mayor la libertad de pacto sobre las reglas de liquidación y más variados los supuestos previsibles que pueden estar necesitados de intervención por el notario.

Si la LECiv permite lo excepcional, con mayor razón puede entenderse que cabe lo menos excepcional, como es la liquidación bilateral, aunque se pacte la acreditación unilateral de la cantidad líquida, supuesto que no contempla el vigente artículo 572.2, pero que cabía en los términos de la Ley procesal anterior.

El párrafo segundo del artículo 572.2 admite el pacto de liquidación por el acreedor. Lo que supone que también estará facultado para acreditar la cantidad líquida. La LECiv/2000 exige que se cumpla el requisito del documento fehaciente de liquidación (art. 573.1.º y 2.º) (por remisión vincula este requisito al presupuesto de que la liquidación la efectúe el acreedor).

La interpretación literal del artículo 573 puede llevar a entender que la liquidación efectuada por el acreedor es un nuevo presupuesto para que pueda adoptarse la medida de garantía a favor del ejecutado que representa el documento fehaciente de liquidación.

Pero con esta interpretación se abre una vía por la que se puede burlar el cumplimiento de este requisito de la demanda. Ya que basta con pactar la liquidación por tercero y bilateral por cualquier forma para que se trate de defender que es innecesario.

Otra vía con la que se puede llegar a convertir el documento fehaciente de liquidación en una medida de garantía sin contenido, es a la que conduce la interpretación de que la actuación del notario es el medio para comprobar que el acreedor cumple lo pactado, pero, al mismo tiempo, se admite que cabe pactar cualquier cosa sin que el título pierda fuerza ejecutiva. Así sucede en las escrituras que recogen las minutas de las entidades acreedoras que establecen el pacto que permite al acreedor liquidar por sí para reclamar y, también, fijar por sí las bases en datos que no resultan del título ejecutivo.

Por lo que entiendo que el documento fehaciente es exigible aunque no sea el acreedor quien efectúe la liquidación o intervenga en las operaciones de liquidación el deudor de forma que esta intervención no conste en forma auténtica. Desde que el acreedor haga objeto de su reclamación el saldo que resulte de las operaciones realizadas por otro/s, toma esta liquidación y operaciones por buenas y las hace suyas. Es decir, que en todo caso en que el acreedor certifique un saldo obtenido sin la conformidad del deudor, el supuesto se reconduce al párrafo segundo del artículo 572 y es exigible el documento fehaciente de liquidación. Porque existe una regla general: bilateralidad en la liquidación y en la acreditación del resultado (lo que no puede olvidarse a la hora de interpretar otras normas) (23 bis).

Desde el momento en que no resulte acreditada la intervención del deudor es exigible la garantía del documento fehaciente aunque la liquidación la efectúe un liquidador nombrado por ambas partes o incluso cuando la liquidación se haga con intervención del deudor y esta intervención no consta en forma auténtica o en la forma legal permitida.

De otro modo es fácil burlar el fin al que responde el documento fehaciente, ya que para ello basta que se introduzca en las minutas el pacto de liquidación por un tercero o cualquier facultad a favor del acreedor o cualquier forma no auténtica de intervención del deudor.

El documento notarial de liquidación es un requisito impuesto al acreedor en una norma procesal al que el deudor no puede renunciar. Por lo que no es válido el pacto que de forma directa o indi-

(23 bis) Por ejemplo, apartado 3 del artículo undécimo (11) del RD Ley 5/2005, modificado por Ley 7/2011, de 11 de abril.

recta lo excluya. Es una garantía para el deudor y otros interesados en la relación.

Si consta en forma auténtica la intervención del deudor en la liquidación (por ejemplo, actas de reconocimiento de fijación parciales), el supuesto tiene encaje en el 572.1. Único caso en el que no sería necesario el documento fehaciente de liquidación. Mientras que, si no consta la intervención del deudor, es necesario el recurso al documento fehaciente.

Desde la entrada en vigor del artículo 572.2 de la LECiv/2000, el marco legal con el que se encuentra el notario es distinto al que ofrecían las normas precedentes, ya que la propia ley parece admitir que el acreedor pueda efectuar la liquidación por sí solo y por medio de cualquier tipo de operación sin que medie el consentimiento del deudor.

La actuación del notario no comportaría ninguna garantía al ejecutado si va dirigida a comprobar que se cumple lo pactado y se puede pactar que la fijación del importe debido y las bases para calcularlo quedan al arbitrio del acreedor.

Por lo que creo que la intervención del notario está dirigida a integrar un título inicialmente incompleto para que pueda tener eficacia ejecutiva porque no conste en él la aquiescencia de las dos partes a todos los extremos necesarios para obtener la cantidad líquida. Basta esta circunstancia. Me parece menos relevante para que este requisito sea exigible, la existencia de un pacto de liquidación unilateral por el acreedor.

La ejecución dineraria se funda en la existencia de título. Cuando es necesario completar el título ejecutivo para conocer la cantidad exigible al tiempo de la reclamación, y siempre que esta no conste en otro posterior auténtico o en la forma permitida por la ley, es necesario el llamado documento fehaciente de liquidación, como complementario, cuando se admita (como se hace) el recurso a la vía ejecutiva.

Lo de menos es quién efectúe la liquidación, tal y como parece ser el presupuesto del artículo 572.2 LECiv. Lo que importa es que el funcionario en quien la ley confió este control, deje constancia de que la cantidad por la que el acreedor demanda despacho de ejecución se fijó de acuerdo con aquello a lo que consta en forma que

las partes prestaron su conformidad. Si tiene que contrastar lo contable con lo pactado, tendrá que comprobar si tuvieron lugar los actos y contratos que reflejan numéricamente los asientos.

— Tipo de documento notarial. El artículo 573 de la LECiv/2000 se refiere al documento fehaciente de forma genérica. En el momento en que entró en vigor este documento puede ser tanto la certificación intervenida como el acta del párrafo 4.º del artículo 207 del Reglamento Notarial. Este último está redactado en términos distintos al supuesto del artículo 572.2.

El documento que regula el artículo 207.4.º no exige que la liquidación la efectúe el acreedor ni alude a la procedencia de la documentación que se le exhibe. Se refiere solo a contratos mercantiles de determinadas entidades; ya lo hace al préstamo y no solo al crédito en cuenta y a las operaciones con carácter general. El artículo 207.4.º responde a un contenido del pacto de liquidez distinto al previsto en el artículo 572.2 de la LECiv. Pero fue en todo caso la norma del Reglamento Notarial aplicable cuando la LECiv/2000 entró en vigor. Y no tiene inicialmente el carácter de norma de derecho transitorio.

Así las cosas, en el año 2007 se aprueba la reforma del Reglamento Notarial por RD 45/2007, de 19 de enero. Regula al que todavía llama documento fehaciente de liquidación en los artículos 218 y 219, subsección 6.ª, de la sección 4.ª (Actas Notariales), del capítulo II (del Instrumento público), del Título IV (del Instrumento público) (24). La utilización de esta denominación genérica es incorrecta, porque obedece a lo que esta subsección no regula: la certificación intervenida. El artículo 218 del RN desarrolla el requisito exigido en el artículo 573.1.2.ª, en el caso del artículo 572.2 de la LECiv, no exige que la liquidación deba ser efectuada por el acreedor expresamente, pero sí, por la referencia que hace al 572.2 de la LECiv, y en atención a que los requisitos que enumera obedecen a esta liquidación.

El siguiente artículo de la subsección, 219 del RN, tiene por objeto los documentos fehacientes de liquidación relativos a cuales-

(24) MIRA ROS, Corazón de María, habla de "ambigüedad clasificatoria". "La nueva regulación notarial de los títulos ejecutivos", diario *La Ley*, núm. 6931, miércoles 23 de abril de 2008, p. 4.

quiera cuentas o contratos no comprendidos en el artículo anterior. Lo que llama la atención cuando el artículo 218 no se refiere a ninguno en concreto por sí ni por remisión al artículo 572.2 de la LECiv.

La diferencia entre este artículo y el anterior 218 es por el fin:

— El artículo 218 regula una especialidad del tipo de documento de liquidación para un determinado presupuesto y fin por remisión al artículo 572.2 LECiv.

— El 219 regula el documento de liquidación con carácter general.

Los dos documentos se rigen por las reglas generales. Por su colocación se someten a los principios y requisitos de la regulación de las actas con las especialidades que resultan del objeto y fin. El contenido de estos documentos fehacientes depende del alcance del requerimiento. En consideración a su fin deberán contener los apuntes contables y el saldo final, así como la expresión de las condiciones en que se ha practicado la liquidación. Se acomodarán a los requisitos formales, materiales o de registro establecidos en él, con aquellas especialidades derivadas del requerimiento.

Ninguna de las normas, artículos 207.4.º, 218 y 219 del RN, presuponen la existencia de una prohibición de libertad de pacto sobre las reglas de liquidación. Tampoco el artículo 207.4.º limita las formas de acreditar la cantidad líquida. Por el contrario, este artículo presupone otras modalidades. Lo mismo sucede en el artículo 219.

Por su parte, el artículo 218 regula una concreta para un supuesto y fin, pero no prohíbe otras para otros supuestos y fines.

Tanto el artículo 207.4.º como el artículo 218 del RN presuponen la existencia de pacto que permite una solución unilateral excepcional. El artículo 219 tiene carácter general.

Por lo que ninguna de las normas del RN contradicen la bilateralidad. Como la regla general que puede deducirse de las leyes (572.1, 695 LECiv y 153 LH) para el caso de que no se pacte el supuesto excepcional de liquidación o de acreditación de la cantidad objeto de reclamación unilateral por el acreedor.

La variedad de supuestos que pueden tener lugar como consecuencia de la libertad de pacto y los amplios términos del vigente artículo 572.2 de la LECiv, conducen a que la actuación del notario no puede ser siempre la misma al emitir su parecer o su juicio con convicción. Será una, si el saldo es el resultado de operaciones en

las que consta la intervención del deudor y de las que este tiene cabal y completo seguimiento; pero debe ser otra cuando se aplican cláusulas intrincadas sin que conste probada la aprobación del deudor al resultado que resulta de esa aplicación.

En cualquier caso, la actuación del notario debe evitar que el acreedor esté favorecido doblemente por la oscuridad que él mismo genera en la minuta que se tiene en cuenta al redactar la escritura. Lo que sucedería si es él quien la interpreta, y además la aplica.

La libertad de pacto y el diferente alcance del de liquidez al amparo del artículo 1435 de la LECiv y al amparo del artículo 572.2 de la vigente LECiv, justifican, en mi opinión, la coexistencia de las distintas actuaciones notariales.

En la LECiv de 1881/1984 se admite como solución procesal un pacto sobre la forma de acreditar. El pacto que permite la LECiv actual no es mera forma de acreditar, es sustantivo; por él se permite al acreedor liquidar por sí.

La diferencia es relevante porque el contenido de aquello a lo que el deudor presta anticipadamente consentimiento puede desvirtuar el carácter ejecutivo del título si da lugar a que el acreedor fije unilateralmente las bases de cálculo. Lo que, en mi opinión, sucede en el caso de que el título contenga cláusulas como las recogidas en las notas al pie de estas líneas.

Dependiendo del contenido del pacto, en algunos casos bastará con que el notario contraste los documentos (medios de pago) que constan en el título ejecutivo. En otros, será necesario integrar el título que se quiere poner en ejecución.

La actuación notarial puede/debe consistir en negar la actuación, si aquello a lo que el deudor prestó anticipadamente su consentimiento anticipado desvirtúa el carácter ejecutivo del título de manera que no sea posible acreditar la cantidad líquida en base a ningún documento posterior que el notario pueda identificar.

Cuando estime posible su actuación habrá que escoger entre los distintos documentos que regula el RN. La coexistencia de dos pactos con alcance procesal diferente (arts. 1435 LECiv 1881/1984 y 572.2 LECiv/2000) hace que, en mi opinión, no pierda utilidad el párrafo cuarto del artículo 207 del RN.

La disposición transitoria quinta de la Ley 1/2000 dice que "cualquiera que sea el título en que se funde, los juicios ejecutivos

pendientes a la entrada en vigor de la presente ley se seguirán tramitando conforme a la ley anterior, pero si las actuaciones no hubieren llegado al procedimiento de apremio, se aplicará en su momento esta Ley en lo relativo a dicho procedimiento”.

Pero en el caso de que exista un pacto de liquidez habrá que estar, en especial, al contenido del pacto, por su tenor literal y al contenido posible de acuerdo con la ley vigente al tiempo en el que el pacto se contrae.

El notario actuará en función de lo que el deudor consintió al acreedor. La fecha del título es reveladora del alcance que puede atribuirse al pacto.

No es este el criterio que siguió la Circular 59/2008 del Colegio de Madrid, como se dijo.

En mi opinión, cuando lo que el deudor consiente, o cuando lo único que pudo consentir con arreglo a la ley vigente, es que el acreedor certifique la cantidad líquida, rige el artículo 207.4.º. En este caso basta que el notario contraste el título ejecutivo con los documentos que se le aportan para poder obtener el saldo.

El artículo 207.4.º será aplicable a los pactos que tuvieron lugar a favor de aquellos acreedores para los que se previó el privilegio, vigente la ley derogada.

No es una modalidad excluida, por lo que creo que es aplicable, también, el recurso al artículo 207.4.º, por voluntad de las partes y con carácter general a cualquier acreedor siempre que se pacte esta modalidad de acreditar el saldo una vez en vigor la ley vigente.

Razones: 1) El artículo 573 de la LECiv se refiere al documento fehaciente con carácter general y el posible al tiempo en que entra en vigor es el del artículo 207.4.º.

2) Si se admite lo más a favor de cualquier acreedor por pacto (que pueda efectuar las operaciones de liquidación –572.2 LECiv–) no hay razón para admitir lo menos, de manera que realizadas las operaciones con intervención del deudor, cualquier acreedor se reserve solo la facultad de certificar el saldo que resulte de ellas.

Si liquida el acreedor, el saldo lo certifica él. Pero de aquel pacto por el que el deudor consienta que el acreedor certifique el saldo, no resulta facultado para realizar las operaciones de liquidación por sí solo.

El artículo 207 del RN no contempla la circunstancia de que la liquidación sea efectuada por el acreedor. Lo que, al contrario y por referencia al 572.2, sí tiene lugar en el texto del artículo 218. Artículo que regula el requisito procesal exigido en el artículo 573 de la LECiv cuando existe este tipo de pacto del 572.2 de la LECiv.

El artículo 219 se refiere a cuentas o contratos no comprendidos en el artículo anterior. Distinción por razón del contrato que no tiene hoy sentido desde que la solución unilateral que recoge el artículo 572.2 no se limita a un tipo de contrato (el de crédito en cuenta corriente y asimilados de la Orden de 1950), ni tampoco por el acreedor (mercantiles de Bancos, Cajas de Ahorro y Sociedades de Crédito –art. 1435 de la LECiv 1881/1984–) (25).

La distinción entre uno y otro artículo (218 y 219 del RN) se debe al fin que cumplen. El artículo 218 del Reglamento Notarial se ocupa de un supuesto especial de documento de liquidación, aquel que debe acompañar a la demanda de despacho de ejecución en el concreto supuesto del artículo 572.2 de la LECiv.

El artículo 219 regula un documento fehaciente de liquidación a cualquier otro fin procesal o no (2.ª parte) distinto al contemplado en el artículo 218.

— El Reglamento Notarial no regula una única forma de acreditar la cantidad exigible.

— Rige el 218 cuando se pactó (y pudo pactar con arreglo a la LECiv 1/2000) que la liquidación (la realización de las operaciones

(25) “Al día de hoy, y superadas antiguas discusiones, cabe entender que todas las operaciones habituales en la Banca, incluso préstamos, por sencillos que sean, han de someterse a dicho mecanismo liquidatorio”, PRADES LÓPEZ, Jorge: “Aspectos prácticos del documento fehaciente de liquidación-acta”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, número 51, junio 2009, pp. 192 y 193.

En relación a la jurisprudencia generalizada, opina BERNABÉ PANÓS que “Aquel criterio jurisprudencial es sostenible respecto del préstamo ordinario, en el que se pacta una obligación de pago única al vencimiento o periódicas con devengo de interés simple...”, *op. cit.*, p. 42.

FUGARDO ESTIVILL, Josep M.ª: “La autorización del «documento fehaciente de liquidación» en relación con la acción ejecutiva por saldo de operaciones (En torno al nuevo artículo 218 del Reglamento Notarial)”, *La Notaría*, Col.legi de Notaris de Catalunya, LNot, 37–38, 2007, Nova época, p. 17.

pactadas) la efectúe por sí el acreedor (572.2), sin la intervención del deudor en los cálculos ni en el seguimiento de estas operaciones.

— El 207.4.º, cuando se pacta la modalidad que este artículo regula para acreditar en juicio la cantidad exigible. Es un acta en la que el notario comprueba el saldo que certifica el acreedor como resultado de las operaciones de las que no está excluido el deudor, ya que no es la liquidación lo que efectúa por sí el acreedor. En este caso la determinación resulta de lo que al notario se le exhibe.

Este es el pacto de liquidez posible bajo la LECiv anterior (1881/1984). Y, con la certificación de saldo, el único cauce notarial a la entrada en vigor de la nueva LECiv/2000. Vigente el 218, el artículo 207.4 no es norma de Derecho transitorio (disp. transit. 5.ª) que obligue a atender principalmente o solo al momento de inicio del juicio ejecutivo, sino al contenido del pacto.

Lo que se debe tener en consideración es aquello que el deudor permitió al acreedor. Rige para todos los contratos anteriores en los que no cabía el pacto con el contenido del actual 572.2. Y para todos aquellos en los que, por rutina o de forma consciente, se mantenga la cláusula por la que el deudor consienta que el acreedor se reserve la facultad de certificar el resultado y no la facultad de realizar las operaciones de liquidación por sí.

— El artículo 219 tiene lugar siempre que sea posible y necesario liquidar la cantidad exigible, ya sea a efectos procesales distintos al de 218 como a cualquier otro, y a instancia del deudor como del acreedor.

Una vez que el título es ejecutivo y conste en él la conformidad necesaria en lo sustancial para que pueda tenerse por tal, la falta de conformidad en lo accidental se integra con la intervención del notario. Cuanto menor sea la participación de las dos partes en la fijación del saldo, mayor debe ser el rigor en la actuación notarial.

En el acta que regula el artículo 207.4.º del Reglamento Notarial, el notario determina el saldo por lo que le exhiben. En el caso del artículo 218 y, por remisión, en el supuesto del artículo 219, el notario tiene que emitir un juicio sobre el resultado de su comprobación, para lo que podrá requerir la documentación que tenga por conveniente.

Para esto último debe expresar, entre otros extremos, cómo identifica los documentos que examina –no solo lo que el acreedor

tenga a bien exhibirle-. En el supuesto para el que se dicta el artículo 218 la comprobación que se confía al notario es de mayor rigor (art. 572.2) que la del artículo 207.4.º.

Si el saldo que el acreedor certifica fuese correcto -no en otro caso-, el notario hace constar por diligencia el resultado de su comprobación [518.4.º.a)].

Ni la LECiv/2000 ni el vigente Reglamento Notarial establecen la manera de coordinar las actuaciones de los notarios para evitar que coexistan distintas actas notariales relativas a una misma operación.

En este sentido es útil que al instar el acta se presente la copia del título ejecutivo al notario tenga o no lugar el motivo de excusa que establece el RN ("salvo que el contenido del título ejecutivo resulte de su protocolo o libro registro"). Me parece que con esta presentación se obtiene cierto control de las actuaciones notariales que puedan tener lugar a la vez.

Ya no se considera como una modalidad de acreditar el saldo la certificación intervenida. Existe una referencia a la certificación de saldo en la sección cuarta del capítulo III del Título IV, artículo 264, al regular el Libro Indicador, en concreto cuando se refiere a lo que debe constar en la sección segunda de este Libro. Referencia de Derecho transitorio, según la DGRN (26). Por lo que la expres-

(26) Respuesta que eleva a la DGRN el Colegio Notarial de Granada de la consulta formulada por dos notarios de Málaga, que acababa, tras exponer sus argumentos, "con la opinión personal favorable al mantenimiento de la vigencia de ambas fórmulas documentales". En esta misma respuesta la DGRN entendió que la alusión a certificaciones con carácter general en el artículo 144, que la DGRN es una "palabra perdida" que no concreta a lo que se está refiriendo, siendo posible que pueda calificarse así alguna actuación notarial sin el significado del documento fehaciente, a fin de despachar ejecución.

FUGARDO ESTIVILL, Josep M.ª, da contenido a la certificación del artículo 264 del RN (certificaciones de cuentas corrientes utilizadas para la liquidación de impuestos de transmisiones hereditarias; certificaciones de saldo a efectos de las operaciones que regula la Ley 2/1994; certificaciones de saldo o de solvencia o titularidad de valores, activos, cuentas; certificaciones del saldo de puntos del permiso de conducción...), *op. cit.*, p. 23.

sión "documento fehaciente" utilizada para titular la subsección sexta, es criticable desde que la cantidad líquida no pueda acreditarse mediante certificación intervenida.

Los artículos 207, 218 y 219 del RN regulan un documento auténtico. Otra cosa es lo que, por una parte, adquiere o debe adquirir autenticidad gracias a él, y, por otra, que es lo que debe tenerla previamente para que el notario pueda conseguir el fin que se pretende con el documento que autoriza. El tipo de documento que sustente la relación que se liquida y que el notario debe tomar en cuenta para comprobar la liquidación depende del fin que se pretenda con el documento fehaciente de liquidación.

Lo que nos lleva a tratar de la naturaleza de los documentos que el notario debe tener en cuenta a efectos del despacho de ejecución, cualesquiera que sean las operaciones pactadas.

La actuación del notario está dirigida a un fin y su tarea no es la de comprobar el cumplimiento de requisitos formales.

No me parece irrelevante que el notario tenga a la vista la copia auténtica o el testimonio ejecutivos. Es la manera de justificar el interés de quien insta el acta, evitar la duplicidad de actuaciones y dar lugar a que se cree la apariencia de que tiene acción ejecutiva quien no la tuvo o la perdió.

Por esta razón creo que, en contra del parecer de algún compañero, es útil que se presente la copia al notario que autoriza el acta como medio de controlar las que se puedan estar llevando a cabo de un mismo contrato y para poder dejar reflejo en ella de que no se obtuvo el resultado que el acreedor certifica por medio de nota extendida en la copia que se le exhiba en la que se remita al acta en la que constan sus actuaciones.

El notario debe cerciorarse también de que se cumple lo pactado y, a este fin, identificar lo que examine.

La identificación de personas está regulada por ley. Lo que es título ejecutivo, también. El resto de la documentación, no. De la Ley resulta lo que debe constar en el título ejecutivo y lo que no. El título ejecutivo funda el derecho del acreedor y en él se recoge la conformidad de las partes a las operaciones de cálculo. Los importes que figuren en títulos y efectos formalmente ejecutivos no tienen problema de identificación.

Pero, ¿cómo se identifican por el notario las solicitudes, incluso verbales, contratos y escritos privados (que ni están legalizados ni verificados)?, ¿puede tenerlos en cuenta el notario sin conocimiento del deudor? La documentación que aporta el acreedor se podrá hacer valer en lo que le beneficie, pero debiendo pasar por lo que le perjudiquen; es el deudor quien tiene la iniciativa (art. 1229 del Código Civil).

No hacen prueba frente a tercero como por ejemplo, el notario.

Los acuerdos (seguros, tarjetas, fondos de previsión...) celebrados entre el acreedor y el deudor de los que depende la cuantía de la deuda, deben tener fuerza probatoria suficiente para que el notario autorizante del documento de liquidación (un tercero) pueda tener por cierta la sumisión expresa del deudor a la pretensión del acreedor, a fin de que este pueda promover la ejecución y para que los órganos de ejecución tengan el deber de realizarla. Es decir, deben ser suficientes para probar lo que en un ejecutivo se tiene por cierto: el acuerdo en el que el acreedor funda su derecho a reclamar una cantidad.

El llamado documento fehaciente se regula entre las actas, pero para el supuesto del artículo 572.2 el RN vigente no lo regula entre las actas de exhibición. Tampoco cabe, por el fin que el documento cumple, que se pueda reconducir a las reglas de un acta de manifestaciones del acreedor.

El artículo 218 del Reglamento Notarial especifica que el documento fehaciente que regula lo es al efecto de un concreto procedimiento en el que se debe tener por líquida la cantidad que se reclama. La actuación del notario será la necesaria para atribuir certeza a la pretensión del acreedor.

Es un acta notarial previa y requisito necesario de la demanda. El fundamento de la demanda es el título ejecutivo, no el acta. Los actos de ejecución que se demandan tienen que ser conformes a la naturaleza del título (art. 551 de la LECiv). Sin la demanda y el título en que se funda, el cumplimiento de este requisito (documento fehaciente de liquidación) no tiene objeto.

Pese al contenido del título, la vía ejecutiva no se está negando de hecho. Por lo que la importancia de este documento complementario aumenta desde que las escrituras redactadas con arreglo a las minutas de entidades financieras son cada vez más imprecisas, el

pacto de liquidez más favorable al acreedor, la notificación previa a la demanda menos rigurosa y el proceso más rápido. La nueva LECiv reforma el ejecutivo de acuerdo con el propósito que guió al legislador de facilitar la brevedad y economía de los juicios. No tiene lugar lo dispuesto en el derogado artículo 1469 de la LECiv/1881, artículo que invoca la controvertida STC 14/1992 para hacer una interpretación laxa acerca de los variados tipos de documentos en los que el acreedor puede justificar los abonos y cargos en la cuenta corriente de crédito.

1.5. RESUMEN

— Di cauce a través del artículo 572.2 a supuestos no contemplados expresamente en ninguno de sus apartados (liquidación por un tercero liquidador o por ambas partes en documento no auténtico). Y definiendo la necesidad de que el documento notarial de liquidación acompañe a la demanda, cuando no conste en forma la intervención del deudor en la realización de las operaciones, exista o no pacto de liquidez.

Es la solución a supuestos que el artículo no contempla de forma expresa, pero que, admitida la vía ejecutiva, pueden encontrar cabida en él por lo que de la propia ley procesal resulta cuando regula los requisitos de la demanda.

De otra forma sería muy fácil burlar el fin que persigue la norma.

Basta con que en las minutas se incluya la liquidación por un tercero para que se excuse el requisito.

1.6. ARTÍCULO 153 DE LA LH

La LECiv actual, a diferencia del artículo 1435 de la LECiv 1881/1984, no hace remisión a la LH en el caso de hipoteca en garantía de cuenta corriente que regula en el artículo 153.

La Ley 1/2000 extendió la solución que regula en el artículo 572.2 al supuesto de ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados (arts. 681 y ss. LECiv). Lo que plantea dudas sobre la vigencia de los medios tasados que regula el artículo 153 de la LH.

Fue propósito del legislador uniformar el procedimiento. La remisión del 153 al 129 de la misma ley, a pesar de su reforma, y la remisión de este último, a su vez, a la Ley de Enjuiciamiento Civil

vigente (Título IV del Libro III, con las especialidades del capítulo V de la LECiv) supone la vigencia de todos y la derogación tácita del artículo 153 en aquello en lo que sea incompatible con la nueva ley procesal.

Después de la entrada en vigor de la LECiv/2000, el artículo 153 de la LH mantiene la antigua redacción, en la que se acogen modos tasados de acreditar la cantidad que debe tenerse por líquida en el caso de hipoteca en garantía del crédito en cuenta.

Este artículo se diferencia de la regulación que hace la LECiv por varias razones. Establece una regla general de forma expresa a falta de pacto. Y para este caso recoge el sistema bilateral de doble libreta. Se tiene por líquida la cantidad que resulta de la libreta que llevan las dos (o todas) partes en la relación en la forma que el artículo indica y queda reflejada más arriba (aprobación y firma de ambos interesados en los ejemplares de la doble libreta).

La bilateralidad a falta de pacto no contradice la regla general que puede deducirse de la propia LECiv (art. 572.1).

Pero el sistema de doble libreta es especial porque acepta un documento privado como medio de prueba.

El artículo 572 de la LECiv no recoge como modalidad para acreditar la cantidad líquida el sistema de doble libreta, y de su punto primero resulta como regla general que la conformidad debe constar en alguna de las formas exigidas para los títulos con fuerza ejecutiva. A no ser que se entienda así del último número del 517, pese a la falta de remisión del 572.

La vigencia del sistema de doble libreta es, por esta razón, discutible como medio excepcional. La LECiv no lo recoge en el artículo 572 cuando al mismo tiempo el legislador lo tuvo en cuenta en el artículo 695 como medio por el que el ejecutado puede probar la falta de coincidencia del saldo que arroja su cuenta con el del ejecutante.

Años más tarde de la entrada en vigor de la LECiv/2000, el artículo 218 del RN presupone la necesidad de documento fehaciente a pesar de que los documentos contables que presente el acreedor estén firmados (la norma no dice por quién). Por lo que no son bastantes por sí solos para justificar la cantidad líquida los documentos privados, aun firmados, que presenta el acreedor (cualquier acreedor y por cualquier contrato de los que pueden originar despacho de ejecución).

El artículo 153 LH no prevé la notificación para este caso de sistema bilateral especial. Y el último párrafo del artículo 572.2 solo la prevé en el caso de que la liquidación sea efectuada por el acreedor.

Pero en mi opinión, después de la entrada en vigor de la LECiv/2000, es exigible la notificación al deudor aun en este caso. La doble libreta no excusa la necesidad de efectuar la notificación previa a la reclamación que regula el último párrafo del artículo 572.2.

Razón: el artículo 572 de la LECiv no admite la doble libreta como modalidad de fijación. La cuenta corriente no tiene la consideración del supuesto paradigmático que justifica la excepción, ya que el artículo 572.2 se refiere al saldo que resulta de cualquier tipo de operaciones. Se impone una uniformidad en requisitos [no hay remisión a la Ley Hipotecaria (LH), y sí hay remisión de la LH a la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC)]. Y por las razones que trato de exponer en estas páginas, los requisitos que la LECiv establece para el supuesto del artículo 572.2 son aplicables a todos los supuestos en los que el acreedor toma por bueno el resultado obtenido por medio de las operaciones que efectúe cualquier otro/s; es una garantía para el caso en que no conste en forma la intervención del deudor a las operaciones de liquidación (art. 572.1).

La regla general es el artículo 572.1. Lo que no tenga encaje en este apartado (conformidad del deudor en forma auténtica a la cantidad objeto de reclamación) se somete a los requisitos del punto segundo del artículo 572.2: notificación previa a la reclamación y documento fehaciente de liquidación como requisito de la demanda (el que corresponda: si expresamente se facultó al acreedor para certificar en la forma posible al tiempo de celebrarse el pacto, 207.4; cuando se trate del pacto 572.2 o de pactos en los que hace suya la llevanza de la cuenta por otro, la liquidación por otro..., art. 218 RN).

Además del sistema bilateral de doble libreta, el artículo 153 de la LH regula la modalidad excepcional del certificado unilateral emitido por el acreedor. Pero lo regula de forma distinta a como lo hace la LECiv.

El artículo 153 prevé esta solución unilateral para concretos contratos y acreedores, no contempla el documento fehaciente, se notifica el extracto, y los efectos de la notificación son más estrictos.

Está derogado en lo que sea incompatible con la nueva LECiv. Rige la LECiv vigente en cuanto a los efectos. Por lo mismo creo [aunque se discute (27)] que la certificación se somete a los requisitos de la LECiv vigente y que es aplicable el documento fehaciente de liquidación porque lo exige el artículo 573 de la LECiv, a la que se remite la LH. Este artículo 153 de la LH regula la notificación judicial o notarial del extracto de cuenta, pero con causas más limitadas de oposición. Este requisito de la notificación merece comentario especial como garantía del deudor.

La nueva LECiv no mantiene la vigencia de la norma de la LH. Por el contrario, trata de uniformar requisitos, por lo que el artículo 153 no se puede considerar vigente y está derogado tácitamente al ser incompatible con la reglas de la ley procesal posterior.

Pero el artículo 153 de la Ley Hipotecaria atribuye mayor seriedad a la notificación al deudor previa a la reclamación. La notificación debe ser con garantías jurídicas (notarial o judicial), es más completa (no se limita al resultado de la liquidación) y la ley regula las consecuencias de la falta de oposición y de la oposición. Lo que nos lleva a tratar la notificación previa a la reclamación.

1.7. IMPORTANCIA DE LA NOTIFICACIÓN PREVIA A LA RECLAMACIÓN

Se formularon críticas a la acreditación unilateral de la cantidad líquida, por distintas razones.

Por ejemplo, a juicio de MIRA ROS, el documento fehaciente tiene una eficacia limitada como garantía, ya que el que una liquidación contable esté bien hecha o lo esté en la forma pactada contractualmente, envuelve un juicio matemático o metajurídico que no está cubierto por la fe pública notarial (28).

(27) No considera necesario el documento fehaciente MONTERO AROCA, Juan: *Las ejecuciones hipotecarias*, pp. 565 y 566. Opina que es necesario el documento fehaciente de liquidación PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Ignacio: "El título del crédito hipotecario: inscripción y ejecución (Alcance de la reforma introducida por la Ley 41/2007)", en *Hacia un nuevo Derecho Hipotecario. Estudios sobre la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario*, Academia Sevillana del Notariado, Consejo General del Notariado, Madrid, 2008, p. 191.

(28) MIRA ROS, Corazón de María: "La nueva regulación notarial de los títulos ejecutivos", diario *La Ley*, 6931/2008, p. 4.

Estoy de acuerdo. Si la cuenta está mal hecha, aunque el notario diga que el cálculo es correcto, no lo es ni será.

Pero la función del notario no se limita a repasar las cuentas. La revisión que hace el notario no exime al deudor de hacerla por sí, y si son erróneas, igualmente serán impugnables.

En mi opinión, la crítica que puede hacerse hoy a la norma vigente que contiene el artículo 572.2, es a la amplitud de los términos en los que se reconoce la excepción. Si puede pactarse cualquier operación de liquidación y esta puede ser efectuada por el acreedor por sí solo, la labor del notario vendría a ser la de confirmar lo que el acreedor haga.

Pero eso no es así. El límite a lo que el acreedor hace es el contenido del título y los requisitos que debe reunir para que pueda llevar aparejada ejecución. Por eso la labor fundamental del notario es la de poner en relación lo que el acreedor hace con lo que conste en el propio título por conformidad de ambas partes.

El fin del documento fehaciente de liquidación está en función del contenido del título ejecutivo.

Cumple un fin genérico, el de comprobar el cumplimiento de los pactos y poner en relación el contrato con la documentación contable, cualesquiera que sean los acuerdos que deban tenerse en cuenta para realizar las operaciones de liquidación.

Estos acuerdos pueden ser de distinto tipo (fórmulas, períodos de carencia y de amortización, cómputo de días, meses y años, reglas de imputación, tarifas aplicables...) y la documentación de cualquier procedencia (acreedor, deudor o tercero...). El notario está obligado a comprobar si la liquidación se hizo con arreglo a ellos y a las normas aplicables (art. 198.6.º del Reglamento Notarial), para que, una vez hallado el resultado, y cotejado con el de la certificación que presenta el acreedor, comprobar si uno y otro coinciden.

El documento fehaciente sirve también para: 1) que conste el reconocimiento de la autoría, no solo de los escritos o documentos suscritos por el acreedor, sino también de otros no suscritos pero que aporta como de su procedencia; 2) recoger formalmente la liquidación puesta de manifiesto a una fecha creando prueba de ello; 3) y crear la prueba, también, de lo actuado por parte del acreedor a un fin con las consecuencias que pueden extraerse, ya que el ar-

título 218 del Reglamento Notarial regula un documento al efecto de un juicio concreto.

En especial el fin mediato del documento fehaciente es el de evitar que la liquidación quede al arbitrio de una de las partes en la relación. A este fin responden la necesidad de pacto previo, de acreditar la conformidad con los Libros del Registro y muy especialmente el de comprobar que la liquidación coincide con lo válidamente pactado.

Para ello no basta que el acreedor aporte la documentación especialmente indicada en el artículo 218 del Reglamento Notarial (los tipos y comisiones que aplicó y la documentación contable...), ya que en buena parte de los casos (en especial sucede así en los supuestos de los ejemplos recogidos en estas páginas) no consta en forma legal la aquiescencia del deudor a los contratos y escritos privados y ejercicio de opciones que hacen variar la cuota; y la documentación contable no es prueba del contenido de la relación contractual.

Es decir, falta tener por ciertos parte del/de los acuerdo/s que el notario debe comprobar para declarar que a su juicio el resultado responde a lo acordado por ambas partes.

Para que el notario compruebe la realidad de estos contratos y hechos, tiene interés una de las actuaciones previstas en el artículo 218 del Reglamento Notarial: la identificación de la documentación aportada [segundo párrafo, letra a), del art. 218 del Reglamento Notarial]. Pero para que el notario pueda identificar, tendrá que hacer las diligencias que lleven a convencer de que, por ejemplo, la solicitud verbal existió, y la liquidación se hizo con arreglo a lo pactado. Entre estas actuaciones debe estar, en mi opinión, la notificación al deudor; debe ser el notario quien notifique la liquidación, y no solo la cantidad resultante de ella, al deudor y, en su caso, al fiador.

La notificación posterior al deudor de la cantidad líquida es un requisito previo a la reclamación de ejecución al que se le fue restando importancia en la práctica. La notificación se postergó al consentimiento prestado de forma anticipada a la certificación de la liquidación emitida por el acreedor.

Pero este consentimiento previo estuvo inicialmente limitado a concretos supuestos, al crédito abierto en cuenta corriente o contratos asimilados a este concertados con determinadas entidades

financieras. Se trata de supuestos en los que la cantidad dispuesta no es inicialmente conocida, pero se puede conocer por varios medios: 1) porque las relaciones en las que se fundan los cargos en la cuenta están documentadas en título ejecutivo; 2) porque el deudor tiene conocimiento de los movimientos, ya que sigue las operaciones que carga y los abonos que efectúa en la cuenta corriente de la que es titular. Este derecho de acceso a la información es correlativo al deber del acreedor de informar.

La notificación posterior prevista en la Ley de Enjuiciamiento Civil (hoy en el último párrafo del art. 572), que nunca debió aplicarse de cualquier forma, recobra importancia jurídica desde que los supuestos de excepción a la regla general –bilateralidad– que tienen cabida en los términos de la norma contenida en el artículo 572.2 de la LECiv, son muy variados y no responden a ningún presupuesto objetivo ni subjetivo determinados. Esta amplitud de los términos de la norma no responde a las razones valoradas por el Tribunal Constitucional en la STC de 10 de febrero de 1992.

Cuanta mayor es la vaguedad del consentimiento prestado de forma anticipada en el título ejecutivo a la liquidación futura efectuada por una de las partes en el contrato, mayor es la necesidad de que conste el conocimiento y conformidad del deudor a los movimientos de la cuenta o a las efectivas operaciones realizadas para obtener la cantidad líquida objeto de reclamación.

Esta notificación a la que nos estamos refiriendo, se ordena en el artículo 572.2, en los siguientes términos, para el caso de ese punto 2 del mismo artículo: “sólo se despachará ejecución si el acreedor acredita haber notificado previamente al ejecutado y al fiador, si lo hubiere, la cantidad exigible resultante de la liquidación”.

Es un requisito que tiene como fin la puesta en conocimiento al deudor y fiador antes de que se inicie el proceso de reclamación de aquello en lo que pueden fundar su impugnación. Pero esta notificación no pierde eficacia jurídica si el proceso no llega a celebrarse.

No es requerimiento de pago; es previa a la reclamación y surte efectos jurídicos se llegue a iniciar el proceso o no. Ya que su principal efecto en el caso de que se liquiden operaciones futuras o se salde la cuenta es determinar el nacimiento de la obligación con la determinación del saldo por compensación de los cargos y abonos

en la cuenta corriente, o cuando de cualquier otro modo se calcula y fija el importe debido.

La LECiv/2000 conserva este requisito, que introdujo el artículo 1435 de la LECiv/1881 reforma de 1984, cuando regula la acreditación unilateral del saldo deudor. El artículo 153 de la LH, ley a la que se remitió el artículo 1435 en el caso de hipoteca en garantía de cuenta corriente, lo reguló con más detalle con anterioridad.

En el supuesto de hecho que fue el presupuesto de la norma excepcional (acreditación unilateral del saldo deudor que arroja la cuenta corriente de crédito) existe ya por parte del acreedor la obligación de informar de los movimientos y del saldo de la cuenta.

Es evidente que esta notificación, prevista en la ley como requisito previo a la reclamación judicial, no es equiparable a una información más que el acreedor tiene la obligación de remitir al deudor.

Según la LECiv/2000, la notificación tiene por objeto la cantidad resultante de la liquidación. Recoge la idea del último párrafo del derogado artículo 1435: "la entidad acreedora deberá notificar previamente al deudor o fiador el importe de la cantidad exigible".

El fin de esta notificación previa a la reclamación es el de informar al deudor para que impugne o haga objeciones. Ya que, como dice GARCIMARTÍN ALFÉREZ al comentar las normas mínimas que establece el Reglamento 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se establece el título ejecutivo europeo para créditos no impugnados, "la clave es que el deudor tenga conocimiento de la deuda antes de decidir si la impugna o no" (29).

Este fin no lo cumple la sola notificación de la cantidad resultante. La notificación de la cantidad resultante tiene sentido cuando obedece a operaciones suficientemente documentadas de las que el deudor tiene puntual seguimiento durante la vida del contrato.

Pero es insuficiente cuando se trata de operaciones que realiza por sí solo el acreedor en base a contratos y hechos que no están suficientemente documentados.

La norma vigente, en la que se recoge la excepción a la bilateralidad, no la funda en casos concretos que puedan valorarse como justificantes de la medida. La ley actual no limita las operaciones de

(29) GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J.: *El título ejecutivo europeo*, p. 55.

liquidación que pueden convenirse. Basta que la liquidación se haga "en la forma convenida por las partes en el propio título ejecutivo". Esta forma es, de hecho, la que conviene al acreedor, teniendo en cuenta que en la elaboración de las minutas no participa la parte deudora y están redactadas en consideración a los intereses del acreedor.

Por esta razón, si la notificación al deudor y fiador consiste en una comunicación de la cantidad resultante de la liquidación que efectúa por sí solo el acreedor, no obtendrán la información que necesitan en su defensa, ya que no les proporciona la necesaria para poder discrepar del resultado cuando los importes no resultan de datos que figuren en el título ejecutivo y las operaciones las realiza el acreedor sin intervención del deudor.

La notificación del resultado no cierra la puerta a posibles excepciones en cualquiera de los casos en los que el saldo de la liquidación efectuada por el acreedor no resulta de los datos y de los términos del título ejecutivo.

La notificación de la cantidad resultante de la liquidación es necesaria porque lo dice la ley. La de las operaciones de liquidación es conveniente siempre que el deudor no intervenga en ellas. Pero creo que es, además, imprescindible como medio para evitar que pueda alegarse nulidad radical del despacho de ejecución por no reunir el documento presentado los requisitos legales exigidos para llevar aparejada ejecución. Lo que debería suceder y no sucede en los casos en que el importe debido se calcula por remisión a contratos, escritos privados o simples manifestaciones o hechos, que necesitan el conocimiento y conformidad del deudor.

La notificación de la cantidad resultante que ordena el artículo 572.2 no es suficiente y debe extenderse a las operaciones y bases que el acreedor realizó y tuvo en cuenta al liquidar, tanto en el contrato de crédito en cuenta corriente como en todos los demás en los que la obligación nace una vez que se calcula el importe debido; en todos estos casos en los que es necesario realizar operaciones para conocer el saldo debido cuando este no es el resultado de una pura operación aritmética que el deudor puede estar en condiciones de calcular por sí.

Lo relevante no es el resultado, sino la liquidación tal y como el acreedor la efectúa y las bases que tuvo en cuenta para el cálculo.

Ya que, lo que resulta de pactos como los recogidos en las notas al pie de estas páginas es que el acreedor se reserve de hecho la acreditación de las bases de cálculo y, en consecuencia, del contenido económico del contrato.

El deudor, el fiador, el hipotecante no deudor, deben estar en condiciones de comprobar cómo se efectúa la liquidación. Y la liquidación que les importa conocer es la que comprueba el notario, que es la que se tiene por definitiva y la que debe acompañar a la demanda.

Por su parte, al notario le interesa conocer si la liquidación que se le presenta para su examen es la notificada a los interesados para poder comprobar si aquellos opusieron objeciones que le impidan tener por acordados los hechos que solo constan por estar manifestados por el acreedor.

Esta notificación es previa a la demanda, al proceso y no se realiza durante él ni a su amparo.

Como vimos, la notificación surte efectos jurídicos aunque no se celebre el juicio, ya que, con la notificación de la liquidación nace la obligación, está vencida y líquida la deuda que se pretende ejecutar, comienza a correr el plazo para la mora.

Esta notificación previa a la reclamación judicial debe probarse como cierta al tiempo de la demanda. Según el artículo 573 (1.3.º) es en este momento cuando debe acreditarse que el hecho de la notificación tuvo lugar.

A pesar de todo esto se admite y toma por buena la que se efectúa por cualquier conducto, también por burofax o por correo, cuando en el tráfico jurídico entre particulares (y no al amparo de procedimiento judicial o administrativo por lo que del mismo resulte) no es prueba legal probada la practicada por este conducto. Ni es conveniente que sea así, por las razones que iremos exponiendo.

Se abre camino el reconocimiento jurisprudencial como prueba suficiente de las comunicaciones entre particulares a través de los servicios de la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos.

Las comunicaciones por el operador estatal hacen prueba al amparo de una actuación judicial o administrativa. Pero la notificación que regula el artículo 572.2, último párrafo, es previa a la reclamación judicial, no se realiza al amparo de un procedimiento que todavía no se inició y surte efectos jurídicos antes del proceso y aunque este no tenga lugar.

En el tráfico jurídico ordinario las comunicaciones de esta sociedad no son instrumento público ni prueba legal, ni acreditan la legitimación e interés de quien las hace y recibe, ni el cartero es fedatario, ni actúa como tal de acuerdo con las reglas a las que el notario sujeta su actuación. Tiene reconocido su condición de agente notificador en los procedimientos administrativos y judiciales en compensación a las prestaciones obligatorias que asume el operador estatal.

Pero las comunicaciones entre particulares a través de los servicios de la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos no están sometidas al control de un procedimiento jurídico, ni el cartero puede desarrollar su actuación en los términos y de acuerdo con las normas a las que el notario sujeta la suya, ni por los criterios de espacio, lugar de requerimiento (el cartero presta su servicio en la dirección), de tiempo (plazos de respuesta) y demás propios de la actuación ante el notario como fedatario en el tráfico jurídico, tal y como la regula la Ley y el Reglamento Notarial. De manera que el destinatario notificado por la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, SA, carece de los derechos a ser notificado y de asistencia jurídica imparcial que corresponden al notificado por conducto notarial, así como el de responder ante un profesional del Derecho, dando lugar, no a una prueba de la respuesta, sino a la respuesta en documento auténtico de su oposición, aceptación, o incluso de su falta de respuesta en plazo, lo que no se consigue de otra forma fuera del procedimiento de notificación notarial.

La notificación que ordena el artículo 572.2 de la LECiv es relevante. La de la cantidad es necesaria porque lo dice la ley.

La de las operaciones de liquidación es conveniente siempre que el deudor no intervenga en ellas. Y es imprescindible cuando el importe debido se calcule por remisión a contratos, escritos privados o simples manifestaciones o hechos, que necesitan el conocimiento y conformidad del deudor. Es al menos imprescindible la efectiva puesta en conocimiento del deudor con garantías jurídicas del contenido de estos hechos y contratos, para que pueda hacer uso de su facultad de impugnar con el debido conocimiento. En otro caso, el documento fehaciente solo tiene como fundamento la manifestación del acreedor.

El artículo 572.2 no establece plazos de respuesta.

Como recordamos, la liquidación de la cantidad líquida objeto de reclamación judicial no es la única unilateral prevista en estos contratos celebrados con entidades financieras.

Otro de los supuestos de liquidación unilateral que resultan del contrato, es la periódica al tiempo de la revisión del tipo de interés.

En las minutas de entidades financieras se prevén durante la vigencia del contrato los requisitos y tiempo de espera que deben cumplir las comunicaciones al deudor de las liquidaciones al tiempo de las revisiones periódicas. Requisitos que deben tenerse como mínimos para poder hacerlas efectivas frente al deudor, y son obligatorios cuando el cálculo se hace depender de elementos que no resultan del título por una simple operación aritmética, como contratos, opciones, hechos que no son datos oficiales ni de público conocimiento. Estas comunicaciones, tal y como se pactan a lo largo de la vida del préstamo, se realizan por medio de escritos privados que no tienen autenticidad.

Se puede tratar de defender la existencia de una conformidad tácita durante la vida del préstamo mientras no se impugne la revisión y se pague; conformidad por actos posteriores del propio deudor que se conforma con lo notificado y va pagando la cuota.

Pero no deja de ser discutible que el deudor pierda el derecho a repetir lo indebidamente satisfecho.

Esta presunción de conformidad al resultado consecuencia de intrincados cálculos por remisión a contratos y hechos no documentados en forma y por aplicación de reglas de progresión y valoración que solo conoce el acreedor cuando no se reflejan en el título, no tiene oportunidad en la liquidación que pone fin al contrato. En cualquier caso, es un medio insuficiente de integración del título en el que se funda la demanda de ejecución en un procedimiento de limitada cognición.

Y el notario debe contrastar lo efectivamente pactado, no lo tolerado.

La presunción de una conformidad tácita a los sucesivos saldos de la cuenta de la operación (cuando exista) que lleva el acreedor por encargo del deudor, aun con la obligación de cumplir fielmente el encargo y rendir cuentas y el derecho del deudor a discrepar o prestar conformidad, no justifica la eficacia que se está reconociendo a esta fijación unilateral de las bases por parte del acreedor. Ni esta presunta conformidad siempre existe de acuerdo con los cri-

terios que se tienen por comunes para indagar cuando se entiende por prestada (no se entiende prestada por la simple retención sin reclamación; sí, en el caso de que exista un acto de ejecución; no es aprobación el pago parcial o accidental; no es necesario aprobar todas y cada una de las partidas...).

En todo caso, como expusimos al principio, la cuenta no prueba la relación jurídica. Ni la certificación de la cantidad ni el traslado de la cuenta son documento público ni tienen fuerza ejecutiva.

Ni la interpretación más amplia de lo que se deba entender por pacto, ni las cláusulas convencionales, ni las normas aplicables, justifican la facultad en el acreedor de atribuir fuerza ejecutiva a lo que no la tiene. No cabe en la actual LECiv que el acreedor pueda, cuando efectúa la liquidación, tomar por base de sus cálculos datos que no resultan del título ejecutivo ni de otros documentos auténticos.

La forma unilateral de acreditar el saldo deudor y la presupuesta liquidación efectuada por quien lo acredita, no es una excepción al principio *nulla executio sine titulo*.

Se trata de supuestos distintos a aquellos en los que los importes resultan de títulos ejecutivos; supuesto que puede originar el artículo 153.bis, según redacción Ley 41/2007, si bien, en este caso, no todo título sea el adecuado para iniciar cualquier procedimiento de ejecución –sobre bienes inmuebles es necesario escritura pública (30).

Y los medios ejecutivos contra un bien amparado por la ley, como es la propiedad, solo pueden admitirse amparados por la ley (31). Por lo que llevan aparejada ejecución aquellos títulos que establece la LECiv (art. 517 de la LECiv/2000, por sí o por remisión –9.º–).

Los certificados bancarios no son documento público (como recordó el Tribunal Constitucional en la S. de 10 de febrero de 1992). Los duplicados de la cuenta que emite la entidad acreedora no tienen el valor de título en el que puede fundarse la acción ejecutiva.

(30) BERMEJO PUMAR, María Mercedes: "La hipoteca en garantía de créditos sucesivos. Artículo 4 de la Ley 2/1994 (recarga de la hipoteca). Artículo 153-bis de la Ley Hipotecaria (hipoteca recargable). La reutilización de la garantía, facultad del dueño del bien hipotecado", *Revista Jurídica del Notariado*, número 71 (julio-septiembre 2009), p. 49.

(31) CHIOVENDA, Guisepppe: *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, tomo I, p. 296.

El pacto de liquidez no puede burlar la razón de ser del procedimiento sumario: el carácter ejecutivo del documento en que se funda la reclamación de que se despache ejecución (32). Es en consideración a este por lo que se modulan los principios de audiencia, contradicción e igualdad de armas.

Por lo que en otros ordenamientos se sostiene que, cuando la ejecución depende de un hecho constitutivo de plazo o condición cuya realización incumba probar al acreedor ejecutante, "es necesario que el acreedor pruebe los hechos no notorios mediante documentos públicos o públicamente legalizados, antes de la expedición de la copia ejecutoria" (726, 795). Se puede hablar en todos estos casos de una "cláusula ejecutiva complementaria del título" (33).

A la vista de las cláusulas de las minutas recogidas antes en notas al pie, las críticas al pacto de liquidez deben dirigirse a los términos del contenido del título que se pretende ejecutivo, en el que, pese a no resultar de forma auténtica la conformidad de las partes a las bases para determinar el importe de la deuda, se pacta la liquidación unilateral por el acreedor y como medio de acreditar la cantidad líquida, su certificación a efectos de la reclamación en el procedimiento sumario de ejecución, restando, de hecho, trascendencia a los requisitos legales de la notificación previa y del documento fehaciente de liquidación notarial.

(32) Como recuerda MONTERO AROCA, "Algo que no siempre se ha entendido es que en el proceso de ejecución todo lo que el ejecutante necesita para que el Juez despache ejecución es presentar un documento que sea título ejecutivo, y ese documento título no opera como elemento de prueba de la obligación sino como presupuesto de la existencia del proceso mismo. El título es un presupuesto procesal y, en el proceso de ejecución, nada más. La prueba es un concepto ajeno al proceso de ejecución; en éste no se prueba; en él se parte de la apariencia de la existencia de la obligación que establece el título. El Juez, para despachar la ejecución, no se pregunta si la obligación documentada en el título existe; su única cuestión es si el documento que se le ha presentado es o no título". No hay distinción entre documento fundamental del derecho y complementario coadyuvante que puede presentarse en fase posterior de proposición de prueba. MONTERO AROCA, J.: *Las ejecuciones hipotecarias*, p. 546.

(33) GOLDSCHMIDT, James: *Derecho Procesal Civil*, p. 572, Ed. Labor, 1936, traducido por PRIETO CASTRO y anotado por Niceto ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO.

En estos casos el pacto de liquidación unilateral no es solo abusivo porque merme las garantías del deudor, sino que llega a desvirtuar el carácter ejecutivo del título, con el riesgo de que se declare la nulidad radical del despacho de ejecución (art. 559.3.º LECiv).

Por lo que creo que el documento fehaciente de liquidación debe cumplir el fin de una "cláusula ejecutiva complementaria". Este documento puede servir para salvar el obstáculo que para el despacho de ejecución encierran el título que recoge cláusulas como las transcritas en las notas al pie de estas páginas.

1.8. PROPUESTA DE SOLUCIÓN: LA ACTUACIÓN NOTARIAL CUANDO LA CANTIDAD ES LIQUIDABLE EN VIRTUD DE OPERACIONES QUE NO SE REFIEREN DIRECTAMENTE AL CRÉDITO O PRÉSTAMO Y RESULTAN DE ELEMENTOS EXTERNOS AL TÍTULO QUE SE PRETENDE PONER EN EJECUCIÓN (CONTRATOS Y ESCRITOS PRIVADOS O SIMPLES HECHOS)

Para posibilitar la identificación de los documentos en los que el notario funda el juicio de que el saldo es conforme a lo pactado, así como para poder tener por ciertos los hechos futuros (ejercicio de opciones) y contratos privados (contratos de seguro con determinada cobertura, contratos de disponibilidad con tarjetas de distinto tipo...) de los que se hizo depender el importe del saldo deudor, creo que se puede intentar una solución en base a las normas vigentes, y no de *lege ferenda*.

Me parece aplicable de *lege data* el recurso al artículo 326 de la LECiv y no al artículo 1225 del Código Civil. El documento fehaciente de liquidación que se autoriza al amparo del artículo 572 es un acto preprocesal que sirve para el proceso.

Por lo que creo que el notario puede fundar su juicio en los datos que no resultan ciertos del título, pero tampoco resultan controvertidos por el deudor de manera fundada una vez que tiene conocimiento por conducto notarial de aquellos en los que el acreedor basó la liquidación.

Al solo efecto del juicio que debe emitir el notario, los datos de los que no hay prueba auténtica se pueden tener por aceptados y consentidos por el deudor cuando el notario ponga en su conocimiento el contenido de los contratos, papeles, escritos privados, comprobantes, demás documentos aportados por la entidad en los

que justifica el cálculo efectuado para liquidar la deuda, y el deudor no los impugne en plazo razonable.

Aplico el artículo 326.1 de la LECiv ("artículo 326. Fuerza probatoria de los documentos privados. 1. Los documentos privados harán prueba plena en el proceso, en los términos del artículo 319, cuando su autenticidad no sea impugnada por la parte a la que perjudiquen"), y no el artículo 1225 ("el documento privado reconocido legalmente tendrá el mismo valor entre los que lo hubiesen suscrito y sus causahabientes"), porque considero que la actuación notarial emitiendo un juicio sobre la cantidad exigible es previa al proceso y tiene sentido si este tiene lugar.

Esta puesta en conocimiento del deudor no es la notificación previa a la reclamación de la cantidad exigible, ni se practica a fin de obtener el cumplimiento, ni tampoco es el previo requerimiento de pago. Es un acto previo que me parece imprescindible para que el notario pueda afirmar que la liquidación se hizo con arreglo a lo pactado. Acto previo a la reclamación en un procedimiento ejecutivo que permite identificar los hechos y contratos que no tienen autenticidad y dotar de alguna a las bases de cálculo de las que se sirve el acreedor, al menos por *facta confessio*. Es un documento que sirve para completar el título en que se funda la demanda de ejecución.

Para alcanzar este carácter no son suficientes las comunicaciones privadas entre las partes en la relación. Ni, como establece alguna minuta de la entidad financiera, el compromiso de la acreedora de que será notificada la parte acreditada con detalle de la operación de que se trate (34), porque esta comunicación no dota de autenti-

(34) Caixa d'Estalvis i Pensions: "La Caixa queda especialmente facultada e irrevocablemente autorizada en lo menester por la parte acreditada y por la hipotecante no deudora para aplicar, con cargo a la parte disponible por la misma del presente crédito, cualquier obligación de pago vencida y no satisfecha de dicha parte o de cualquiera de las personas que la integran, dimanante de cualesquiera operaciones, tales como, a título enunciativo, descubiertos en cuenta, avales, préstamos, créditos, descuentos o cualquier otra. Tal cargo, que será notificado a la parte acreditada con detalle de la operación de que se trate, tendrá el carácter de disposición... La Caixa podrá negarse a que la parte acreditada realice disposiciones del crédito, aun en el caso de no haber alcanzado el límite de endeudamiento concedido, en cualquiera de los supuestos previstos como causas de vencimiento anticipado de la presente operación o si hubiese incumplido cualquier otra obli-

cidad y certeza a la operación; ni por ella queda probada de forma auténtica la aquiescencia del deudor, ni es documento público que dote de certeza a la relación. Por lo que no tiene carácter de documento complementario del ejecutivo al no constituir la prueba legal y probada en el tráfico jurídico de lo que es base de cálculo de la operación.

Se puede objetar a esta propuesta que la norma del artículo 326 de la LECiv es una norma de valoración del documento privado en el proceso judicial y por el juez. El documento notarial que regula el artículo 218 del vigente Reglamento se regula a efectos del artículo 572 de la LECiv (del proceso).

El reconocimiento de la certeza está limitado a los efectos de la actuación del notario como medio de defensa del deudor.

Pero si el notario no tiene ninguna acerca de qué contratos u opciones se ejercitaron, ¿cómo es posible que se tengan por ciertos en un ejecutivo por la simple manifestación de la certeza de los escritos efectuada por el acreedor? Y, ¿para qué posponer la oposición que evita el pleito o corrige el error que puede alegarse en él? Por esta razón defiendo la eficacia de la notificación notarial conforme al artículo 326 LECiv.

En la regulación que la LECiv hace de la ejecución dineraria y en especial en el ejecutivo de hipoteca se tiene en cuenta la actuación del notario a otros efectos procesales (plazo para la convocatoria de la subasta, treinta días desde el requerimiento de pago –art. 691 LECiv–; liberado el bien por primera vez podrá liberarse en segunda o ulteriores ocasiones, siempre que, al menos, medien cinco años entre la fecha de liberación y la fecha de pago judicial o extrajudicial efectuada por el acreedor –art. 693 LECiv–;...). Lo que tiene poco de original si se recuerda la función del notario como colaborador en la función judicial (en este mismo proceso, requerimiento notarial, arts. 581.2 y 685 de la LECiv). Y siendo que se derivan funciones a los secretarios judiciales por la Ley 13/2009, no parece que deban excluirse efectos a los actos notariales dirigidos en general a evitar

gación que tenga contraída con terceros, o cuando hubiere variado cualquiera de los factores que se tomaron en consideración al concertar la operación, especialmente la solvencia de la parte acreditada, o en caso de fallecimiento de las personas que, en su caso, la integran”.

el conflicto y, en este caso en especial, a eliminar la probabilidad de discrepancias, gravando de forma innecesaria la actuación de quien reclama si a estos actos extrajudiciales se les priva infundadamente de efectos dando lugar a costes individuales y sociales inútiles.

Por todo lo expuesto, creo que el documento fehaciente de liquidación cumple el fin de integrar el título ejecutivo siempre que la cantidad objeto de reclamación se haga depender de hechos futuros a los que el deudor no pudo prestar su conformidad al tiempo de otorgarse el título ejecutivo ni conste en documento posterior auténtico, y con independencia de que sea el acreedor quien efectúe la liquidación o de que se pacte o no la acreditación de la cantidad o la liquidación unilateral.

Cuanto más intrincado sea el cálculo y más impreciso y vago el contenido del título que se pretende poner en ejecución, creo que es mayor la necesidad del documento auténtico posterior que lo integre y con este fin creo que debe completarse el documento fehaciente con la notificación al deudor (y en su caso, fiador) de la liquidación (y no solo de su resultado) con los efectos del 326 LECiv, por tratarse de actuaciones notariales que tienen por fin el proceso.

2. SEGUNDA PARTE. PACTO SOLUTORIO Y SOBRE LA FORMA DE ACREDITAR EL CUMPLIMIENTO DE UNA OBLIGACIÓN CONTRACTUAL (EJECUCIÓN VOLUNTARIA). ARTÍCULO 219 DEL RN. RD 45/2007, DE 19 DE ENERO

- 2.1. DOCUMENTO DE LIQUIDACIÓN A CUALQUIER OTRO EFECTO, PROCESAL O NO, DISTINTO DEL CONTEMPLADO EN EL ARTÍCULO 218 DEL REGLAMENTO NOTARIAL. COMPLEMENTO NECESARIO DE LA FALTA DE VALOR PROBATORIO DEL TRASLADO O CERTIFICADO DE LA CUENTA PARA SOLICITAR SU EXTINCIÓN O LA CANCELACIÓN DE CUALQUIER GARANTÍA (ART. 82 DE LA LEY HIPOTECARIA –DOCUMENTO AUTÉNTICO–; ART. 33 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO –DOCUMENTO PÚBLICO–; ARTS. 573 DE LA LECIV, Y 218 Y 219 RN –DOCUMENTO PÚBLICO Y AUTÉNTICO–; ART. 1229 DEL CÓDIGO CIVIL –NOTAS ESCRITAS POR EL ACREEDOR–)

De esta relación del contenido del contrato con la documentación contable, derivan efectos para todas las partes en la relación.

Del pacto sobre el medio de pago, por ejemplo, del más común por ingreso en la cuenta, y de la documentación contable aportada por el acreedor, por ejemplo, del traslado de esta cuenta, derivan efectos para las dos partes en la relación, tanto si el saldo es deudor como cuando no lo es.

La forma de pago en cuenta tiene su particular idiosincrasia. Los sucesivos abonos no necesitan el consentimiento del acreedor. Se entiende su conformidad con lo pagado al efectuar los apuntes sin que en ningún caso los ingresos efectuados en forma distinta a la pactada, por ejemplo, al ser anotados por menor cantidad de la debida o extemporáneamente, pueden interpretarse como alteraciones del contrato (advertencia que se recoge en algunas minutas de las entidades financieras).

— El tiempo, forma y momento para informar y rendir cuentas en la responsabilidad de la llevanza, gestión, liquidación y extinción de la cuenta por parte de las entidades es un extremo poco desarrollado en los contratos.

Pero pueden extraerse consecuencias aplicando principios generales. Si la apertura, gestión y liquidación de la cuenta en las condiciones que establece el acreedor en su minuta se pactan a efectos procesales y a su favor, este debiera pasar por lo que resulte de la cuenta en su perjuicio, cuando es él quien la lleva, gestiona y liquida. También el Tribunal deberá tener presente la mayor disponibilidad y facilidad probatoria que tiene el acreedor que lleva la cuenta frente al deudor, la otra parte en la relación y en su caso en el litigio (art. 217.6 LECiv).

Además del documento de liquidación a efectos procesales (art. 218 del RN). El Reglamento Notarial lo regula con carácter general en el artículo 219. La delimitación que el artículo hace de su alcance en consideración al tipo de contrato, cuando dice "actas de liquidación relativas a cualesquiera cuentas o contratos no comprendidos en el artículo anterior", no tiene gran sentido cuando el artículo 218 ni por sí ni por remisión al 572 se refiere ya a ninguno en especial.

Los términos de los artículos 572.2 y 573 de la LECiv vigentes no son los del artículo 1435 de la ley procesal anterior. Con la Ley vigente el llamado pacto de liquidez no es un pacto que permite certificar la cantidad líquida a efectos del proceso de ejecución por

medio de la certificación del saldo que arroja un determinado tipo de cuenta corriente. Permite liquidar unilateralmente.

Esta diferencia facilita una interpretación amplia sobre la forma de acreditar el importe debido, sin necesidad de pasar por este tipo determinado de certificación.

El artículo 218 regula un concreto documento de liquidación a un concreto fin, a instancia del acreedor y para reclamar una cantidad en el juicio ejecutivo.

Por esta razón, la redacción del artículo 219 no deja de provocar cierta desilusión cuando delimita su contenido por referencia a cualesquiera cuentas o contratos no comprendidos en el artículo anterior. Interpretado literalmente, quedan excluidas de este artículo 219 las liquidaciones de contratos en escritura o póliza susceptibles de ejecución dineraria.

Con lo que la eficacia del artículo 219 sería raquítica.

En mi opinión, lo que delimita el ámbito del artículo 218 es su fin y en consideración a la actuación del notario. El artículo 219 delimita su ámbito en relación al artículo 218 y por exclusión. Por lo que creo que es aplicable a cualesquiera liquidaciones con otro fin distinto a la reclamación por el acreedor en el juicio ejecutivo en el supuesto del artículo 572.2.

Rige el artículo 219 cuando sea posible y necesario liquidar la cantidad exigible, ya sea a efectos procesales como a cualquier otro, tanto a instancia del deudor como del acreedor, como consecuencia de cualquier relación jurídica.

En cualquier caso, se puede recurrir a este documento para acreditar las consecuencias económicas de contratos que no se encuentran formalizados en escritura o póliza intervenida, como las de contratos de seguro, tarjetas, cuentas corrientes de cualquier tipo...

El artículo 219 del Reglamento Notarial es la norma de liquidación a cualquier otro efecto, procesal o no, distinto del previsto en el artículo 218 del RN.

La liquidación puede ser de saldo no deudor a instancia de este, a efectos, por ejemplo, del mismo juicio ejecutivo para evitar que tenga lugar. La forma en la que el deudor puede oponerse a la ejecución de la hipoteca es la escritura de carta de pago o cancelación de la garantía. Para acreditar el pago no rige el artículo 179 del Reglamento Notarial, que regula la cancelación. Y en virtud del

principio de indivisibilidad de la prueba, la misma pactada para demostrar lo que no se pagó, sirve para demostrar, a la vez, lo que se pagó.

Por lo que estimo que el documento fehaciente de fijación de saldo no tiene por qué ser de saldo deudor, y es suficiente para que, junto con el título ejecutivo, se pueda demostrar el pago y fundar la oposición a la ejecución. No es la escritura, pero es el documento que acompaña a la escritura de donde resultan recogidas las voluntades que fundan el derecho, en este caso, el del deudor a la extinción de la relación.

También podrá solicitar el deudor la liquidación a efectos hipotecarios (231, 232 del Reglamento Hipotecario).

En mi opinión, incluso para solicitar la cancelación.

Se puede deducir del ordenamiento como principio general la obligación de restituir el bien dado en garantía o el derecho pleno sobre él, cuando se extingue la obligación garantizada con él. El acreedor solo puede retener la cosa dada en prenda mientras no se le pague (arts. 1866.1.º, 1859, 1860.5.º del Código Civil).

El retraso en la devolución no constituye un supuesto de mora creditoria, pero sí un retraso en el cumplimiento de una obligación que incumbe al acreedor y que nace al tiempo en el que se le paga toda la deuda que puede originar daños resarcibles. Esta obligación del acreedor y correlativo derecho del deudor resulta del título en el que se constituye la garantía.

El acreedor no puede negarse a la cancelación cuando el deudor le comunica fehacientemente que ya satisfizo toda la deuda conforme a lo pactado. Se daría una situación abusiva si el acreedor hipotecario que ya cobró retiene un derecho que no le corresponde y no realiza el acto debido de hacer manifiesto el cobro y solicitar formalmente la cancelación de la carga sobre el bien del deudor.

Para obtener la cancelación es útil el documento de liquidación a instancia del deudor, al amparo del artículo 219 del Reglamento Notarial. El deudor puede requerir al notario para que levante acta de la que resulte el saldo no deudor, valiéndose del mismo sistema que en el título ejecutivo se pactó a favor del acreedor para acreditar el saldo deudor. Y acreditado que cumplió la obligación, podrá solicitar la cancelación de las garantías que se hubiesen constituido para seguridad de la extinguida obligación.

Por lo que se refiere a la hipoteca, la objeción la representa el artículo 179 del Reglamento Hipotecario. Con arreglo a él, es necesario el consentimiento en escritura pública de la persona acreedora: "Aun cuando se haya extinguido por pago el crédito hipotecario, no se cancelará la correspondiente inscripción sino en virtud de escritura pública en la que preste su consentimiento para la cancelación el acreedor o las personas expresadas en el párrafo 1º) del artículo 82 de la Ley, o en su defecto, en virtud de ejecutoria".

Esta norma a favor del acreedor se considera una consecuencia del principio de tracto sucesivo y de la exigencia de que la rectificación del Registro debe tener lugar con la conformidad del titular registral (RDGRN 18 de mayo de 1992).

Al mismo tiempo se sostiene que el consentimiento por el que se consiente la cancelación de la hipoteca no es formal, sino causal (RDGRN 17 de diciembre de 1992). Esto último, lejos de complicar la solución que defendemos, la facilita, ya que la hipoteca sin obligación carece de causa.

Por otra parte, la norma, en los términos que la recoge el Reglamento Hipotecario, tiene excepciones. A veces el consentimiento del acreedor no basta (35); y, por el contrario, no faltan resoluciones de la DGRN en las que la cancelación se produce sin el consentimiento del acreedor (36) o en las que se manifiesta la posibilidad

(35) Por ejemplo: Mientras no se cancele por mandamiento judicial la nota marginal de expedición de certificación de dominio y cargas, no se podrá cancelar la hipoteca (art. 688.2 LECiv).

El consentimiento del acreedor no libera la parte indivisa de un cotitular; necesita el consentimiento de todos si no se pactó otra cosa, en el caso de hipoteca única sobre un único bien (RDGRN de 16 de marzo de 1999 –BOE de 30 de abril de 1999–).

Si se trata de evitar la extinción de la fianza se necesita el consentimiento del fiador, ya que el fiador queda libre de su obligación y no está perjudicado por la cancelación de la hipoteca en el caso de que el acreedor consienta en la cancelación de la hipoteca sin que la obligación garantizada con la hipoteca se hubiese cumplido (art. 1852 del Código Civil). Perjudica a un coacreedor (1860.3 CC).

(36) El artículo 176 permite cancelar el asiento de cesión de créditos hipotecarios con el documento en el que se acredite el pago, cuando no constare en el Registro que se dio conocimiento al deudor de la cesión y este pagó al cedente. RDGRN de 24 de abril de 1991 –BOE de 30 de julio

de que la cancelación es posible a instancia del deudor acreditando el pago (37).

Además, el artículo 179 del Reglamento Hipotecario no se refiere al momento en el que el acreedor debe prestar el consentimiento para cancelar.

En mi opinión, el consentimiento del acreedor para cancelar puede tenerse por prestado de forma anticipada si del título en el que se constituyó la garantía resulta la conformidad del acreedor a la manera de acreditar el incumplimiento, ya que, por lo mismo, está prestando su conformidad a la manera de acreditar el cumplimiento. De la misma manera en la que el acreedor puede justificar lo que se le debe, por el principio de indivisibilidad de la prueba, el deudor justifica lo que ya pagó y que ya cumplió su obligación.

Esta interpretación no excepciona la regla especial del párrafo segundo del artículo 82 de la Ley Hipotecaria: "Podrán, no obstante, ser canceladas sin dichos requisitos cuando el derecho inscrito o anotado quede extinguido por declaración de la ley o resulte así del mismo título en cuya virtud se practicó la inscripción o anotación preventiva".

Porque, a pesar de los términos del artículo 179 del RH, el consentimiento expreso del acreedor para poner de manifiesto el cobro y en consecuencia solicitar la cancelación de la garantía, parece innecesario cuando en el propio título en el que se contrae la obligación y se constituyó la hipoteca se pacta: la manera en que el deudor debe cumplir, aquella en la que el acreedor debe aceptar el pago, la de acreditar este, y, al tiempo, el incumplimiento de la obligación, todo ello, por regla general, por medio de una cuenta que lleva, gestiona y liquida el propio acreedor.

de 1991-, se trata de un supuesto de embargo de crédito hipotecario y pago por el deudor al primitivo acreedor antes de tener conocimiento de la cesión.

(37) Por ejemplo, RDGRN de 12 de febrero de 1999 -BOE de 3 de marzo de 1999-, de esta resolución parece la prueba del pago es bastante para provocar la cancelación. La "pega" es que en el caso, en vez de letras de cambio, se trataba de pagarés (documentos privados no estampados de forma singular con timbres del Estado).

La cancelación automática se admite en el caso de caducidad convencional cuando el pacto es claro (RRDGRN de 6 de febrero de 1992, 29 de septiembre de 2009).

De esta manera el documento de liquidación notarial permite hacer valer lo pactado en beneficio de las dos partes de la relación, del acreedor y del deudor.

La notificación al deudor es obligatoria cuando insta el acreedor la actuación que ha de surtir efectos frente a aquel. Parece prudente aplicar la misma medida cuando se inste el documento para justificar el pago a fin de obtener la cancelación una vez notificada la liquidación al acreedor y transcurrido un tiempo prudencial desde ella sin su oposición (catorce o veintiocho días, por ejemplo, tiempo que alguna norma comunitaria estima bastante en el caso de notificación al deudor).

Con esta interpretación trato de obtener de *lege data* en nuestro Derecho una manera ágil e independiente de liberar la carga a la manera del ordenamiento francés (38) para el supuesto de extinción de la hipoteca por vía accesoria como es el pago.

Cuando se pretendan producir efectos hipotecarios con el documento de liquidación, queda por resolver si la expresión ambigua de documento fehaciente cumple con los requisitos de acceso al Registro de la Propiedad.

La expresión es consecuencia de la repetición inconsciente del término utilizado cuando coincidieron en efectos dos actuaciones distintas: la certificación del agente o del corredor de comercio y la del notario.

El documento fehaciente de liquidación que regula el Reglamento Notarial en los artículos 218 y 219 es un documento público y auténtico por lo que resulta de la fe del notario que lo autoriza.

El artículo 3 de la Ley Hipotecaria se completa con el 33 del Reglamento Hipotecario.

Si lo que se pretende es justificar el pago para obtener la cancelación, el título en el que el deudor funda su derecho para solicitarla es la propia escritura de préstamo o crédito garantizado con la hipoteca en la que se pacta la forma de cumplir y probar que se cumplió o no. A pesar del nombre ambiguo de documento fehaciente que regula el artículo 219, este es notarial y público y completa aquel de forma suficiente a este fin. Por lo que se cumplen los requisitos de acceso del título al Registro de la Propiedad.

(38) *Vid.* comentario SAVOURÉ, Dominique: "La hypothèque rechargeable", *La Semaine Juridique Notariale et immobilière*, número 19, 11 de mai 2007, 1175, p. 5.

CONCEPTO DEL MODO TESTAMENTARIO: DISPOSICIÓN *MORTIS CAUSA* "NO SUCESORIA" (Curiosidades que aparecen en su entorno)

Domingo Irurzun Goicoa
Notario

A Antonius Spei, con gran afecto

SUMARIO

OBJETIVO

INTRODUCCIÓN

- I. EL MODO COMO INSTITUCIÓN JURÍDICA
 - A) Concepto
 - B) Naturaleza jurídica
 - C) Caracteres

- II. EL MODO EN EL CÓDIGO CIVIL
 - A) Las liberalidades entre vivos: la donación
 - B) Liberalidades por causa de muerte
 - a) Concepto
 - b) Clases
 - c) Causas de la existencia de tales clases
 - d) Vía sucesoria en el Código
 - 1. La sustitución fideicomisaria
 - 2. El legado
 - 3. El sublegado

- e) Vía modal en el Código: el modo testamentario
 - 1. Artículos de posible relación con él
 - 2. El artículo 788 y su supuesto de hecho
 - 2a) El beneficiario de la liberalidad modal
 - 2b) Su objeto
 - 2c) Posibles formas de creación
- f) El modo, como carga, en el artículo 788
- g) Notas del modo testamentario según el artículo 788
- h) El modo del artículo 788 y la ejecución del testamento

III. CONCEPTO DEL MODO TESTAMENTARIO

APÉNDICE DE CURIOSIDADES

- 1.^a Generalidades
- 2.^a Liberalidades *inter vivos* en Derecho Romano
- 3.^a Liberalidades *mortis causa* en Derecho Romano
 - A) Que se adquieren vía sucesoria
 - B) Que se adquieren vía *mortis causa capiones*
- 4.^a Modo testamentario y fundación en el Código Civil

**El testamento puede ordenar
disposiciones patrimoniales
por vía sucesoria o por vía modal**

OBJETIVO

*El autor se propuso inicialmente redactar un pequeño estudio dirigido a fijar el **concepto del modo testamentario en el Código Civil** entendido como figura dirigida a ordenar disposiciones de contenido patrimonial por una vía de adquisición distinta de la sucesoria.*

Erigido sobre el concepto de modo, en general, y siempre referido a liberalidades, a atribuciones patrimoniales gratuitas, lo buscaba con la secreta esperanza de descubrir alguna peculiaridad distintiva, que le mereciera categoría independiente, igual en orden al modo que respecto a la sucesión como sistema adquisitivo.

Conserva hoy aquel propósito primigenio, pero ha sufrido algún cambio. Al consultar y estudiar la bibliografía, el autor ha aprendido muchas cosas y ha recordado otras ya olvidadas, que estima de interés y a las que, acaso de manera impropia y degradante, califica de CURIOSIDADES en el subtítulo (una de ellas ha motivado la especial dedicatoria de este estudio).

Y le ha parecido conveniente no omitirlas. Pero con el fin de que no se altere la línea "argumental" de este pequeño estudio, las recoge en un apéndice –aun a costa de que resulte asaz desordenado– haciendo en el texto las oportunas llamadas para advertir de su existencia ().*

INTRODUCCIÓN

El Ordenamiento jurídico regula la conducta de los seres humanos que conviven en una determinada sociedad, creando y regulando en lo necesario unas instituciones que considera importantes para el bien común mediante el establecimiento de un régimen jurídico que se podrá imponer coactivamente por la Autoridad pública dentro de esa sociedad.

Esta es la función que, como norma, corresponde a la Ley, seleccionar y regular en interés de la Justicia aquellos supuestos de hecho que crea necesarios o convenientes para el buen orden social y fijar para cada uno, para cada figura o institución, las correspondientes consecuencias jurídicas que se les anudan, es decir, sus efectos.

Cuando no lo hace así, cuando se sale de esa su función propia y pasa, por ejemplo, a definir la institución regulada, se le suele criticar por la doctrina, pues esta, que ha de respetar y debe considerar intocables tales normas (sin perjuicio de su derecho a criticarlas), se arroga como cometido propio inferir de ellas el concepto, naturaleza y clases de la institución tratada, lo cual es cuestión de vital importancia para su exposición ordenada, aclaración e interpretación, y de todo ello puede resultar su propuesta de que la regulación legal sea revisada o corregida.

(*) Este símbolo será la llamada al citado Apéndice. Véase la 1.^a, dedicada a Generalidades.

Esta mutua interacción práctica entre el Ordenamiento y la doctrina es de enorme fecundidad y altamente beneficiosa para la justicia y el bien común. Y se aplica con toda sencillez y naturalidad en cientos de casos, llámense patria potestad, emancipación, usufructo, prescripción, compraventa, donación, arrendamientos, testamento, legítimas, etc.

Pero no siempre es fácil, ni mucho menos. Un caso extremo es el "modo" de que se va a tratar aquí, en el que ha de aplicarse el sistema contrario, el radicalmente inverso.

Doctrinalmente hay tipicidad en una institución o figura jurídica cuando se la encuadra dentro de una categoría genérica ya reconocida, se la dota de un conjunto de caracteres que la delimitan y distinguen de otras que se le asemejan a cuyo fin recibe su propio *nomen iuris*; y así ha ocurrido con el "modo".

Ello no significa que tal figura haya obtenido aceptación y reconocimiento en el Ordenamiento jurídico, ni que, bajo igual denominación la haya provisto de una adecuada disciplina y regulación.

Es lo que sucede en nuestro Derecho, donde no existe una tipicidad legal correlativa. **En el Código Civil el modo no aparece regulado en el sentido indicado ni en sede testamentaria ni en ninguna otra.**

Por supuesto que la palabra "modo" goza de variadas acepciones en nuestro idioma, jurídicas algunas de ellas, que el Código reconoce y regula, como ocurre con el modo en el sentido de tradición, en la teoría del título y el modo (1).

Ahora bien, que el modo resulte innominado en el Código no significa que carezca de regulación en él, sino que falta un reconocimiento expreso, su tipificación como figura jurídica diferenciada. Pero la regulación que exista, adolecerá sin remedio de las consecuencias de la falta de tipicidad.

La más importante, a los efectos que en este momento tratamos, es que la regulación que el Código dé al modo tiene que ser asiste-

(1) Es cierto que en el artículo 45 se le menciona formando trío con la condición y el término, es decir, como "modalidad", en el puro aspecto formal de cláusula accesoria dentro de otra principal, y no en el de su naturaleza sustantiva de liberalidad que aquí interesa.

mática y hallarse dispersa por su texto. Lo primero, por tanto, es buscar en qué artículos de su contenido está recogida tal regulación. Acaso lo más exacto sea decir que se precisa rebuscar, escudriñar meticulosamente todo su texto para encontrar (*inventar*, en sentido etimológico) los artículos en que contenga su régimen.

Y para conseguirlo es imprescindible saber qué es lo que buscamos, fijar lo que tratamos de encontrar, el modo como liberalidad, lo cual obliga a conocer bien lo que cree la Ciencia jurídica que es el modo como institución jurídica y cuáles son su concepto, naturaleza y clases.

I. EL MODO COMO INSTITUCIÓN JURÍDICA

A) CONCEPTO

La institución que nos ocupa no es ninguna novedad. SHOM (2) habla de los gravámenes –**modus**, cargas– contenidos en cláusulas dirigidas a establecer una determinada aplicación o destino a los bienes objeto de un acto de liberalidad, y que se ordenaban en las donaciones o disposiciones *mortis causa* con una única misión, la de que una parte de los bienes que se reciben fuera entregada o se hiciera llegar a otro. Con esos actos el beneficiario de aquel acto inicial da cumplimiento a la voluntad del disponente.

Añade que el cumplimiento de esa aplicación de los bienes al destino señalado por el disponente del acto de liberalidad no obliga, no constituye una verdadera obligación jurídica hasta el *Corpus Iuris*. Antes, incluso en el período del llamado Derecho clásico no existía tal obligatoriedad.

Muy escuetamente y en un sentido más amplio, DÍAZ (3) se limita a definir el **modus** como una carga que se impone a una persona beneficiaria de un acto de liberalidad.

(2) SHOM, Rodolfo: *Instituciones de Derecho Privado Romano*, 17.ª edición, Madrid, 1928, p. 213.

(3) DÍAZ, Eusebio: *Instituciones de Derecho Romano*, S. A. Horta I. E. Barcelona, s/f, tomo II, p. 18S.

Como en tantas otras materias, el Derecho moderno sigue inspirándose, también en esta, en antiguas ideas romanas.

No creo falsear la opinión doctrinal dominante si me atrevo a definir el modo en nuestro Derecho común vigente como **“la determinación accesoria de la voluntad de quien otorga un negocio jurídico de liberalidad (*) o atribución patrimonial gratuita, entre vivos o por causa de muerte (*), mediante la cual se limita o reduce el lucro que obtiene el favorecido, imponiéndole una obligación o carga en favor del propio agente o de un tercero”**.

En líneas generales puede entenderse que este es UN concepto de modo en general, en el que las discrepancias doctrinales que se le pudieran señalar son mínimas. Por apuntar solo una de ellas, diré que a mi juicio, el modo solo cabe para favorecer a un tercero.

Y parece haber conformidad doctrinal en lo que se refiere a considerar equivalentes, equiparables de hecho, a la liberalidad y a la atribución patrimonial gratuita; y también, por supuesto, en cuanto a que ambas pueden darse lo mismo en los actos entre vivos que en los que surgen en consideración a la muerte de una persona.

B) NATURALEZA JURÍDICA

Puede considerarse opinión común la de que el modo tiene una naturaleza **esencialmente accesoria**, la cual es usada por muchos autores para diferenciar al modo de otras figuras con las que guarda afinidad pero que disfrutan de una cierta autonomía, como ocurre, por ejemplo, en el caso del legado.

Y aun cabría decir que es accesoria por partida doble. En orden a la voluntad de la que nace y de la función que cumple.

En cuanto acto jurídico voluntario, no cabe sino dentro de otro acto, principal y anterior, al que se adhiere. No es otra la razón por la que se le define como determinación accesoria de la voluntad o modalidad.

(*) Véase APÉNDICE. 1.^a Las liberalidades *inter vivos* en Derecho Romano.

(*) Véase APÉNDICE. 2.^a Liberalidades *mortis causa* en Derecho Romano.

Los autores –véase, por todos, a MONTÉS PENADÉS (4)– tienen por concepto pacífico el de que las modalidades son determinaciones accesorias de la voluntad que se establecen en un acto o negocio jurídico y que modifican sus efectos ya sea en vía temporal (nacimiento o duración) ya con alteración de su contenido negocial típico que queda limitado o restringido.

Por lo que atañe a la liberalidad en que consiste y a la función que desempeña, el modo está igualmente en íntima relación de accesoriadad con otra liberalidad anterior y principal. Hay autores que la indican de modo expreso y otros que la presuponen al concretar su misión de recortar o reducir la liberalidad principal con la creación de otra para beneficio de un tercero. O al calibrar comparativamente sus cuantías, que es lo que hace LUNA SERRANO (5) al decir que el importe del modo tiene su límite en el valor de la primera liberalidad.

C) CARACTERES

Del simple desarrollo de aquel concepto resulta:

1.º Hay un acto de atribución patrimonial o negocio jurídico de liberalidad.

Siguiendo a Díez-PICAZO (6), entiendo que la atribución patrimonial es un acto jurídico lícito por medio del cual una persona procura a otra una ventaja patrimonial de cualquier tipo a costa de un sacrificio propio. La ventaja es gratuita para el que la recibe, porque no supone para él ningún sacrificio.

Su licitud exige que la atribución se funde en causas o razones de ser que el Ordenamiento jurídico considere justas. De no ser así, la atribución patrimonial daría lugar a que naciera lo que se denomina un enriquecimiento injusto, que no podría tener eficacia. En el Código solo se trata “de las causas de los contratos”, pero la razón de ser de

(4) MONTÉS PENADÉS, Vicente L.: “El modo testamentario y las prohibiciones de disponer”, *Anuario de Derecho Civil*. XXVII – 1.º, enero-marzo 1974, pp. 301-337.

(5) LUNA SERRANO, Agustín: “Disciplina del modo testamentario imposible”, *ADC*, XXI, fasc. 1.º, enero-marzo 1968, p. 120.

(6) Díez-PICAZO, Luis: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, 6.ª edición, Thomson-Civitas, 2007, volumen primero, p. 98.

la atribución patrimonial, su causa, puede verse incluida en el artículo 1274 cuando, respecto a los actos de pura beneficencia, se refiere a "la mera liberalidad del bienhechor", identificable con el viejo *animus donandi* (*).

En el acto oneroso, por el contrario y en general, se imponen sacrificios a ambas partes, que, por la misma razón, obtienen de él ventajas patrimoniales correlativas. Y si se las contempla dentro de las relaciones obligatorias, supone una interdependencia o nexo causal entre dos deberes de prestación, cada uno de los cuales actúa como contravalor o contraprestación, en frase de DÍEZ-PICAZO (7), aunque entre ellas no es preciso que se dé una equivalencia aritmética.

Así pues, la onerosidad implica que, junto a las ventajas que a cada una de las partes representa la atribución patrimonial que obtiene, se unen ciertos deberes de prestación que se les imponen.

Pero en un acto o negocio jurídico de carácter patrimonial de los llamados de liberalidad, una persona soporta o sufre, por propia voluntad y espontáneamente, un empobrecimiento patrimonial para crear un lucro que consiste en un correlativo incremento patrimonial a aquel a cuyo favor se otorga.

El empobrecimiento de uno causa el enriquecimiento del otro; y el lucro resultante es directo si el bien que sale de un patrimonio se corresponde en el tiempo con su entrada en el otro patrimonio.

Pues bien, cuando se quiere alterar en un cierto sentido los que son efectos naturales de este acto principal,

2.º El agente añade al acto básico de liberalidad una cláusula accesoria o "modalidad" en cuya virtud se limita o reduce el lucro del favorecido directo, imponiéndole una obligación o carga en beneficio de una tercera persona.

A esta accesoriadad se referirá MONTÉS PENADÉS (8), estudiando el modo testamentario, al decir que "requiere la eficacia previa de la institución de heredero o legatario".

(*) Véase APÉNDICE. 1.ª Las liberalidades *inter vivos* en Derecho Romano.

(7) DÍEZ-PICAZO, Luis: *Loc. cit.*, volumen II, p. 432.

(8) MONTÉS PENADÉS, Vicente L.: "El modo testamentario y las prohibiciones de disponer", ADC. XXVII - 1.º, enero-marzo 1974, p. 303.

GOMÁ SALCEDO, desde el mismo título de una de sus obras (9) destaca ya que el modo es un elemento accesorio de un negocio principal que le es antecedente necesario.

3.º Solo puede adherirse a los actos de liberalidad, es decir, a los de última voluntad y a las donaciones, para limitar o reducir aquella.

Su conexión con un acto de liberalidad es opinión general. Baste citar a LUNA SERRANO (10) cuando dice que solo puede imponerse en los negocios esencialmente gratuitos donación y disposiciones testamentarias. Antes ya se había referido a lo que es su función de modalidad al afirmar que introduce sobre los efectos típicos otros efectos más secundarios o accesorios no previstos en el tipo negocial puro.

Debe admitirse que existe –que persiste– la liberalidad aunque la relación entre enriquecimiento y empobrecimiento no sea equivalente. En otras palabras, que la merma patrimonial del disponente puede ser superior al lucro que obtiene el adquirente. El disponente puede empobrecerse en 100, sin que el beneficiario se enriquezca más que en 70, si el testador le impone un gravamen de 30 de favor de otra persona (beneficiario indirecto). Esta es la esencia del modo de que nos ocupamos.

4.º Nunca puede ser contraprestación a la liberalidad. La reducción o limitación de la liberalidad logrados imponiendo al donatario o sucesor una obligación o gravamen, no pueden ser nunca constitutivos de una contraprestación incompatible con el acto de liberalidad principal.

Ello explica la puntualización hecha tras formular el concepto general de modo, en el sentido de que tan solo se pueda hacer en favor de tercera persona; porque si la obligación se crease a favor del disponente mismo, como es habitual entender, ¿no aparece a cargo del beneficiario

(9) GOMÁ SALCEDO, José Enrique: "El modo como elemento accesorio del negocio jurídico: naturaleza; legitimación activa", *Revista Jurídica del Notariado*, 2004, pp. 231-245.

(10) LUNA SERRANO, Agustín: "Disciplina del modo testamentario imposible", *ADC*, XXI, fasc. 1.º, enero-marzo 1968, p. 1109.

una contraprestación que es por sí, por la reciprocidad que implica, destructora de la liberalidad?

5.º La reducción del primer lucro causa un segundo lucro.

El acto de liberalidad proporciona un lucro al favorecido, al que podemos llamar primer lucro o lucro directo. Con base en él, y de modo indirecto, se busca el lucro de otra persona, de un nuevo beneficiario, que obtiene otro lucro, posterior o segundo en orden, por medio del deber de prestación o de la carga que se crea sobre el beneficiario inicial.

6.º Se presupone ya obtenido el lucro inicial. El lucro directo ha de estar ya adquirido, para que pueda ser limitado o reducido. No cabe imponer la obligación o carga sin presuponer que solo afectan al beneficiario directo de la liberalidad a partir del momento en que ya haya percibido el lucro con el que se le favoreció.

La accesoriadad del modo tiene un corolario que es el de que la obligación o gravamen solo pueden afectarle a partir del momento en que el lucro se haya producido causando un incremento de su patrimonio. Para que el lucro se reduzca, es preciso haber obtenido previamente lo que va a reducir.

Así lo entiende también GOMÁ SALCEDO (11), para quien el modo grava la atribución patrimonial gratuita imponiendo al beneficiario una carga que no ha de cumplirse sino una vez haya recibido efectivamente la ventaja patrimonial que se le confirió.

7.º El lucro indirecto ha de ser menor que el directo. Corolario de la nota anterior, el lucro directo ordenado por el agente de la donación o del acto *mortis causa* ha de ser mayor que el que es obtenido por el beneficiario indirecto. Es decir, la reducción no puede equivaler al total lucro recibido, que resultaría inexistente, contra el propio concepto de liberalidad. En tal caso, la liberalidad se habría esfumado.

(11) GOMÁ SALCEDO, José Enrique: *Instituciones de Derecho Civil, común y foral*, 2.ª ed., Bosch, 2010, p. 3072.

En igual sentido se pronuncia LUNA SERRANO (12) con su frase de que en el modo "puede exigirse su cumplimiento en el límite del valor de la liberalidad recibida a título particular." Y lo confirma el propio GOMÁ en su segunda citada obra al decir que el modo no puede, institucionalmente, absorber todo el valor de la disposición.

II. EL MODO EN EL CÓDIGO CIVIL

Entramos en la tarea de buscar el modo que definimos dentro de las instituciones jurídicas llamadas liberalidades que el Código regula, las realizadas entre vivos y por causa de muerte. Y hay que hacerlo con ahínco para poder hallarlo, descubrirlo, "inventarlo".

A) LIBERALIDADES ENTRE VIVOS: LA DONACIÓN

El artículo 618 del Código califica a la donación diciendo que es un "acto de liberalidad" y, a la vez, de "disposición gratuita" (13).

Y en el artículo siguiente se "descubre" la idea de modo en el sentido institucional que buscamos, pues en él se mantiene la idea de donación a pesar de que en ella se limita a imponer "al donatario un gravamen". Aunque no lo nombre, el concepto doctrinal de modo se halla en la entraña de tal donación a la que se ha impuesto un gravamen.

En la más típica de las liberalidades *inter vivos*, también se le descubre en el artículo 647, relativo a la revocación de ciertas donaciones, aquellas –dice con error– en las que "el donatario haya dejado de cumplir alguna de las condiciones que aquél [el donante] le impuso". Por todos los autores, baste la cita de ALBALADEJO (14) cuando dice

(12) LUNA SERRANO, Agustín: *loc. cit.*, p. 120.

(13) No obstante, aunque sea la regla general, hay que reconocer, con la mayor parte de la doctrina, que existen actos de liberalidad en los que no se produce una verdadera disposición. Piénsese, por ejemplo, en la ventaja patrimonial que se puede conferir a otro a través de actos mejorativos que sobre sus bienes haga un extraño, de la gestión de negocios ajenos o de la prestación no retribuida de ciertos servicios.

(14) ALBALADEJO, Manuel: *Comentario del Código Civil*. VVAA. Ministerio de Justicia. Centro de publicaciones de la Secretaría General Técnica. Madrid, 1991, tomo I, p. 1639.

que tal precepto no se refiere a condiciones en sentido técnico, sino a donaciones que han sido hechas "con carga, modo o gravamen", de las que hemos visto aludidas en el artículo 619. A su juicio, transcribe la misma incorrecta terminología usada en el Código francés en sus artículos 933 y 934.

En el mismo sentido, comentando el artículo 651, DÍAZ ALABART (15) da por supuesto que el artículo 651.2.º se refiere a la revocación de una donación que se produce a consecuencia del incumplimiento de cargas, y no de condiciones que se hubieran establecido.

El citado artículo 619 hace una referencia a la nota característica que se ha recogido bajo el número 5.º cuando dice que "se impone al donatario un gravamen inferior al valor de lo donado".

Porque el gravamen se impone para crear un segundo lucro que es indirecto y ha de ser de una cuantía inferior a la del lucro inicial y directo, es decir, menor que el valor de lo donado. Tal segundo lucro indirecto crea un segundo beneficiario.

Pero es claro que las demás notas pueden considerarse incluidas, sin que parezca que deba darse mayor importancia al hecho de que se omita toda referencia a que la limitación del lucro inicial se pueda lograr también a través de imponer al beneficiario una obligación.

B) LIBERALIDADES POR CAUSA DE MUERTE

En ellas tiene que encontrar acogida el concepto que se busca, el del modo testamentario, y ello explica la necesidad de estudiarlas con algún detenimiento.

Se va a distinguir, primero, su concepto, sus clases y la causa de la existencia de estas, para entrar después en las vías en que se manifiestan, en forma respectiva, la atribución y la correspondiente adquisición de la liberalidad, es decir, la vía sucesoria y la vía modal.

(15) DÍAZ ALABART, Silvia: *Comentario del Código Civil*, VVAA. Ministerio de Justicia. Centro de publicaciones de la Secretaría General Técnica. Madrid, 1991, tomo I, p. 1649.

a) Concepto

Las LIBERALIDADES POR CAUSA DE MUERTE son atribuciones lucrativas ordenadas y dispuestas en el testamento del causante para que surtan sus efectos, tanto directos como indirectos, tras su muerte y en favor de persona idónea para adquirirlas.

Quedan recogidas las notas tipificadoras exclusivas y, a la vez, excluyentes. Son liberalidades o atribuciones patrimoniales gratuitas, se hacen en consideración a la muerte de un sujeto de Derecho, ha de surtir sus efectos a partir de su fallecimiento, deben nacer de su testamento formalmente otorgado, y el lucro que originan pueden ser directo o indirecto.

b) Clases

La frase final del párrafo se refiere al hecho al que nadie, por regla general, parece dar la menor importancia y que, a mi modesto juicio, es fundamental; las liberalidades que se causen con ocasión de la muerte de una persona **son de dos clases.**

Y es muy engañoso, y lleva a vulnerar por omisión a la verdad, obstinarse en no ver –en el caso de la doctrina podría añadirse “en cerrar los ojos” para no ver– una realidad que es palpable y de toda evidencia: existen liberalidades que por la simple voluntad del causante pueden producirse por un sistema que no es el habitual, que no se realizan por la directa y acostumbrada sucesión por causa de muerte.

Las liberalidades por causa de la muerte de una persona pueden nacer de su testamento por una vía que no es la sucesoria. Hay dos clases en las liberalidades de este tipo.

Una gran parte del Derecho civil se dedica al llamado Derecho de sucesiones. Y en él se estudian las adquisiciones que se realizan con ocasión de la muerte de una persona por vía de sucesión hereditaria.

El Libro III del Código Civil trata “De los diferentes modos de adquirir la propiedad” y, según el primero de los artículos que lo componen, el 609. “La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten (...) por sucesión testada o intestada, y (...)”.

La sucesión es uno de esos modos de adquirir. Y la norma puntualiza que habla de la sucesión testada e intestada, es decir, de la que tiene lugar con ocasión de la muerte de una persona. Se trata, por tanto, de una adquisición *mortis causa*.

El aserto es veraz, pero se le puede objetar que es incompleto y, en cierto modo, inexacto.

De un lado, porque la sucesión, testada o intestada, tiene un objetivo mucho más amplio, pues no se limita a adquirir y transmitir derechos sobre bienes de que era titular el causante, sino que se extienden a todas sus relaciones jurídicas de todo tipo, como los derechos personales o de crédito; y hay casos en que también se adquieren o asumen sus deudas, cargas y gravámenes.

Y de otro, porque con ocasión de la muerte de una persona se puede causar la adquisición de relaciones jurídicas que nada tienen que ver con la sucesión *mortis causa* rectamente entendida.

Es decir, las liberalidades por causa de muerte pueden ser de dos clases:

Una clase es la vía sucesoria. El beneficiario del lucro patrimonial lo obtiene directamente del causante subingresando en la posición jurídica que este tenía en el momento de fallecer, ya sea la sucesión universal o singular. Esta distinción se suele enlazar con las respectivas situaciones del heredero y del legatario. A mi parecer tal idea no es rigurosamente exacta, pero no es esta la ocasión de exponer esta materia (16).

(16) Remito al lector interesado a mis *Rudimentos de la sucesión y el tránsito sucesorio. Introducción al Derecho de Sucesiones en el Código Civil*. Editorial Hélice. Madrid, 2010.

En todo caso, la idea, en resumen, es la siguiente: El sucesor universal es el heredero, dotado de un nombramiento caracterizado por una expansividad tal que le lleva a la adquisición de la totalidad del conjunto hereditario, con su activo y su pasivo, si no hubiera algún obstáculo que lo impidiere. Los sucesores singulares pueden ser de dos clases: una es la compuesta por los que han recibido un nombramiento que se ciñe, sin posibilidad de expansión, a recibir exclusivamente una determinada cuota parte de dicho conjunto hereditario (caso del llamado "legatario de cuota" o el de los legitimarios a los que el Código atribuye unos derechos sobre una cuota de la herencia, aunque el testador no los haya instituido herederos); la otra clase es la de los legatarios, nombrados en testamento para recibir unos bienes o derechos concretos del activo hereditario.

La otra clase es la vía modal, en la que la liberalidad ya no es directa, a costa del patrimonio relicto por el causante, sino indirecta, porque nace de ese patrimonio una vez haya sido ya adquirido por un sucesor, y a causa de estar ordenado así por aquel en su testamento, imponiéndole tal obligación o gravamen.

Como resumen de estas dos clases, a la definición que encabeza este apartado de las liberalidades por causa de muerte se le podría añadir un complemento que dijera:

La manera directa es la vía sucesoria, en favor de herederos o legatarios; y la indirecta es la vía modal, por la cual se impone a alguno de aquellos una obligación o gravamen que minora su lucro para suscitar otro lucro menor en favor de un tercero.

Ha de observarse que, además de ser liberalidades por causa de muerte, ambas se deben, por regla general, a una voluntad expresada en testamento. Pero en un caso el favorecido recibe el lucro directamente del patrimonio relicto, mientras que en el otro le proviene del patrimonio del sucesor y lo consigue por un acto *inter vivos* que este le otorga una vez ha consumado la sucesión.

Y no antes. El lucro indirecto que ordena el testador a costa del sucesor solo puede nacer después de que por la sucesión ya haya logrado su propio lucro directo.

Se acepta sin discrepancias que el lucro indirecto a cargo del sucesor ha de ser de valor inferior al del lucro sucesorio que ha obtenido. Por ello, es frecuente y acertado decir que el lucro indirecto nace de una cláusula accesoria del testamento con el fin de limitar o reducir el importe de lo lucrado por el sucesor.

c) Causas de la existencia de tales clases

Importa mucho, ahora, estudiar cuáles son las causas, a qué se puede deber la existencia de las indicadas clases.

Se podría pensar que la existencia de una u otra clase de liberalidad por causa de muerte, la elección de la vía sucesoria o la modal, solo dependen de la voluntad del testador. Me atrevo a decir que dudo mucho de que tal afirmación sea cierta.

Lo es, sin duda, en el sentido de que la vía modal solo puede nacer por voluntad del testador, y de que este es libre para darle o no existencia.

Y también es cierta, pero solo como regla general, para la vía sucesoria; porque, por lo menos, tiene una excepción: que esta vía sucesoria no es posible nunca si el lucro con el que se favorece al tercero nace de la atribución patrimonial de un bien o derecho que no se halle en el patrimonio relicto por el testador. En este caso, como veremos, la verdadera sucesión no cabe (17).

Y hay también otra posible excepción, la de que el mismo segundo lucro vaya destinado a personas inciertas o indeterminadas (caso, por ejemplo, de los pobres) si el testador dispone que su aplicación se haga por un cauce distinto del marcado en el artículo 749 del Código Civil, supuesto que ello sea posible, si careciera dicha norma del carácter imperativo o de *ius cogens* con que parece se le ha querido investir.

Por otro lado, si la ley crea dos caminos para lograr un resultado que, en principio, si no es idéntico se muestra muy similar, es a la ley también y asimismo de modo exclusivo a la que compete establecer su respectivo régimen, con las correspondientes consecuencias jurídicas que deban producir, con lo que quedará justificada la creación de aquellos diferentes caminos.

Sobre la base de tal regulación y de los efectos que cause en uno y otro caso, la doctrina construirá conceptualmente tales caminos y hallará las razones por las que, a causa de sus efectos, deban tener existencia.

d) Vía sucesoria en el Código

A los efectos diferenciadores que aquí interesan, dentro de nuestro propósito de definir el modo testamentario, sería impropio distraernos hablando de la sucesión universal de heredero único o de herederos plurales simultáneos.

(17) La cuestión se verá con alguna extensión más adelante, cuando se trate de la sucesión singular, de los legados y de algunos adquirentes por vía lucrativa a los que impropiaemente se les considera y se atribuye el *nomen* de legatarios –Código incluido–, sin que verdaderamente lo sean.

Me referiré a la que el Código va a denominar sustitución fideicomisaria por su relación –nominal, al menos– con el viejo fideicomiso de los romanos, y al legado, cuya naturaleza en cuanto manifestación de la sucesión singular o particular ha resultado quedar en entredicho como consecuencia de algunas erróneas opiniones doctrinales. Se hará también una mención puramente negativa del sublegado, por las razones que se dirán.

1. *La sustitución fideicomisaria*

En la actualidad el carácter sucesorio de la sustitución fideicomisaria no admite ya discusión en la doctrina de hoy, que la ve como expresión de una sucesión caracterizada por la pluralidad de herederos que se relevan unos a otros en el tiempo, lo cual es incompatible con la idea de “encargo”.

La idea de la conservación y transmisión de los bienes fideicomitidos que el Código pone a cargo de cada heredero es absolutamente contradictoria con la sustancia del fideicomiso romano que se pretende utilizar, y que resulta deformado por entero al dar carácter obligatorio a una entrega que en este siempre había sido algo que solo se encomendaba a la confianza depositada por el fideicomitente en el fiduciario (18).

Y, desde el punto de vista sucesorio, el paso de los bienes fideicomitidos a un sucesor consecutivo no está causado por la entrega que de ellos le haga el sucesor que fue, sino que es una simple consecuencia de lo ordenado por el testador, o sea, de la misma consecutividad sucesoria, la cual, además, presupone e implica la carencia de poder de disposición de cada sucesor, salvo en el último, que es el fideicomisario.

Todo ello sin perjuicio de que la voluntad del testador puede lograr que renazca la vieja idea de la *fiducia*, como revelaron los estudios de Jerónimo LÓPEZ (19). Lo consigue al ordenar el fideico-

(18) Paradójicamente, como luego habrá ocasión de comprobar, aquella referida obligatoriedad, al separar a la figura de la verdadera sustitución fideicomisaria y de la vía sucesoria de adquisición por causa de muerte, supone un paso de gigante para el reconocimiento de la vía modal.

(19) LÓPEZ LÓPEZ, Jerónimo: “La regulación del fideicomiso de residuo en el Código Civil”, en *Anuario de Derecho Civil*, 1950, VIII (III), pp. 743-789.

miso de residuo, la modalidad de sustitución fideicomisaria en la que el fiduciario vuelve a serlo de verdad, porque es depositario de la confianza que el testador tiene en él y le confiere.

El fideicomiso de residuo sigue siendo una sucesión plural consecutiva (aunque limitada a dos sujetos, el fiduciario y el fideicomisario) y, por ello, sin obligación de entrega alguna, pero se le atribuyen al fiduciario facultades de disposición *inter vivos* sobre lo fideicomitado que, si bien pueden conferirse solo para casos de necesidad, en otros carece de este límite y no tienen otro que el respeto a la voluntad del testador que ha designado un sucesor postrero para que herede el resto del que no dispuso.

De este modo el fideicomisario hereda y recibe los bienes del propio testador (no del fiduciario que se los entregue), pero heredará tan solo aquellos de que el fiduciario no haya dispuesto entre vivos.

La confianza en el fiduciario consiste en el buen uso o recto ejercicio de tales facultades de disposición. En que nunca se han de usar "de mala fe", para privar del resto o residuo de la herencia al fideicomisario, a la persona designada por el testador para heredar tal residuo (20).

De lo que antecede se infiere con claridad que aquel pretendido "encargo de conservar y transmitir" de que habla el artículo 781, nada tiene que ver con las liberalidades de que estamos tratando.

2. *El legado*

Es llamativo el fuerte contraste que se da en la doctrina en esta materia de los legados. Y lo es, más en especial, si se advierte que hay casos en los que se acusa implícitamente de contradictoria a la regulación del Código sobre el legado y a la naturaleza misma de este como forma de sucesión.

Hay autores que, por encima de posibles errores y de las discrepancias acostumbradas, estudian con normalidad natural esta materia de los legados.

(20) Por lo que supone de precedente, no estorba recordar que, en el primitivo fideicomiso romano, en el caso de que el fiduciario hubiere incumplido el encargo incurriendo en lo que se denominó "fraude del fiduciario", Augusto dejó a la jurisdicción de los cónsules exigir su cumplimiento. Así lo enseña D'ORS (*Loc. cit.*, p. 312).

Otros, por el contrario, comienzan por señalar en primer término, y con algún énfasis, las dificultades que encuentran en ella y motivan las dudas entre las que más adelante vacilan cuando han de estudiar su concepto, clases y regulación.

Es el caso de GARCÍA VILA y GÓMEZ MARTÍNEZ (21), que afirman: "Hemos extraído la conclusión de que el legado es una institución difícil de sistematizar porque su origen y sus formalidades son absolutamente dispersos, debido a que el legado es el aglutinante de multitud de figuras que nacieron para solventar problemas muy diferentes o conseguir objetivos muy dispares".

Y, algunas páginas después (en la 315) afirman que "hay legados que no comportan sucesión del causante o incluso legados que no conllevan sucesión de nadie".

Se hacen eco así de lo que ya LÓPEZ VILAS (22) había expuesto mucho antes en una obra justamente afamada, el artículo 660 crea la distinción entre el heredero, que sucede a título universal, y el legatario, que lo hace a título singular. Pues bien, el autor defendió que no era correcta la identificación de los legados con la sucesión a título particular. Y afirma: "Tal equiparación debe admitirse con reservas ya que al no valer dicha identificación para todos los casos debemos calificarla de inexacta".

Y tras citar los ejemplos del legado de cosa ajena y el del legado de género cuando este no se halla en el contenido de la herencia, ratifica y aclara la afirmación anterior diciendo: "Por todo esto sostenemos que no es exacto afirmar que los legatarios son sucesores a título particular del «decius» (al menos no lo son siempre)".

Y lo justifica con total y rigurosa exactitud al decir que en tales supuestos "el hecho de no pertenecer al causante los objetos que integran los mismos [legados] hace que su adquisición por los legatarios no implique el subentrar de estos en la titularidad o puesto del causante" (que, me permito añadir, es la esencia de la

(21) GARCÍA VILA, José Antonio y GÓMEZ MARTÍNEZ, Juan: "El legado y sus modalidades", en *Instituciones de Derecho Privado*, VVAA, bajo la coordinación de Juan FRANCISCO DELGADO DE MIGUEL, Consejo General del Notariado, Editorial CIVITAS, tomo V, Sucesiones, volumen 1, p. 310.

(22) LÓPEZ VILAS, Ramón: "Sobre la distinción entre legados e instituciones modales hechas en testamento", *Anuario de Derecho Civil*, XIX, fasc. III, julio-septiembre 1966, pp. 575-614.

sucesión hereditaria, y, en este caso, de la sucesión singular o particular) (23).

Si se parte de que hay una contradicción interna en el sistema del Código, y es cierto que la hay, no es lógico aplicarla sin más a poner en duda el acierto de incluir al legatario entre los sucesores singulares. Creo que mucho más sencillo y natural es suponer que la contradicción surge a causa de que, por rutina o descuido, se ha dado equivocadamente el nombre de legatario a quien no lo merece.

Es de toda evidencia que existen supuestos que son muy problemáticos, en los que, con el nombre de legado, se hacen atribuciones patrimoniales que no pueden ser verdaderos legados, en que hay que prescindir de la idea misma de sucesión en su carácter de modo derivativo de adquirir (24).

Porque constituyen figuras jurídicas de otra índole, cuya verdadera naturaleza habrá que determinar, lo cual es cuestión distinta. Si el Código llama legatarios a quienes no lo son, *porque no suceden*, es a causa de que, bajo el nombre de legado, se encubre, se enmascara *una disposición testamentaria diferente*, o sea, para ser precisos, *la disposición modal* que aquí queremos desentrañar.

Veamos ahora la que es, a mi parecer, la verdadera doctrina sobre el legado. Con una pura referencia, sin cita formal, PUIG BRUTAU (25) atribuye a ROCA SASTRE una definición del legado que considero muy atinada y asumo en su casi total integridad, según la cual, es "la atribución de un valor hereditario, por causa de muerte y a título singular que el causante ordena en su testamento directamente en favor de unas personas y a cargo del heredero o de otro legatario".

Creo que le sobran, como se verá, sus cuatro últimas palabras, porque los elementos verdaderamente definitorios del legado son:

(23) Y así resulta que, cuando el Código dispone en su artículo 886 que "los legados en dinero deberán ser pagados en esa especie aunque no lo haya en la herencia", está llamando legado a lo que no es ni puede ser objeto de una sucesión singular.

(24) Parafraseando alguno de los pasajes de LÓPEZ VILA, bien se podría decir "Dada la equiparación del Código entre sucesores singulares y legatarios, no es exacto afirmar que sean legatarios, puesto que no suceden, algunos de los sujetos a los que denomina así".

(25) PUIG BRUTAU, José: *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo V, volumen II, Bosch, Barcelona, 1961, p. 480.

una atribución (patrimonial) ordenada por el causante en testamento y en consideración a su muerte, y a título singular, de un valor hereditario concreto que se halla en su patrimonio al ocurrir su deceso y que se hace directamente en favor de una persona y a cargo del heredero, a quien se le encomienda su simple entrega o puesta a disposición.

La idea central radica en que la atribución patrimonial, a pesar de estar puesta a cargo del heredero, ha de ser directa y así es porque su objeto está constituido por bienes pertenecientes al patrimonio relicto por el causante testador.

Y no se trata de nada nuevo. Es el propio CASTÁN (26) el que, como ya había sido señalado en 1916 por SCUTO, reconoce respecto del llamado legado de cosa ajena que "lo que no figura en el haber del causante no puede, en realidad, ser materia de sucesión *mortis causa*, universal ni singular".

3. *El sublegado*

De ordinario se entiende que el sublegado es un legado que el testador impone a quien ha nombrado legatario, es decir, a un sucesor singular.

Y se le halla apoyo en el texto del artículo 858, conforme al cual "el testador puede gravar con mandas y legados (...) también a los legatarios", revelador de que hay una segunda liberalidad, que tiene su base en la que ya se ha hecho al legatario.

Como se acaba de explicar, el sublegatario solo puede ser sucesor si recibe el sublegado desde el mismo patrimonio del causante, que es lo que la hace ser directa. Ya suscita alguna duda el uso de la voz "gravar"; pero en su párrafo segundo viene a resolverla en claro sentido negativo.

De un lado, aunque cita a "estos" –refiriéndose tanto a herederos como a legatarios–, incurre en contradicción al decir que "no estarán obligados a responder del gravamen sino hasta donde alcance el valor del legado". La norma no admite otra aplicación que la del caso del legatario, porque es evidente que el heredero no recibe legado alguno.

(26) CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho civil español, común y foral*, 7.^a edición, Reus, SA, 1973, tomo VII, volumen 2, p. 277.

Y de otro, y esto es lo que de verdad nos importa, esa "obligación de responder" no tiene encaje para el legatario si se le da el sentido de "la entrega de legados", que es función exclusiva del heredero. Ha de tratarse de una verdadera responsabilidad patrimonial (la del art. 1911) y esta solo cabe si lo que es objeto del sublegado ha ingresado ya en el patrimonio del legatario al que se grava. Y ello hace que tal liberalidad sea indirecta, lo que es incompatible con todo lo que sea adquisición sucesoria.

En resumen, el llamado sublegatario no recibe un legado en sentido sucesorio propio. Adquiere a través de un sucesor singular, que es el legatario, *pero adquiere del legatario*, no del causante. Y su lucro es indirecto y no sucesorio.

e) Vía modal en el Código: el modo testamentario

La cuestión, conforme a lo que ya se dijo y se intentó para las liberalidades entre vivos, consistirá en operar del mismo modo en búsqueda de la regulación que exista en el Código Civil para las liberalidades por causa de muerte en las que no utilice la vía sucesoria, sino la modal.

El hallazgo en el texto del Código Civil de las normas por las que regula el modo entre las liberalidades por causa de muerte, de lo que se conoce por modo testamentario, es más laborioso y difícil aun que en las donaciones, ejemplo típico de las liberalidades surgidas entre vivos.

Se podrá tachar de exagerada la frase de que "tal hallazgo exige gozar de unas facultades cuasi adivinatorias", pero nadie puede negar la dificultad del empeño.

1. Artículos de posible relación con él

Para espigar tales normas dentro del texto completo del Código debemos centrar la atención en la regulación de casos en los que, por voluntad del testador, se cree una liberalidad doble, una primera en favor de un sucesor, y otra, además, por la que se beneficie a una persona distinta, a un tercero; y que haya entre ambas liberalidades una conexión o enlace que consista en poner a cargo del primer beneficiado la obligación o el gravamen de que una parte del lucro que ha recibido, la dé, la entregue o transfiera a dicho tercero.

Estas notas proporcionan un índice de lo que hay que tratar de encontrar entre las normas del Código para localizar las relativas al modo testamentario.

Así, por ejemplo, habrá que ir viendo:

El artículo 781. Podría hacer pensar en la idea de modo, ya que en él parece darse una doble liberalidad, pues se refiere a una figura jurídica "en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia".

Pero debe desecharse de inmediato, como ya quedó dicho al tratar, hace pocas líneas, de la vía sucesoria en el Código, en donde se explicó que tal encargo no es necesario, en absoluto.

Los legisladores de 1889, con encomiable audacia y valentía se atrevieron a enfrentarse con la que era opinión general de la época en nuestro entorno, para aceptar, admitir y regular la sustitución fideicomisaria. La denominación era casi obligada por la necesidad de buscar apoyo para crear su regulación sobre algo que recordaba al fideicomiso romano. Y así surgió el "encargo de conservar y transmitir" a un tercero.

El artículo 883. Porque dice que "la cosa legada deberá ser entregada", **el 885**, que "el legatario... (...) debe pedir su entrega [de la cosa legada] y posesión al heredero o al albacea cuando éste se halle autorizado para darla", y **el 886**, que "el heredero deberá dar la misma cosa legada".

Pero ninguno se refiere a un entregar o un dar de sentido traditorio o de puesta a disposición de la cosa legada, ni, mucho menos, por supuesto, a una segunda liberalidad; y son congruentes con la adquisición del legado en la fecha del óbito del testador.

Todos son meras manifestaciones de la protección legitimaria. No debemos olvidar que los legados no pueden perjudicar a las legítimas, so pena de reducción, y esta es la causa de que se prohíba al legatario en el artículo 885 ocupar "por su propia autoridad la cosa legada". El conjunto de estas normas se debe a una misma idea: la de que antes de dar efectividad a un legado, ha de comprobarse que no implica perjuicio para los legitimarios. Y el encargado de esa misión es el heredero, tanto porque en su calidad de sucesor universal le corresponde el pago de las legítimas como por ser el eje-

curator nato del testamento si no hubo nombramiento de albaceas provistos de facultades *ad hoc*.

El artículo 797 está integrando una sección dedicada a la institución de heredero y al legado, y su texto dice así: **“La expresión del objeto de la institución o legado, o la aplicación que haya de darse a lo dejado por el testador, o la carga que el mismo impusiere, no se entenderán como condición a no parecer que ésta era su voluntad”**.

Es clara su finalidad de establecer que la institución de heredero o legatario no puede considerarse condicional sino cuando la voluntad del testador no plantea duda alguna sobre ello. Que si hay alguna duda, la condicionalidad no se puede presumir.

Queda en el aire por qué y sobre qué surge tal duda. Del texto mismo cabe deducir que la duda ha de afectar al objeto de la institución o legado, lo que podrá ocurrir si en el testamento a dicho objeto se le ha señalado algún destino o función, la “aplicación” que haya de darse a lo dejado por el testador o “la carga” que este hubiere impuesto sobre tal objeto.

No se trata precisamente de un texto académico o un dechado del buen decir, pero bien puede entenderse, con la doctrina de los autores, que en su primera parte quiere referirse a la institución que llamamos “modo”.

Parte de la existencia de una cláusula testamentaria en la que se hace una institución de heredero o el nombramiento de un legatario, a los que –dice– “el testador ha dejado algo”. Y que lo hace mediante una exposición de las distintas formas en que el modo puede presentarse en una institución de heredero o en un legado, para sentar después que los indicados sucesores no son, por ello, condicionales, salvo que así resultare de la expresa voluntad del testador.

La definición del modo testamentario se suple mediante la exposición de lo que es su objetivo, cometido o función, que se consigue mediante las dos (que parecen únicas) formas que puede adoptar.

Parece presuponer que cuando el testador nombra heredero o legatario, lo cual implica una atribución patrimonial lucrativa concreta, en ocasiones lo puede hacer, señalando a “lo dejado”, o sea,

a la liberalidad realizada, un objetivo o una aplicación especiales o sobreañadidas, que se pueden reforzar incluso con una "carga".

Diríase que, ordenadas por el testador la institución de heredero o el nombramiento de legatario, para procurarles un beneficio o lucro, se añade algo que limita o restringe lo que han recibido, imponiéndoles con carácter accesorio una cierta carga, un objetivo a cumplir, un destino a realizar, que favorecen a otra persona. Que se está creando un modo.

TORRALBA SORIANO (27) es muy rotundo en tal sentido, pues dice que el artículo 797 contiene la presunción de que existe una carga o modo, y no una condición. Y que la frase "la expresión del objeto de la institución o legado o la aplicación que haya de darse a lo dejado por el testador" equivalen a una "cláusula modal, determinación accesorio de la voluntad del testador que supone una carga o gravamen al heredero".

En mi opinión, la literalidad de la frase del artículo 797, en su párrafo 1.º, "la aplicación que haya de darse a lo dejado por el testador", está presuponiendo que el heredero o legatario reciben del testador unas precisas órdenes, encargos o instrucciones para que den un destino determinado y en favor de alguien que se expresa, una parte de lo que como sucesores reciben. Y eso es crear un modo testamentario.

Así lo ve también Antonio DE LA ESPERANZA (28) cuando, tratando de que se haya impuesto al heredero la obligación de invertir de que habla el artículo 788 –extensible, sin duda, al caso de la imposición de una carga–, dice que "está efectivamente permitida a través de la institución modal" (cfr. art. 787 del CC).

El artículo 858, al disponer en su primer párrafo que "**el testador puede gravar con mandas y legados no sólo a su heredero, sino también a los legatarios**", revela con evidencia que

(27) TORRALBA SORIANO, Eladio: *Comentario del Código Civil*. VVAA. Ministerio de Justicia. Centro de publicaciones de la Secretaría General Técnica, Madrid, 1991, tomo I, pp. 1949 y ss.

(28) ESPERANZA Y MARTÍNEZ-RADÍO, Antonio de la: "Para una posible interpretación funcional del artículo 788 del Código civil", *Estudios de Derecho Privado*, VVAA, bajo su propia dirección, Editorial Revista de Derecho Privado, 1962, tomo I, p. 272.

parte de *una primera liberalidad que tiene carácter sucesorio*, pues se hace a favor del heredero (o legatario), y que está disponiendo que la misma *sea soporte de una segunda*, en forma de gravamen (debe sobreentenderse que habrá de ser en favor de otro u otros), a la que califica de "manda o legado". Y esto hace pensar que es posible la existencia de la vía modal.

Así es, desde luego, si estas mandas o legados gravan al sucesor-legatario. Estaríamos ante la institución denominada sublegado, que ya fue estudiada antes [*véase infra, al final del apartado II, A), d)*], por lo que ya no hace falta sino reiterar la conclusión de que el favorecido por el dicho "sublegado" no es un sucesor, sino un adquirente por vía modal.

Si quien resulta gravado es el heredero, hay que llegar a la misma solución si el objeto legado no está en el patrimonio del causante. Si estuviera en la herencia, el asunto se puede ver con cierta duda, pero creo que se le debe dar la misma solución modal, porque si el beneficiario de la "manda o legado" sucediera al causante, queda sin contenido alguno la obligación de responder del gravamen de que habla el 858.2.º porque, ante una verdadera sucesión, es la idea misma de gravamen la que pierde todo sentido.

Y nos queda, por fin

El artículo 788. Es el que contiene, según la doctrina, la casi totalidad del régimen del modo testamentario del Código. Pero aquí no nos interesa ese aspecto sino en el sentido ya explicado, de que su supuesto de hecho nos pueda dar alguna orientación sobre *lo que* es el modo testamentario que regula.

2. *El artículo 788 y su supuesto de hecho*

La primera impresión –y a mi modo de ver, exacta (29)– que produce la lectura del artículo [788] es que hace referencia a una disposición modal.

Por mi parte, no tengo duda de que en su primer párrafo muestra con claridad la existencia de una doble liberalidad.

(29) ESPERANZA MARTÍNEZ-RADÍO, Antonio de la: "De nuevo sobre el artículo 788 del Código Civil", en la obra titulada *Estudios jurídicos en memoria de Luis Rojas Montes*, Ilustre Colegio Notarial de Granada, Granada, 2007, p. 363.

Literalmente, parte de una primera, sin mencionarla, porque está implícita en el nombramiento del heredero a que se está refiriendo; y también al legatario por aplicación de lo que dispone el artículo 789. Uno y otro son sucesores en nuestro Derecho, el primero sucesor universal, singular el otro; y ambos beneficiarios directos de su respectiva liberalidad o lucro.

En todo caso, lo que parece estar fuera de duda es que esta segunda liberalidad no es una simple recomendación o consejo formulados por el agente o disponente, que no es algo cuyo cumplimiento quede al arbitrio de tales heredero o legatario. Su cumplimiento *se le impone*. El encargo de deparar a otro un nuevo lucro que se hace al favorecido directo ha de cumplirse, se tiene que realizar. La doctrina de los autores siempre se ha cuidado de destacar: "el modo obliga".

Y esta segunda liberalidad se hace ya de modo expreso. En el supuesto de hecho de este precepto hay tres aspectos que conviene estudiar por separado: el beneficiario de la liberalidad, el objeto de esta, y la forma en que se puede crear o establecer.

2a) El beneficiario de la liberalidad modal

Si hacemos en el 788,1.º una pequeña operación divisoria o de troceamiento que respete cuidadosamente su texto, veremos que hay dos clases de beneficiarios.

Unos son personas jurídicas a las que el testador puede designar por las denominaciones que las distinguen en Derecho, dentro de las que dicho párrafo incluye en su parte final, es decir: **"cualquier establecimiento de beneficencia o de instrucción pública"**.

En este caso, en que el beneficiario está determinado o es determinable se podría adquirir conforme a las normas que rigen la sucesión, por vía sucesoria, y se sería legatario, es decir, sucesor singular (pero no podría ser sublegatario, por las razones antes expuestas).

Otros beneficiarios, en cambio, son personas físicas a las que el testador solo puede designar por su pertenencia a un género, como ocurre cuando se quiera realizar **"obras benéficas para doncellas pobres, pensiones para estudiantes o en favor de los pobres"**.

Este es el caso en el que piensa la regulación del artículo 788 y al que hay que referirla; pues, vedada la posibilidad de que sean

sucesores, el beneficio que se les quiere proporcionar solo puede llegarles mediante una atribución modal.

Esta indeterminación específica de los beneficiarios, este señalamiento único de un género (de estudiantes de Medicina, ancianos sin familia, doncellas pobres, enfermos de sida, etc.) en el momento de otorgarse el testamento, es lo que, en mi opinión, constituye uno de los caracteres con los que el modo se tipifica. Es el relativo al aspecto subjetivo, a la persona del beneficiario.

Porque si, como se vio en el supuesto anterior, tal beneficiario fuera persona idónea para llegar a ser sucesor singular, es natural que el testador busque su lucro directo y le atribuya tal cualidad y le designe legatario, sin más, y con efectos más sólidos.

Podría objetarse con poca razón que el artículo 749 ya resuelve el problema, en el momento oportuno, es decir, cuando la voluntad del testador haya de ejecutarse.

La réplica abarca al menos dos aspectos: el de que el citado artículo solo habla de "las disposiciones hechas a favor de los pobres", que hay que entender, por supuesto, que son testamentarias, pero de las que en ningún momento dice que sean sucesorias. Y bien podría referirse a lo que aquí venimos llamando disposiciones modales.

Pero, aun admitiendo que sean sucesorias para el Código y que triunfe la objeción, queda también limitada al puro aspecto subjetivo de que se hablaba. Veamos ahora el aspecto objetivo, el objeto al que se refiere la disposición, al de la atribución patrimonial que ordena.

2b) Su objeto

La norma habla "de invertir ciertas cantidades periódicamente", refiriéndose, en concreto, al beneficio segundo que llamamos modal, y lo hace, sin duda, para indicar el destino, el fin al que se destinan, la aplicación que se ha de dar a unas sumas dinerarias, aunque no creo que ello impida que el testador haga liberalidades de cualquier otro tipo y sin periodicidad alguna.

Lo más probable es que el legislador pensara en lo que le preocupaba mayormente como supuesto más conflictivo, el de prestaciones periódicas, que habría de resolverse dentro del propio precepto, en particular, si se imponía la carga y esta era perpetua.

Si este segundo lucro tiene por objeto un bien o derecho que existe en el patrimonio relicto, lo normal es que el testador lo atri-

buya al beneficiario directamente, por vía sucesoria, con la condición de sucesor singular, de legatario, aun en el supuesto de que el testador no lo calificara así. Y su adquisición no tendría otra limitación que la general, que ya vimos, de no poder ocupar por sí mismo el objeto legado.

Creo que el modo testamentario tiene muy justificada su existencia y que su verdadera aplicación se da, si *el objeto del segundo lucro no aparece entre los bienes y derechos que integran la herencia*. Porque, en orden a su contenido objetivo, únicamente en ese supuesto no es posible una segunda liberalidad por vía sucesoria y ha de emplearse, hay que recurrir, a la modal.

Me cuesta un verdadero esfuerzo aceptar que el dogma de la autonomía de la voluntad pueda llegar a permitir en este caso que el testador haga una pirueta y transforme de modo absolutamente caprichoso e innecesario lo que pudo y ser una liberalidad directa por vía sucesoria, en otra indirecta por la creación, vía modal, de una disposición en perjuicio, o en "un menor beneficio", para el destinatario de la liberalidad.

Según ALBALADEJO (30) el modo no consiste en dar de lo recibido, sino a cargo de lo recibido. La frase puede entenderse que es la confirmación de la tesis de que el modo se ha de aplicar o referir siempre a bienes que no son hereditarios. No se da de "lo recibido" integrado de la herencia, sino bienes ajenos a ella, si bien "con cargo" a lo heredado, porque con tal "cargo", se reduce o disminuye el lucro nacido de la sucesión. Y, al mismo tiempo, se fija el tope, la cuantía máxima que puede tener el contenido de la disposición modal.

2c) Formas posibles para su establecimiento

Está claro que el modo no es una simple recomendación o consejo formulados por el agente o disponente. El encargo que se le hace al favorecido directo no es algo cuyo cumplimiento quede a su arbitrio, sino que tiene una obligatoriedad que la doctrina de los autores siempre se ha cuidado de destacar: "*el modo obliga*" (me tomo la libertad

(30) Citado por GOMÁ SALCEDO, José Enrique, en sus *Instituciones de Derecho Civil, común y foral*, 2.ª edición, Bosch, 2010, p. 3072.

de añadir mi propia interpretación de tal frase en el sentido de que lo que se debe entender es que *el modo debe ser cumplido*) (31).

Y para conseguirlo se crean dos posibilidades: imponer a cargo del heredero la obligación de realizar una prestación en favor de tercero, o crear sobre los bienes de ese heredero un gravamen o carga real para lograr el beneficio concedido.

Lo que se puede considerar normal –y es lo que creo que ocurre en el modo que nace por acto *inter vivos*– es que la obligación exista aislada o bien acompañada, combinada, con la carga. Así ocurriría si, creada la obligación, se le añadiera un gravamen real accesorio que garantizase su cumplimiento, como podría ser la hipoteca. Incluso puede pensarse en el régimen especial de la hipoteca, que parece encajar en el sistema que contempla el artículo 788 del CC, en el que la obligación consiste en dar unas rentas o realizar prestaciones periódicas. La hipoteca en su garantía adoptaría la variante especial del artículo 157 de la Ley Hipotecaria.

Combinando obligación y carga (32) la forma normal es que esta asegure el cumplimiento de aquella, añadiendo a la responsabilidad personal del deudor la responsabilidad real de la cosa misma que soporta el gravamen. Y me parece muy digna de ser tenida en cuenta la posibilidad de que el testador excluya la responsabilidad personal del heredero manteniendo la carga real, mediante el empleo de la figura que se contiene en el artículo 140 de la Ley Hipotecaria (33).

El obligado, según se deduce de lo ya dicho, es la persona a la que el agente hace el acto de liberalidad principal, el que ha sido favorecido directamente con él. Tal acto se convierte en modal cuando el lucro directo se minora mediante una nueva liberalidad en favor de otra persona, que es la que podrá exigirle que el modo obligación accesorio se cumpla.

(31) Y, también, la libertad de añadir que hay que cuidar no caer en el grave error de confundir, en el modo testamentario, dos aspectos: el de la necesidad de que la disposición modal se haya de cumplir, con el hecho de que el favorecido por ella tenga o no derecho a exigir tal cumplimiento.

(32) Entendida esta como un auténtico gravamen real, que es la opinión generalizada, aunque no única, como se verá.

(33) Y que para ello no debería considerarse obstáculo el hecho de que tal norma parezca que solo está referida a las hipotecas que garanticen préstamos.

f) El modo, como carga, en el artículo 788

Pero este esquema –obligación/cumplimiento– se puede considerar que queda borroso y desdibujado hasta hacerlo inaplicable al modo testamentario en el Código Civil, por lo que resulta de la regulación contenida en el artículo 788.

En efecto: en su primer párrafo habla el artículo 788 de que se imponga al heredero una determinada obligación en favor de ciertas personas. Pero el término “obligación” ya no se repite en los restantes párrafos, y en el segundo y tercero ya no se habla más que de carga. Ello obliga a precisar cuál es el sentido que la citada norma da a la palabra “carga”.

Porque hay autores que, si bien no en concreta alusión al modo testamentario, sino tratando el modo en general, dan a tal voz un sentido especial.

Llaman carga a “aquella prestación que el sujeto ha de cumplir si quiere obtener un resultado beneficioso para él pero sin estar obligado personalmente a hacerlo. Si no cumple, no actúa ilícitamente; simplemente, sufrirá las consecuencias de su actitud”. “Es un concepto importado del Derecho procesal”. “El sujeto a una carga no está obligado en sentido técnico: no es un deudor. Simplemente perderá una ventaja si no lo hace. Es el caso del beneficio de inventario, de la fianza del usufructo, de la donación o legado modal, la obligación de notificar el siniestro a la compañía de seguros, etc.”.

He transcrito de GOMÁ SALCEDO (34) las tres anteriores frases entrecuilladas, en que se puede considerar resumida su postura, aislada en la doctrina española, tal vez motivada en parte por su disconformidad con los argumentos en los que se razonaba el fallo de la sentencia comentada (no con el fallo mismo, que considera acertado y justo), y también, acaso, por buscar una explicación a los casos en que algunos beneficiarios no pueden exigir el cumplimiento de la prestación modal.

No es este, con toda evidencia, a mi entender, el sentido con que se usa la palabra “carga” en el texto del artículo 788, sino en el que,

(34) En su recién citada obra *El modo como elemento accesorio...* pp. 233-34, donde recoge a continuación extensas opiniones, en igual sentido, de autores italianos de la talla de CARNELUTTI y PUGLIESE.

por regla general, emplea siempre el Código de gravamen que se ha impuesto sobre una cosa y afecta no solo a quien a la sazón sea su dueño, sino también a quien en el futuro la adquiera; es una carga con efectos reales.

Puntualizando aun más, añade Antonio DE LA ESPERANZA (35) que el primer párrafo del artículo 788 "habla de una disposición (testamentaria) que imponga al heredero una «obligación», si bien al determinar las *condiciones* de dicha disposición parece que el artículo le da más trascendencia, alcance y penetración que a una simple obligación personal, refiriéndose exclusivamente a dos supuestos diferentes, según que la carga se imponga temporal o perpetuamente sobre bienes inmuebles".

En el mismo sentido, me atrevo a decir que es como si lo que al Código verdaderamente importa, en lo que centra lo que es su regulación de la figura, es solo la carga de que habla, sea temporal o perpetua; y que, al hacerlo así, está delineando con rigor la figura del modo testamentario, con lo que es una de sus más significativas y primordiales características, su valor de carga o gravamen, por supuesto, entendida con efectos reales.

g) Notas del modo testamentario según el artículo 788

En el aspecto documental, el modo viene establecido en una cláusula testamentaria, accesoria de la de institución de heredero, en la que se ordena un beneficio indirecto a favor de personas, a la sazón inciertas, pero pertenecientes a un género que el testador ha predeterminado.

Del análisis de su texto, que regula el modo testamentario, se desprende que en el testamento, además de la institución de heredero y de la liberalidad que de ordinario lleva consigo, se ordena una segunda liberalidad en la que se dan las siguientes notas:

1.^a Consiste, por regla general, en realizar prestaciones pecuniarias con destino o aplicación a las obras benéficas que el testamento designe.

(35) ESPERANZA MARTÍNEZ-RADÍO, Antonio de la: "Para una posible interpretación del artículo 788 del Código Civil", *Estudios de Derecho Privado*, VVAA, bajo su propia dirección, Editorial Revista de Derecho Privado, 1962, tomo I, p. 272.

2.^a Va a beneficiar a personas que están, inicialmente, indeterminadas, salvo por su adscripción a la obra benéfica señalada en la disposición modal.

3.^a La designación individualizada de los que logren la cualidad de beneficiarios efectivos se hará en la ejecución de la voluntad testamentaria.

4.^a La liberalidad modal se establece siempre como una carga o gravamen con efectos reales sobre los bienes que son su objeto.

5.^a La carga o gravamen prevista tiene (en consonancia), la duración temporal necesaria, prolongada de forma permanente, que incluso se prevé que pueda ser perpetua (36).

Esta simple enumeración exime de la necesidad de referirse a la complejidad de la figura, lo cual va a tener lógica e inevitable consecuencia en lo relativo a la ejecución de la voluntad del testador para que sea cumplida y llevada a efecto en su integridad.

De ahí que sea preciso el apartado que sigue, para hacer al menos una alusión a lo que es la ejecución del modo establecido en testamento (37).

h) El modo del artículo 788 y la ejecución del testamento

Es esta una materia que ha estudiado a fondo y con rigor Antonio DE LA ESPERANZA en dos obras a las que va a separar casi medio siglo (38).

Por la amabilidad con que ha accedido a mi solicitud, este apartado va a ser totalmente suyo, pues quedará compuesto con textos de sus dos obras, lo mismo en cuanto a los caracteres del modo tes-

(36) Corrobora así el que ya no se hable de obligación, pues no caben en nuestro sistema obligaciones perpetuas.

(37) A este efecto hay que recordar que son los herederos y, en su caso, los albaceas, los encargados de velar por el cumplimiento de la voluntad del testador, lo que el Tribunal Supremo reconoce en numerosas sentencias, entre ellas las de 17 mayo 1971, 8 mayo 1980 y 13 diciembre 1996. Y que el artículo 798, por su parte, dispone que "cuando no pueda tener efecto... en los mismos términos ordenados por el testador, deben cumplirse en otros, los más análogos o conformes a su voluntad". Es lo que algún autor ha llamado el "cumplimiento analógico".

(38) Me refiero a las citadas en las anteriores notas 28 y 35.

tamentario que el artículo 788 expresa o da por presupuestos, que en cuanto a la ejecución que exige el régimen que establece.

"La primera impresión -y a mi modo de ver, exacta-, que produce la lectura del artículo es que se hace referencia [a] una disposición modal". (*Loc. cit.*, nota 35, p. 332).

"El testador ordena una carga o gravamen, imponiendo un fin, objeto, destino o aplicación a parte de la herencia." (*Ibíd.*, p. 331).

"La «carga» no se impone al heredero sino que recae sobre los inmuebles" (*Ibíd.*, p. 335).

"La imposición de una carga [que puede llegar a ser] perpetua sobre inmuebles". (*Ibíd.*, p. 334).

"En cuanto a (...) la imposición de la carga con carácter temporal sobre inmuebles, es evidente que este carácter de temporalidad es esencialmente relativo. En efecto, si se constituye una carga temporal con una duración de tres o cuatro mil años, pese a su duración temporal previamente fijada se habrá constituido de hecho una carga tan perpetua como la que más" (*Ibíd.*, p. 334).

"Es preciso dar efectividad a la voluntad del testador, porque lo que no cabe es pensar que el Derecho le permita algo y no le suministre los medios lícitos para conseguirlo. El carácter de perpetuidad que quiere dar a su disposición está dentro de la legalidad refrendado expresamente por el artículo 788 del CC". (*Loc. cit.*, nota 28, p. 275).

"Es menester, pues, interponer entre el testador y los beneficiarios a alguien que sea capaz de cumplir perpetuamente (dentro de la perpetuidad de todo lo humano) la voluntad del testador. Es necesario encontrar a alguien que lleve a cabo las válidas disposiciones testamentarias ordenadas por el causante".

"¿Puede existir esa persona capaz de cumplir perpetuamente lo dispuesto por el *de cuius*?"

"Efectivamente existe: Si se han señalado bienes suficientes para, por su rentabilidad, proporcionar los recursos económicos necesarios para invertir periódica y perpetuamente cantidades en dotes, becas, etc., y si hay una organización destinada a realizar de forma permanente y reiterada esa obra benéfica, no cabe duda de que en realidad hay una fundación" (*).

(*) Véase APÉNDICE. 4.^a Modo testamentario y fundación en el Código Civil.

III. CONCEPTO DEL MODO TESTAMENTARIO

De cuanto antecede puede llegarse a la conclusión, la de entender que

El modo testamentario regulado en el Código Civil es una modalidad supletoria de la vía sucesoria que recae en forma de gravamen real sobre bienes o derechos hereditarios, y se destina a invertir en obras benéficas cantidades que no existen en la herencia, y que se ordena para favorecer a personas físicas que no se determinan en forma nominativa sino por su pertenencia al género de la obra benéfica designada, todo lo cual ha de ejecutarse conforme a las normas que el propio testamento establezca para su ejecución o por las que, en su defecto, señale la ley.

Por su naturaleza, es una liberalidad testamentaria indirecta que no se adquiere del testador por vía sucesoria, sino del heredero por vía modal, en función subsidiaria de aquella.

APÉNDICE DE CURIOSIDADES

1.^a GENERALIDADES

Muchas de estas curiosidades –acaso la mayor parte– van a resultar de los contrastes que irán surgiendo y que se pondrán de relieve al exponer las instituciones civiles en el Derecho privado Romano y las de nuestro Derecho vigente.

Por ello, se considera que no es ocioso presentar una visión panorámica de las instituciones romanas. Y, con fines de situarlas dentro de un sistema, se ha elegido para ello el Índice sumario de la obra más conocida y popular del afamado romanista Álvaro D'ORS (39).

Tras la Introducción, distribuye las INSTITUCIONES en tres partes: en la primera estudia la propiedad; en la segunda, la herencia; y en la tercera, las obligaciones. Pues bien, la segunda parte, la herencia, consta, a su vez, de cuatro apartados: I. La familia. II. La sucesión hereditaria. III. La tutela. Y IV. Las liberalidades.

Entre las liberalidades va estudiando: A) Legados y fideicomisos, B) Las donaciones, C) Las fundaciones y D) La dote.

2.^a LIBERALIDADES *INTER VIVOS* EN DERECHO ROMANO

De los ejemplos citados, no creo que merezca la pena que nos detengamos a examinar la dote, en realidad, uno de los medios por los que se puede manifestar la donación. Pero sí en un cierto aspecto de la donación y, seguidamente en el fideicomiso y las fundaciones para destacar los motivos que justifican su inclusión en este Apéndice.

1. La donación

Interesa destacar que, en el Derecho Romano, según dice D'ORS (40), "*Donatio* es la causa de todo acto de disposición de libe-

(39) Su ya citado *Derecho Privado Romano*, Ediciones Universidad de Navarra, SA, Pamplona, 1968.

(40) D'ORS, Álvaro: *Loc. cit.*, p. 316.

ralidad en detrimento de patrimonio del donante y en lucro del donatario. A pesar de presentarse en actos convencionales, que presuponen una declaración de donar y una aceptación del lucro, la donación misma no es un contrato, ni siquiera un negocio típico, (...). Es la causa lucrativa por excelencia, pero no es más que eso". Y agrega (en nota a pie de página): "Siendo ella misma la causa, la donación no tiene otra causa; el ánimo de liberalidad es móvil, pero no causa en sentido jurídico".

Es "curioso", y puede ser motivo de seria reflexión, el contraste de estas ideas con el texto del artículo 1274, que encabeza la Sección titulada "*De la causa de los contratos*" y, en especial, con la frase final, relativa a [causa] de [los contratos] "de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor". Más aun si, como propugnan importantes autores, la teoría de la causa no debe estudiarse en sede de contratos, sino en la más general de las atribuciones patrimoniales.

2. El fideicomiso

En su carácter de liberalidad debe destacarse aquí que, si bien nace en Roma en íntima conexión con el legado y que, como este, es liberalidad por causa de muerte, puede proceder de una fuente que no sea testamentaria y nacer de un acto *inter vivos*. Es bien conocida la frase de que "el legado ha de hacerse en testamento mientras que el fideicomiso cabe fuera de él".

No obstante, por su entronque con el legado, será estudiado junto a él, en las liberalidades *mortis causa*.

3. Las fundaciones

En nuestra formación jurídica actual, la palabra fundación nos lleva de la mano a la Parte General del Derecho civil, a la teoría de la persona jurídica y sus clases.

No fue ese su significado durante la mayor parte de la vida del Derecho Romano, como luego se verá.

Las fundaciones son, en Derecho Romano, según las define D'ORS (41), "liberalidades en forma de disposiciones *mortis causa*,

(41) D'ORS, Álvaro: *Loc. cit.*, p. 322.

fideicomisos o donaciones que no tienen un destinatario personal, sino que se encomiendan a un fiduciario para beneficiar de manera permanente a personas indeterminadas”.

A mi entender, son especialmente significativas para este estudio dos notas que de tal definición se derivan: la primera es la doble vía por la que se produce la atribución patrimonial (sucesoria, en el caso del heredero, y no sucesoria en el del donatario y, como se verá luego, para el legatario también). La segunda, el carácter indeterminado del beneficiario.

En sentido análogo GIMÉNEZ CANDELA (42), a cuyo parecer son liberalidades que se caracterizan por no tener un destinatario personal, en las que se quiere beneficiar a personas indeterminadas (*incertae personae*) de modo permanente.

Más lacónico, pero con esencial coincidencia, GARCÍA GARRIDO (43) dice que las fundaciones son liberalidades “sin destinatario determinado”.

Respecto a lo que hoy entendemos por fundación y la teoría de las personas jurídicas, dice IGLESIAS (44) que el Derecho Romano no conoce la fundación como patrimonio personificado aunque llega a haber de él un esbozo en el Derecho Justiniano. También en igual dirección, ESPINOSA ANTA (45), con citas de FERRARA y BIONDI. Es la doctrina general reafirmada en fecha reciente por LÓPEZ DÍAZ (46) de que las fundaciones, como en general la idea de la persona jurídica, fue ajena al Derecho Romano arcaico y clásico. Y que es ya en época cristiana cuando surgen las que podría-

(42) GIMÉNEZ CANDELA, Teresa: *Derecho Privado Romano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 328.

(43) GARCÍA GARRIDO, Manuel J.: *Derecho Privado Romano*, 7.^a edición, Ed. Dykinson, Madrid, 1977, p. 176.

(44) IGLESIAS, Juan: *Derecho Romano*, 5.^a edición, Barcelona, 1965, p. 153.

(45) ESPINOSA ANTA, José Luis: La fundación, El negocio jurídico fundacional, *Estudios de Derecho Privado*, VVAA, bajo la dirección de Antonio DE LA E. MARTÍNEZ-RADÍO, Editorial Revista de Derecho Privado, 1962, tomo I, p. 242.

(46) LÓPEZ DÍAZ, Elvira: “Las fundaciones: pasado y presente”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 73, enero-marzo 2010, pp. 385-408.

mos llamar fundaciones de Beneficencia y Culto, que tenían por objeto *piae causae* como hospicios, asilos y hospitales. Y que Justiniano llega a reconocer cierta personalidad jurídica a los establecimientos de beneficencia.

Como cierre de este apartado, quiero reconocer sin el menor reparo que si en él se han relacionado las fundaciones romanas en cuanto tipo de liberalidad con la teoría de las personas jurídicas, ha sido con el exclusivo objeto de permitir, más adelante, un apartado relativo a las fundaciones en cuanto personas jurídicas en su relación con las liberalidades modales.

Es el punto de enlace con la teoría creada por la intuición y el ingenio de Antonio DE LA ESPERANZA (47) que, ya por sí sola, bastaría para justificar el añadido de este Apéndice de curiosidades.

3.^a LIBERALIDADES *MORTIS CAUSA* EN DERECHO ROMANO

La muerte de una persona puede originar dos clases distintas, liberalidades muy diferentes, según sea la vía de su adquisición.

A) Que se adquieren vía sucesoria

Es bien sabido que durante el dilatado período de siglos en el que el Derecho Romano concebía a la sucesión por causa de muerte como la continuidad de la personalidad del causante, solo podía haber un sucesor, el heredero. Porque era al heredero a quien se le atribuía esa continuidad. Y que, inicialmente, a la muerte del *pater familias* que convierte en *sui iuris* a sus hijos, estos le heredan solo por el hecho de la muerte, sin acto alguno por su parte (sin necesidad de aceptar) y se puede decir que lo hacen "por derecho propio". Son los *sui heredes* (48).

(47) ESPERANZA MARTÍNEZ-RADÍO, Antonio de la: "Para una posible interpretación del artículo 788 del Código Civil", *Estudios de Derecho Privado*, VVAA, bajo su propia dirección, Editorial Revista de Derecho Privado.

(48) Acaso pudiera decirse que son "herederos de lo suyo", en relación con la idea de dominio que los romanos prefirieron a la de propiedad; porque esta voz, de hecho, solo se aplicaba al dominio degradado que carecía del usufructo. Por eso era la *nuda proprietas*. En el dominio el énfasis se pone,

El heredero obtenía un lucro patrimonial gratuito por entero, sin contraprestación alguna, que pasó a ser considerado ejemplo tipo de toda liberalidad. Su contenido era el conjunto de los bienes que integraban el patrimonio relicto por el causante. Es la vía sucesoria.

Pronto aparece el testamento y se reconoce como herederos (con el nombre diferenciador de *heres extranei* ("extraños") a otras personas que pueden ser o no de la familia. Y que, al ser herederos por voluntad del testador ("voluntarios", es decir, "no necesarios"), se distinguen de los *sui* en que ya no heredan por la muerte, sino por la aceptación de la herencia del testador. Cambiarán los que resultan destinatarios de la liberalidad pero esta continúa sin la menor alteración.

Todo heredero se caracteriza no solo por recibir la liberalidad, sino porque **la recibe en calidad de sucesor porque en él se continúa la personalidad del causante**, que ha fallecido. Ahí estriba el concepto de sucesión, en la continuación de una personalidad extinguida, y solo por ello es el heredero sucesor del difunto. Y la liberalidad, con sus atribuciones patrimoniales, la adquiere y obtiene por vía "sucesoria".

El testador tenía que designar un heredero en el testamento. La "institución de heredero" era esencial y se la exigía porque se la consideraba *caput et fundamentum totius testamenti*.

B) Que se adquieren vía *mortis causa capiones*

Pero era preciso reconocer, sin embargo, que el testador podía tener razones muy atendibles para querer otras liberalidades que pudieran beneficiar *mortis causa* a ciertas personas sin concederles el honor de ser continuadores de su personalidad, de ser sus herederos. También podía ocurrir que tal beneficiario careciera de idoneidad jurídica para ser un verdadero sucesor conforme a la ley.

no en las cosas, sino en el sujeto, en quien es *su dueño*, el *dominus*, el señor, el único *sui iuris* en la familia. Puede que no sea riguroso hablar de dominio colectivo, pero parece existir un embrión de colectividad que hace eclosión y se manifiesta cuando los hijos se hacen *sui iuris* al morir el padre. Por eso son *heres suus*. Heredan lo que ya, en potencia, les pertenecía, era "suyo".

El ingenio romano utilizó el testamento para que el causante pudiera lograrlo. Y así nacen por voluntad del testador otras liberalidades, otras atribuciones por causa de muerte en favor de personas a las cuales les ha negado previamente el honor de ser sus herederos, y suceder, o carecían de la idoneidad necesaria para poder serlo.

Se admiten así liberalidades o atribuciones patrimoniales que el testador dispone en diversas formas que, sin embargo, participan de una característica común indeclinable y puramente negativa: la de que no originen una adquisición por vía sucesoria.

En Roma se le concedió la inexpressiva denominación de *mortis causa capiones*, con omisión de lo que en realidad era su esencia.

Esta puede ser la causa de la cautela y el cuidado con que las definen nuestros romanistas, acaso preocupados por no caer en vicio de las definiciones puramente negativo.

D'ORS (49) se abstiene de dar una verdadera definición y se limita a decir que son todos aquellos lucros que indirectamente se pueden recibir de la disposición de un difunto.

No hay duda de que lo dicho es verdad; pero es una verdad que resulta inaceptable por su propia vaguedad e imprecisión. Dice poco, apenas casi nada, al dejar sin concretar por qué la denomina indirecta, cuál es el título por el que se otorga y se puede recibir la disposición del difunto; y si tal disposición es o no formal, si se le exige o no la forma testamentaria.

En igual sentido, aunque ya con mención del título, BORRELL Y SOLER (50) les dedica la frase "adquisiciones a título singular por causa de muerte que no constituyen legado, ni donación *mortis causa*".

Las define IGLESIAS (51), aunque con alguna imprecisión, al decir que comprenden adquisiciones singulares fundadas en actos de última voluntad que no adopten las formas de herencia, legado o fideicomiso. El ejemplo que añade en una brevísima cláusula (52)

(49) D'ORS, Álvaro: *Derecho Privado Romano*, Ediciones Universidad de Navarra, SA, Pamplona, 1968, p. 321.

(50) BORRELL Y SOLER, Antonio M.: *Derecho civil vigente en Cataluña*, tomo quinto, Sucesiones. Bosch, Barcelona, 1944, p. 331.

(51) IGLESIAS, Juan: *Derecho Romano*, Barcelona, 1965, 5.ª edición, p. 679, nota 23.

(52) "Sea Cayo heredero si da 100 a Ticio".

puede ser mal interpretado; y por eso me atrevo a retocarlo para hacerlo más conforme con la definición dada: "*Sea Cayo heredero pero ha de dar 100 a Ticio*".

Queda así precisado que hay un testamento, que en él se nombra heredero a Cayo, y que se impone a este que entregue una cantidad a Ticio, lo que origina, en consecuencia, una adquisición singular, no sucesoria. El conjunto implica la coexistencia de una liberalidad directa, la que se hace y recibe el sucesor, Cayo; y otra, la que se hace a Ticio, indirecta, porque, aunque esté ordenada por el testador, no se adquiere de su patrimonio, sino del patrimonio de Cayo, una vez haya heredado (53).

Las *mortis causa capiones* podrían resumirse ahora diciendo que fueron las disposiciones testamentarias en las que se ordenaba una liberalidad consistente en bienes o derechos singulares y cuyo cumplimiento se imponía al heredero en favor de otra persona.

Ahora bien, ¿cuáles pudieron ser los motivos determinantes de la aparición de este extraño tipo de atribuciones patrimoniales por causa de muerte que van a surgir por obra de un testamento para dar lugar a una adquisición que no es sucesoria?

La naturaleza humana no ha cambiado tanto, y por ello se puede presumir que tuvieron su justificación en la conveniencia práctica, al margen de que tal conveniencia fuera absolutamente legal y justa.

Un ciudadano romano pudo tener muy dignas, nobles y justificadas razones para desear nombrar heredero a un *peregrino* (54) y tropezaba con el inconveniente de que la ley le privaba de la *testamenti factio passiva*.

Otorga testamento en el que nombra un heredero para que le suceda, y le impone la obligación de dar al peregrino una parte de lo que herede. Y así nace el **legado**.

Es una adquisición de bienes singulares por causa de muerte, ordenada por una disposición testamentaria, y que no se obtiene del causante por vía sucesoria –reservada al heredero, único sucesor, continuador, según se vio, de la personalidad del causante–, sino del

(53) Conf. con mi intento de definición en *II.B) Liberalidades por causa de muerte*.

(54) Los *peregrini* eran los extranjeros que, no siendo romanos ni latinos, integraban el *Ordo*, a diferencia de los *barbari*.

propio heredero. Es este el que, por acto *inter vivos*, está obligado a transmitir al legatario los bienes señalados por el testador, una vez le haya sucedido. El legatario no sucede *mortis causa* al *de cuius*.

Por regla general, los romanistas rara vez se expresan con esta claridad, e incluso eluden referirse a lo que hoy llamamos "sucesión particular o singular al tratar de la adquisición de los legatarios".

Puede considerarse una excepción a FUENTESECA (55), pues dice que el legatario no se considera sucesor (no existía una *successio* a su favor, incluso cuando se admite que podía ser objeto de legado una cuota del patrimonio hereditario, *legatarius partitionis*). Se le consideraba titular de un derecho a que el heredero le transfiriese las cosas o créditos en razón a su cuota.

Lo normal es una especie de indefinición. Así ocurre en el caso de GARCÍA GARRIDO (56), para quien el legado concede derechos que segrega de la herencia sin conferir al beneficiario el título de heredero.

Lo mismo D'ORS (57), que los define como "disposiciones testamentarias sobre bienes particulares que el testador impone al heredero a favor del legatario". Pero pocas líneas después sostiene que los legados dependen de la adquisición de la herencia por el heredero testamentario. La importancia de esta frase es enorme.

Porque es claro, al menos a mi juicio, que esa *dependencia* solo puede tener una explicación: la de que el legatario adquiere esos "bienes particulares" del testador cuando ya no están en el patrimonio relicto, sino cuando ya han pasado al patrimonio del heredero que, por la *aditio hereditatis* los hizo suyos y es su dueño. El legatario no adquiere del testador los bienes que le legó, *ergo no le sucede*.

Muy similar es la postura de GIMÉNEZ CANDELA (58), según la cual los legados son disposiciones a título singular contenidas en el testamento, en el que el testador grava a un heredero en beneficio del legatario; que su validez se condiciona a la del testamento y su adquisición por el legatario depende de la adquisición de la herencia por el heredero testamentario. Y que es una adquisición limitativa

(55) FUENTESECA, Pablo: *Derecho Privado Romano*, 1978, p. 493.

(56) GARCÍA GARRIDO, Manuel J.: *Loc. cit.* (véase nota 4), p. 797.

(57) D'ORS: *Loc. cit.* (véase nota 1), p. 296.

(58) GIMÉNEZ CANDELA, Teresa: *Loc. cit.* (véase nota 3), pp. 311 y 312.

para el legatario de la que el heredero debe dar cumplida cuenta [el legatario resulta *honoratus* (favorecido) y el heredero, en cambio, *oneratus* (gravado)].

Las más antiguas clases de legado fueron los denominados *per vindicationem* y *per damnationem*, pero se conocieron en Roma hasta seis clases distintas, tres de las cuales tenían eficacia real. Pero lo que se podía considerar invariable era la rigidez de las formas prescritas, de tal manera que un minúsculo error del testador en el empleo de la fórmula correspondiente podía causar la nulidad del legado.

El deseo de escapar de las consecuencias de esta rigidez formal, por una parte, y el hecho de que no siempre era confesable el motivo de la liberalidad, de otra, son las causas de que aparezca una liberalidad testamentaria de nuevo cuño, el **fideicomiso** (59).

En él la liberalidad a un tercero ya no se le impone al heredero como una obligación que haya de cumplir y que sea creadora de una *actio* para exigirle tal cumplimiento. El testador-fiduciante (60), en su lugar, la configura como un simple encargo que se le hace –aunque tampoco sea un puro ruego– en la confianza de que su heredero lo realice por su propia dignidad, y corresponda así a la confianza (*fides, fiducia*) que en él se depositó.

Caracterizó al fideicomiso la libertad de formas, frente a los estrictos términos previstos para los legados. Y en cuanto al fondo, que solo surtían efecto a partir del momento en que el heredero realizaba la *aditio hereditatis*, y que la liberalidad cuyo cumplimiento se le encomendaba debía ser de cuantía inferior al importe de lo que heredaba.

4.ª EL MODO EN EL ARTÍCULO 788 CC Y LA FUNDACIÓN

Después de lo que se dice en el texto (*véase infra II.- B) h*), en particular su párrafo último), la ejecución de la voluntad testamen-

(59) En palabras de D'ORS (*Loc. cit.*, p. 312) se utilizó para soslayar las limitaciones de las leyes Furia y Voconia y de las caducarias.

(60) Aunque quede al margen de este estudio, debe hacerse constar que el fideicomiso puede también nacer de un acto *inter vivos*, fuera de testamento. El autor de la liberalidad es llamado, en todo caso, *fideicomitente*.

taria que ha establecido el modo, equivale, de una u otra forma, a que se cree o sea posible crear una fundación.

Esta idea, como el mismo Antonio DE LA ESPERANZA reconoce (61), pudo parecer forzada en la época de su aparición (1962), pero la mención que el precepto hace a "la Autoridad administrativa a quien corresponda" en el caso de que "el testador no hubiere establecido una orden para la administración y aplicación de la manda benéfica".

Lo bien cierto es que, pocos meses más tarde una notabilísima sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1963, hubo de pronunciarse acerca de un testamento ológrafo otorgado en El Cairo por un español residente en Beirut, que se destinaba gran parte de la herencia a un fin de tipo social. Y aunque el testador no creaba fundación alguna ni pudiera deducirse su intención de establecerla, resolvió en el sentido de que "del estudio de las cláusulas testamentarias resultaban todos los elementos precisos para que se pudiera constituir una fundación de tipo benéfico-docente, puesto que (...)".

En la actualidad la solución propuesta puede considerarse aceptada definitivamente por la legislación por la aplicación combinada de dos normas de nuestro Ordenamiento jurídico: La ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones; y el RD 45/2007, de 10 de marzo, que modificó el Reglamento Notarial, en lo que atañe al texto que dio a su artículo 179.

En efecto (aparte del caso en que en el testamento resulte constituida la fundación), el párrafo 4 del artículo 9 de la vigente Ley 50/2002, de Fundaciones, dispone que si "el testador se hubiere limitado a establecer su voluntad de establecer una Fundación y de disponer de los bienes y derechos de la dotación, la escritura se otorgará por los albaceas testamentarios. En caso de que estos no existieran o incumplieran esta obligación, la escritura se otorgará por el Protectorado, previa autorización judicial".

Por su parte, el vigente artículo 179 del Reglamento Notarial ordena "que los notarios que autoricen o eleven a escritura pública testamentos en los cuales conste alguna disposición de carácter benéfico o benéfico docente o que tenga por objeto fines de interés general (...) remitirán a los órganos administrativos competentes que

(61) *Loc. cit.* en nota 28, p. 342.

ejerzan el protectorado sobre las fundaciones (...) una copia simple de la cláusula o cláusulas testamentarias correspondientes, tan luego como llegue a su conocimiento el fallecimiento del testador”.

El resultado es, por tanto, que la comunicación al Protectorado no se hace solo en el caso de que en el testamento se constituya la fundación, sino también en aquellos en los que se ordena la realización de unos fines benéficos; y serán estas cláusulas las que se remitirán al Protectorado, a fin de que sea otorgada la escritura pública que constituya la fundación.

NUEVAS POSIBILIDADES DE ACTUACIÓN Y PERSPECTIVAS DE FUTURO EN LA PRÁCTICA SOCIETARIA INTERNACIONAL

Carlos Jiménez Gallego
Notario

SUMARIO

INTRODUCCIÓN

I. LA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA (EN ABREVIATURA, "SE")

II. LA FUSIÓN TRANSFRONTERIZA

- La Directiva comunitaria
- La Ley española
- Peculiaridades en caso de fusiones especiales

III. TRASLADO INTERNACIONAL DE DOMICILIO

IV. PERSPECTIVAS DE FUTURO

- El proyecto de Reglamento de Sociedad Privada Europea (SPE)
- Algunas modificaciones de interés sobre el Derecho de sociedades que pretende introducir el proyecto de Ley español de economía sostenible

REFLEXIÓN FINAL

ANEXO PARA LA PRÁCTICA NOTARIAL

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

La inversión extranjera en sociedades ha venido utilizando diversas posibilidades ofrecidas por el Derecho interno español; principalmente pueden citarse: la constitución de nuevas sociedades (ya sean filiales de otras extranjeras, o no), la participación mayoritaria o minoritaria en sociedades de capital españolas ya existentes (vía aumentos de capital y/o adquisición de acciones o participaciones) y la apertura de sucursales. Muy raramente un extranjero realiza operaciones en España con una sociedad extranjera sin filial española ni sucursal en España.

Ahora se trata de comentar otras posibilidades de actuación (y sus límites) tras una serie de normas que han entrado en vigor en los últimos años, y las posibilidades (y también limitaciones) del Derecho positivo "en gestación".

Las instituciones jurídicas (del Derecho vigente) que se pretenden comentar son:

— La sociedad anónima europea, regulada por el Reglamento 2157/2001, del Consejo, de 8 de octubre de 2001, y la Ley 19/2005, de 14 de noviembre (completada por la Directiva 2001/86/CE, que fue incorporada al Derecho español mediante la Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas), y que ahora ha pasado a ser el título XIII del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (RD Legislativo 2/2010, de 2 de julio, que entró en vigor el 1 de septiembre de 2010).

— La fusión entre sociedades de distinta nacionalidad ("fusión transfronteriza", regulada por la Directiva 2005/56/CE del Parlamento y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, y por la Ley 3/2009, de 3 de marzo de 2009).

— El traslado internacional de domicilio, también regulado por la Ley 3/2009.

Las perspectivas de futuro del Derecho de sociedades en Europa no están claras, pues hay tendencias contradictorias: por un lado, la desregulación, de lo que puede ser un ejemplo el proyecto de sociedad privada europea (SPE), y por otro lado, la imposición incesante

de normas vinculantes en múltiples campos y la publicación de códigos o prácticas de conducta que pretenden influir en la práctica, aun sin presentarse con formas autoritarias; la normativa sobre sociedades contenida en el proyecto de Ley española de economía sostenible puede considerarse (por su imposición de contenidos estatutarios inflexibles) un ejemplo de lo segundo.

I. LA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA (EN ABREVIATURA, "SE")

No vamos a extendernos demasiado sobre esta figura, porque hasta ahora ha tenido muy poco éxito en España, pero debemos tenerla en cuenta porque marcó un hito en el Derecho de sociedades comunitario y es punto de referencia para valorar la evolución posterior, que no siempre ha ido en la misma línea.

La sociedad anónima europea se regula por el Reglamento citado, publicado en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* del 10 de noviembre de 2001, y que entró en vigor el 8 de octubre de 2004. El Reglamento es obligatorio en todo su contenido y directamente aplicable en cada Estado miembro, sin necesidad de normas internas de "aceptación" o "introducción".

La SE puede constituirse en cualquier Estado de la Unión, pero necesita siempre un elemento transfronterizo, es decir, solo puede constituirse por sujetos sometidos a Ordenamientos jurídicos de al menos dos Estados miembros de la Unión, y tales sujetos tienen que ser necesariamente sociedades de capital (o sea, se trata siempre de sociedades de segundo grado, o sociedades de sociedades) de las listas (listas cerradas) que constituyen los anexos I y II del Reglamento (recogen los distintos nombres con que se conocen a las sociedades anónimas y limitadas en los diversos países de la Unión Europea).

En concreto, las únicas posibilidades son:

— Fusión de al menos dos sociedades anónimas que tengan su domicilio social y su administración central en la Unión, siempre que al menos dos de ellas estén sujetas a Ordenamientos de Estados diferentes. Responde al esquema de un acuerdo entre "iguales".

— Constitución de sociedad *holding* (que será la SE) por sociedades anónimas o limitadas que tengan su domicilio social y su administración central en la Unión, siempre que al menos dos de ellas estén sujetas a Ordenamientos de Estados diferentes o alguna tenga una filial o una sucursal en otro Estado miembro desde hace al menos dos años antes. Se pretende crear una sociedad de control (la SE) que será la titular de la mayoría de los derechos de voto en cada una de las sociedades promotoras que participan, mediante la aportación por los socios de estas de sus acciones y participaciones a la SE. Puede usarse para múltiples finalidades: receptáculo de dividendos de las filiales, optimizar la gestión de recursos, crear una dirección única sobre varias empresas ya existentes (reorganizar la estructura empresarial).

— Constitución de una sociedad filial (que será la SE) por sociedades del artículo 48 del Tratado y también por cualquier entidad jurídica pública o privada de un Estado miembro, siempre que al menos dos de ellas estén sujetas a Ordenamientos de Estados diferentes o alguna tenga una filial o una sucursal en otro Estado miembro desde al menos dos años antes.

— Y finalmente, transformación de una sociedad anónima ya existente, con domicilio social y administración central en un Estado de la Unión, siempre que haya tenido una filial sujeta al Ordenamiento de otro Estado de la Unión durante al menos dos años antes.

En general, los procesos de constitución (en cuyo detalle no podemos entrar ahora) siguen el mismo esquema: proyecto, publicidad de dicho proyecto según el Derecho del Estado respectivo, informe de los órganos de administración, informe de expertos independientes designados por autoridad judicial o administrativa, aprobación por las Juntas generales respectivas (aprobación por las Juntas incluso en el caso de constitución de SE *holding*, lo que no deja de resultar llamativo, aunque no se exige en el caso de constitución de SE filial), control de legalidad del procedimiento en cada Estado por un tribunal, notario u otra autoridad competente, que deberá expedir un certificado, e inscripción de la fusión previo examen (por tribunal, notario u otra autoridad competente) de dicho certificado y demás documentación. La inscripción se publicará según la legislación del Estado miembro del domicilio de la SE.

Se regula por el Reglamento citado, pero este no contiene una normativa sustantiva completa, sino que realiza importantes remisiones al Derecho del Estado en que la SE se registre (registro que tiene que verificarse, según el art. 12, en el Estado del domicilio social). El Reglamento no puede evitar que la SE se rija en buena medida por el Derecho de sociedades anónimas del Estado en que tenga su domicilio social (Derecho este que seguramente cambiará si la SE traslada su domicilio social a otro Estado miembro y, por tanto, el Registro en que a partir de ese momento quedará inscrita).

El Reglamento no regula la nacionalidad de la SE. Esta no referencia a la nacionalidad podría llevar, *prima facie*, a preguntarse por la nacionalidad de cada SE concreta (pues no puede decirse que tenga nacionalidad "europea"), aunque solo fuera para ver cuál es su Ley personal, que es el criterio que tiene el Derecho español (art. 9.11 CC) para decidir el Derecho aplicable en todo lo referente a capacidad, constitución, representación, funcionamiento, transformación, disolución y extinción. No obstante, hablar de "nacionalidad" de una persona jurídica no deja de ser una manera algo artificiosa de señalar qué Ordenamiento la regula. Así, por ejemplo, cuando el artículo 5 LSA (hoy, art. 8 del RD legislativo 1/2010) atribuye la nacionalidad española a una SA, en realidad está diciendo que la citada SA se rige por la Ley española. Así, la SA que tenga su domicilio social en España (ya que el criterio del domicilio es el criterio del art. citado) se regirá por la Ley española. Pero esto no es del todo aplicable a la SE (aunque tenga su domicilio en España), porque la SE se rige siempre en primer lugar por el Reglamento Comunitario y solo en defecto de este por la Ley del lugar donde la SE se haya registrado (que debe coincidir con el Estado de su domicilio), o mejor dicho, por las normas legales y estatutarias que se refieren en el artículo 9 del Reglamento. Con esto queremos decir lo siguiente: el Derecho aplicable a la SE está determinado por el Reglamento, y ello sin mención expresa –que no hace ninguna falta– de la palabra "nacionalidad" (aunque la articulación de las normas legales y estatutarias que cita el art. 9 del Reglamento no resulte fácil en la práctica), por lo cual huelga preguntarse por la "nacionalidad" de la SE cuando basta preguntarse por la Ley reguladora de la misma.

Otro tema es la discordancia entre país del domicilio social y país de la administración central. El Reglamento pretende que ambos coincidan (*vid.* art. 7), pero esto resulta ahora contrario con una interpretación jurisprudencial, que parece cada vez más consolidada, que al amparo del principio de libertad de establecimiento sostiene que obligar a que ambos coincidan va contra dicha libertad. Luego volveremos sobre esto.

La normativa del Reglamento se refiere a las modalidades y procesos de constitución, el traslado de domicilio, la doble configuración del sistema de administración –dual o monista–, una breve regulación de la Junta general (con importante remisión a los Derechos nacionales) y la posibilidad de transformación en SA del Estado de su domicilio. El Reglamento no regula la financiación de la SE.

La remisión al Derecho del Estado de su domicilio (configurado conforme al criterio de la sede de su administración central) es total en lo relativo al capital, su mantenimiento y modificaciones, las acciones o participaciones, así como en lo referente a la disolución y liquidación, e insolvencia, cuentas anuales y cuentas consolidadas y, en general, en todo lo no dispuesto por el Reglamento. Esta remisión tan generosa a los Derechos nacionales es causa de inseguridad y ha evitado que estemos en presencia de una auténtica sociedad europea.

Las principales características de la SE son las siguientes:

- Su capital mínimo es de 120.000 euros.
- El capital tiene que estar dividido en acciones.
- Tiene que inscribirse en un Registro del Estado de su domicilio. Y el Estado del domicilio social debe coincidir con el Estado en que se encuentre su administración central (art. 7). La inscripción se publicará en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, a título informativo.

- Puede trasladar su domicilio a cualquier Estado de la Unión. El traslado es una modificación estructural (el art. 8.14 parece ver como algo “natural” que el traslado de domicilio suponga un cambio de legislación aplicable) que exige un proyecto, una publicación según la normativa del Estado del domicilio, un informe del órgano de administración que lo justifique, la puesta a disposición de información a socios y acreedores durante al menos un mes antes de la

Junta, la aprobación por la Junta general, la certificación por "tribunal o notario u otra autoridad competente" de que se han cumplido los trámites previstos legalmente y la inscripción en el registro del nuevo Estado. La legislación del país del domicilio inicial puede exigir medidas de protección a acreedores y titulares de otros derechos y podrá establecer un derecho de oposición al traslado por parte de autoridad competente del Estado del domicilio inicial "por razones de interés público".

Como se ve, el traslado de domicilio, aunque se quiera facilitar, resulta mucho más difícil (y con tramitación mucho más farragosa) que un traslado de domicilio dentro del mismo Estado; esto, unido a la exigencia de coincidencia entre domicilio social y administración central, revela lo difícil que resulta, incluso a nivel legislativo, conseguir una libertad real de establecimiento dentro de la "Unión" (parece que la "corrección" de esta inercia se ha empezado a realizar por vía jurisprudencial).

— Los órganos son la Junta general y el órgano de administración, que puede ser dual (órgano de dirección y órgano de control) o único, según se elija en los estatutos.

La SE puede transformarse en sociedad anónima sujeta al Derecho del Estado de su domicilio social (con mantenimiento de su misma personalidad jurídica), pero solo tras haber transcurrido dos años desde su inscripción en el Registro y haber sido aprobadas las dos primeras cuentas anuales. Para ello se regula un procedimiento en el artículo 66 del Reglamento, que sigue básicamente los pasos de toda modificación estructural que conocemos: proyecto de transformación, publicidad de este según el Derecho del Estado del domicilio social, informe de los administradores, informe de expertos independientes y aprobación por la Junta general.

La Ley española 19/2005, de 14 de noviembre, tiene un escaso contenido (aunque aprovechó la ocasión para reformar varias normas de la LSA, que ahora no toca examinar, pues no se refieren a la SE), pues no puede modificar ni "adaptar" el Reglamento, y las remisiones que el Reglamento hace al Derecho de cada Estado no hacen necesaria una regulación especial, pues se aplica la normativa de las sociedades anónimas. Tan solo se ha limitado a añadir un capítulo (el XII) a la LSA (que en el vigente TR es el título XIII, arts. 455 a 494), cuyos puntos más importantes son:

— Se exige que la SE tenga domicilio social en España cuando su administración central se halle en España (art. 312 LSA, hoy art. 458 TR); y al contrario: si la administración central deja de estar en España, debe (art. 313 LSA, hoy arts. 459 y 469 TR) trasladar el domicilio social o volver a tener en España la administración central, todo ello en el plazo máximo de un año, bajo “pena” de disolución (aunque no es disolución automática, sino obligación de acordar la disolución) en caso de incumplimiento. Reiteramos que el criterio de estos artículos (coincidencia entre domicilio social y sede de la administración central) puede ser muy discutible a la vista del artículo 48 del TCE, que consagra la libertad de establecimiento (es también el mismo criterio que el consagrado por el art. 5 de la LSA española –hoy art. 8 TR–, aunque este art. podría salvarse entendiendo que no es aplicable a sociedades domiciliadas en otros países de la UE).

— NO podrá inscribirse en el Registro Mercantil español una SE que tenga denominación idéntica a la de otra sociedad española preexistente, por lo que tendrá que obtenerse siempre una certificación negativa de denominación (en su caso, habrá que acordar y formalizar previa o simultáneamente un cambio de denominación).

— En caso de traslado a otro Estado, hay derecho de separación de los socios que voten en contra del acuerdo y hay derecho de oposición de acreedores (con remisión a las normas de la fusión).

— La autoridad competente para certificar sobre el cumplimiento de trámites y la designación de expertos independientes es el Registro Mercantil del domicilio social.

— Si se opta por el sistema de administración monista, se aplicarán las reglas sobre administradores de sociedades anónimas. Si se opta por el sistema dual, hay una breve regulación, que remite al Reglamento y especifica que la representación social corresponde a la dirección (no al órgano de control).

El RRM, en su artículo 160 bis, completa la regulación de la LSA en esta materia para que el registrador controle que no ha habido oposición gubernamental al traslado internacional de domicilio, que se ha respetado el derecho de separación de socios y el de oposición de acreedores, y para que extienda la inscripción de cierre de la hoja de la sociedad cuando se le presente certificación de haber quedado inscrita la SE en el Registro de destino.

VALORACIÓN

El artículo 68 del Reglamento imponía a la Comisión Europea realizar un informe sobre la aplicación del propio Reglamento. Hemos tenido noticia de que se ha realizado un informe externo cerrado a 9 de diciembre de 2009, que ha servido de base al período de consultas, que finalizó el 23 de mayo de 2009. La estadística recogida por dicho informe es muy desigual: 91 sociedades constituidas en Alemania, 137 en la República Checa, 22 en Holanda, 16 en el Reino Unido, 15 en Francia, 13 en Austria, 10 en Bélgica, 0 en Italia y 0 en España (salvo que una SE constituida en Holanda en 2007 se trasladó a España el año 2009).

En resumen, la SE ha tenido, hoy por hoy, poco éxito. Algunos elementos que creo han contribuido al éxito tan escaso de esta figura (aunque pueden ser cambiados en un futuro) son los siguientes:

- El proceso constitutivo es complejo.
 - Exige siempre un elemento transfronterizo (al menos dos de sus socios fundadores han de estar sujetos a Ordenamientos de distintos Estados de la Unión).
 - La regulación comunitaria es vinculante, pero tiene que completarse con la del Estado del domicilio social de la SE (el Reglamento es más bien un "Reglamento marco", en expresión de VELASCO SAN PEDRO), lo que añade inseguridad jurídica que no favorece la captación de la inversión empresarial y deja dudas en cuanto a la regulación de los intereses en juego (de socios entre ellos, especialmente minoritarios frente a mayoritarios, de socios frente a administradores, de la sociedad frente a acreedores).
 - Como la regulación es diferente en cada país de la Unión, no puede determinarse con carácter general la capacidad de configuración estatutaria, pues la SE tendrá las características de una sociedad anónima del Estado de su domicilio (más o menos cerrada o más o menos flexible según la legislación de SA de cada Estado).
- O sea, la SE, a pesar de su nombre, no es una sociedad europea, es un "híbrido comunitario-nacional", y tampoco es "una sociedad única, ya que habrá tantas SE como países miembros de la Unión", en expresión de Rita LARGO GIL, que concluye que la SE es un mecanismo legal que permite mejorar la canalización de las operaciones

de cooperación y concentración de empresas a escala intercomunitaria, así como el traslado de la sede social de un Estado a otro. Quizá estas dos finalidades puedan conseguirse también (o incluso mejor) con el mecanismo, ya vigente (y regulado por una Directiva), de las fusiones transfronterizas y por el traslado internacional de domicilio, al amparo del principio de libertad de establecimiento y de lo que permitan las diversas Leyes nacionales, como la Ley española 3/2009, que ahora comentaremos; ya que no hay normativa europea, pues el proyecto de Directiva sobre esta materia ha sido abandonado.

— Y en todo caso es una figura jurídica, como se ha visto, para la gran empresa, no para las pymes, con lo cual (por esto mismo) el número potencial de SE será siempre reducido.

II. LA FUSIÓN TRANSFRONTERIZA

Ahora nos referimos a la fusión de sociedades que no son ni van a dar lugar a una SE, aunque tiene que tratarse siempre de sociedades de capital.

La Ley 3/2009, de 3 de abril (que entró en vigor el 4 de julio de 2009), dedica el capítulo II de su título II (arts. 54 a 67) a la regulación de las fusiones transfronterizas intracomunitarias cuando al menos una de las sociedades participantes sea una sociedad española. La fusión de sociedades de distinta nacionalidad (incluso de países no pertenecientes a la UE) ya era posible, pero la regulación era muy parca y la inseguridad que provocaban hacían que en la práctica estas operaciones apenas se conocieran.

La Ley 3/2009 realiza la trasposición al Derecho español de la Directiva 2005/56/CE del Parlamento y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital. Esta Directiva se publicó en el *Diario Oficial de la Unión Europea* el 25 de noviembre de 2005, entró en vigor a los veinte días de su publicación y estableció un plazo a los Estados miembros para adaptar sus respectivas legislaciones internas, que concluyó el 15 de diciembre de 2007 (plazo que, como se ve, ha sido superado ampliamente en España).

Esta Directiva pretende que se admita claramente en cada Ordenamiento interno la fusión transfronteriza, que antes podía

no admitirse o admitirse solo de manera tácita (y poco clara) y también pretende que la legislación sobre esta materia de los diferentes Estados presente una mínima homogeneidad, aunque es un procedimiento complejo y (por intentar atender a los diversos intereses en juego) más bien farragoso.

Para estudiar la Ley española debemos comenzar por tanto con una explicación del contenido de esta Directiva, aunque al comentar esta, para mayor claridad, iremos haciendo algunas referencias a la Ley española.

LA DIRECTIVA COMUNITARIA

Consta de 21 artículos, sin divisiones en títulos ni capítulos. La materia puede esquematizarse del siguiente modo:

— Los artículos 1 a 4 contienen definiciones y disposiciones generales.

— Los artículos 5 a 17 regulan el procedimiento de fusión, que sigue el mismo esquema que ya existe en la Ley española: proyecto, publicidad del proyecto, informe del órgano de administración, informe de expertos independientes, adopción del acuerdo, formalidades posteriores, eficacia e impugnación. No presentan estos artículos un régimen completo de la fusión, sino una legislación básica, que remite, en todo lo no previsto, a la legislación de cada Estado.

— Los artículos 18 a 21 se refieren a publicación y entrada en vigor de la propia Directiva (algo que ya ha quedado dicho) y a la revisión de la misma (a los cinco años la Comisión revisará la Directiva y en su caso pondrá su modificación).

Ámbito de aplicación

Se aplica a sociedades de capital que tengan su domicilio social (o su centro de efectiva administración o su principal establecimiento) dentro de la Comunidad, siempre que al menos dos de las sociedades participantes estén sujetas a Leyes de Estados miembros diferentes. La determinación de lo que se entienda por domicilio puede dar problemas de coordinación entre las Leyes de los distintos

países, y también los puede dar la determinación (que es un criterio de hecho) de lo que deba entenderse por centro de efectiva administración o principal establecimiento.

Los Estados miembros pueden decidir que no se aplique a las fusiones transfronterizas en que participe una cooperativa, aunque se considere a esta una sociedad de capital.

La Directiva no se aplica en ningún caso a las fusiones en que participe una sociedad cuyo objeto sea la inversión colectiva de capitales obtenidos del público y cuyo funcionamiento esté sometido al principio de reparto de riesgos cuyas participaciones se readquieran o rescaten con cargo a los activos de dicha sociedad.

Solo pueden fusionarse sociedades que tengan derecho a hacerlo según la Ley de cada país de que se trate. Por ejemplo, nunca podrá admitirse una fusión en que participe una sociedad española que no sea una "sociedad mercantil inscrita", que son las únicas que según la Ley española (art. 22) pueden fusionarse. Y cada sociedad participante tiene que cumplir con las normas de la Ley nacional a que esté sujeta. Se permite que los Estados miembros puedan dictar disposiciones para la protección de socios minoritarios que se hayan pronunciado en contra de la fusión.

El concepto de fusión

El concepto de fusión es triple y está reseñado en el artículo 2.2 y coincide con el concepto de fusión y clases de fusión en general que ya conocemos del Derecho interno:

— Fusión por absorción: una o varias sociedades se disuelven sin liquidación y transfieren todo su patrimonio a otra sociedad ya existente, y los socios de aquella/s reciben acciones o participaciones en el capital de la absorbente y en su caso una compensación en dinero que no supere el 10 por 100 del valor nominal de dichas acciones o participaciones de la absorbente.

— Fusión por creación de una nueva sociedad: dos o más sociedades se disuelven sin liquidación y transfieren todo su patrimonio a una sociedad creada por ellas, y los socios de aquellas reciben acciones o participaciones en el capital de la nueva sociedad y en su caso una compensación en dinero que no supere el 10 por 100 del valor nominal de dichas acciones o participaciones de la nueva.

— Y el caso del artículo 53 de la Ley española: una sociedad transfiere todo su patrimonio (sin liquidación) a la sociedad que ya posee la totalidad de sus acciones o participaciones.

No obstante, y para facilitar las fusiones, se admite que estas puedan también realizarse cuando la legislación de uno o varios de los Estados a que pertenecen sociedades participantes admita la fusión aunque la compensación en dinero exceda del citado 10 por 100 del valor de los títulos (art. 3).

El procedimiento de fusión

1. El proyecto común de fusión

Los órganos de administración de todas las sociedades participantes tienen que redactar y suscribir (la traducción española dice "concebirán") un proyecto único, cuyo contenido está regulado con meticulosidad y con carácter de contenido mínimo.

No hay norma que establezca que el proyecto quede sin efecto si no se aprueba por las Juntas de todas las sociedades que participen en la fusión en un plazo determinado. En principio, como a cada sociedad se aplica su respectiva Ley nacional, dicha sociedad habrá de adoptar el acuerdo dentro del plazo que dicha Ley nacional prescriba (no se nos oculta que la desigualdad legislativa en esta cuestión puede ser una fuente de problemas).

No está claro en la Directiva (como tampoco lo está en nuestro Derecho interno) en qué momento se perfecciona el acuerdo de fusión; o sea, en qué momento las sociedades participantes quedan ya vinculadas. Parece que ese momento no es la suscripción del proyecto, aunque las Juntas de las sociedades no puedan modificarlo (o modificarlo equivale a rechazarlo). Aunque la fusión no sea plenamente efectiva (o sea, no se produzcan los efectos propios de la fusión) hasta la inscripción en el Registro, es muy difícil sostener que una sociedad puede dar marcha atrás después de que su Junta general haya aprobado la fusión; solo parece posible esto cuando la Junta de otra sociedad participante haya rechazado la fusión.

El contenido del proyecto de fusión que exige la Directiva es prácticamente el mismo que ahora se exige para toda fusión en general por el artículo 31 de la nueva Ley española:

— Mención 1.^a: forma, denominación y domicilio de todas las sociedades participantes y de la sociedad resultante (la única diferencia con el Derecho interno es que la Directiva no exige la constancia de los datos registrales).

— Mención 2.^a: la proporción aplicable al canje (la Ley española dice "el tipo de canje") y en su caso la compensación complementaria en dinero.

— Mención 3.^a: la forma de entrega de los nuevos títulos o participaciones a los socios (en la Ley española está incluido en la mención 2.^a, que añade "el procedimiento de canje").

— Mención 4.^a: posibles consecuencias de la fusión sobre el empleo (aparece en la mención 11.^a de la Ley española, que añade el eventual impacto de género en los órganos de administración y la incidencia en su caso en la responsabilidad social de la empresa).

— Mención 5.^a: fecha desde la cual los titulares de los nuevos títulos o participaciones tendrán derecho a participar en las ganancias, así como toda condición especial que afecte a este derecho.

— Mención 6.^a: fecha a partir de la cual las operaciones de las sociedades participantes se considerarán realizadas a efectos contables por la sociedad resultante.

— Mención 7.^a: derechos a otorgar a los titulares de derechos especiales o tenedores de títulos distintos de los representativos de capital, o las opciones que se les ofrezcan.

— Mención 8.^a: ventajas a los expertos que hayan de intervenir en el proyecto de fusión y a los administradores o miembros del órgano de vigilancia o control de las sociedades que se fusionan (la Ley española, en la regulación de la fusión en general, añade "o de la resultante").

— Mención 9.^a: los estatutos de la sociedad resultante.

— Mención 10.^a: los procedimientos que determinen las condiciones de implicación de los trabajadores en la definición de sus derechos (sic) en la sociedad resultante. Esto no se exige por la Ley española en la regulación general de la fusión (se exige por el art. 59, pero solo para la fusión transfronteriza).

— Mención 11.^a: información sobre la valoración del activo y pasivo del patrimonio de cada sociedad que se transmita a la sociedad resultante.

Todo lo exigido por estas menciones (salvo la 10.^a) lo exige la Ley española para la fusión en general. Y la Ley española exige además (en la regulación general de la fusión) la siguiente información, que no aparece expresamente en la Directiva:

— En la mención 3.^a (de la Ley española): incidencia de la fusión sobre las aportaciones de industria o en las prestaciones accesorias de las sociedades que se extinguen, y las compensaciones que vayan a otorgarse en su caso a los socios afectados.

— Y en la mención 10.^a (de la Ley española): fechas de las cuentas utilizadas para establecer las condiciones en que se realiza la fusión.

2. La publicidad del proyecto de fusión

La Directiva exige publicidad del proyecto, pero en la forma prevista por la legislación de cada Estado. Se limita a exigir un plazo y un contenido mínimos.

El plazo es un plazo mínimo de un mes entre la publicidad y la fecha de la Junta de socios que debe decidir sobre la fusión.

El contenido mínimo es el siguiente (que debe ser publicado en el Boletín Oficial de cada Estado miembro, que en España sería el BORME):

— Forma, denominación y domicilio de todas las sociedades participantes.

— Registro Mercantil o de sociedades en que se haya depositado el proyecto y número de inscripción en dicho Registro.

— Condiciones de ejercicio de sus derechos por acreedores y socios minoritarios, y dirección donde puedan obtener sin gastos información exhaustiva sobre dichas condiciones.

La Ley española, en su regulación general de la fusión, acoge todos estos requisitos, aunque los exige en momentos distintos: la forma, denominación y domicilio se exigen en la publicidad del depósito del proyecto; la información a socios, en la convocatoria de la Junta (art. 40) y en el anuncio del acuerdo ya adoptado (art. 43); y la información a acreedores, en el anuncio del acuerdo ya adoptado (art. 43).

3. *Informe del órgano de administración*

La Directiva parece exigir un informe por cada sociedad participante, destinado a los socios. El informe debe explicar y justificar los aspectos jurídicos y económicos de la fusión y explicar las implicaciones de la fusión para socios, acreedores y trabajadores.

Es el mismo contenido que la Ley española prescribe con carácter general para toda fusión. La Ley española solo añade la exigencia de una especial referencia (al explicar y justificar los aspectos jurídicos y económicos) sobre el tipo de canje y las eventuales dificultades de valoración.

Este informe tiene que ponerse a disposición de socios y representantes de los trabajadores (o en su defecto, de los trabajadores) un mes antes, como mínimo, de la fecha de la Junta de socios que ha de decidir sobre la fusión. La Ley española exige expresamente este plazo en la regulación de la fusión transfronteriza (art. 60), aunque en realidad también lo exige para la fusión en general, pues los informes de los administradores han de quedar a disposición de socios y representantes de los trabajadores al tiempo de convocatoria de la Junta y entre esta y el día de celebración de la Junta ha de transcurrir como mínimo un mes.

Si se recibe "a tiempo una opinión de los representantes de los trabajadores con arreglo a la legislación nacional" se anexará al informe. La Ley española no contempla esto para la fusión en general, pero lo ha tenido que admitir para la fusión transfronteriza (art. 60).

Este informe de los administradores es exigible siempre, aunque la/s sociedad/s absorbidas esté/n íntegramente participadas por la absorbente y (aunque esto no se diga expresamente por la Directiva) en caso de Junta universal, porque la Directiva no contiene ninguna dispensa de este informe, a diferencia de lo que establece para el informe de los expertos en su artículo 8.

4. *Informe pericial independiente*

En principio, se exige un informe pericial independiente por cada sociedad participante. Este informe está destinado a los socios y tiene que estar disponible por lo menos un mes antes de la fecha

de la Junta que ha de decidir sobre la fusión. La Directiva no regula la designación de estos peritos; se limita a decir que pueden ser personas físicas o jurídicas.

La Ley española, en la regulación general de la fusión no exige expresamente este plazo, pero sí lo exige de una forma indirecta, pues el informe ha de quedar a disposición de socios y representantes de los trabajadores al tiempo de convocatoria de la Junta y entre esta y el día de celebración de la Junta ha de transcurrir como mínimo un mes.

La Ley española no contiene, en el capítulo de la fusión transfronteriza, regulación alguna sobre el informe de expertos (contiene toda la regulación sobre esto en el capítulo de la fusión en general).

La Directiva permite, como la Ley española, la elaboración de un único informe, previa petición conjunta a una autoridad judicial o administrativa del Estado de cualquiera de las sociedades participantes o de la sociedad resultante, que lo/s designará (por sí o por alguien autorizado por dicha Autoridad).

El contenido del informe es el exigido por el artículo 10.2 de la Directiva 78/855/CEE del Consejo, de 9 de octubre: afirmar si la relación de canje es o no pertinente o razonable. Para ello deberá indicar al menos cuáles han sido los métodos seguidos para determinar la relación de canje, si tales métodos son adecuados, los valores a que esos métodos conducen, y las dificultades particulares de evaluación si es que las hubiere. Esto es en realidad lo mismo que la Ley española (que acogió la Directiva) exige para la fusión en general: si el tipo de canje está o no está justificado, los métodos seguidos para establecerlo, si tales métodos son adecuados, los valores a que conducen y las dificultades especiales de valoración; la Ley española añade, no obstante, si el patrimonio aportado por las sociedades que se extinguen es igual, por lo menos, al capital de la nueva sociedad o al aumento de capital de la absorbente.

No es necesario informe pericial alguno si la totalidad de los socios (la Ley española añade, en la regulación general de la fusión, "con derecho de voto") de todas y cada una de las sociedades participantes así lo aprueba.

La Directiva que comentamos no contempla el caso de la llamada "compra apalancada de sociedades" (Leveraged Buy Out) regulada en el artículo 35 de la Ley española.

La Directiva tampoco contiene normativa alguna sobre balances de las sociedades participantes, aunque sobre balances hay regulación en otras Directivas (que ahora no toca examinar).

5. El acuerdo de fusión

La Directiva exige que el acuerdo sea adoptado por la Junta general de cada sociedad participante, pero con una excepción: en el caso de fusión por absorción, la Ley de cada Estado "no deberá exigir" aprobación por la Junta de la absorbente si se cumplen las condiciones del artículo 8 de la Directiva 78/855/CEE. En la Ley española, esto ha sido acogido en el artículo 51: es el caso de la sociedad absorbente que es titular de más del 90 por 100 del capital de la/s absorbida/s, si al menos un mes antes de la/s Junta/s de la/s absorbida/s que decide/n sobre la fusión, o de la fecha prevista para la adopción del acuerdo si tales Juntas no son necesarias, se publica en el BORME o en un diario de gran circulación en la provincia en que la/s absorbida/s tiene/n su domicilio social, un anuncio sobre el derecho de socios de la absorbente y acreedores de la/s absorbida/s de examinar en el domicilio social el proyecto de fusión, el informe de los expertos y las cuentas anuales; en todo caso, se puede exigir por socios que representen el 1 por 100 del capital de la absorbente que la sociedad absorbente celebre Junta, y los acreedores de la/s absorbida/s pueden oponerse a la fusión conforme a las reglas generales.

No hay más normas en la Directiva sobre el acuerdo en sí, salvo que se permite que la aprobación de la fusión se condicione a la ratificación expresa de las disposiciones decididas para la participación de los trabajadores en la sociedad resultante.

6. Formalidades posteriores al acuerdo (arts. 10 y 11)

Una vez adoptado el acuerdo, la Directiva establece un control de la legalidad del procedimiento de cada sociedad participante, que culmina con la expedición de un certificado, y un control de la legalidad del procedimiento en la parte de este relativa a la sociedad resultante (ya sea una sociedad de nueva creación o una sociedad absorbente).

Por lo que se refiere a la primera fase, el artículo 10 establece que cada Estado miembro designará el tribunal, notario o cualquier otra autoridad competente para controlar la legalidad del procedimiento

en la parte relativa a cada sociedad que se fusione y que esté sujeta a su Ley nacional. Una vez realizado dicho control, si no se aprecian tachas de ilegalidad, se expedirá un certificado a cada sociedad "que demuestre de forma concluyente la correcta realización de los actos y trámites previos a la fusión". Cada sociedad tiene que entregar, en el plazo de seis meses desde su expedición, este certificado a la autoridad que haya de controlar la legalidad de la segunda fase, junto con el proyecto común de fusión aprobado por su Junta general.

Por lo que se refiere a la segunda fase, el artículo 11 establece que cada Estado miembro designará la autoridad, notario o cualquier otra autoridad competente para controlar la legalidad de la fusión en la parte del procedimiento relativa a la realización de la fusión y en su caso a la constitución de la nueva sociedad, cuando la sociedad resultante haya de quedar sometida a su legislación nacional. En especial (no en exclusiva) controlará que todas las sociedades participantes han aprobado el proyecto común y que se hayan respetado las disposiciones relativas a la participación de los trabajadores. La Directiva no establece cuál es la consecuencia de superar este control, pero la lógica impone que sea la inscripción registral (no tendría sentido expedir otro certificado).

Hasta que no se haya realizado este control, la fusión no puede tener efectividad, si bien la Ley de cada Estado fijará –respetando este límite inicial– la fecha de efectividad de la fusión.

A partir de aquí, la Directiva remite a la legislación de cada Estado de cada sociedad participante en lo relativo a publicidad de la fusión. Solo impone que sea en el Registro público en que cada sociedad participante haya tenido que entregar los documentos relativos a la fusión.

Una vez inscrita la sociedad resultante, el Registro en que esta se ha inscrito notificará sin demora la realización de la fusión a los Registros de cada sociedad participante, para que estos hagan constar la baja.

7. Eficacia de la fusión (art. 14)

Este artículo completa en realidad el concepto de fusión, al establecer que la fusión transfiere a la sociedad absorbente o a la nueva sociedad la totalidad del patrimonio (incluidos los derechos y obligaciones procedentes de contratos de trabajo o de relaciones labo-

rales) y que las sociedades absorbidas y las que se fusionan dejan de existir.

Esto no merece ahora mayor comentario.

Importa más señalar que se prohíbe el canje de acciones o participaciones propias, incluso si están en poder de personas que actúen en nombre propio pero por cuenta de la sociedad.

8. Impugnación de la fusión (art. 17)

El artículo 17 dispone que no podrá declararse la nulidad de la fusión realizada conforme a lo dispuesto en el artículo 12 (o sea, cuando la fusión haya sido efectiva).

Simplificación de formalidades (art. 15)

Hay dos supuestos en que se dispensan por la Directiva algunas formalidades:

1.º Fusión por absorción, cuando la absorbente posee todas las acciones o participaciones de la/s sociedad/es absorbida/s: no se exigen algunas menciones del proyecto ni tampoco informe de expertos; en concreto: no se aplica el artículo 5.b.c y e, el artículo 8 ni el artículo 14.1.b, y a la/s sociedad/es absorbida/s no se les aplica el artículo 9.1 (no hace falta acuerdo de la Junta general de la/s sociedad/es absorbida/s).

Es decir, el proyecto no tiene que hacer mención del tipo de canje ni de compensaciones en efectivo (5.b), ni de la forma de entrega de los títulos de la sociedad absorbente (5.c) ni a la fecha a partir de la cual los títulos de la sociedad absorbente dan derecho a participar en los beneficios (5.e); no se exige informe de expertos (regulado por el art. 8) ni los socios de la absorbida pasan a ser socios de la absorbente (que es lo que establece el art. 14.1.b).

2.º Fusión por absorción cuando la absorbente posee el 90 por 100 o más (pero no el 100 por 100) de las acciones o participaciones de la/s sociedad/es absorbida/s: solo se exigirán los informes de uno o varios expertos y "los documentos necesarios para el control" cuando lo exija la Ley nacional de la sociedad absorbente o de la absorbida. Es decir, la Directiva remite a la legislación de los Estados en esta materia.

LA LEY ESPAÑOLA

El capítulo II del título II de la Ley no presenta ninguna subdivisión, pero sí una regulación ordenada que puede esquematizarse así: ámbito de aplicación, procedimiento de fusión y eficacia de la fusión respecto de los trabajadores.

Ámbito de aplicación

Se aplica a las fusiones de sociedades de capital constituidas conforme a la Ley de un Estado parte del Espacio Económico Europeo y cuyo domicilio social (o la administración central o el centro de actividad principal) se encuentre en el Espacio Económico Europeo, siempre que una de las sociedades participantes esté sujeta a la Ley española.

Se consideran sociedades de capital las anónimas, limitadas y comanditarias por acciones. La Ley española, al amparo de lo que permite (no "obliga") la Directiva, ha dispuesto que no se aplique a las fusiones transfronterizas en que participe una cooperativa. Y siguiendo la prescripción de la Directiva, ha dispuesto que no se aplica en ningún caso a las fusiones en que participe una sociedad cuyo objeto sea la inversión colectiva de capitales obtenidos del público y cuyo funcionamiento esté sometido al principio de reparto de riesgos cuyas participaciones se readquieran o rescaten con cargo a los activos de dicha sociedad.

Y admite que la fusión pueda también realizarse cuando la legislación de uno o varios de los Estados a que pertenecen sociedades participantes admita la fusión aunque la compensación en dinero exceda del citado 10 por 100 del valor de los títulos (como establece el art. 3 de la Directiva).

El concepto de fusión no se trata en este capítulo de la Ley, pues la Ley española lo da en la regulación de la fusión en general y a ella nos remitimos.

Especialidades del procedimiento de fusión (arts. 59 a 66)

La Ley española contiene en este capítulo sólo las especialidades del procedimiento, pues en todo lo no previsto se aplican las normas de la fusión en general.

El proyecto tiene que contener como mínimo las menciones del proyecto exigidas por la Ley española para la fusión en general (que hemos visto que pide algunas menciones más que no están en la Directiva, pero que habrán de cumplimentarse por las sociedades españolas, a las que vincula la Ley interna, que en esto no es contraria a la Directiva porque las menciones que exige la Directiva son menciones mínimas, que no impiden que las Leyes nacionales exijan más) y además dos menciones más: en primer lugar, las ventajas a expertos que estudien el proyecto de fusión y a miembros de los órganos de administración, dirección, vigilancia o control de las sociedades participantes (esto en realidad ya se exige para la regulación de la fusión en general, pero la Ley española, al regular la fusión transfronteriza lo exige utilizando las mismas palabras de la Directiva), y en segundo, la información sobre procedimientos relativos a las condiciones de implicación de los trabajadores.

El informe de los administradores tiene que ponerse a disposición de socios y representantes de trabajadores (o en su defecto, de los trabajadores) con un mes de antelación a la celebración de la Junta. Y si se recibe a tiempo una opinión de los representantes de los trabajadores, se adjuntará al informe. El plazo es en realidad el mismo que para la fusión en general, pues la convocatoria de la Junta se tiene que realizar siempre con una antelación mínima de un mes y al tiempo de la convocatoria el artículo 39 exige poner a disposición de socios y representantes de los trabajadores los informes de los administradores. La exigencia de anexar la opinión de los representantes de los trabajadores viene exigida por la Directiva.

El contenido del informe es el mismo que el exigido para la fusión en general (es el contenido que exige la Directiva).

La Ley española no contiene en este capítulo ninguna norma sobre el informe de expertos, por lo que se aplicará enteramente el régimen de la fusión en general, que ha trasladado al Derecho interno el contenido de la Directiva (aunque en las transfronterizas se exigirá el informe aunque se trate de SL).

La Ley española no se refiere, en el capítulo de las fusiones transfronterizas, al balance, por lo que se aplicarán las reglas generales de toda fusión. Para no desviarnos del tema de este trabajo, no vamos a adentrarnos ahora en el tema del balance, que plantea

múltiples interrogantes. Pero sí hay que hacer notar una particularidad, derivada del hecho de que en la fusión "ordinaria" (o sea, en la no transfronteriza) no hay (salvo que los estatutos lo hayan establecido, pudiendo hacerlo) derecho de separación de los socios disconformes y este derecho sí existe en la fusión transfronteriza (*vid.* art. 62 de la Ley, que lo reconoce expresamente, con apoyo en el art. 4 de la Directiva 2005/56, que permite a los Estados adoptar disposiciones "encaminadas a garantizar una protección adecuada a los socios minoritarios que se hayan pronunciado en contra de la fusión transfronteriza").

Entonces, el balance, en el caso de la fusión transfronteriza, además de servir para fijar el tipo de canje y para conocer la situación de las empresas participantes en un momento relativamente próximo a la adopción del acuerdo, debería servir también para calcular el valor de la cuota, acciones o participaciones del socio que se separa. Pero para que sirviera para esto sería lógico una valoración de la empresa como un todo unitario (un balance final), pues el valor real (que por cierto exige el art. 25 para fijar el tipo de canje) es un valor que tiene que tener en cuenta las plusvalías. Pero la admisión por la Ley del balance de cierre del ejercicio, y la imposición (para el caso de que se realice un balance específico) de los mismos métodos que el balance de cierre del ejercicio, hacen pensar que se admite un balance del que no resulte el valor real. No deja de parecernos contradictorio esto con el artículo 25 y, por ello mismo, criticable. Quizá por ello se permite que el socio que se sienta agraviado por el tipo de canje pueda impugnar el balance, pero ello, ex artículo 38, no detiene el proceso de la fusión, pues ese socio solo puede pretender una indemnización compensatoria. Y lo mismo pasará en caso de ejercicio del derecho de separación. La regulación de la fusión transfronteriza debería haber tenido en cuenta este problema.

Respecto del acuerdo en sí, la Ley contiene únicamente la especialidad de que el acuerdo puede condicionar la realización de la fusión a la ratificación expresa de las disposiciones decididas sobre participación de los trabajadores en la sociedad resultante de la fusión.

Lo que sí reconoce la Ley española, a diferencia de lo que ocurre en la regulación general de la fusión, es un derecho de separación a los socios que hayan votado en contra del acuerdo (obsérvese que

no dice a los que "no hayan votado a favor" del acuerdo, sino a los que han votado en contra, para adecuar la redacción al art. 4 de la Directiva, antes citado), pero solo si la sociedad resultante de la fusión tiene su domicilio en otro Estado miembro. Este derecho se regula por lo dispuesto en la LSL para la separación de socios, aunque lo tienen los socios de cualquier sociedad, sea del tipo que sea.

El derecho de separación para el caso de traslado del domicilio al extranjero ya existía en la LSA y en la LSL, que parecían admitir dicho traslado solo cuando exista "un convenio internacional vigente en España que lo permita con mantenimiento de su misma personalidad jurídica" (arts. 149.2 LSA y 95.b LSL). En el caso de la fusión transfronteriza no estamos exactamente en el caso de un traslado de domicilio. La diferencia importa porque la LSA y la LSL dan derecho de separación no solo a los socios que hayan votado en contra del acuerdo, sino a los "accionistas que no hayan votado a favor del acuerdo y los accionistas sin voto" (LSA), y a los "socios que no hubieran votado a favor del correspondiente acuerdo" (LSL). Creemos que se trata de supuestos distintos, y que por tanto en caso de fusión transfronteriza el derecho de separación solo puede reconocerse a los socios que hayan votado en contra. De todas formas, no deja de ser criticable esta diferencia de régimen, pues la diferencia en los supuestos de hecho no es tan grande. El nuevo TR de la Ley de sociedades de capital, posterior a la Ley de modificaciones estructurales, remite directamente a esta (art. 346.3 TR).

Formalidades posteriores al acuerdo

El acuerdo tiene que publicarse conforme a la regulación de la fusión en general. La publicación no puede dejar de hacerse en el BORME, porque así lo exige el artículo 6 de la Directiva (cuyo párrafo 2.º se refiere expresamente al "boletín oficial" de los Estados miembros). Por ello, creo que la remisión al régimen de la fusión en general es al párrafo 1.º del artículo 43, no al 2.º, pues no tiene realmente sentido exigir una publicación en el BORME y permitir que se haga también una comunicación individualizada a todos los socios y acreedores; incluso para el artículo 43 son medios alternativos, nunca concurrentes, pues el 43.2.º empieza diciendo "No será necesaria la publicación a que se refiere el apartado anterior...". En con-

secuencia, el procedimiento de notificación individualizada no parece posible en el caso de la fusión transfronteriza; y como habrá que hacer publicación en el BORME, habrá que hacer también publicación en un diario de gran circulación en la provincia.

Respecto del contenido del acuerdo, la única especialidad es que en el anuncio del BORME deben indicarse las condiciones para el ejercicio de los derechos de los acreedores y, en su caso, de los socios, y la dirección donde pueda obtenerse sin gastos una información exhaustiva sobre esas condiciones.

El derecho de oposición de los acreedores puede ejercitarse en el plazo de un mes desde la publicación del último anuncio y se rige por las normas de la fusión en general.

Transcurrido el plazo del mes, podrá otorgarse la escritura de fusión. Esta escritura solo recogerá el acuerdo de la/s sociedad/es españolas que participen en la fusión. La exigencia de escritura se recoge en el artículo 64, pero aunque no fuera así, tendría que otorgarse, porque se exige por las normas de la fusión en general, respecto de las cuales la regulación de la fusión transfronteriza solo pretende recoger las especialidades por razón de la materia específica. En la escritura deberá declararse que ha transcurrido el plazo del mes sin oposición de acreedores (en caso de oposición habrá de procederse conforme a las normas de la fusión en general) y sin que ningún socio haya ejercitado el derecho de separarse de la sociedad (en caso contrario, habrá de formalizarse el correspondiente acuerdo entre socio y sociedad y la consiguiente reducción de capital).

Una vez realizados todos estos pasos, la Ley española, siguiendo a la Directiva, establece un control de la legalidad del procedimiento de la sociedad española participante (control posterior al del notario), que culmina con la expedición de un certificado, y un control de la legalidad del procedimiento en la parte de este relativa a la sociedad resultante, ya sea una sociedad de nueva creación o una sociedad absorbente, siempre que dicha sociedad resultante sea española.

El control de la primera fase lo realiza el registrador mercantil del domicilio social de cada sociedad participante y su objeto es "la correcta realización de los actos y trámites previos a la fusión", que entregará el correspondiente certificado. Es decir, en lugar de la inscripción, pero tras realizar una calificación similar, el registrador

emite un certificado para remitir al Registro extranjero encargado de la inscripción de la sociedad resultante.

El control de la segunda fase se producirá solo cuando la sociedad resultante (absorbente o de nueva creación) quede domiciliada en España. Para realizar el control, el registrador deberá recibir los certificados de las correspondientes autoridades de los otros Estados (no anteriores en más de seis meses) y el proyecto común de fusión aprobado por cada Junta; si alguna sociedad que se extingue fuera española, en el título que se presente al registrador debe constar, "debidamente acreditada por el Registrador del domicilio de la sociedad que se extingue", la inexistencia de obstáculos registrales para la fusión (y una vez inscrita la fusión, el registrador que la haya inscrito lo notificará de inmediato a los Registros de las sociedades participantes, para la práctica de la cancelación). El registrador controlará la legalidad del procedimiento de fusión, ya sea de la constitución de la nueva sociedad o de las modificaciones en la absorbente (pero no en lo que corresponde controlar a cada "controlador" nacional, o sea, el ajuste del procedimiento al respectivo Derecho interno), la aprobación del proyecto por todas las Juntas en los mismos términos y la adecuación de las disposiciones sobre participación de los trabajadores.

PECULIARIDADES EN CASO DE FUSIONES ESPECIALES

La Ley española no contiene normas sobre fusiones simplificadas, a diferencia de lo que hace en la regulación de la fusión en general. En principio, las regulaciones especiales o que simplifican el procedimiento de fusión serán también aplicables a las fusiones transfronterizas, lo que ocurre es que hay algunos requisitos que deben observarse siempre, porque lo exige la Directiva, y que la Ley española no ha regulado más que en la regulación general de la fusión.

— Cuando el acuerdo de la sociedad participante se toma en Junta universal y por unanimidad: La Ley española permite, al regular la fusión en general (art. 42), que no haya proyecto ni balance y dispensa de otros requisitos, todo ello si la sociedad participante no es anónima ni comanditaria por acciones (porque respecto de ellas, iría contra la Directiva 78/855, de 9 de octu-

bre de 1978). En la regulación de la fusión transfronteriza no hay norma y la Directiva tampoco contempla el caso, ni siquiera en los supuestos del artículo 15, dedicado a fusiones simplificadas. Podría pensarse que la Directiva deja este supuesto a la regulación interna de cada Estado, siempre que se respete lo que otras Directivas han establecido (por ejemplo, la 78/855, que regula la fusión de sociedades anónimas). Sin embargo, el hecho de que la Directiva que ahora comentamos no contiene dispensa de requisitos para este supuesto, creo que (al menos por prudencia) debe llevar a la conclusión de que no debe prescindirse de ellos, salvo del informe del experto, que puede no exigirse si lo acuerda así la totalidad de los socios de todas las sociedades participantes, en cambio, tendrá que elaborarse el proyecto, depositarlo y redactarse el informe de los administradores; no deberá prescindirse de un balance de fusión; no hay convocatoria de la Junta, pero creo que debe ponerse la documentación del artículo 39 de la Ley a disposición de los representantes de los trabajadores; y dado que tiene que haber proyecto, no parece posible que el acuerdo de la/s Junta/s modifique el proyecto.

— En caso de fusión por absorción, cuando la absorbente es titular del 100 por 100 del capital de la/s absorbida/s: se puede aplicar el artículo 49 de la Ley. La Ley española no regula los casos de formalidades simplificadas en el capítulo de las fusiones transfronterizas, sino solo en la regulación general de la fusión (por lo que se refiere al caso de la absorbente titular del 100 por 100 de la/s absorbida/s, en el citado art. 49 y en el 51).

El artículo 49 recoge la regulación del artículo 15 de la Directiva, por lo que no se ve inconveniente en que dicho artículo 49 se aplique también a la fusión transfronteriza.

El artículo 51, ya citado, dispensa de Junta general de la sociedad absorbente si se cumplen ciertos requisitos de publicidad a favor de socios y acreedores: publicación del proyecto y un anuncio en el BORME o en un periódico de gran circulación en la provincia en que se haga constar el derecho de socios y acreedores de examinar en el domicilio social el proyecto de fusión, informe de expertos y cuentas anuales de los tres últimos ejercicios con sus informes de auditoría en su caso, y el derecho de pedir la entrega o envío gratuito de los mismos.

Respecto de esto, el artículo 9.3 de la Directiva dice que "El ordenamiento jurídico de los Estados miembros no deberá exigir la aprobación de la fusión por la junta general de la sociedad absorbente si se cumplen las condiciones establecidas en el artículo 8 de la Directiva 78/855/CEE." Este artículo 8 por su parte establece que la legislación de un Estado miembro podrá no imponer la aprobación de la fusión por la Junta general de la sociedad absorbente si la publicidad del proyecto de fusión en el Registro competente –publicidad efectuada según las formas previstas en la legislación de cada Estado– se hace con más de un mes de antelación a la fecha de la Junta de la/s sociedad/es absorbida/s y si todos los accionistas tienen derecho, al menos en el mismo plazo anterior, a tener conocimiento del proyecto de fusión, cuentas, balance, informes de administradores y experto/s.

Vemos que la Ley española puede considerarse conforme a la Directiva, si bien no ha admitido la excepción al acuerdo de la Junta con toda la amplitud que permite dicha Directiva, pues el artículo 8 de la Directiva 78/855/CEE permite la no celebración de Junta con carácter general (si se dan esos requisitos citados), no solo en el caso de sociedad íntegramente participada o participada en más del 90 por 100. Pero para evitar problemas, debe estarse (en la práctica) al criterio "estricto" de la Ley española. Por otro lado, la Directiva 78/855/CE se refiere solo a sociedades anónimas, por lo que puede cuestionarse cuál es la amplitud de la remisión al artículo 8 de esta Directiva 78/855/CE por parte del artículo 9 de la Directiva 2005/56/CE (si solo a sociedades anónimas o a todo tipo de sociedades). Parece que la Ley española ha entendido que la norma se refiere a todo tipo de sociedades.

Lo que no me parece posible es aplicar esta regulación simplificada que estamos comentando a lo que la Ley española llama en su artículo 52 "supuestos asimilados a la absorción de sociedades íntegramente participadas" (sociedades pertenecientes a un mismo socio, ya sea directa o indirectamente, y fusión inversa, tanto si la absorbida es titular de forma directa o indirecta de las participaciones de la absorbente), pues son casos que no aparecen mencionados en la Directiva, ni creo que pueda mantenerse que esta da "libertad" a los Estados para fijar lo que deba entenderse por sociedad íntegramente participada. La Directiva, creo, solo permitiría la no cele-

bración de Junta por la absorbente si se dan los requisitos de su artículo 9.3, pero ya hemos visto que la Ley española no acoge esta excepción al régimen general de manera tan amplia.

— En caso de fusión por absorción, cuando la absorbente es titular de más del 90 por 100 del capital de la/s absorbida/s: en este caso se aplica el artículo 50 de la Ley española, que dispensa del informe del experto si se ofrece en el proyecto de fusión por la sociedad absorbente a los socios de las absorbidas la adquisición de sus acciones o participaciones, pues la Directiva remite esta cuestión a la legislación interna de cada Estado.

Finalmente, para la práctica notarial, se ha elaborado una lista de puntos a tener en cuenta al autorizar escrituras relativas a fusiones transfronterizas (*vid.* anexo al final).

III. TRASLADO INTERNACIONAL DE DOMICILIO

La Ley 3/2009, de 3 de abril, dedica su título V a una regulación del traslado internacional del domicilio social (arts. 92 a 103, ambos inclusive). Este título se divide en dos capítulos: un primero, dedicado a disposiciones generales (arts. 92 a 94), y un capítulo segundo, dedicado a la regulación del procedimiento (arts. 95 a 103).

El traslado internacional de domicilio se considera acertadamente una "modificación estructural" de la sociedad, porque va a cambiar gran parte del Derecho regulador de la sociedad, lo que es una consecuencia profunda para la vida social, aunque la sociedad no pierda su personalidad jurídica.

De la lectura de los artículos de la Ley 3/2009 podría parecer que el cambio de domicilio no va a afectar a la nacionalidad, pues la Ley 3/2009 no se refiere expresamente a la cuestión de la nacionalidad. Pero no debe olvidarse el significado de la palabra "nacionalidad" aplicado a las sociedades.

La cuestión es, por tanto, ver "cuánto" cambia el Derecho aplicable a la sociedad (relaciones entre socios y entre estos y la sociedad, no ya relaciones de la sociedad con terceros, porque el Derecho que rija esto último es algo que va a determinarse teniendo en cuenta no solo a la sociedad). La Ley española distingue el caso de la sociedad que pretende trasladar su domicilio de España al extranjero y el

caso de la sociedad que pretende trasladar su domicilio a España. En el caso del traslado al extranjero, la Ley española no puede imponer nada en cuanto a la adaptación al Derecho del Estado de destino, porque esto es algo que compete a este último, aunque sin embargo sí que exige (art. 95) que en el proyecto de traslado que elaboren los administradores consten "los estatutos que han de regir la sociedad después de su traslado, incluida, en su caso, la nueva denominación social". Pero como se ve, esta norma dice mucho menos de lo que parece. En defecto de regulación supranacional que prevalezca sobre las estatales, cada Estado puede imponer su Ley y fijar el criterio para aplicar el propio Ordenamiento o uno extranjero. Así ocurre con la LSA y LSL españolas, que acogen el criterio del domicilio para aplicar la Ley española e imponen la Ley española a todas las sociedades domiciliadas en España ("se regirán por la presente Ley todas las sociedades anónimas que tengan su domicilio en territorio español, cualquiera que sea el lugar en que se hubieren constituido", art. 5 LSA y art. 6 LSL; hoy, en idénticos términos, el art. 8 del TR), de forma que no permiten que una sociedad domiciliada en España se rija por un Derecho extranjero. Puede plantearse la cuestión de si esto va contra la libertad de establecimiento; pero la respuesta no me parece negativa; el Derecho de la Unión no va contra la coexistencia de Ordenamientos, ni el artículo 48 TCE pretende fijar una norma de conflicto de Derecho internacional privado; si no hay en la UE una regulación única sobre una materia, es que se admite la pluralidad de criterios normativos. El problema no creo que sea la elección del domicilio social como criterio para determinar el Derecho aplicable, sino la imposición de un determinado lugar como domicilio social (que es lo que la LSA y LSL dicen en el párrafo siguiente de esos dos artículos citados, y lo que el TR dice en su art. 9). Otra cosa serían las "trabas fiscales" para trasladar el domicilio a otro Estado de la UE (que las hay), que sí podrían estimarse contrarias a los Tratados de la UE, pero en esta materia no vamos a entrar ahora.

Por tanto, en el caso del traslado del domicilio al extranjero, habrá que estar a lo que exija el Ordenamiento del Estado de destino (respetando lo que pueda haberse establecido en Tratados o Convenios internacionales). Por ejemplo, si exige que el Ordenamiento de ese Estado se aplique a toda sociedad domiciliada en él, habrá que hacer la correspondiente modificación estatutaria; y no en otro caso.

Y en el caso del traslado del domicilio a España, el artículo 94 de la Ley 3/2009 dice que "deberá cumplir lo exigido por la ley española para la constitución de la sociedad cuyo tipo ostente, salvo que dispongan otra cosa los Tratados o Convenios Internacionales vigentes en España". Por tanto, la sociedad que se vaya a domiciliar en España necesitará realizar una adaptación de estatutos al Derecho español.

Cuestión distinta es que el domicilio social tenga que coincidir con el Estado en que se encuentre la administración central de la sociedad (en el ámbito de la UE). En la doctrina hay división de opiniones, pero la jurisprudencia del TJCE va en la dirección de permitir la discordancia entre domicilio social y sede de la administración central, al amparo de la libertad de establecimiento (s. de 5 noviembre de 2002, caso *Überseering*: sociedad constituida en Holanda y domiciliada en Holanda, pero con su administración central en Alemania; criterio reiterado posteriormente). Así, cada Estado de la UE tiene que reconocer la válida constitución de una sociedad con independencia del Estado en que dichas sociedades desarrollen la mayor parte de sus actividades. Solo se exige que se haya constituido conforme a la legislación de un Estado miembro y que la sede social, la administración central o el centro de actividad principal esté en un Estado miembro (estos son los dos únicos requisitos que se exigen por el art. 48 del TCE, que por cierto tampoco regula ni pretende regular la ley aplicable a las sociedades, como ha señalado –creo que certeramente– CALVO CARAVACA). La norma que exige que esté en el país del domicilio el centro de dirección efectiva (que se contiene en la LSA y LSL españolas, hoy también en el TR) no podría alegarse entre países de la UE, solo en relación a terceros países.

a) Regulación anterior sobre esta materia

Hasta la entrada en vigor de la Ley de modificaciones estructurales, podíamos encontrar solo preceptos aislados: 149 LSA, 72.2 y 95.b LSL, y 81.1, 160 a 162, 206.2 y 309 RRM. Respecto de la sociedad anónima europea, a la que luego nos referimos brevemente, tenemos los artículos 315 y 316 LSA y el artículo 160 bis RRM.

La normativa sustantiva era muy restrictiva: el artículo 149 LSA se limitaba a decir que el acuerdo de transferencia del domicilio al

extranjero "sólo podrá adoptarse cuando exista un convenio internacional vigente en España que lo permita con mantenimiento de su misma personalidad jurídica". Y a continuación reconocía un derecho de separación a los accionistas sin voto y a los socios que no hubieran votado a favor del acuerdo. Parece, pues, que lo que preocupaba a la Ley no era tanto regular el traslado de domicilio, sino conceder el derecho de separación a los socios no conformes. Nada se decía en cambio en todo el texto de la Ley sobre la posibilidad de aceptar un traslado de domicilio a España de una sociedad extranjera (tampoco se contenía ninguna prohibición, al menos expresa). La misma regulación se contenía en la LSL: el artículo 72 contenía la misma remisión a los Convenios internacionales que hacía el artículo 149 LSA, y el artículo 95.b confería el derecho de separación a los socios que no hubieran votado a favor del acuerdo. Tampoco la LSL contenía ninguna prohibición de aceptar el traslado a España de una sociedad extranjera.

Los artículos del RRM parecen mucho más permisivos; véase por ejemplo el artículo 81.1, que exige la inscripción de "las sociedades extranjeras que trasladen su domicilio a territorio español", y el artículo 309: "Cuando un empresario o entidad extranjera inscribible con arreglo a la legislación española traslade su domicilio a territorio nacional, se harán constar en la primera inscripción todos los actos y circunstancias que sean de consignación obligatoria conforme a la normativa española y se hallen vigentes en el Registro extranjero"; pero téngase en cuenta que se trata de normas para regular el funcionamiento del Registro. Solo pueden considerarse indicios de una cierta permisividad "sustantiva".

Y en todo caso lo que establecían (y siguen estableciendo, porque aun no han sido modificados) es que, en el caso de SA, para la inscripción es necesaria la declaración de que ningún accionista ha hecho uso del derecho de separación o, en caso de haberlo hecho, se ha reembolsado o consignado el importe de sus acciones, previa reducción del capital por amortización de las acciones afectadas, reducción que por cierto exige publicación –sin perjuicio de que debe publicarse también el acuerdo de traslado– y que a su vez da derecho de oposición a los acreedores sociales. Y en el caso de SL (art. 206.2) se exigían los mismos requisitos, salvo la publicación del acuerdo de reducción del capital.

O sea, que en caso de una SA, los pasos serían (tras haber comprobado que había un convenio internacional ratificado por España que permitía el traslado con mantenimiento de la misma personalidad jurídica): adopción del acuerdo de traslado por la Junta (sin requisitos especiales distintos por razón del objeto del acuerdo), publicación de este acuerdo en dos periódicos, según el artículo 150 LSA, publicación de este acuerdo en el BORME, según el artículo 147 LSA, transcurso de un mes para el ejercicio por los socios del derecho de separarse, y en caso de que alguno ejercitara este derecho, adopción –parece que por el órgano de administración, sin necesidad de nuevo acuerdo de Junta, aunque el acuerdo de traslado no autorizara expresamente la eventual reducción del capital, si bien no podemos entrar ahora en esta cuestión– del acuerdo de reducción de capital (en el que se concrete el importe del reembolso a el/los socio/s que se separa/n), publicación del acuerdo de reducción (según el art. 163 LSA), transcurso del plazo de un mes, y en caso de que algún acreedor se opusiera al acuerdo, justificación de haberse cumplido lo dispuesto en el artículo 166 LSA. Cumplidos todos estos trámites, se formalizaría todo ello en escritura (aunque también cabría la formalización por partes) que se presentaría después a inscripción en el RM. Lo que el RRM apenas reguló es la coordinación con el Registro o Autoridad del Estado de destino, pero no toca ahora entrar en esta problemática (siempre se hubiera podido encontrar un *modus operandi*). El artículo 309.1 *in fine* (referido en general a todo empresario extranjero) se limita a decir que “Dicha inscripción se practicará en virtud de certificación literal o traslado de la hoja o expediente del Registro extranjero”.

Y en caso de una SL, los pasos serían (tras haber comprobado que había un convenio internacional ratificado por España que permitía el traslado con mantenimiento de la misma personalidad jurídica): adopción del acuerdo por la Junta, publicación del acuerdo en el BORME (o comunicación individualizada ex art. 97 LSL), transcurso de un mes para el ejercicio por los socios del derecho de separarse, y en caso de que alguno ejercitara este derecho, adopción de un acuerdo de reducción de capital (muy discutible que pudiera hacerse sin nuevo acuerdo de Junta si el acuerdo inicial de traslado no lo hubiera contemplado expresamente) y formalización

en escritura para su posterior inscripción (en SL los acreedores no tenían reconocido el derecho de oposición en este caso). También aparecía el mismo problema de coordinación con el Registro o Autoridad del país de destino, pues solo se contaba con la norma del 309.1 RRM antes transcrita.

En resumen, y prescindiendo de las normas reglamentarias, el Derecho sustantivo solo contemplaba la transferencia del domicilio de sociedad española al extranjero y exigía un convenio internacional que lo permitiera; no se contemplaba el supuesto inverso (aunque no se prohibía expresamente); y nada se decía sobre actuaciones a realizar en el Estado de destino.

En caso de traslado de domicilio a España no mantenemos que esto no se pudiera hacer, pues creo que si se acreditaba la toma del acuerdo conforme a la *lex societatis* originaria, o se formalizaba aquí dicho acuerdo (conforme a dicha *lex societatis*) y se producían las modificaciones estatutarias exigidas por el Derecho español para el tipo social de que se tratase, solo quedaba el "escollo" de saber si el Ordenamiento "de procedencia" permitía el traslado con mantenimiento de la misma personalidad jurídica", algo que por cierto es ajeno al Derecho español; respecto del Derecho español podía quizá sostenerse que no había problema en que "a efectos del Derecho español" (a efectos del Derecho extranjero es otra cuestión) se conservaba la misma personalidad jurídica, pues no había prohibición. De todas formas está claro que la inseguridad en torno a esta cuestión tan capital hacía muy poco recomendable probar el traslado internacional del domicilio. No nos vamos a extender más sobre esta cuestión, porque con la nueva Ley algunas cosas han cambiado (eso sí, solo respecto del Derecho interno español).

No he conocido (ni por mí ni por terceros) ningún caso de traslado de domicilio al extranjero hasta el día de hoy, ni tampoco el supuesto inverso; aunque en este último caso he tenido dos "intentos" (en mis catorce años recién cumplidos de ejercicio en Palma), en los que se desistió por causa de la inseguridad jurídica.

Respecto de la SA europea, reiteramos lo ya dicho: debe tenerse en cuenta el artículo 8 del Reglamento Comunitario de la SAE y los artículos 315 y 316 LSA, redactados por la Ley 17/2005, de 14 de noviembre, de la SAE domiciliada en España (que hoy se recogen en los arts. 461 a 464 del TR), y 160 bis RRM (introducido por el

RD 659/2007, de 25 de mayo). La regulación de la SA europea se mantiene intocada (y hay una regulación europea por la que se rige, aunque no sea completa, ni mucho menos), pues la Ley 3/2009 no pretende regularla.

Existió una propuesta de 14.^a Directiva sobre transferencias de sede de un Estado a otro, pero ha sido desistida por la Comisión Europea, aunque ha tenido alguna influencia en la regulación que ahora comentaremos.

Por ello, dar una regulación, en el Derecho español, acerca del traslado de domicilio no era necesaria, pero creemos que sí ha sido conveniente.

b) El traslado del domicilio de España al extranjero

Solo puede realizarse si el Estado de destino permite el traslado con mantenimiento de la personalidad jurídica de la sociedad. Esto no quiere decir que tenga que existir un Tratado o Convenio internacional suscrito entre España y el país de destino, sino simplemente que el Ordenamiento del país de destino lo permita. Parece que se exige alguna norma expresa del Ordenamiento de destino, y que no bastaría una falta de prohibición, pues la Ley española dice "permite" y no dice "no prohíbe". Esto puede parecer criticable, porque puede suponer una traba para que se realice el traslado, pero también es verdad que la norma expresa del país de destino elimina toda ambigüedad sobre la admisibilidad de la operación; la inseguridad sobre esta cuestión tan importante haría que la operación no se realizara.

No podemos decir que no hay normativa de la Unión Europea que obligue a los Estados miembros a reconocer la eficacia de los traslados de domicilio a los respectivos países miembros, porque tenemos el principio de libertad de establecimiento (una norma prohibitiva parecería contraria a los Tratados de la Unión), pero repetimos que de este principio no creemos que pueda deducirse que el traslado debe reconocerse necesariamente sin adaptación estatutaria al Derecho del país de destino. El intento de sacar adelante una Directiva ha sido abandonado. Otra cosa es la libertad que debe reconocerse a las empresas (reconocida por el Tratado) para crear establecimientos en país distinto al de su domicilio o

para ejercer de hecho su actividad (quizá incluso su administración central) en dicho país distinto al de su domicilio sin necesidad de trasladar el domicilio. Por ello, creemos que dentro de la UE no hace falta una norma (del Derecho del país de destino) que permita expresamente el traslado; pero sí cuando se trate de un Estado no perteneciente a la UE.

En todo caso, la primera cuestión en la aplicación práctica del traslado de domicilio será averiguar en el caso concreto que se plantee si el Ordenamiento del país al que se pretende trasladar el domicilio admite (ya sea porque expresamente lo permite o porque simplemente no lo prohíbe) dicho traslado con mantenimiento de la personalidad jurídica de la sociedad. Se podría acreditar esto con un certificado de Ley emitido por notario, cónsul o autoridad o funcionario competente del país de destino, que deberá incluir una cita de la norma que lo permite. Es decir, por ponerlo de forma más clara, se trata de asegurar (en la práctica) que no va a haber problemas en acabar el procedimiento que se empieza.

Si no lo permitiera, el acuerdo no debería tomarse, o en caso de adoptarse, sería ineficaz (no me atrevo a decir "nulo", aunque hay razones para defender la nulidad), razón por la que hay que ir con prudencia; es cierto que puede sostenerse que esa ineficacia vendría causada por algo extrínseco al acuerdo, que la actuación del notario español se refiere a la adopción del acuerdo en sí mismo y que el notario español no tiene por qué conocer la eficacia que el Derecho del país de destino va a dar a la decisión tomada por una sociedad española; estoy básicamente de acuerdo con todo esto, pero creo que debe evitarse la formalización de acuerdos que no van a conseguir el principal efecto que naturalmente se esperarí de ellos. En consecuencia, creo que debe autorizarse la escritura solo tras haber obtenido la seguridad (o la razonable seguridad) de que en el país de destino va a poderse realizar la inscripción del traslado de domicilio con mantenimiento de la misma personalidad jurídica.

Aparte de esto, nos encontramos con la cuestión de los requisitos que la Ley del país de destino va a exigir, lo cual es cuestión de Derecho extranjero, que el notario español no tiene por qué conocer y, si se nos apura, ni por qué exigir su acreditación (en aras de su aplicación). Pero sin duda será conveniente que se acrediten al notario español los requisitos que el Ordenamiento de destino exige, para que no haya que completar el acuerdo con otros

acuerdos futuros una vez completada la fase "española", por si al pretender inscribirse en el Registro del país de destino se exigen (por el Derecho de dicho país de destino) formalidades o requisitos que no se hayan tenido en cuenta, pero reconozco que esto es muy difícil de cumplir, incluso en relación a Derechos de países de nuestro entorno. En caso de acuerdos complementarios se plantearía además la interesante cuestión de cuál es la Ley que rige la adopción de tal acuerdo: si la del Estado de procedencia o de destino. A efectos del Derecho español, creo que puede sostenerse que la *lex societatis* sigue siendo la española hasta el momento de la inscripción del traslado en el Registro extranjero (art. 102 de la Ley). Pero el Derecho del país de destino podría establecer que estos acuerdos se adopten conforme a él (conforme al Derecho del país de destino), y esto es algo contra lo que no podemos hacer nada, aunque perturbe la aplicación de la Ley española 3/2009. En todo caso, el notario español cumple si ha observado los requisitos del Ordenamiento español. Y si tras haber finalizado la fase española del proceso se le pide la formalización de algún acuerdo complementario, creo que lo podrá hacer sin ningún problema, ya sea siguiendo las formas del Derecho español (o sea, formalizando una elevación a público del acuerdo social adoptado, eso sí, en su contenido conforme al Derecho extranjero) o bien usando cualquier otra forma que permita el Ordenamiento extranjero de destino (aquí no usamos la palabra "forma" en el sentido de documento público o privado, sino referida a la manera en que debe producirse la actuación del notario), porque en definitiva el Derecho del país de destino seguramente admitirá esta forma (aunque esto, en teoría, no resulte ortodoxo).

Es discutible que toda la documentación de los acuerdos se formalice solo ante fedatario no español; la verdad de las declaraciones en los negocios y actos jurídicos, la firmeza de tales declaraciones y la adecuación de estas al Derecho de cada Estado solo puede ser conseguida hoy por hoy por la actuación del Notariado (de tipo latino) de cada Estado. La ruptura de esta "trinidad" solo va a redundar en peligros para la seguridad jurídica y también para los propios otorgantes, aunque solo sea (que no es solo por esto, ni mucho menos) porque no permite que la actuación notarial actúe sobre lo que los otorgantes dicen (a fin de que digan lo que deberían decir para con-

seguir la eficacia jurídica que pretenden). No corresponde aquí de todas formas tratar esta cuestión, pero sí baste señalar que desde el punto de vista práctico, el notario español puede actuar en toda la extensión que establecen las normas reguladoras de su función aunque el acuerdo se haya tomado ante fedatario extranjero, y que lo único que no plantea dudas en cuanto a su admisibilidad es la forma notarial extranjera que recoja declaraciones de voluntad que no necesitan (o que necesitan "poco") de adecuación previa al Derecho español, como pueden ser poderes o ratificaciones. En lo demás, lo mejor (y lo más práctico) será que al formalizar los acuerdos ante el notario extranjero, los otorgantes apoderen a alguien para que pueda otorgar escritura/s ante notario español para documentar o acabar de documentar la "fase española" del procedimiento.

En todo caso, a efectos del Derecho español (no decimos "a efectos del Derecho extranjero"), habrán de cumplirse los requisitos de forma y fondo de la Ley 3/2009; y decimos "de forma y fondo", pues para el Derecho español la sociedad sigue siendo una sociedad española y el Derecho español sigue siendo de inexcusable cumplimiento. No habría inconveniente, de todas formas, en que se formalizaran ante notario español los acuerdos complementarios (de otros adoptados ya en el extranjero con actuación de notario de tipo latino) para poder concluir la fase española del procedimiento.

En resumen, obsérvese la complejidad formal de la cuestión: el Ordenamiento español exige aplicar el Derecho español, tanto en la forma como en el fondo del acuerdo, hasta el fin de la "fase española", pero el Derecho del país de destino también va a exigir la aplicación de dicho Derecho del país de destino, en cuanto al contenido (en lo que vaya a afectar a la vida futura de la sociedad), pero también en cuanto a la forma en la fase "no española" del procedimiento. Y resulta que el notario español no conoce el Derecho del país de destino ni las formas que este exigirá; y el notario o funcionario del país de destino no conoce el Derecho español ni las alambicadas formas de actuación que este exige para la documentación de los acuerdos sociales.

A continuación examinamos dos requisitos más concretos.

El primero es que tiene que tratarse de una "sociedad inscrita constituida conforme a la ley española" (art. 93), por lo que la nueva Ley es solo aplicable a las sociedades colectivas, comanditarias,

anónimas o limitadas. Y si está pendiente de inscripción (supuesto más teórico que real, por lo que no nos vamos a extender sobre esto), parece más prudente esperar a esta para adoptar el acuerdo (aunque la fase previa al acuerdo puede irse realizando); si de todas formas se formaliza el acuerdo, este tendrá una eficacia claudicante hasta la inscripción (hacer todo tan deprisa me parece que sería añadir inseguridad al procedimiento).

Y el segundo es que no es posible adoptar el acuerdo de traslado si se ha adoptado previamente un acuerdo de disolución (salvo que se deje válidamente sin efecto antes de adoptar el acuerdo de cambio de domicilio) o si la sociedad se encuentra en concurso de acreedores. La razón está en que en estas situaciones parece que el marco normativo aplicable a la sociedad (o sea, la *lex societatis*) no debe cambiarse mientras tales situaciones se mantengan. En caso de concurso, parece que se exige que el auto declarativo del concurso haya sido ya dictado. Si el concurso ha sido ya solicitado, creemos que tanto si es voluntario como necesario, el acuerdo tendrá una eficacia claudicante, como si hubiera sido adoptado bajo condición suspensiva; es decir, solo será eficaz si la solicitud de concurso es rechazada por el juez. Por tanto, no se ve inconveniente en que la tramitación del traslado vaya avanzando, si bien el otorgamiento de la escritura recomiendo que quede diferido hasta que se acredite la resolución judicial desestimatoria (siempre que el notario haya tenido conocimiento de la solicitud concursal, claro está). Otra cuestión distinta es si se puede recomendar que el proceso avance mientras no haya recaído tal resolución judicial, lo que deberá decidirse a la vista de cada caso concreto.

c) El traslado del domicilio a España desde el extranjero

La Ley 3/2009 permite con carácter general el traslado de domicilio a España desde cualquier país del Espacio Económico Europeo (y en estos casos reconoce siempre el mantenimiento de la misma personalidad jurídica) y no lo admite en caso de países distintos, salvo, en cuanto a estos, que la ley personal de la sociedad lo permita con mantenimiento de su personalidad jurídica (en cuyo supuesto la Ley española acepta el mantenimiento de la misma personalidad jurídica), aunque dice todo de una forma (en el art. 94) que podía

haber sido más clara. Obsérvese que no se exige en ningún caso que haya un convenio internacional que permita la operación, ni en caso de países de la UE ni en caso de países de fuera de la UE. Y que respecto de estos países sí parece exigirse que haya una norma (legal) que lo permita, no basta una falta de prohibición (así parece deducirse del 94.2 cuando dice "si su ley personal lo permite", pues no dice "si su ley personal no lo prohíbe"). Esta permisibilidad tendrá que ser acreditada al notario español (si se pide que el notario español actúe, porque esto no se regula por la nueva Ley) por certificación de notario, cónsul o funcionario competente del país de origen.

Pero en todo caso, aunque no se diga expresamente, prevalecerá lo dispuesto en Tratados y Convenios internacionales, cuando los haya.

En todos los casos habrá que cumplir "lo exigido por la Ley española para la constitución de la sociedad cuyo tipo ostente" (salvo lo dispuesto en Tratados o Convenios internacionales) y si la sociedad no procede de país del Espacio Económico Europeo, es necesario además un informe de un experto independiente que justifique que el patrimonio neto cubre el capital exigido por el Derecho español (hay que entender que se refiere al capital mínimo exigido con carácter general o al capital mínimo exigido por determinadas Leyes especiales).

La exigencia de cumplir lo que exija "la Ley española para la constitución de la sociedad cuyo tipo ostente" obligará a una modificación de estatutos (en su totalidad o casi), pues ya sabemos que la normativa española es muy reglamentista y no es posible que una sociedad española se rija por los estatutos que se utilizan habitualmente en otros países (en Alemania, por ejemplo, por no citar los países anglosajones). En la práctica, habrá que adoptar un acuerdo social que sustituya los estatutos. Aquí se vuelve a plantear la cuestión de por qué normas debe regirse este acuerdo (la forma, no el fondo); parece que por la Ley extranjera, pues el traslado de domicilio no surte efecto hasta la inscripción en el Registro del nuevo domicilio (así lo dice el art. 102). Pero esto es un problema si tal acuerdo debe formalizarse ante notario español, porque llama a un Ordenamiento que el notario español no conoce. Obsérvese: si el acuerdo se adopta en el extranjero, se adopta ante notario que no conoce el Derecho español, por el que se va a

regir la sociedad; y si se adopta en España, se adopta ante notario que no conoce el Derecho extranjero, por lo que no puede controlar la corrección de fondo de dicho acuerdo ni utilizar las formas (usamos la palabra "formas" en el sentido estricto antes explicado) previstas en el Derecho del país de origen (en el que podemos decir sin temor a equivocarnos que no se exige ni se usa el sistema de certificación de los acuerdos sociales por personas tasadas legalmente y elevación a público por un administrador o apoderado especial sin presencia de socios).

Respecto de la actuación de notario español diremos lo siguiente: la fase no española del acuerdo se adoptará con probabilidad ante funcionario o autoridad no español. La nueva Ley no exige ninguna actuación de notario español ni en la fase extranjera ni en la fase española, puesto que esta solo consiste en la inscripción; pero la actuación de notario español deberá producirse si la forma documental del país de origen no es auténtica. Lo que deba considerarse o no "auténtico" excede de este trabajo; baste decir que parece difícil admitir a inscripción un acuerdo privado con firmas legitimadas. La actuación de notario español se producirá además con toda probabilidad si hay que otorgar algún acuerdo complementario, sobre todo para adecuar los estatutos al Derecho español. Ya hemos dicho en otro momento que en este caso, la forma del acuerdo (aquí, el fondo del acuerdo no plantea problemas, pues el Derecho aplicable es ya el español) deberá ser conforme al Derecho extranjero. Además, habrá que comprobar que el acuerdo previo y toda la tramitación de la fase "extranjera" han sido adoptados conforme al fondo y forma del Derecho extranjero, por lo que habrá que pedir algún certificado expedido por un funcionario del país de origen que así lo haga constar (quizá del propio Registro en que se vaya a practicar el asiento de cancelación de la sociedad). Una vez obtenido, el cumplimiento de la forma extranjera (para el acuerdo complementario que se formalice ante notario español) será fácil de observar, pues se tendrá a la vista el documento ya otorgado en el extranjero. Queda por plantear la cuestión de si será admisible adoptar el acuerdo complementario conforme a la forma exigida por el Derecho español. En rigor, esto no me parece correcto, salvo que lo permita la Ley del país de procedencia y se acredite suficientemente. Una solución práctica podría ser cumplir "más o menos" las formas (principales)

del país de origen y además llenar la forma exigida por el Derecho español.

Otro problema que se plantea es el relativo a la acreditación del mantenimiento del tipo social, pues el traslado de domicilio no puede encubrir una transformación. Este acuerdo se adoptará en el extranjero y con sujeción al Derecho extranjero, pero habrá que comprobar (mediante un certificado de Ley, en su caso) que el tipo social extranjero antes del traslado es equivalente al tipo social español después del traslado.

d) El procedimiento del traslado

A continuación vamos a examinar las fases del procedimiento, que la Ley 3/2009 regula solo para el caso de sociedad española que pretende trasladar su domicilio al extranjero, ya que el supuesto inverso no es asunto del Derecho español. Las fases del procedimiento son: proyecto de traslado, depósito de este en el RM, informe del órgano de administración, acuerdo, formalización del acuerdo y eficacia del traslado.

1. Proyecto

Los administradores de la sociedad tienen obligación de redactar un proyecto que debe contener al menos cinco menciones:

- Identificación: denominación y domicilio de la sociedad (no se exige "tipo", aunque irá junto con la denominación) y datos de inscripción en el Registro Mercantil.
- Nuevo domicilio.
- Estatutos que han de regir después del traslado. Ya hemos dicho que va a resultar muy problemático que subsistan los estatutos anteriores, ni siquiera en parte. En cambio, la Ley no exige un cambio de denominación, ya que esto en nada va a afectar al Ordenamiento español. Otra cosa es si el Derecho extranjero pide que se acredite que no hay en su país otra sociedad que utilice ese nombre, lo que en caso afirmativo obligaría a tomar el acuerdo de cambio de denominación. Es curioso que la Ley española, para el traslado a España de una sociedad extranjera, no diga expresamente nada sobre esto, aunque por aplicación de las reglas gene-

rales de constitución de sociedades tendrá que acreditarse que no hay otra sociedad en España con la misma denominación. Si el RRM en una futura reforma, exige certificación de denominación que acredite que no hay en España ninguna otra sociedad ya registrada con ese nombre, sería algo que tendría suficiente cobertura legal.

- Calendario previsto para el traslado.
- Derechos para la protección de socios, acreedores y trabajadores (el párrafo 3.º de este mismo artículo dice "las condiciones de ejercicio de los derechos de los socios y de los acreedores").

Habría que realizar una reseña somera de estos derechos y hacer constar expresamente la dirección donde pueda obtenerse la información sobre los mismos, pues esto último se exige por el párrafo 3.º de este mismo artículo para la publicación en el BORME.

Como se ve, el contenido es mucho más limitado que en el caso de fusión y escisión, pues no se exige mención alguna sobre lo siguiente: incidencia sobre aportaciones de industria y prestaciones accesorias, derechos de los titulares de derechos especiales o títulos distintos de los representativos de capital, fechas de las cuentas utilizadas para establecer las condiciones en que se realiza la cesión, posibles consecuencias sobre el "impacto de género" en los órganos de administración y la incidencia en la responsabilidad social de la empresa. Dado que la regulación de la fusión no es Derecho supletorio, nos inclinamos a sostener que estas menciones no son necesarias, sin perjuicio del derecho de información que con carácter general corresponde a los socios.

2. Depósito en el RM

El artículo 95 exige que se deposite un ejemplar del proyecto en el RM (que solo puede ser el que corresponda al domicilio social de la sociedad que pretende trasladarse). A diferencia de lo que ocurre en el caso de la cesión global, aquí sí se exige expresamente la calificación del registrador y la posterior comunicación al Registro Mercantil Central para su publicación en el BORME, y se prohíbe la publicación de la convocatoria de la Junta que ha de decidir sobre el traslado hasta que se hubiese efectuado el depósito (salvo en caso que no haya que hacer convocatoria, claro está).

3. Informe del órgano de administración

El artículo 96 se limita, asimismo, a exigir que los administradores elaboren un informe "explicando y justificando detalladamente el proyecto de traslado en sus aspectos jurídicos y económicos, así como sus consecuencias para los socios, los acreedores y los trabajadores". Esto contrasta con la parquedad (criticable) del artículo 86 en materia de cesión global, y se acerca a la regulación de la fusión/escisión, en la que el artículo 33 de la Ley exige: explicar los aspectos jurídicos y económicos, con especial referencia a las dificultades de valoración, así como las implicaciones de la fusión para socios, acreedores y trabajadores.

NO debe pasar desapercibido que la Ley:

— No exija informe de expertos en ningún caso (ni aunque la sociedad que se traslada sea anónima).

— Y que no diga una palabra sobre balances o datos contables, a pesar de que la Ley reconoce con carácter general el derecho de separación de socios que hayan votado en contra del acuerdo de traslado. En caso de que se ejercite ese derecho, habrá que actuar sobre unos datos contables, pero la Ley no exige que esto se prepare específicamente en el procedimiento de traslado ni que se someta a la aprobación de la Junta.

4. Acuerdo (art. 97)

El acuerdo debe tomarse por la Junta de socios de la sociedad que se traslada "con los requisitos y formalidades establecidos en el régimen de la sociedad que se traslada."

NO se dice nada de que el acuerdo se ajuste al proyecto, pero nos parece evidente que tiene que ser así; o sea, que el acuerdo consistirá en aprobar o rechazar el proyecto, ya que si se introducen modificaciones ello equivaldrá a una no aprobación, que obligará (salvo que se quiera desistir de la cesión) a redactar un nuevo proyecto y repetir los pasos legalmente previstos (al igual que lo que sucede en los casos de fusión/escisión).

A diferencia de lo que ocurre en materia de cesión global, aquí no hay una remisión a la regulación de la fusión, ni por tanto hay que aplicar lo previsto en los artículos 39 y 40.

Por el contrario, hay regulación propia en el artículo 98 (que es el equivalente a los arts. 39 y 40 para la fusión/escisión).

Esta regulación exige:

— Al convocar la Junta hay que poner a disposición de socios y acreedores (la Ley no cita a obligacionistas ni titulares de derechos especiales ni representantes de los trabajadores) el proyecto de traslado y el informe de los administradores (no es obligatoria la puesta a disposición de ningún otro documento).

Los socios y acreedores tienen derecho a obtener gratuitamente copia de los citados documentos. La Ley es así de escueta, y no diferencia entre entrega y envío (como sí hace el art. 40), aunque parece difícil negar que el socio o el acreedor pueda obtener el envío. En caso de SA, la entrega y el envío gratuitos tienen apoyo en el artículo 144 LSA (hoy, art. 287 del TR).

— La publicación de la convocatoria habrá de realizarse con dos meses (no un mes) de antelación como mínimo al día señalado para la Junta.

— El texto de la convocatoria deberá incluir, como mínimo, las menciones siguientes: domicilio actual y domicilio en el extranjero, derecho de socios y acreedores de examinar en el domicilio social el proyecto y el informe de los administradores, y el derecho de obtener gratuitamente copia de los mismos, y el derecho de separación de socios y el de oposición de acreedores "y la forma de ejercitar estos derechos".

Afortunadamente no se plantean aquí los problemas de extensión desmesurada de la convocatoria que se planteaban en los otros casos de modificaciones estructurales. Lo único que la puede alargar es la explicación de "la forma de ejercitar estos derechos", pero quedará cumplida con una breve reseña de la regulación legal (al final de este trabajo se ha redactado un modelo de anuncio de convocatoria).

— La convocatoria debe publicarse en el BORME y en uno de los diarios de gran circulación en (no "de") la provincia del domicilio social. La Ley, en su artículo 98, da a entender que esto también rige en los casos de Junta universal, aunque nos parece criticable. Téngase en cuenta que la publicidad de la convocatoria solo es en interés de los socios, no de terceros, pues lo lógico es que los dere-

chos de estos se protegen con la publicidad del acuerdo ya adoptado. Ni siquiera podría alegarse que la publicidad de la convocatoria interesa a las Autoridades públicas, pues la Ley no regula ninguna facultad de oponerse al traslado, a diferencia de lo que ocurre en la regulación de la sociedad anónima europea, e incluso en este caso, el interés público se garantiza con la notificación que el registrador mercantil tiene que hacer a la Administración, nunca con la publicación de la convocatoria de la Junta. Pero decimos que la publicación de la convocatoria parece inexcusable porque el artículo 97 exige que la convocatoria mencione el derecho de socios y de acreedores de examinar en el domicilio social el proyecto y el informe y también exige que se haga constar el derecho de oposición de los acreedores y la forma de ejercitarse. Si ello debe aparecer en la convocatoria, no puede entenderse cumplido nunca en una Junta universal, pues la celebración de la Junta solo la habrán sabido los socios, no los acreedores (o por lo menos no constará que estos lo saben). Es desafortunada la Ley al exigir esto, pues no se ve su utilidad ni impide tener que publicar el acuerdo ya adoptado, como ahora diremos.

Surge la cuestión de si la convocatoria de la Junta puede hacerse por notificación individualizada a los socios, en caso de que los estatutos sociales (en SL es lo usual) así regulen la forma de convocatoria. La Ley 3/2009 lo admite en la regulación de la fusión/escisión, pero al regular el traslado no hace la más mínima mención a la convocatoria por notificación individualizada. Puede entenderse que la Ley 3/2009, en este artículo, solo trata de establecer las peculiaridades que el acuerdo de traslado impone a la regulación digamos "general" que estaría contenida en el título de la fusión, como si dijera "en caso de que haya que realizar convocatoria de forma no individualizada, esta se ajustará a las siguientes reglas". Pero no nos atrevemos a sostener esto, pues nos parece mucho suponer. Obsérvese que en esta materia no hay ninguna remisión a otros títulos o capítulos de la Ley. La publicación en el BORME y en un periódico nos parece inexcusable. La Ley nos parece también criticable en este punto, pues no vemos qué otro interés puede haber en la publicación de la convocatoria distinto del interés de los socios, ni vemos por qué se tiene que establecer una regulación distinta a la establecida para otras modificaciones estructurales.

— El acuerdo se adoptará cumpliendo los requisitos exigidos por la Ley para el tipo social correspondiente a la sociedad y por los estatutos de esta. O sea, se aplican las normas del Derecho español, porque el artículo 102 dice con toda claridad que “el traslado del domicilio social así como la correspondiente modificación de la escritura social o de los estatutos, surtirán efecto en la fecha en que la sociedad se haya inscrito en el Registro del nuevo domicilio”. A la vista de esto, parece muy aventurado sostener que, por ejemplo, para un acuerdo posterior complementario del acuerdo de traslado inicial (acuerdo posterior previo a la inscripción en el Registro del país de destino) bastaría ajustarse a los estatutos ya modificados (los socios estarían vinculados por los nuevos estatutos ya aprobados, aunque todavía no inscritos).

Surge la cuestión de si en el procedimiento de traslado cabe alguna simplificación de requisitos, de la misma forma que ocurre en otras modificaciones estructurales. Esta cuestión parece que debe responderse en forma negativa, pues la Ley no contiene ninguna salvedad a la obligación del proyecto ni del informe (ini siquiera parece que puede prescindirse de la publicación de la convocatoria!), aunque el silencio sea llamativo dada la facilidad con que se dispensan requisitos en las otras modificaciones estructurales.

5. Publicación del acuerdo

Esta es una cuestión que la nueva Ley podía haber regulado de forma más clara.

De entrada, no se exige (expresamente) ninguna publicación del acuerdo (aunque sí sostenemos que habrá que hacerla por la remisión a las normas de la fusión). Pero se reconoce un derecho de separación a socios (que hubieren votado en contra) y acreedores. El derecho de los socios debe usarse conforme a la regulación de la LSL y el derecho de los acreedores tiene que ejercerse “en los términos establecidos para la oposición a la fusión”.

En el caso de socios que hayan votado en contra (no se dice que “no hayan votado a favor”) se aplica el artículo 97 LSL (hoy, art. 348 TR), que exige publicación en el BORME o envío de comunicación individualizada a cada uno de los socios “que no hayan votado a favor del acuerdo”. Esto habrá que entenderlo modificado en el caso

de traslado internacional, pues la publicación o la comunicación individualizada resultan innecesarias si solo se reconoce derecho de separación a los que han votado en contra (o sea, que se trata de socios que han asistido a la Junta, aunque sea por representación, que para el caso es lo mismo que si hubieran asistido personalmente). Por tanto, no hay necesidad de publicación ni comunicación individualizada a ningún socio; el plazo para el ejercicio de este derecho de separación comienza a contarse desde el día de la Junta y es de un mes (el art. 97 dice "podrá ejercitarse en tanto no transcurra un mes contado desde la publicación del acuerdo o desde la recepción de la comunicación").

En el caso de acreedores, el artículo 43 (en materia de fusión) exige la publicación en el BORME y en un diario de gran circulación en la provincia del domicilio social, pero permite que el acuerdo se comunique individualmente por escrito "por un procedimiento que asegure la recepción de aquél en el domicilio que figure en la documentación de la sociedad". Por tanto, parece que en interés de los acreedores hay que hacer publicación en el BORME y un diario, o comunicación individualizada (esto último no será fácil en la mayoría de casos). Puede discutirse qué se entienda por "términos establecidos para la oposición a la fusión": es decir, que la palabra "términos" no incluya la publicación o comunicación, pero obsérvese que es muy inseguro fijar la fecha de inicio del plazo para ejercitar el derecho de oposición si no hay comunicación, pues situar dicho inicio en el día de celebración de la Junta, que los acreedores no tienen por qué conocer, parece arbitrario. En consecuencia, sostenemos que el acuerdo de traslado tiene que publicarse en el BORME y en un diario, o ser objeto (si se puede) de comunicación individualizada. Esta publicación es necesaria aunque también se haya publicado en el BORME y en un diario la convocatoria de la Junta (habrá dualidad de publicaciones). Lo que sí se permite, como se ve, es que el acuerdo ya adoptado pueda ser comunicado individualmente (aunque esta comunicación individual no dispensa tampoco de la publicación de la convocatoria). En todo caso, esta será la segunda vez que haya que hacer una publicación o comunicación a los acreedores (algo excesivo).

En todo caso, el derecho de los socios y el de los acreedores van por caminos separados. El plazo para el ejercicio del derecho de separación por los socios acaba al mes del día de celebración de

la Junta. El plazo para el ejercicio del derecho de oposición por los acreedores acaba al mes de la última publicación o al mes del envío de la última comunicación individualizada.

En caso de traslado de domicilio nada se dice de un posible derecho de oposición de obligacionistas, a diferencia de lo que ocurre en general para la fusión/escisión. Pero creemos que lo tienen y que no hace falta que esto se diga expresamente, pues los obligacionistas son acreedores; la misma Ley lo reconoce en el artículo 44 cuando dice "Los obligacionistas podrán ejercer el derecho de oposición en los mismos términos que los restantes acreedores". La mención expresa a los obligacionistas que realiza el artículo 44 no es para reconocerles el derecho de oposición (que lo tendrían sin que se dijera expresamente; en esto, el art. 44 no añade nada a lo que ya se ha establecido con carácter general para todos los acreedores), sino para decir que no lo tienen si la fusión ha sido aprobada por la asamblea de obligacionistas. Esto último debe regir también para el caso de traslado internacional del domicilio.

6. *Formalización del acuerdo. Impugnación*

El traslado debe formalizarse en escritura pública y debe inscribirse en el Registro Mercantil correspondiente. La inscripción tiene dos fases: primero se expide por el registrador el certificado que acredita el cumplimiento de los diversos actos y trámites, que determina el cierre del Registro español, y cuando se presente la certificación del Registro extranjero que acredite la inscripción en este, tras publicarse un anuncio –de esta inscripción en el Registro extranjero– en el BORME y en un diario de gran circulación en la provincia en que la sociedad hubiera tenido su último domicilio, se practica el asiento de cancelación de la hoja registral.

Para el otorgamiento de la escritura habrá que esperar a que transcurran los plazos para el ejercicio de los derechos de separación de socios y de oposición de acreedores. No hay que esperar a ningún otro plazo de impugnación (por ejemplo, por socios).

No hay norma análoga al artículo 47, que dispone que "no cabe impugnación tras la inscripción" siempre que se haya realizado de conformidad con las previsiones de esta Ley.

En definitiva, el procedimiento de traslado internacional de domicilio es también un procedimiento complejo; y si lo comparamos con

el de la fusión transfronteriza, veremos que en el caso del traslado se plantean todavía más dudas jurídicas y dificultades prácticas, debido a que no hay normativa europea. De todas formas, si las tesis favorables a la desvinculación entre domicilio social y sede de la administración central acaban prevaleciendo (como parece que va a ocurrir), el traslado de domicilio será una cuestión que perderá importancia; no decimos ni mucho menos que la vaya a dejar de tener, porque este tipo de decisiones puede servir a fines prácticos, pero el traslado ya no deberá hacerse "por obligación legal".

Finalmente, para la práctica notarial, se ha elaborado una lista de puntos a tener en cuenta al autorizar escrituras relativas a fusiones transfronterizas (*vid.* anexo al final).

IV. PERSPECTIVAS DE FUTURO

El Derecho de sociedades se debate entre presiones de signo contradictorio: por un lado, desregulación, simplificación y flexibilización para reconocer la autonomía de los sujetos y el ejercicio de la libertad de empresa, y por otro lado, procesos legislativos nacionales y supranacionales que no cesan de imponer normativas vinculantes o "no vinculantes" (códigos de buena conducta, medidas de responsabilidad social corporativa) que se traducen (tanto las vinculantes como las no vinculantes) en aumentos de costes y freno a la iniciativa empresarial por la gran cantidad de requisitos a cumplir, la inseguridad por posibles aperturas de expedientes sancionadores y la dureza de las sanciones.

La desregulación

La legislación de la Unión Europea que ha regulado la materia societaria ha sido muy abundante: los Reglamentos existentes hasta hoy son el de la AEIE (Reglamento 2137/85 del Consejo, de 25 de julio de 1985), el ya comentado de la SE, el de la Sociedad Cooperativa Europea (SCE), número 1435/2003, del Consejo, de 22 de julio de 2003, y varios Reglamentos sobre normas de contabilidad. Y por otro lado están las numerosas Directivas.

Pero este intenso proceso armonizador se ha cuestionado: se han señalado (enumeración recogida por Dolores Fuensanta MARTÍNEZ

MARTÍNEZ) deficiencias de los fundamentos y conceptos de la armonización, resistencia de los Estados a la incorporación de elementos extraños a sus respectivas tradiciones jurídicas, lentitud del proceso de elaboración de normas comunitarias y riesgo de petrificación normativa.

Ello ha influido en el resurgimiento (desde los años 90) de la desregulación del Derecho de sociedades, que pretende menos normas vinculantes y más ámbito de configuración estatutaria por los socios. No se pretende decir que la desregulación venga motivada o impulsada solo por eso, ni mucho menos. Seguramente también podrá decirse que la influencia ha sido recíproca y que la desregulación ha influido en la crisis de la armonización normativa.

Esta desregulación se ha producido también (por motivos diversos) en Derechos nacionales: ejemplo de ello es la sociedad por acciones simplificada (SAS) francesa de 1994, las reformas legislativas habidas en Alemania y Reino Unido y, más tímidamente, la Ley de SL española de 1995 (aunque la "desregulación" de esta Ley se debió más a que se estaba aplicando a las SL buena parte de la normativa de SA tras la reforma de 1989-1992). Y con más contundencia en los últimos años.

Un buen ejemplo lo encontramos en Francia, en concreto en la Ley de 4 de agosto de 2008, sobre modernización de la economía, que reforma la SAS de la Ley de 1994 y la convierte en una sociedad extremadamente simplificada, que solo se rige por una decena de artículos y en la que se eleva al máximo la libertad estatutaria: cualquier persona puede constituir una SAS (se admite incluso la SAS unipersonal), se ha eliminado el capital mínimo (antes, 37.000 euros; ahora basta un euro, aunque es cierto que la buena valoración de esto no es una cuestión doctrinal pacífica), los socios pueden realizar aportaciones de industria (y recibir acciones por esas aportaciones de industria, aunque son inalienables y tienen una duración máxima de diez años) y la exigencia de auditor dependerá del tamaño de la empresa. Es una pequeña sociedad de capitales, sociedad híbrida personalista-capitalista (aunque sea una sociedad por acciones, distinta de la SRL), que pasa a ser más flexible que la propia SRL. La flexibilidad (que podría exigir asesoramiento para la elaboración de los estatutos) se compensa con los estatutos-tipo; estos se crearon por un Decreto de 9 de marzo de 2006, con el carácter de simples recomendaciones; ahora estos

estatutos-tipo se convierten en norma supletoria, pues se aplican de oficio salvo que los socios pacten unos estatutos diferentes.

También, aunque en mucha menor medida, en Suiza la Ley de SRL, de 16 de diciembre de 2005, en vigor desde el 1 de enero de 2008, ha eliminado limitaciones (no hay responsabilidad subsidiaria de socios, no se exige unanimidad para aumentar el capital, los estatutos pueden imponer a los socios pagos adicionales) y permite a los socios configurarla (en los estatutos) como una sociedad de tinte personalista o capitalista. Sigue exigiendo, eso sí, un capital social mínimo (20.000 francos suizos), pero admite la sociedad unipersonal y da muchas posibilidades de regulación estatutaria: puede, por ejemplo, establecerse en los estatutos un derecho de veto por todos o alguno de los socios.

En fin, volviendo a la UE, la desregulación tiende a frenar la armonización normativa (aunque no se olvide que la armonización ya se ha conseguido en bastantes materias) y a la simplificación de normas, de forma que la concurrencia entre Ordenamientos provoque la elección del Ordenamiento que mejor resuelva los problemas que afecten a los sujetos. Se trataría de que, una vez armonizado lo esencial, quede reservado al Derecho comunitario de sociedades resolver las cuestiones transfronterizas (antes que perseguir una uniformidad legislativa que eliminara la competencia entre Ordenamientos).

En todo caso, en la disputa sobre la armonización no hay una tendencia claramente ganadora, sino que más bien predomina la opinión de que debe irse por un término medio (Klaus HOPT) que tenga en cuenta las diversas posturas contrarias. La unificación se basó en el temor a una competencia a la baja. Hoy se dice que la competencia entre Ordenamientos no lleva a un Derecho de menor calidad, sino que puede llevar a exigencias más altas.

Esto, de todas formas, son pronunciamientos teóricos. Nos interesan más los proyectos que ya han tomado forma y pretenden convertirse en Derecho positivo. El más importante es el relativo a la SPE (Sociedad Privada Europea), que en seguida comentaremos.

La imposición de nuevas obligaciones

Esto se ha producido en primer lugar en materia de contabilidad, en que se ha utilizado la técnica de normas vinculantes, que también se ha utilizado en materias como niveles de calidad, respeto al medioambiente, transparencia en la actuación, funcionamiento del

mercado y, fuera del Derecho de sociedades, pero con una cierta incidencia práctica en este debido a la información a suministrar al realizar gran cantidad de negocios jurídicos, la normativa de prevención del blanqueo de capitales.

Pero en otras cuestiones se tiende a utilizar en el Derecho comunitario técnicas de *softlaw* (recomendaciones más que normas de obligatorio cumplimiento). Así ha ocurrido también en el Derecho interno de algunos Estados: pueden citarse como ejemplos el Código de gobierno corporativo alemán, de 2002, de amplia aceptación (regula aspectos como la elección de los miembros del consejo de vigilancia, la cuantía de las retribuciones de los administradores: importe, quién las decide, transparencia) y el Código de gobierno corporativo holandés, de 2004 (en el que el tema de la remuneración de los administradores es también una cuestión importante). La técnica de *softlaw* se está utilizando también en materia de responsabilidad social corporativa, que está consiguiendo ciertos resultados, especialmente en la gran empresa. Y se ha usado en la llamada *Small Business Act* (hecha pública el 25 de junio de 2008 por la Comisión Europea), que recoge una serie de propuestas legislativas en varios ámbitos que afectan a las PYMES, una de las cuales es la SPE y otras son la propuesta para crear tipos reducidos de IVA y para simplificar la facturación de IVA. De todas formas, no puede negarse que la técnica de las "recomendaciones" va en la misma línea que la de imponer normas vinculantes (la diferencia está solo en la presión sobre los sujetos obligados, pero en algunos o muchos contextos la presión puede llegar a ser parecida).

En resumen, la dialéctica regulación-desregulación y la utilización de técnicas de regulación vinculantes y/o de *softlaw* son los campos de juego en que se discuten ahora las principales cuestiones "sustantivas" de Derecho de sociedades, cuyo resultado se traducirá en normas y recomendaciones en un futuro próximo.

Actualmente, el proyecto de mayor calado a nivel de la UE es el que se refiere a la Sociedad Privada Europea (SPE), que es una norma armonizadora, pero que me atrevo a calificar como ejemplo de desregulación.

EL PROYECTO DE REGLAMENTO DE SOCIEDAD PRIVADA EUROPEA (SPE)

Se trata de una propuesta de Reglamento dada a conocer por la Comisión Europea el 25 de junio de 2008. Es fruto de estudios

diversos desde los años 70, que han acabado incidiendo (por lo antes dicho) en la desregulación y en la no armonización de los distintos Derechos nacionales; de ahí la creación de una sociedad europea, lo más desligada posible de los Derechos nacionales.

No obstante, es muy difícil prescindir de los Derechos nacionales y la remisión a ellos acaba siendo bastante grande: no solo en materias conexas (cuestiones laborales, fiscales, concursales, de competencia, de propiedad industrial), sino en general en todo lo no regulado en el propio Reglamento. La SPE tampoco va a ser una genuina forma comunitaria, independiente de los Derechos nacionales. Incluso la misma flexibilidad de regulación (que es muy grande, como ahora veremos) puede contribuir a la "nacionalización", pues los sujetos de cada país usarán las regulaciones estatutarias al uso en su país respectivo. La desregulación puede llevar, no ya a que los socios configuren los estatutos de su sociedad a la medida de sus necesidades, sino a que reproduzcan los modelos de estatutos al uso de sus respectivos países, incluso cláusulas basadas en normas de carácter fuertemente intervencionista.

Las principales características de la SPE son:

— Es una sociedad de responsabilidad limitada, con el capital dividido en participaciones sociales. El capital no puede ser objeto de negociación pública.

— Puede constituirse por cualesquiera personas físicas o por otras sociedades, sin necesidad de que estén sujetos a Derechos de diferentes Estados (aunque hay intentos de que haya siempre un elemento transfronterizo).

— Se desvincula el lugar del domicilio social del lugar de su administración central, si bien debe ser inscrita en el Estado de su domicilio social. No ha prosperado la idea de un registro único europeo. Simplemente habrá un registro gestionado por la Comisión que sea un mero registro de enlaces con los distintos registros de los Estados miembros.

— El domicilio puede trasladarse a otro Estado miembro, por un procedimiento parecido al de la SE (con derecho de separación de los socios).

— Se otorga mediante un documento suscrito por los socios, cuya publicidad se registrará por el Derecho del país donde vaya a

tener su domicilio social. Está por definir el respectivo campo de la actuación notarial-registral; parece que esto se podría dejar a la legislación de cada Estado.

— Puede tener cualquier objeto social, aunque hay intentos de que en el objeto se haga constar que la actividad va a tener carácter transfronterizo.

— Y hay amplia autonomía de la voluntad de los socios, tanto en relación al capital y participaciones sociales como en relación a los órganos sociales:

- En cuanto al régimen de las participaciones: pueden regularse los derechos y obligaciones de los socios (incluido el derecho de voto), la transmisión (con el único límite de que debe realizarse por escrito; no se prohíbe la libre transmisión), la posibilidad de dividendos a cuenta y la participación en los beneficios. Se concede siempre derecho de separación del socio si la sociedad se ha visto privada de una parte significativa de sus activos, si el domicilio se traslada a otro Estado miembro, si las actividades de la sociedad han cambiado sustancialmente; si no se han distribuido dividendos en tres años a pesar de que la situación financiera lo hubiera permitido. No necesariamente tiene que haber valor nominal de las participaciones, puede establecerse un valor contable.

- En cuanto al capital: no es necesario el desembolso íntegro de las participaciones (el capital deberá estar totalmente suscrito pero desembolsado solo en la cuantía que los socios decidan, que podrá no ser igual para todas las participaciones), se podrán aportar servicios, no hay capital mínimo (se puede fijar en un euro), la valoración de las aportaciones no dinerarias la fijan los socios, no pueden suscribirse participaciones propias, pero sí adquirirse por el procedimiento y en las condiciones de tenencia y cesión que se fijen en el documento de constitución.

- En cuanto a la Junta general: no es un órgano que necesariamente deba existir.

- En cuanto al sistema de administración: puede tener una estructura dual o monista, los estatutos regularán el nombramiento y cese, las obligaciones de los administradores, el régimen de la representación y la delegación de sus facultades.

- Respecto de la implicación de los trabajadores: hay remisión a los Derechos nacionales.

Ya veremos qué queda de todo esto en el Reglamento que se apruebe en su día. Y la influencia que ello podría tener en la regulación española de la SL, tan opuesta a este proyecto.

Valoración

El futuro Reglamento de la UE sobre la SPE será una norma vinculante, un paso más en la armonización normativa, aunque la remisión a los Derechos nacionales es grande, por lo que la armonización no es tan intensa como parece, e igualmente lo es la remisión a la autonomía de la voluntad de los socios para configurar sus estatutos (ejemplo de desregulación). La competencia entre Ordenamientos queda así estimulada, de forma que los socios puedan escoger el Ordenamiento en el que mejor puedan insertar las reglas estatutarias que les convengan. Pero no nos engañemos, para que haya una efectiva competencia entre Ordenamientos habrá que hacer efectiva la libertad de sede de dirección de la sociedad, de forma que los socios puedan, por ejemplo, domiciliar su sociedad en Irlanda y realizar en España la mayor parte de sus actividades, incluso radicando en España la sede de la administración central de su sociedad. Y esto no debe conseguirse solo en materia de Derecho sustantivo (para lo cual creo que ya hay argumentos bastantes, a pesar de la dicción literal de arts. como el 5 de la LSA y 7 de la LSL españolas, que deben ser "reinterpretados"), sino en materia fiscal (no solo aplicando neutralidad fiscal en materia de traslados de domicilio, sino también reduciendo o eliminando el obstáculo que supone el gravamen de las rentas transferidas de un país a otro).

ALGUNAS MODIFICACIONES DE INTERÉS SOBRE EL DERECHO DE SOCIEDADES QUE PRETENDE INTRODUCIR EL PROYECTO DE LEY ESPAÑOL DE ECONOMÍA SOSTENIBLE

Concluimos este repaso sobre la evolución normativa con unas notas sobre el proyecto de Ley español de economía sostenible, para contrastarlo con las últimas tendencias en otros países y en la Unión Europea.

Este proyecto pretende reformar diversas leyes que inciden (entre otras muchas cosas) en la actividad empresarial y comercial, partiendo de que es necesario modificar aspectos relativos a com-

petencia y productividad para superar la crisis económica. En lo que puede afectar a la materia de este trabajo, pretende una simplificación y agilización de trámites en la constitución de sociedades (se elimina la sujeción al impuesto de operaciones societarias de las sociedades de menos de 30.000 euros de capital, con la consecuencia de que no se han de presentar los documentos en las oficinas liquidadoras, y se impone la tramitación telemática de todo el proceso, desde la petición de la denominación hasta la confirmación de la inscripción en el Registro) para que puedan quedar cumplidos en un plazo no superior a cinco días (salvo sociedades de capital elevado), aunque ello lo hace introduciendo limitaciones importantes a la libertad de configuración por los socios de su sociedad, que es lo contrario de lo que se ha hecho en Francia y contrario también a la propuesta de Reglamento de la SPE.

Este proyecto no deroga la normativa sobre SLNE, que sigue plenamente vigente, aunque ha sido un fracaso, porque pretendió agilizar trámites mediante la técnica de crear una sociedad "especial" llena de limitaciones, cuando el uso de los medios telemáticos, la regulación de la conexión Notaría-Hacienda-Registro y la reducción de los plazos para inscribir hubieran conseguido la constitución de cualquier sociedad en muy pocos días.

Se regula con prolijidad la constitución de sociedades en su artículo 38, y se distinguen tres tipos:

- SL con capital no superior a 3.100 euros: tendrá unos estatutos-modelo aprobados reglamentariamente (no supletorios de los estatutos que puedan adoptar los socios, sino directamente aplicables, cuyo contenido será inmodificable), así como formas tasadas de sistema de administración (administrador único, dos o más solidarios o dos mancomunados) y ningún socio podrá ser persona jurídica.

El procedimiento será el siguiente (en el que no vamos a entrar porque esta cuestión se desvía del tema de este trabajo; simplemente lo reseñamos para hacer ver el interés que se pone en la rapidez): solicitud telemática por el notario del certificado de denominación, que el RMC debe expedir en el plazo de un día hábil. Firma de la escritura el mismo día de la recepción del certificado. Solicitud por el notario del CIF a la AEAT el mismo día de la constitución y remisión de copia autorizada al Registro Mercantil también el mismo día (salvo que los otorgantes no quieran tramitación telemática). El

Registro debe inscribirla el mismo día de la recepción y a continuación notificar la inscripción al notario y a la AEAT, que notificará telemáticamente al Registro y al notario el CIF definitivo.

— SL con capital superior a 3.100 euros pero no superior a 30.000 euros. Aquí no habrá estatutos-modelo, pero sí formas tasadas de sistema de administración (administrador único, dos o más solidarios o dos mancomunados) y se mantiene la regla de que ningún socio podrá ser persona jurídica.

El procedimiento es similar al caso anterior, si bien se alargan mínimamente algunos plazos: la firma de la escritura debe realizarse en el plazo de un día hábil desde la recepción del certificado y el Registro debe inscribirla en el plazo de tres días hábiles desde la recepción.

— Sociedades no incluidas en los dos supuestos anteriores. Aquí no hay grandes cambios. La solicitud de denominación puede hacerse por el notario o por los interesados, aunque debe expedirse por el RMC en el plazo de un día hábil. No hay plazo para otorgar la escritura, pero el notario debe pedir el CIF a la AEAT el mismo día de otorgamiento de la escritura y debe remitir la copia autorizada al Registro Mercantil por vía telemática, salvo petición contraria de los otorgantes. Los plazos de calificación e inscripción son los generales.

La obsesión por la rapidez lleva a considerar que la intervención de técnicos (notarios y registradores, pero también abogados y otros asesores) es un problema, por lo que debe recurrirse a configuraciones estatutarias prefabricadas para evitar la intervención de aquellos o al menos reducirla al máximo. Frente a ello, puede decirse que hoy por hoy, la certificación de denominaciones se obtiene por el notario del RMC como máximo en un día y medio, la escritura puede firmarse el mismo día (aunque normalmente no es así, por causas imputables a los otorgantes) o al menos puede establecerse sin ningún problema la obligación del notario de tener lista la escritura para ser firmada el mismo día de obtención del certificado de denominación; la conexión con Hacienda ya es telemática en muchas Comunidades Autónomas; el CIF se obtiene ya por el notario el mismo día de otorgamiento de la escritura o el siguiente, y la presentación en el Registro Mercantil de la escritura se hace o se puede hacer de forma telemática el mismo día de la firma, incluso con el CIF provisional ya obtenido.

En definitiva, no es necesario tanto cambio normativo para conseguir la rapidez que se pretende. Ni mucho menos crear una sociedad especial, otro tipo de SLNE, cuyo fracaso ya ha sido comprobado.

Imponer un corsé a la gran mayoría de PYMEs que se creen en el futuro llevará a que muchas de ellas tengan que transformar sus estatutos una vez se hayan inscrito en el Registro Mercantil (porque a diferencia de la SLNE, el contenido estatutario "standard" ya no es una opción para los interesados, sino algo que se les impone legalmente), inscripción que habrían podido conseguir tan solo en unos pocos días más si hubieran podido usar el procedimiento "ordinario".

REFLEXIÓN FINAL

El examen de la normativa vigente que hemos comentado, unido a una ojeada sobre lo que puede ser el Derecho del futuro próximo, con sus vaivenes entre la armonización, la desregulación y el intervencionismo, no nos permite una conclusión clara. El escenario europeo no deja de ser interesante, pero sin embargo queda un poco la sensación de "¿tanto para tan poco?". La regulación de la UE es siempre más complicada que la estatal (aunque solo fuera, que no lo es, porque debe aplicarse junto con esta) y menos conocida. Las instituciones jurídicas que hemos visto todavía no pueden representar una alternativa atractiva a las formas clásicas de actuación (filiales, sucursales, o participación en sociedades sujetas a un determinado Ordenamiento). Los distintos escenarios nacionales van a seguir dependiendo (aunque quizá, en materia societaria, cada vez menos) de la tendencia política de los respectivos Gobiernos. Seguramente una cosa esté hoy más clara que hace algunos años: la competencia entre Ordenamientos en la UE y la libre realización de actividades por sociedades, con independencia del lugar de su domicilio. El futuro, es cierto, va hacia una "libre circulación de sociedades", pero hoy por hoy no me parece que esto sea una realidad ni que lo vaya a ser en un futuro inmediato.

ANEXO PARA LA PRÁCTICA NOTARIAL

1. PUNTOS PRINCIPALES A TENER EN CUENTA AL OTORGAR UNA ESCRITURA DE FUSIÓN TRANSFRONTERIZA DE SOCIEDADES

Solo pueden participar en una fusión transfronteriza sociedades, ya inscritas, que sean anónimas, comanditarias por acciones o de responsabilidad limitada.

Si alguna está en liquidación, la fusión es posible siempre que "no haya comenzado la distribución de su patrimonio entre los socios", lo que debe entenderse en el sentido de que todavía no se ha fijado (o aprobado, en su caso) la cuota o haber de cada socio, porque desde este momento tal cuota pasa a formar parte del patrimonio del socio y la sociedad ya no puede disponer de la misma.

La preparación de toda escritura de fusión exige tener a la vista el proyecto de fusión inscrito en el Registro (pues es imprescindible comprobar que el acuerdo de las Juntas se ajusta estrictamente al proyecto) y además tener constancia de la publicación del depósito en el BORME (porque va a haber que hacerlo constar en la escritura).

No debe olvidarse que el proyecto debe mencionar las ventajas a expertos y/o miembros de órganos de administración y los procedimientos sobre condiciones de implicación de los trabajadores en la sociedad resultante.

Respecto del informe de los administradores, es necesario que se aporte y debe examinarse su contenido, para comprobar que comenta los puntos exigidos por la Ley. Además, hay que indagar si se ha recibido alguna opinión de los representantes de los trabajadores (para adjuntarla al informe); en su caso, los otorgantes de la escritura deben declarar que no se ha recibido ninguna opinión.

No se exige protocolizar dicho informe, así como tampoco el/los del/los experto/s, pero es recomendable.

1. Control de la convocatoria de la Junta

— Cumplimiento de los requisitos generales contenidos en la regulación propia de cada tipo social y en los estatutos de cada sociedad participante en particular (debe pedirse copia de las escrituras que contengan los estatutos vigentes).

— Declaración de los otorgantes de que se ha puesto a disposición de los socios, al tiempo de convocatoria, en el domicilio social, la documentación exigida por el artículo 39 de la Ley 3/2009, en la forma y con todos los requisitos previstos en dicho artículo: proyecto de fusión, informe de los administradores, informe de los expertos (en su caso), cuentas anuales e informes de gestión, balance de fusión (si no se usa el de las últimas cuentas anuales), informe del auditor de la sociedad sobre el balance (solo si la sociedad está obligada a auditoría), los estatutos vigentes, el proyecto de escritura y la identidad de los administradores de todas las sociedades participantes y de la resultante (no hace falta que la escritura contenga esta enumeración, basta que se remita al art. 39).

No hace falta unir nada de esta documentación a la escritura, basta la declaración de quien eleva a público el acuerdo.

El informe de los administradores realizado conforme al artículo 39 de la Ley hace innecesario el informe que pide el artículo 144 LSA (hoy, 286 TR).

— Protocolización de los anuncios de convocatoria (salvo Junta universal). Hay que controlar el contenido del anuncio, en especial, que conste que se ha puesto a disposición de los socios, al tiempo de convocatoria, en el domicilio social, la documentación exigida por el artículo 39 de la Ley 3/2009, en la forma y con todos los requisitos previstos en dicho artículo, el derecho de los socios de examinar en el domicilio social la documentación citada, así como el de obtener su entrega o envío gratuito (y mejor si se dice "incluso por medios electrónicos").

Si la convocatoria se ha realizado por comunicación individualizada, será conveniente protocolizar el texto de la comunicación enviada (además de decir algo sobre el envío/recepción de las comunicaciones).

2. Control de la regularidad del acuerdo

Esto debe hacerse según los estatutos sociales y las normas reguladoras de cada tipo social. No se pueden dar aquí reglas más concretas; baste recomendar que se comprueben bien los requisitos y mayorías que puedan exigir los estatutos de esa sociedad en concreto y que el acuerdo se ajusta en todo al proyecto de fusión (no cabe la mínima diferencia).

En todo caso, hay que comprobar que el acuerdo aprobatorio de la fusión aprueba también el balance de fusión, aunque dicho balance esté aprobado por una Junta anterior, como hemos mantenido más arriba.

Creo que es recomendable que el balance quede unido a la escritura. El notario no debe entrar en los criterios con arreglo a los cuales se ha confeccionado el balance, pero en los casos en que es necesario un balance, sí debe controlar la fecha de este.

En caso de que la sociedad tenga obligación de someter sus cuentas a auditoría (algo que el notario debe siempre indagar), el informe del auditor (que es el auditor de la sociedad, no uno *ad hoc*) debe quedar protocolizado.

Declaración de si alguna sociedad participante ha recibido financiación en los tres años anteriores a la fecha de la Junta para adquirir acciones, participaciones o cuotas de la sociedad resultante de la fusión (por el art. 35 de la Ley).

3. Control de la publicación del acuerdo

En la escritura debe unirse una fotocopia exacta (testimonio) del anuncio del acuerdo ya tomado en el BORME y del mismo anuncio en un periódico de los de mayor circulación en las provincias de los domicilios sociales.

Debe controlarse el contenido del anuncio, en especial que consta el derecho de socios y acreedores de obtener el texto íntegro del acuerdo y del balance, así como el derecho de oposición que corresponde a los acreedores.

En caso de haberse realizado comunicación individualizada (a socios, titulares de derechos especiales y acreedores) sustitutiva de la publicación, y a falta de lo que diga el RRM cuando se reforme, lo que parece más seguro es que el otorgante declare quiénes son los acreedores (nombre y domicilio de cada uno), la fecha en que cada uno de ellos ha recibido la comunicación (no hace falta decir la fecha de envío) y la forma en que se ha enviado dicha comunicación: correo certificado con aviso de recibo, burofax, correo electrónico, etc. Todo ello puede hacerse uniendo a la escritura un documento en que conste esa relación. No parece necesario (porque tampoco lo es en los demás casos en que legalmente se permite el envío de comunicaciones individualizadas) que se aporte una copia del documento enviado para que quede constancia del contenido de la comunicación, ni tampoco una copia de los justificantes de los envíos, aunque puede ser recomendable que así se haga o que al menos el otorgante declare que dichas copias y justificantes de los envíos se conservan con el resto de la documentación social.

Declaraciones posteriores a la adopción del acuerdo:

El otorgante debe declarar que ha transcurrido más de un mes desde la última publicación del acuerdo. Y deberá añadir si algún acreedor se ha opuesto a la fusión. En caso afirmativo, hay que identificarlo y reseñar la garantía prestada.

También deberá declarar que ningún socio ha ejercitado el derecho de separarse de la sociedad; en caso contrario, deberá formalizarse tal separación y la consiguiente reducción de capital.

No debe otorgarse la escritura antes de que haya transcurrido el plazo de un mes desde la última publicación, pues es algo objetivo que el notario puede (y debe) controlar.

2. MODELO DE ANUNCIO DE CONVOCATORIA DE JUNTA (PARA FUSIÓN TRANSFRONTERIZA) Y MODELO DE ANUNCIO DEL ACUERDO, YA SEA PARA SU PUBLICACIÓN EN PERIÓDICOS O PARA SU NOTIFICACIÓN INDIVIDUALIZADA:

ANUNCIO DE CONVOCATORIA DE JUNTA

"Nombre de la sociedad***

Se convoca Junta General Extraordinaria de *** a celebrar en **(lugar y fecha y demás requisitos generales del anuncio).

Orden del día: 1.º Fusión de la sociedad *** (sociedad absorbida: nombre, tipo social, domicilio y datos de inscripción) por *** (sociedad absor-

bente: nombre, tipo social, domicilio y datos de inscripción), con arreglo a las siguientes menciones del proyecto suscrito en fecha *** y depositado en el Registro Mercantil de *** en fecha***:

- Tipo de canje, procedimiento y eventual compensación en dinero.
- Incidencia para socios industriales y/o prestaciones accesorias (si hay).
- Derechos en la sociedad resultante para titulares de derechos especiales (si hay).
- Ventajas para expertos y administradores (si las hay).
- Fecha desde la que las nuevas acciones, participaciones o cuotas darán derecho a participar en las ganancias (y peculiaridades de ello, si hay).
- Fecha de efectos contables de la fusión.
- Mención de que los estatutos de la sociedad resultante son los ya inscritos, con las adaptaciones derivadas de la fusión (si es fusión por absorción) o alguna mención sobre los nuevos estatutos, por ejemplo, que van a ser los de la sociedad X con las peculiaridades que se pueden consultar en el domicilio social (si es fusión por nueva creación de sociedad).
- Información sobre valoración del activo y pasivo del patrimonio (de la sociedad participante): creo que bastará una referencia a la fecha del balance que va a servir de base a la fusión.
- Fechas de las cuentas utilizadas para establecer las condiciones en que se realiza la fusión: si se usan las últimas cuentas anuales aprobadas, bastará decirlo así; si se ha realizado un balance específico, basta reiterar la fecha de este.
- Consecuencias de la fusión sobre el empleo, impacto de género y responsabilidad social de la empresa: si no hay consecuencias de este tipo, bastará decirlo así; en caso contrario, habrá que poner una mínima explicación de cuáles son esas consecuencias.

(Y tras esto: resto de puntos del orden del día, si los hay).

A partir de esta convocatoria quedan en el domicilio social, para su examen, a disposición de los socios (y en su caso: obligacionistas y titulares de derechos especiales), que podrán pedir su entrega o envío gratuito (se puede añadir, aunque la Ley no lo exige, al menos expresamente, a diferencia de lo que exige el art. 9 para el caso de transformación: "incluso por medios electrónicos"), los documentos exigidos por el artículo 39 de la Ley 3/2009 (se pueden especificar, aunque no es necesario, ni interesará alargar tanto el contenido del anuncio, ya de por sí largo). Lugar y fecha. Firmado: ***, Administrador****".

ANUNCIO DEL ACUERDO DE FUSIÓN

"Fusión de *** (sociedades que se extinguen) y constitución de **** (sociedad resultante) o Fusión de **** (sociedad absorbente) y *** (sociedades absorbidas).

Las Juntas Generales Extraordinarias de socios de ***y ****de fechas**** han decidido por unanimidad (o por mayoría) la fusión por absorción de **** (sociedades absorbidas) por **** (sociedad absorbente) (o bien la fusión por extinción de todas y el traspaso en bloque de su patrimonio a la sociedad de nueva creación ****), al amparo de los artículos 22 y ss. de la Ley 3/2009, con disolución sin liquidación y transmisión en bloque de los patrimonios a la sociedad ***, que ha adquirido por sucesión universal todos los derechos y obligaciones de las sociedades ****. La fusión se ha acordado con base en el proyecto de fecha ***, que fue depositado en el Registro Mercantil de Mallorca en fecha ****. Las Juntas han aprobado asimismo los balances de fechas*** como balances de fusión de cada sociedad respectiva.

(Optativo lo que se pone a continuación entre barras): ///La fecha a partir de la cual las operaciones de las sociedades extinguidas se considerarán realizadas por la sociedad resultante de la fusión es el día. No se atribuyen en la sociedad resultante de la fusión ventajas a administradores de las sociedades participantes. La fusión se acoge al régimen fiscal del capítulo VIII del título octavo de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del impuesto de sociedades///.

Se anuncia el derecho de socios y acreedores de obtener el texto íntegro del acuerdo adoptado y del balance de fusión, así como el derecho de oposición que corresponde a los acreedores cuyos créditos hayan nacido antes del día ***(fecha de publicación del proyecto de fusión) y no estuvieran vencidos en dicha fecha, en el plazo de un mes, a contar desde la publicación del último anuncio de este acuerdo.

Lugar y fecha. Firmado: ***, Administrador****”.

3. PUNTOS PRINCIPALES A TENER EN CUENTA AL OTORGAR UNA ESCRITURA DE TRASLADO INTERNACIONAL DE DOMICILIO

Solo pueden realizar el traslado sociedades mercantiles ya inscritas, siempre que no hayan acordado ya su disolución (aunque no haya comenzado el reparto entre los socios del haber) y que no hayan sido declaradas en concurso.

La preparación de toda escritura de traslado de domicilio exige tener a la vista el proyecto de traslado que ha sido depositado en el Registro (pues es imprescindible comprobar que el acuerdo de la Junta se ajusta estrictamente al proyecto) y además tener constancia de la publicación del depósito en el BORME para hacerlo constar en la escritura (parece la postura más segura). También debe comprobarse que la convocatoria de la Junta se ha realizado con posterioridad al depósito.

No se exige que el proyecto quede protocolizado, aunque pueda hacerse (no parece demasiado justificado hacerlo, pues un ejemplar ya consta depositado en el Registro Mercantil).

También es necesario que se aporte el informe de los administradores y examinar su contenido, para comprobar que trata los puntos exigidos por el artículo 96 de la Ley.

No se exige protocolizarlo, pero es lo más recomendable.

No se exige informe de expertos, ni siquiera si la sociedad es anónima o comanditaria por acciones.

Tampoco es necesario aportar ningún documento contable (aunque podría ser recomendable en caso de que algún socio haya usado el derecho de separarse de la sociedad).

1. Control de la convocatoria de la Junta

— Cumplimiento de los requisitos generales contenidos en la regulación propia de cada tipo social y en los estatutos de la sociedad en particular (debe pedirse copia de las escrituras que contengan los estatutos vigentes).

— Declaración del órgano de administración de que se ha puesto a disposición de los socios, al tiempo de convocatoria, en el domicilio social, la documentación exigida por el artículo 98 de la Ley 3/2009: proyecto de traslado e informe de los administradores.

No hace falta unir nada de esta documentación a la escritura, basta la declaración de quien eleva a público el acuerdo (aunque unir el informe nos parece lo más recomendable).

El informe de los administradores realizado conforme al artículo 96 de la Ley hace innecesario el informe que pide el artículo 144.1.a de la LSA (hoy, 286 TR), pues el contenido del informe regulado por el artículo 144 LSA (hoy, 286 TR) y el del informe del artículo 96 es el mismo (justificar la propuesta).

— Protocolización de los anuncios de convocatoria en el BORME y en un diario de los de más circulación en la provincia (aunque se trate de Junta universal). Hay que controlar que hayan transcurrido por lo menos dos meses desde el día del último anuncio publicado hasta el día de celebración de la Junta (la Ley dice "dos meses", no "más de dos meses") y también hay que controlar el contenido del anuncio: que en él aparecen el domicilio actual y el del país de destino, y que consta el derecho de los socios y de los acreedores (no hace falta que diga expresamente "y obligacionistas", pues estos son acreedores) de examinar en el domicilio social el proyecto y el informe, así como el de obtener su entrega o envío gratuito (y mejor si se dice "incluso por medios electrónicos"). Ponemos aquí "envío" aunque en rigor esto solo parecía necesario en SA (por el art. 144 LSA). En sociedades distintas de anónimas no se veía inconveniente en admitir que se diga solo "derecho de obtener copia de dichos documentos". Pero el vigente TR, no obstante, en su artículo 286 habla de "entrega y

envío" refiriéndose a todo tipo de sociedades de capital. También debe constar el derecho de separación de socios y el derecho de oposición de los acreedores, y una breve, pero clara y suficiente, explicación de la forma de ejercicio de los mismos (*vid.* ejemplo en el modelo de anuncio al final de estas notas).

Si la convocatoria se ha realizado por comunicación individualizada, será conveniente protocolizar el texto de la comunicación enviada (además de acreditar los envíos, pues creo que sobre esta cuestión no debe bastar la mera declaración del órgano de administración, aunque la base para exigir esto sea simplemente para salvaguardar la responsabilidad del notario).

2. Control de la regularidad del acuerdo

Esto debe hacerse según los estatutos sociales y las normas reguladoras de cada tipo social. NO se pueden dar aquí reglas más concretas; baste recomendar que se comprueben bien los requisitos y mayorías que puedan exigir los estatutos de esa sociedad en concreto y que el acuerdo se ajusta en todo al proyecto de traslado (no cabe la mínima diferencia).

3. Control de la publicación del acuerdo

En la escritura debe unirse una fotocopia exacta (testimonio) del anuncio del acuerdo ya tomado en el BORME y del mismo anuncio en un periódico de gran circulación **en** (no "de") la provincia del domicilio social.

Debe controlarse el contenido del anuncio (que es el del art. 43 de la Ley, puesto que esta publicación es en interés exclusivo de acreedores, no de socios), en especial que consta el derecho de acreedores de obtener el texto íntegro del acuerdo, así como el derecho de oposición que les corresponde.

En caso de haberse realizado comunicación individualizada (a acreedores) sustitutiva de la publicación, y a falta de lo que diga el RRM cuando se reforme, lo que parece más seguro es que el órgano de administración declare o certifique quiénes son sus acreedores (nombre y domicilio de cada uno), la fecha de envío de cada una y la forma en que se ha enviado dicha comunicación: correo certificado con aviso de recibo, burofax, correo electrónico, etc. Todo ello puede hacerse uniendo a la escritura un documento en que conste esa relación. No parece necesario (porque tampoco lo es en los demás casos en que legalmente se permite el envío de comunicaciones individualizadas) que se aporte una copia del documento enviado para que quede constancia del contenido de la comunicación, ni tampoco una copia de los justificantes de los envíos, aunque puede ser recomendable que así se haga o que al menos el otorgante declare que dichas copias y justificantes de los envíos se conservan con el resto de la documentación social.

4. Declaraciones posteriores al acuerdo

El otorgante debe declarar que ha transcurrido más de un mes desde la última publicación del acuerdo o desde el envío de todas las comunicaciones individualizadas a los acreedores. Y deberá añadir si algún socio se ha separado y si algún acreedor se ha opuesto a la escisión. En caso afirmativo, hay que reducir el capital (la reducción puede formalizarse por separado) y comprobar todos los requisitos que se exigen para la reducción y, en caso de acreedores, identificarlos y reseñar la garantía prestada.

No debe otorgarse la escritura antes de que haya transcurrido el plazo de un mes desde la última publicación, pues es algo objetivo que el notario puede (y debe) controlar.

Entendemos que no hace falta que se acompañe a la copia de la escritura un testimonio de los anuncios del acuerdo (ni los ejemplares de los periódicos en que se han realizado). Basta la protocolización.

4. MODELO DE ANUNCIO DE CONVOCATORIA DE JUNTA (PARA TRASLADO INTERNACIONAL DE DOMICILIO) Y MODELO DE ANUNCIO DEL ACUERDO (YA SEA PARA SU PUBLICACIÓN EN PERIÓDICOS O PARA SU NOTIFICACIÓN INDIVIDUALIZADA)

ANUNCIO DE CONVOCATORIA DE JUNTA

"Nombre de la sociedad***

Se convoca Junta General Extraordinaria de *** a celebrar en **(lugar y fecha y demás requisitos generales del anuncio).

Orden del día: 1.º Traslado internacional del domicilio social, que actualmente se encuentra en ***** a la siguiente dirección: ***, con arreglo al proyecto suscrito en fecha ***, depositado en el Registro Mercantil de *** en fecha *** y publicado dicho depósito en el BORME de fecha *****.

(No hace falta reseñar las menciones del proyecto).

(Y tras esto: resto de puntos del orden del día, si los hay).

A partir de esta convocatoria quedan en el domicilio social, para su examen, a disposición de los socios y acreedores, que podrán obtener copia de los mismos o su envío gratuito (se puede añadir, aunque la Ley no lo exige, al menos expresamente, a diferencia de lo que exige el art. 9 para el caso de transformación: "incluso por medios electrónicos") (la mención del envío parece que es necesaria solo en SA), el proyecto de traslado y el informe de los administradores.

Se comunica el derecho de separación de los socios que voten en contra del acuerdo, que podrán ejercitar en el plazo de un mes a contar desde la fecha de la Junta, y el derecho de oposición de los acreedores cuyo crédito haya nacido antes de la fecha de publicación del proyecto de traslado y no esté vencido en ese momento, que podrán ejercitar en el plazo de un mes desde la fecha de

publicación del último anuncio del acuerdo que se adopte, en los demás términos y con los efectos del artículo 44 de la Ley 3/2009, de 4 de abril.

Lugar y fecha. Firmado: ***, Administrador****”.

ANUNCIO DEL ACUERDO DE TRASLADO INTERNACIONAL DE DOMICILIO

“Traslado internacional del domicilio social de la sociedad *****, domiciliada hasta ahora en ***** (se pueden añadir los datos de inscripción en el Registro Mercantil, pero en rigor no se exige esto).

La Junta General Extraordinaria de ***(nombre de la sociedad) de fecha **** ha decidido por unanimidad (o por mayoría) el traslado internacional del domicilio a **** (nueva dirección completa), al amparo de los artículos 92 y concordantes de la Ley 3/2009. El traslado se ha acordado con base en el proyecto de fecha ***, que fue depositado en el Registro mercantil de *** en fecha **** (publicado en el BORME de fecha ****).

Se anuncia el derecho de acreedores de obtener el texto íntegro del acuerdo adoptado, así como el derecho de oposición que corresponde a los acreedores cuyos créditos hayan nacido antes del día ***(fecha de publicación del proyecto de traslado) y no estén vencidos en ese momento, en el plazo de un mes, a contar desde la publicación del último anuncio de este acuerdo.

Lugar y fecha. Firmado: ***, Administrador ****”.

BIBLIOGRAFÍA

- *La Sociedad Anónima Europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, ESTEBAN VELASCO/FERNÁNDEZ DEL POZO (coords.), 2004.
- *El proceso de constitución de una sociedad europea holding*, M.^a SAGRARIO NAVARRO LÉRIDA, Thomson-Aranzadi, 2008.
- *Tratando de la Sociedad Limitada*, PAZ-ARES (coord.), CGN, 1997.
- URÍA-MENÉNDEZ, *Comentario al régimen de las sociedades mercantiles* (Civitas).
- “Discordancia entre domicilio y administración central de la sociedad anónima europea”, M.^a JOSÉ VERDÚ CAÑETE, RDS, núm. 28 (2007).
- “Sociedades mercantiles: libertad de establecimiento y conflicto de leyes en la Unión Europea”, CALVO CARAVACA-CARRASCOSA GONZÁLEZ, RDS, núm. 28 (2007).
- “Reforma del Derecho de sociedades europeo”, Klaus J. HOPT, RDS, núm. 31 (2008).
- “La armonización del Derecho societario europeo en el siglo XXI”, Dolores F. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, RDS, núm. 30 (2008).
- “La sociedad privada europea”, BOQUERA MATARREDONA-LATORRE CHINER, RDS, núm. 33 (2009).
- “La sociedad anónima europea y el estatuto de la sociedad cotizada”, Rita LARGO GIL, RDS, núm. 24 (2005).

MODERNIZACIÓN DEL NOTARIADO

Victorio Magariños Blanco

Notario y Académico de la Real Academia
de Legislación y Jurisprudencia de Sevilla

Las reflexiones contenidas en este estudio son continuación de las ya realizadas y publicadas en *Escritos Jurídicos*, tomo I, Consejo General del Notariado, con el título "Modernización de la función notarial". Entonces abordé los siguientes problemas: 1) el del lugar de firma, y 2) el de la necesaria limitación del número de documentos.

Por modernización entiendo, a los efectos de este trabajo, la realización de las correcciones y actuaciones necesarias para que la función notarial cumpla su fin, que es la seguridad jurídica. En tal sentido, la modernización, además del encauzamiento pertinente de la actividad notarial, es perfeccionamiento de la misma y una mirada al futuro en cuanto facilitará las relaciones sociales pacíficas, al generar más confianza y tranquilidad derivadas de una seguridad rigurosa. Y no se puede olvidar que la confianza en la propia seguridad es una de las claves de la libertad.

También, en la misma línea, contribuye a la regeneración del Derecho o, mejor dicho, a la reconducción hacia el verdadero Derecho, que, en el campo privado, es el que, respetando la mayor libertad, establece las pautas necesarias para evitar conflictos, los cuales derivan normalmente de la falta de información o de la constatación inexacta de los hechos o datos en los que la actividad negocial se basa.

3. ATENCIÓN PERSONAL Y ASESORAMIENTO

La naturaleza de la función notarial exige la actuación personal del notario. La cualificación especial necesaria para su ejercicio

en relación con su finalidad y fundamento, que es la seguridad, son determinantes de su carácter indelegable, y de que la atención personal se imponga como una consecuencia natural. La atención personal es por ello una exigencia implícita en los deberes exigidos tradicionalmente por la legislación notarial, concretamente en el de identificar a los comparecientes, en el de emitir juicio de capacidad y de facultades suficientes, en el de asesoramiento. Pues para cumplirlos adecuadamente son precisas dedicación y atención personal del notario, desde una situación de independencia.

Es necesario, pues, explicar por qué, siendo la atención personal una exigencia connatural y clásica de la función notarial, se incluye aquí como una de las pautas para su modernización.

En los últimos tiempos se ha ido extendiendo la idea de que la función notarial es una actividad económica más, a la que deben aplicarse las leyes de la empresa, desde una argumentación ajena a la naturaleza de aquella y desconocedora de lo que se pretende con el documento público, que es conseguir la seguridad jurídica en el campo privado.

Se trataría de aplicar a la función pública notarial la ley del mercado, en especial, la de la competencia mercantil, midiendo por el mismo rasero de la actividad puramente económica la que persigue prioritariamente otros valores distintos del netamente económico, como, en este caso, la seguridad.

Es cierto que la libre elección de notario y consecuente concurrencia que genera es característica de la función notarial, y la distingue del modo de actuación de los funcionarios de las Administraciones Públicas; pero su fundamento y límites son bien distintos de los que informan la competencia mercantil (1).

En el mercado de bienes y servicios la libertad, con su clave de la competencia como equilibradora de las posibles disfunciones, evita abusos y procesos degenerativos a que nos llevaría un sistema monopolístico o de economía dirigida y que inciden en la calidad de

(1) En mis trabajos "La función notarial a la luz de las últimas reformas legislativas" y "Modernización de la función notarial", especialmente el contenido del apartado "B) Limitación de números" (pp. 575 y ss.), en tomo I de *Escritos Jurídicos*, Consejo General del Notariado, he analizado el fundamento y límites de la libertad de elección del notario.

los productos y servicios. En efecto, la lucha por conseguir mejores precios y productos más competitivos conduce a un perfeccionamiento de organización e innovación en las empresas, que redundará en beneficio del consumidor y en progreso social.

Sin embargo, existen factores que generan distorsiones, influyendo negativamente en la economía y confianza de los consumidores. Así, el principio de la obtención de máximas ganancias que rige la empresa, la tendencia a la extensión ilimitada de la misma, a la mínima atención personal y a la máxima rapidez en la prestación del servicio; unidos a la realidad de que al consumidor le resulta prácticamente imposible conocer a primera vista la calidad del producto que se le ofrece, ni cuenta, normalmente, con un interlocutor responsable que le asesore o informe (2).

(2) El ultraliberalismo económico, con la primacía del mercado como norte y el eslogan de la máxima calidad al menor costo, no resulta totalmente satisfactorio en la práctica. No es difícil comprobar que, una vez adquiridos, muchos productos que se ofrecen a bajo costo carecen de la calidad esperada, pues, debido a su estructura y composición derivadas del ahorro de costes exigido por el propio sistema, su duración es menor y su rendimiento más deficiente, exigiendo su rápida reposición o un mantenimiento continuo que encarece al final de modo significativo su utilización por el consumidor.

Por otra parte, la necesidad de ampliar sin límites el mercado y las ventas, para compensar la reducción de costos, unido al anonimato bajo el que se cobijan las empresas actuales, conduce muy a menudo a una innovación solo aparente y a la desinformación derivada de una publicidad que ensalza ciertos aspectos del producto pero oculta otros, y, por lo tanto, engañosa. Y, así, se ofrecen y venden en el mercado productos bajo apariencia externa de calidad, al amparo de la falta de información y de la continua creación de nuevos modelos o variantes externamente más atractivos y del afán adictivo creado en el consumidor de adquirir y poseer tales novedades sin calibrar su mejora o aumento de prestaciones o rendimiento de los mismos. Y no hablemos de las llamadas compras electrónicas, en las que la relación personal y el conocimiento de ciertos bienes que se ofrecen son inexistentes.

Y en cuanto a los servicios, la rapidez, que en un principio es básica para que estos sean útiles y eficaces y deja satisfecho al usuario, si no va acompañada de una buena organización y del rigor necesario, que presupone un tiempo mínimo de estudio y dedicación e implica a veces el aplazamiento o el retraso, degenera en deterioro o en catástrofe cuando el servicio puede

Por eso el mercado necesita, para funcionar correctamente, que las empresas cumplan con una serie de reglas éticas de actuación, o simplemente sociales, además de las jurídicas mínimas imprescindibles, que lo equilibren y pongan en sus justos límites (3). Si se prescinde de tales pautas de conducta, el abuso y deterioro de la paz social a que conduce el libre mercado son ineludibles, originando, además, una deshumanización de las relaciones sociales (4).

La necesidad de que el mercado se rija por un mínimo ético, se ha comprobado suficientemente con la reciente crisis económica que estamos padeciendo, entre cuyas causas no es menor la ausen-

afectar a la vida de las personas. Baste recordar los últimos accidentes aéreos a causa de la prisa y falta de rigor y responsabilidad en los servicios de mantenimiento. O los casos de fallos médicos debidos a la ligereza y falta de estudio suficiente.

Además, el llamado consumismo, como adicción provocada por la necesidad de expansión ínsita en la economía de mercado, es causa de desconfianza, intranquilidad, estrés y, al final, de infelicidad.

(3) Valores éticos, como cumplir la palabra dada o no hacer daño a nadie o la transparencia, mediante la explicación de los defectos y duración de los productos, o pautas sociales como el reconocimiento o rechazo de la persona del empresario según observe o no aquellas reglas. Criterios que pesaban y regían hasta hace bien poco la producción y el comercio. Pautas de conducta que se pueden resumir en la cualidad que en el viejo y clásico tráfico mercantil se llamaba honradez (el "honrado comerciante" al que se refiere nuestro Código de Comercio). El empresario cumplía la palabra dada y garantizaba con su persona, jugándose el prestigio y futuras ventas, el buen resultado del producto que fabricaba o comercializaba. Y explicaba los defectos de los bienes que ofrecía y sus diferencias con otros más caros. El empresario o sus empleados mimaban la clientela, con la que llegaban a tener una relación de confianza y, a veces, de amistad. A ello contribuía la estructura empresarial personalizada, pues el nombre de la empresa era el del empresario, y la buena o mala marcha de la empresa le implicaba personalmente, a diferencia del anonimato actual. Además, el ritmo pausado de cambio o sustitución del modelo, que permitía comprobar el resultado del producto antes de que fuera sustituido por otro, ponía en guardia al fabricante o comerciante, en su caso, frente a la reacción del cliente, y facilitaba la asimilación de los cambios, evitando la adicción y el angustioso afán de posesión ilimitada.

(4) He tratado este problema especialmente en el trabajo "La humanización de las relaciones jurídicas privadas", en *Escritos Jurídicos*, tomo I, pp. 107 y ss.

cia de rigor, ética y control en la producción y comercialización de ciertos bienes o servicios.

Ni siquiera en el mercado de bienes y servicios estrictamente económicos se trataría, pues, de obtener, en primer término, ganancias rápidas e ilimitadas, empleando cualquier método, sino de aportar a la sociedad productos y servicios verdaderamente útiles y más perfeccionados; que contribuyan a un desarrollo equilibrado y pacífico de la convivencia. Es decir, que generen un verdadero progreso, que es el integral y no parcial, momentáneo y aparente.

Con todo, sin embargo, en el campo mercantil (mercado de bienes y servicios de contenido económico) se producen disfunciones y efectos negativos generados por los factores antes señalados. Pero son normalmente asumibles, dada su incidencia puramente económica y el carácter atomizado de los mismos, y puede decirse que entran dentro de la lógica del sistema (5).

Veamos ahora qué sucede si se aplican criterios exclusivamente económicos o mercantiles a una función o **servicio público**, que se ejerce normalmente en régimen de monopolio. No existe la competencia como medio de corrección de abusos. Pero sí una regulación destinada a evitarlos. Sin embargo, la falta de aliciente o estímulos en las personas encargadas de realizar el servicio suele provocar burocratización y parálisis, con el consiguiente aumento del gasto público. Lo cual se intenta evitar hoy mediante la aplicación de criterios económicos (máximo de intervenciones al menor costo), concretados en el término "eficiencia", acuñado por los economistas y con éxito entre los administrativistas (6). Se trataría, así, de obtener

(5) Estos efectos negativos, no obstante, han provocado una preocupación creciente, que se ha concretado en medidas legislativas protectoras del consumidor. En España dichas medidas han sido unificadas por el Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general para la defensa de consumidores y usuarios y otras leyes complementarias. Medidas que son útiles, pero insuficientes, ya que subordinan la solución del problema al recurso judicial, con todos sus inconvenientes, sobre todo la lentitud. No se puede olvidar que se trata normalmente de bienes de escaso valor económico y que, por tanto, en la mayoría de los casos no compensa acudir a una vía particularizada, lenta y cara.

(6) Procedencia que desvela su limitación al proyectar el aspecto económico (menor costo y rapidez para aumentar la actividad) de modo preferente sobre ámbitos cuyos fines distan mucho del campo mercantil.

una organización ágil y funcional que permita ahorro de gasto y mayores prestaciones.

Sin embargo, cuando se quiere aplicar la eficiencia a un servicio público, no es suficiente un criterio puramente económico. Es preciso ampliar el objetivo, para que se produzca una verdadera y real eficiencia. En efecto, habrá que tener en cuenta la prioridad del fin para el que fue creado y justifica el servicio, y su compatibilidad con la rapidez y el menor costo. Pues de poco sirve que se preste un servicio barato y rápido si no se soluciona el problema para el cual se demanda el mismo, o se resuelve transitoriamente o defectuosamente; porque entonces la eficiencia así entendida provocará el fracaso, al producir daño o tener que repetirse la actuación correspondiente, con el mayor costo adicional, el retraso y la pérdida de confianza consiguientes. Y no podemos perder de vista que cuando el servicio afecta a bienes como la vida, la salud o seguridad o tranquilidad personal, los daños de una actuación desviada suelen ser irreparables.

Veamos ahora qué sucede en el caso del **servicio público notarial**, en el que existe la libre elección de notario y, por tanto, una concurrencia o competencia limitada (7). Si se aplica un concepto meramente mercantil de competencia, como el de la competencia en precios, dado que la calidad del servicio o grado de seguridad que genera no puede apreciarse a corto plazo, se producirá una distorsión al perder de vista la finalidad de la función. En efecto, el menor costo lleva ineludiblemente a la realización de mayor número de documentos (máxima producción) en el menor tiempo. Y el menor tiempo lleva consigo una menor atención personal y menor rigor en el análisis de todos los hechos que el notario tiene que comprobar. Si, como consecuencia de todo ello, el acto quedara viciado o su eficacia no fuera definitiva, la seguridad, que es el fin que se pretende conseguir, quedaría mermada o anulada; y, además, la rapidez solo será aparente, ya que los defectos que se produzcan, cuando se detecten, habrá que subsanarlos, con la consiguiente pérdida de tiempo y dinero (8).

(7) Consciente el legislador del carácter especial de la concurrencia notarial, limita la publicidad en el artículo 71 RN, y la propia libertad de elección en los artículos 127 a 136 RN.

(8) El notario que rebaja el precio fijado por el Estado, lo hace por razones meramente "empresariales o mercantiles", es decir, para ganar más,

De ahí que la concurrencia o competencia notarial deba basarse en la buena organización del servicio, en la atención personal, en la formación del notario, y en la confianza que todo ello genera. Es, en cambio, impropio la basada en el precio o rebaja arancelaria, que provoca por reacción compensatoria un aumento de números, o en facilidades para captar "clientela" y "aumentar la producción", que suponen pérdida de rigor, de independencia, y omisión de deberes fundamentales para la consecución de los fines propios de la función (9). Además, la competencia mercantil es innecesaria, ya que el posible abuso resulta obviado por la existencia de la tasa arancelaria, que impide la fijación arbitraria e interesada del precio del servicio.

Pues bien, la intervención mínima a que conduce la competencia mercantil, deteriora la seguridad jurídica y desnaturaliza la función notarial al desviarla de su finalidad y, por tanto, de la verdad jurídica, que son los objetivos del Derecho y de las funciones encargadas de su realización (10).

atrayero "clientela"; para lo cual necesita "aumentar la producción", o sea, hacer más documentos; lo que, a su vez, dado el carácter indelegable de la función notarial, supone necesariamente una menor dedicación y atención por documento, al tener que distribuir el tiempo, que es limitado, entre su entera "producción".

El lenguaje que he empleado en el párrafo anterior, típicamente mercantil o del ámbito económico, resulta llamativo y chocante y, desde luego, impropio para referirse a una función pública.

(9) Las consecuencias del incumplimiento de tales deberes han sido expuestas en mi trabajo "Deontología y ejercicio de la función notarial", en *Escritos Jurídicos*, pp. 485 y ss. Resumidamente son: disminución o pérdida de atención personal, deficiencia en el control de legalidad y en el rigor de identificación y análisis de la capacidad, mayor costo final y menor agilidad (entendiendo por esta no la rapidez, sino la eficacia) y pérdida de independencia (al producirse de hecho una sumisión del notario a los intermediarios y clientes fuertes o de arrastre, que canalizan el trabajo hacia las notarías más "cómodas" y que son los verdaderos beneficiarios de las reducciones arancelarias, en la mayoría de los casos).

(10) La verdad jurídica se basa en hechos comprobados y en normas claras y adecuadamente aplicadas, que eviten la incertidumbre de diversas interpretaciones. Y ya hemos visto cómo la actividad notarial correctamente realizada se basa, justamente, en el rigor de dicha comprobación y

Por tanto, cualquier medida o actuación que impida o frene o desvíe la realización de la seguridad jurídica supone una regresión y también una corrupción o descomposición, en cuanto produce unos resultados incompatibles con la finalidad de la función notarial y contrarios al desarrollo de la paz social (11). Esta regresión, que ha generado una grave crisis en el Notariado, se debe a la inyección de aquellos criterios mercantiles en la práctica de la actuación notarial, a mi juicio en dosis destructoras, y que se manifiestan condensados en frases como: "agilidad del servicio", "aligeramiento de formalidades", "mínima intervención", "hay que ir al compás de los tiempos", "el libre mercado y competencia sin trabas como únicas claves del progreso", etc. Que van calando en la sociedad y se van aceptando resignadamente o por convencimiento, lo que revela la importancia y gravedad de la crisis, en cuanto afecta ya a aspectos conceptuales y éticos.

Tales criterios han penetrado en el mismo legislador, que, miope, los inculcó en algunas normas, dando lugar a regulaciones incompatibles con la seguridad jurídica (12). Citaré algunas:

1) La ley que integró en el Notariado un Cuerpo de agentes que carecían de la preparación y reglas de actuación exigidas y necesarias para realizar la seguridad preventiva.

2) Ley de defensa de la competencia, que tal como la interpretan los órganos encargados de su aplicación, somete la función notarial a pautas comerciales, que no se basan en la calidad de servicio, y, por tanto, lo deterioran y corrompen al no tener en cuenta la finalidad del mismo (13).

3) Las que establecen la posibilidad de rebajas arancelarias, que, además de favorecer normalmente y solo al cliente fuerte y de

en la precisión de la redacción, que evita las dudas acerca del significado de lo escrito en el documento.

(11) La palabra corrupción se emplea aquí no en el sentido penal, sino en el de deterioro o degeneración de una función o actividad.

(12) Cuando los políticos arremeten contra la seguridad jurídica y en especial contra las bases sobre las que se asienta la función notarial, que es su valedora en el ámbito privado, están provocando un grave daño a la sociedad; al generar pérdida de confianza, tan necesaria para su buen funcionamiento, incluso económico.

(13) He tratado este problema en "Modernización de la función notarial", especialmente el contenido del apartado "B) Limitación de números", en *Escritos Jurídicos*, tomo I, pp. 575 y ss.

arrastre, pone en riesgo la independencia y la misma seguridad al conducir inexorablemente al aligeramiento de actuación.

4) El Real Decreto Ley 13/2010, de 3 de diciembre, cuyo artículo 5 desconoce los tiempos reales de formación de una empresa, y pretende, de cara a la galería, achacar en exclusiva al proceso notarial y registral de constitución de sociedades la paralización emprendedora, olvidando que el verdadero freno está en la falta de estímulos de tipo económico y en la rigidez laboral, y que la actuación notarial corre normalmente paralela y al ritmo de las verdaderas necesidades del empresario (14).

(14) En dicha norma se pretende agilizar el proceso de constitución de las sociedades de capital. Es razonable que se apliquen los avances tecnológicos para lograrlo, y, también, que se eliminen cargas administrativas superfluas, como lo hace el artículo 6 del DL referido.

Pero sucede que se limita el legislador a aligerar el proceso notarial y registral de constitución de la sociedad y a suavizar las cargas de publicidad únicamente; olvidándose de la génesis de la empresa y de los auténticos frenos que paralizan su creación. En efecto, ignora que el proceso de creación de una empresa que culmina en la constitución de una sociedad es un proceso complejo, que no se improvisa, ni se hace de hoy para mañana, sino que exige estudio y análisis de elementos diversos de tipo económico y laboral que inciden en su viabilidad, así como previsiones de futuro que se traducen, precisamente en las sociedades pequeñas, familiares, en la correspondiente colaboración paralela de un jurista imparcial y especializado, como es el notario, la cual se manifiesta y proyecta especialmente en la regulación estatutaria (posibles limitaciones a la transmisión de participaciones en caso de separación conyugal de un socio, o de fallecimiento, regulación del usufructo de participaciones según los casos, forma de retribución de los administradores y suplencia de los mismos, etc.). La colaboración del notario en el proceso de gestación, aunque sea en su última fase, es lo normal y conveniente, tal como venía haciéndose ya. El legislador desconoce además, lo que revela su miopía en este problema, que en las pequeñas sociedades la adecuación de su regulación estatutaria a las particularidades de cada empresa no permite encajarla en un modelo o cliché como el impuesto por el propio Estado, en la Orden del Ministerio de Justicia de 9 diciembre 2010, para poder acogerse al procedimiento establecido por el DL. Es como si el legislador pensase únicamente en las sociedades "oportunistas" que se crean sobre la marcha para beneficiarse de una subasta o concurso administrativo.

El error de la norma se hará pronto visible cuando se constate el grado

5) El propio Reglamento Notarial, que en algunos de sus preceptos está penetrado del efecto expansivo de criterios ajenos a la seguridad. Así, el artículo 193, que luego comentaremos, el 251, al suprimir para los testimonios la necesidad de cumplir todos los requisitos que se exigen para las copias, lo que supone un déficit de seguridad, sobre todo, si se trata de testimonios de poderes. También el artículo 348 c), al exigir que haya perjuicio para tercero o la Administración para que la infracción por el notario de las leyes o reglamentos se considere falta grave, etc.

Esta deriva ha sido también propiciada desde la Unión Europea que, bajo la égida y predominio de economistas, ha señalado, a través de alguno de sus órganos o representantes, criterios de actuación que suponen un desconocimiento del funcionamiento real de la actividad notarial, al obviar u omitir el verdadero fin de la misma.

También los Tribunales de Justicia españoles han contribuido a esta desviación o deterioro. Con resoluciones como la que anuló las normas reglamentarias que desarrollaban el principio de legalidad y de control notarial de la misma, permitiendo que el notario autorizase un documento nulo o defectuoso; y la que organizaba el archivo de revocación de poderes, que suponía un paso importante de seguridad (15). O las que impiden, aplicando el criterio mercantil de la competencia, equilibrar la actividad notarial y reducir la "fabricación" dislocada de documentos, perjudicando el rigor y la independencia necesarios para su ejercicio. O las que exculpan a notarios corruptos,

de acogimiento de la misma, como se ha demostrado ya con la sociedad nueva empresa.

En segundo lugar, también desconoce el referido DL los obstáculos o cargas administrativas que verdaderamente desaniman a los emprendedores. Se trata de las múltiples licencias que les obligan a pasar por un auténtico vía crucis burocrático (licencia de primera actividad, de ocupación, de apertura, etc.), cuya concesión retrasa, de verdad, el proceso de constitución. A lo que hay que añadir las dificultades para conseguir servicios básicos como el de electricidad, gas, teléfono, agua, etc., que, muchas veces, revelan la falta de eficiencia de las empresas prestadoras de tales servicios.

(15) Se trata de la sentencia de 20 de mayo de 2008, a la que luego me referiré. Hice un análisis y crítica de tal sentencia en mi trabajo "El control notarial de legalidad", en *Escritos Jurídicos*, Consejo General del Notariado, tomo I, pp. 549 y ss.

que incumplen sistemáticamente las mínimas exigencias de rigor y seguridad, con argumentos tan insostenibles como la inexistencia de daño para tercero, como si este pudiera apreciar a corto plazo el daño derivado de la nulidad o ineficacia, y como si la sociedad y el propio Estado no fueran terceros afectados al alterarse y deteriorarse de modo grave la seguridad y, por tanto, la paz social, confundiendo, además, la responsabilidad disciplinaria con la civil.

Tampoco ayudan algunos teóricos del Derecho Mercantil, que con su afán de extender al máximo el ámbito de su disciplina, pretenden ampliar la materia de su estudio y, en consecuencia, del Derecho Mercantil, a través de un concepto de empresa y de mercado, que prácticamente lo incluye todo, a terrenos que siempre quedaron al margen, y deben quedar, dado su estructura y fines incompatibles con las reglas que se aplican al mundo del comercio.

Es preciso señalar, también, la pretensión interesada de ciertos grupos que actúan en el campo del Derecho Privado, como grandes despachos de abogados, gestores, etc., de evitar cualquier "intromisión" imparcial de un jurista que pueda poner en evidencia la trama negocial, o simplemente perfeccionar la fórmula o redacción pretendidas.

Por último, la misma actuación de un sector del Notariado que practica ya un tipo de intervención aligerada y un sistema de atención que se asemeja más al comercial que al de un encargado de velar por la seguridad jurídica. Como la atracción de clientela por vías o métodos que obvian o impiden el rigor y la verdadera calidad del servicio o afectan a la independencia (desplazamiento interesado al domicilio del económicamente fuerte, eliminación de formalidades incómodas al cliente, pero necesarias para la seguridad, etc.).

Además, en ciertos casos, sobre todo de notarios convenidos, se están realizando conductas que chocan con el deber elemental de atención preferente del servicio, al buscar la mínima dedicación, para hacer compatible su trabajo con el reparto desproporcionado de los días dedicados al ocio o a otras actividades (16).

Por último, es preciso hacer constar aquí, pues no debiera pasar inadvertido, el escaso interés o incluso la negativa a atender reque-

(16) Y todo ello a ciencia y paciencia de los órganos directivos del Notariado, que tienen la obligación de velar por el cumplimiento riguroso y eficaz de la función.

rimientos para actuaciones "no rentables", como testamentos, actas de presencia, etc., que adoptan no pocos notarios del "nuevo estilo". Lo que supone una señal más de la deriva a que conduce la tendencia mercantil que está invadiendo el Notariado, denunciada en este trabajo, y cuyas consecuencias a continuación reitero y resumo.

La tendencia actual, cada vez más extendida entre los notarios, a realizar el máximo número de intervenciones, a concebir su función pública como actuación privada de tipo empresarial, y, por lo tanto, a considerar como objetivo la obtención de ganancias ilimitadas, es decir, la actuación en interés propio, puede llevar, y lleva en la práctica, a que deleguen o simplemente obvien no ya el asesoramiento, sino la comprobación de datos y hechos necesarios para lograr la finalidad de su intervención. Este aligeramiento de la actuación se debe no solo a la conveniencia personal de la realización del mayor número posible de documentos, sino también a una demanda en aquella dirección, cada vez más intensa, por parte de personas que canalizan la actividad notarial, y que no están directamente implicadas en los resultados a largo plazo de una actuación ligera del notario (gestores, algunos despachos de abogados, apoderados de Banca o de empresas promotoras, etc.) (17).

Para evitar esta regresión o deterioro es preciso potenciar la atención personal del notario, que deberá realizar las comprobaciones oportunas y la información y asesoramiento necesarios para lograr que la voluntad comercial sea verdadera y no errónea, y libre y no forzada, consiguiendo la seguridad que el documento debe prestar (18).

Es preciso superar la moda, a mi juicio pasajera, que está influyendo en la práctica notarial desviándola de su auténtico objetivo, basada en criterios importados del campo mercantil, tan distinto e

(17) Estos intermediarios muestran cada vez más interés por la rápida y mínima intervención notarial, que empieza a concebirse por los mismos como un mero trámite, sin más utilidad que la de servir de puente hacia los Registros públicos.

(18) Conviene recordar que el sistema notarial tiene como fundamento y base lograr la seguridad jurídica preventiva en el campo privado, y que, debido a ello y al rigor que lo preside, se produce uno de los efectos clave para la convivencia, que es la generación de confianza y tranquilidad.

inadecuado para regir la actuación notarial, la cual debe quedar al margen de las presiones económicas y de fines puramente comerciales, incompatibles con la esencia de la función notarial.

Para lograr superar aquella moda y encauzar la actividad notarial hacia su verdadero fin es necesario provocar en el notario la autodisciplina que le lleve a un ejercicio de la función con vista principal al logro de la seguridad.

El notario tiene que ver en cada escritura el trasfondo vital que afecta a las partes, y poner todo su empeño en resolver las dudas y problemas que a aquellas se le planteen, que debe despejar. Lo cual requiere independencia, tranquilidad, sosiego, dedicación y un ambiente distendido, que dé margen a que las personas que intervienen puedan formular preguntas sobre las dudas que tengan antes o después de la lectura o explicación del documento, y a que el notario informe, asesore y resuelva los problemas que se vislumbren para el futuro, como por ejemplo la repercusión fiscal o sucesoria del acto que se pretende formalizar. Todo lo cual es incompatible con la notaría tienda, atestada de personas a las que el notario no puede atender adecuadamente (19).

Es pertinente, pues, hablar de modernización del Notariado referida a la exigencia de atender personalmente a los comparecientes, dada la regresión que supone la actual tendencia a prescindir de esta actuación esencial.

La atención personal supone, además, la humanización de las relaciones del ciudadano con los poderes y funcionarios públicos, y un progreso, en tanto que mejora no solo los resultados de la actuación funcional, sino el aspecto emocional y convivencial de las relaciones sociales.

Hechas estas aclaraciones, veamos en qué se puede mejorar en este aspecto de atención personal la intervención del notario en cada una de las actuaciones necesarias para realizar su función.

a) **Fe de conocimiento.** La atención o relación personal con los comparecientes no solo es necesaria para un asesoramiento

(19) No se debe olvidar que el tipo de negocio jurídico que accede normalmente a la notaría, aunque para una parte sea de idéntico contenido y de poca trascendencia, suele ser único o fundamental para la otra (adquiriente de vivienda o prestatario con hipoteca sobre la misma, etc.).

adecuado, sino primeramente para poder dotar de fehaciencia a los hechos y de exactitud a los juicios necesarios para la formalización del documento.

Así, en primer lugar, el notario debe comprobar la identidad de los comparecientes de modo exhaustivo, tal como lo manda la LN, es decir, mediante el examen detenido y riguroso de los documentos exigidos al efecto, cuando no los conozca personalmente.

La identificación es básica, pues de su exactitud y certeza depende la totalidad del acto jurídico que se pretende formalizar. La tolerancia y permisividad respecto a los medios de identificación, ya tenga su origen en el deseo de no desagradar o incomodar al "cliente" (20), o en el afán de aligerar la intervención para atender otras que le permitan hacer el mayor número de documentos, con la mirada puesta no en el servicio público que le está encomendado, sino en el fin de acumulación de ganancias, supone corrupción o utilización degenerativa de una función pública (21).

El notario no puede rebajar el rigor ni la exigencia de autenticidad de los medios de identificación sin grave perjuicio de la seguridad ni deterioro del sistema notarial.

b) La atención personal es necesaria también para realizar el **juicio de capacidad, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la voluntad debidamente informada.**

No es posible al notario cumplir este deber, que es indelegable, si no entabla una relación directa con los comparecientes. Es preciso que el notario hable con cada uno de ellos, para cerciorarse de

(20) La palabra cliente está entrecomillada porque entiendo que tal palabra es inadecuada para describir la relación notario compareciente, ya que tiene una carga comercial, extraña a la función notarial.

(21) Las prácticas inadecuadas más usuales son la utilización de fotocopias de DNI, y la aceptación de documentos que no tienen la finalidad de identificación, sino de acreditar la autorización pertinente, como el carné de conducir, o ciertas características que la Administración o incluso empresas o asociaciones privadas necesitan comprobar para atender ciertos servicios, como la tarjeta de la Seguridad Social, la de mayores de sesenta y cinco años, o la de socio de un club o la tarjeta de crédito, etc.

que tienen plena capacidad y que, además, entienden el contenido del documento.

Lo normal, lo más probable, es que los que acuden al notario tengan la capacidad y el conocimiento suficiente de los efectos del consentimiento que van a otorgar. Pero el juicio de capacidad del notario no puede basarse en probabilidades, sino en comprobaciones rigurosas. Para las probabilidades y la asunción de riesgo por la excepción están los seguros. Pero la seguridad jurídica plena que se consigue en el ámbito privado con la intervención notarial solo puede basarse en la verdad comprobada (22).

Y sucede a veces, no tan pocas como pudiera parecer, sobre todo en actos en los que existen muchos intervinientes (particiones de herencia, ventas de bienes pertenecientes a varios en proindiviso, disolución de comunidades, etc.), que comparecen personas que carecen de capacidad (disminuidos que conviven con los padres respecto de los que estos se resisten a incapacitarlos legalmente, por ejemplo) o que, simplemente, tienen dificultad para entender el significado pleno del documento y, por tanto, los efectos del mismo.

En todos estos casos, si el notario no está atento y conversa mínimamente con todos ellos, es probable que se autorice un acto viciado, que adquiere la apariencia de legalidad, pero que lleva en sí el germen de la nulidad. Probablemente nadie la reclame y la haga valer, pero ahí queda tal documento vulnerable, como una quiebra de seguridad (23).

(22) El control personal por el notario, tanto de la identidad como de la capacidad de los que otorgan, hace que el documento público notarial sea insustituible como documento seguro. El documento privado con firma digital no proporciona la seguridad de identidad (la clave puede ser conocida y, por tanto, utilizada por otras personas) ni, mucho menos, de la capacidad en el momento de firmar.

(23) En el supuesto de que comparezca un incapaz, en bastantes ocasiones los familiares no informan de tal circunstancia al notario y tratan de que pase desapercibido, para lograr que el documento se formalice, porque consideran que ello beneficia a todos.

Otras veces se trata simplemente de comparecientes que han sido mal informados a propósito, para lograr su consentimiento y que acuden a la notaría confiados en la información interesada que se le ha dado (fiadores respecto a su responsabilidad, sobre todo si existe una hipoteca simultánea

c) **Comprobación de la documentación necesaria para la legitimación**

El notario ha de emitir, además del juicio de capacidad, un juicio de suficiencia de facultades cuando algún compareciente intervenga en nombre de otra persona física o jurídica. En tal caso deberá hacer una comprobación personal, indelegable y rigurosa del título o títulos que lo legitimen. Lo que implica, en primer lugar, que se le aporte la documentación auténtica de la que deriva la legitimación, y, en segundo lugar, el análisis por el propio notario de la integridad de dicha documentación.

Esto y lo anteriormente expuesto parece elemental y, por tanto, debiera quedar al margen de la modernización del Notariado. Sin embargo, resulta pertinente su inclusión en este trabajo, si se tiene en cuenta que se está imponiendo una práctica degenerativa, cada vez de modo más extensivo, así como la pretensión de dar a la misma un fundamento con la tan manida, "moderna" y errónea eficiencia asimilada a rapidez.

Me refiero a la rutina que consiste en la utilización de fotocopias o meras copias simples de la documentación oportuna y la aceptación por el notario de las mismas para fundar en ellas su juicio de suficiencia (24).

También a la simplificación legal de la constancia en el documento de tal suficiencia, sin transcripción alguna de las facultades pertinentes, pues podría allanar aquel camino, repetidamente denunciado, de rapidez y aligeramiento, bajando el nivel de comprobación. Así, el artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, estableció que bastaba, para provocar la inscripción, la reseña

del obligado principal, o al alcance de la solidaridad pactada o renuncia a los beneficios legales, etc.).

No basta, pues, en muchos casos, la lectura ni siquiera la explicación detallada del notario, sino que este necesita hacer preguntas e indagaciones para cerciorarse de que todos los otorgantes tienen capacidad o de que verdaderamente han entendido las consecuencias de su consentimiento; aclarando, en su caso, los errores debidos a la mala información que hayan podido dar asesores de parte para lograr la formalización del negocio.

(24) En estos casos, a la responsabilidad civil del notario en el supuesto de que el poderdante haya revocado el poder, se añade la responsabilidad por falsedad cometida por el notario al hacer constar que se le ha exhibido la copia auténtica. Lo que conlleva una verdadera corrupción que deteriora la seguridad jurídica y la verdad documental, esencia de la función notarial.

por el notario del documento auténtico y su valoración de la suficiencia de las facultades representativas en congruencia con el contenido de la escritura y del Registro (25). La Ley 24/2005, de 18 de noviembre, y el nuevo artículo 166 RN, precisaron que el juicio de suficiencia ha de referirse a las facultades relativas al acto o contrato a que se refiere el documento (26).

Sin embargo, y al margen de la relación con el Registro, la seguridad notarial aconseja, a mi juicio, la relación o, mejor, la transcripción de las facultades necesarias para formalizar el acto o actos que contenga la escritura, pues dicha técnica supone un mayor rigor, claridad y transparencia.

Siendo, como es, el juicio de legitimación otra de las claves de la seguridad del documento público, la reducción y simplificación señaladas suponen una regresión, y su corrección una modernización del Notariado.

d) **Asesoramiento**

El asesoramiento personal, que el notario tiene obligación de dispensar a quienes requieren o solicitan su intervención acerca de la fórmula más certera para conseguir los efectos que se proponen obtener, es la actuación más delicada y especial del notario. Es la que le distingue y distancia de los funcionarios de las Administraciones Públicas, los cuales controlan y rinden servicios al ciudadano desde una posición de poder, de un modo aséptico, sin la menor colaboración o consejo, y, cada vez, más deshumanizado.

(25) El precepto citado originó una verdadera guerra dialéctica entre notarios y los registradores que se negaban a aceptar tal simplificación pero, además, pretendían una doble calificación de la legitimación; sin que las múltiples resoluciones de la DGRN confirmando como bastante a los efectos de la inscripción el juicio de suficiencia del notario acallasen la polémica.

(26) La DGRN, en resolución de 2 diciembre de 2010 (BOE de 20 diciembre 2010), consideró que el juicio de suficiencia debe expresarse no de forma genérica (en la escritura se decía "para formalizar la presente escritura"), sino concretada al acto o negocio jurídico al que el instrumento se refiera (en el caso, la compraventa). No obstante, esta resolución podría abrir una nueva polémica sobre la concreción, ya que, en muchos casos, son varios los pactos complementarios e incluso apoderamientos especiales los que se contienen en una misma escritura.

El notario tiene que disponer, ofrecer y dedicar su tiempo a quien requiere su atención para que le asesore y aconseje en relación con cualquier acto propio de su competencia; y a tal efecto organizar su despacho, su horario y reparto del tiempo de modo que pueda realizar aquella actuación de modo satisfactorio.

En esta fase de intervención notarial se pone en juego toda su preparación como jurista, tanto por su conocimiento del Derecho, que le va a permitir hallar la fórmula más adecuada para que el documento produzca sus efectos en todos los ámbitos jurídicos (civil, registral, fiscal, administrativo, etc.), como por la prudencia, necesaria para hallar la solución más equilibrada, sin ventajas residuales (por falta de previsión) para ninguna de las partes (27).

Dichas cualidades, que se ponen de relieve especialmente en esta fase de asesoramiento, son las que distinguen también a unos notarios de otros, y debieran provocar entre ellos una sana emulación y concurrencia o competencia en calidad del servicio, que es la base de la confianza que genera la actuación de cada uno, así como la de la libertad de elección (28).

El momento más adecuado para asesorar es cuando los interesados solicitan la intervención del notario, exponiéndole su proyecto. Es entonces cuando se puede desarrollar con toda intensidad la labor orientadora y creadora en relación con lo querido por las partes. Pues, previa la ponderación de todos los efectos pretendidos y previsión de los no deseados, el notario culmina su labor creadora con la redacción del documento.

Sin embargo, cada vez con más frecuencia, la mayoría de los documentos llegan a la notaría previamente redactados por intermediarios, ya sean juristas de parte, como abogados, o simples gestorías o técnicos bancarios, y los otorgantes comparecen ante

(27) Cuando se prescinde del asesoramiento notarial se está infrutilizando el caudal de conocimientos especializados que el notario posee, y, por su parte, los notarios que no asumen aquella tarea, están desperdiciando y eludiendo lo que constituye la parte más noble y significativa de su función.

(28) La posibilidad de elegir el funcionario que dé más confianza es una de las claves para la humanización de las relaciones sociales y de poder, cuando se trata de dar solución a problemas básicos como los que afectan a la intimidad o a la vida de las personas (función notarial o sanitaria).

el notario solo al final del proceso, momento en el que se precipita toda la intervención notarial (identificación, juicio de capacidad y suficiencia, información, lectura y asesoramiento mínimo o, más bien explicación del contenido del documento).

En estos casos, hoy la mayoría, el notario sigue teniendo el deber de atención personal, de informar, sobre todo a la parte que no ha intervenido en la redacción del documento, para equilibrar las posiciones, por lo menos en cuanto a conocimiento de las consecuencias del acto que se pretende formalizar, y de asesorar, en su caso. Aunque las circunstancias antes señaladas provocarán que el deber de informar y asesorar coincida y se superponga, en tales supuestos, a la lectura del documento, que luego analizaremos.

Pues bien, este deber esencial, cuyo cumplimiento ha sido hasta hace bien poco práctica y signo distintivo del Notariado, está siendo obviado e incumplido cada vez con más frecuencia. A causa del aligeramiento practicado por muchos notarios y querido y buscado a la vez por un sector importante de personas que, de algún modo y por razones espurias, están interesadas en la intervención mínima notarial.

Por lo que la recuperación de aquella práctica y el cumplimiento del deber de asesorar supondrá un giro a favor de la humanización y modernización de la función notarial.

e) **Redacción del documento**

El notario debe redactar el documento con claridad y concisión. Suele citarse como modelo de norma al respecto, y verdaderamente como tal hay que reconocerla, la del artículo 148 RN: "los instrumentos públicos deberán redactarse empleando en ellos estilo puro, preciso, sin frases ni término alguno oscuros ni ambiguos, y observando, de acuerdo con la ley, como reglas imprescindibles, la verdad en el concepto, la propiedad en el lenguaje y la severidad en la forma".

El buen notario, para lograr tal perfección, debería tener, al lado de la legislación, el diccionario de la lengua, y así poder cumplir con el ideal de escritura esbozado en el precepto citado (29).

(29) Uno de los problemas de nuestro Derecho (leyes y resoluciones judiciales) es la falta de claridad en su redacción y argumentación. La mayoría de las leyes tienen una redacción imprecisa y, a veces, contradictoria,

Sin embargo, como sabemos, en el momento actual la mayoría de las escrituras llegan a la notaría previamente redactadas, no solo cuando las envían entidades que realizan contratos de adhesión, sino también cuando intervienen, como asesores, modernos despachos de abogados, que, en ocasiones, no toleran la menor corrección, incluso de la parte exclusivamente notarial, como la comparecencia o intervención.

Existe, además, otro tipo documental, las pólizas, en las que el notario se limita a intervenir mínimamente. Se trata, en este caso, de documentos cuya redacción suele ser un claro atentado a la seguridad jurídica y a la igualdad de los contratantes. Sin que el notario tenga medios para poder corregir las deficiencias que provocan tan grave deterioro. Y menos después de la sentencia del TS de 20 de mayo 2008, que luego comentaremos, que, al rectificar la redacción del párrafo cuarto del artículo 147 RN, ha dado alas para que los notarios mercantilizados aligeren al máximo su intervención, ya minimizada en las pólizas, incluso para poder actuar aunque el contenido del documento vulnere la más elemental exigencia de seguridad, como es la claridad.

En efecto, las pólizas llegan impresas a la notaría, muchas veces, en letra tan pequeña, que pocos son los privilegiados que gozan de la vista necesaria para poder leerlas. Parece como si se hicieran precisamente para que no se lean. Pero, además, muchas de ellas contienen cláusulas que ni el propio notario puede aclarar o explicar, porque su redacción es ininteligible incluso para el jurista (30).

bien porque sean resultado de transacciones o pactos políticos, o porque no intervienen en su redacción verdaderos juristas. Y en cuanto a las sentencias, incluidas las del Tribunal Constitucional, gran parte de las mismas son confusas, plagadas de reiteración, profusión y largas exposiciones doctrinales, que las hacen, en muchas ocasiones, ininteligibles, y, desde luego, convierten su lectura en un verdadero suplicio.

Lo cual afecta negativamente a la seguridad jurídica y, consecuentemente, a la justicia misma, que exigen claridad y exactitud.

Una norma mal redactada, una sentencia o una escritura ininteligibles generan una oscuridad incompatible con la seguridad, ya que a la interpretación de la ley se superpone la de la sentencia o la de la escritura misma.

(30) Cada vez es mayor la utilización en la contratación mercantil de terminología y modelos del mundo anglosajón; que son farragosos y repe-

En relación con las escrituras con minuta previa, el notario, no obstante la pretensión de una de las partes de imponer su redacción, debe depurarlas de todo lo que sea contradictorio o ambiguo y, desde luego, en ejercicio del deber de velar por la legalidad, negarse a autorizar cláusulas ilegales. Así lo establecía el artículo 147 RN en su párrafo segundo, al disponer que la obligación del notario de adecuar la voluntad negocial plasmada en la escritura al ordenamiento jurídico se extiende al caso en que se pretenda un otorgamiento según minuta o la elevación a público de un documento privado (31). Y así deberá seguir haciéndolo, tal como se deduce de otras normas de rango suficiente, como aclararé más adelante. Además, en estos casos, con más razón, deberá el notario extremar el rigor y la atención en el momento de la lectura y de la explicación del contenido y efectos del documento.

En cuanto a las pólizas, deberían las entidades de crédito, aunque solo fuera para salvar la imagen, sustituir la redacción actual por una clara, precisa y concisa, para lo cual cuentan con la ayuda y experiencia del Cuerpo notarial. Aunque lo más adecuado será que se regulen de manera más detallada y rigurosa los aspectos formales que inciden en la claridad de tales documentos; con lo que los notarios, en cumplimiento del deber de velar por la legalidad, podrían corregir los desvíos o incumplimientos de la forma reglada (32).

titivos, y contrastan con la concisión, sencillez y claridad de nuestra tradicional redacción de los contratos.

(31) Dicho párrafo fue anulado por la sentencia del TS de 20 de mayo de 2008, que luego comentaremos, y a causa de ello quedó abierta una brecha en la seguridad, al facilitar tal supresión la actuación ligera e irresponsable del notario, en consonancia con la actual tendencia a la simplificación y mercantilización de la función notarial.

(32) Es cierto que el RN dispone en su artículo 197 que las pólizas deben extenderse con caracteres perfectamente legibles, pero al no redactarlas el notario, no es aplicable la exigencia de precisión y claridad del artículo 148. El notario no tiene otro margen para intervenir en la redacción que el que señala el citado artículo 197, que es el relativo a las circunstancias del otorgamiento y de la intervención notarial, así como para completarla mediante diligencia en los limitados términos que el mismo precepto establece. Por lo que la única vía para hacer cumplir aquella norma sería la denegación de su intervención, en su caso. Pero en la medida que el notario no cuenta con una reglamentación que establezca de modo preciso y

Cuando el notario redacta directamente el documento porque las partes le hayan requerido (rogación), ha de hacerlo de modo que este surta todos sus efectos, y, por lo tanto, deberá cumplir todas las formalidades y exigencias legales, es decir, adecuarlo al ordenamiento jurídico. Y tiene que hacerlo por la propia esencia o naturaleza de la función, que es dar seguridad a la actuación negocial privada, o sea, crear un documento eficaz y seguro. Por tanto, no puede hablarse entonces en este caso, en rigor, de control de legalidad, sino de actuación notarial correcta o necesaria.

Sin embargo, cuando al notario se le presenta un proyecto de documento ya redactado, una minuta, que es el caso cada vez más generalizado, se plantea el problema de si puede denegar su intervención cuando no se cumplen todos los requisitos legales, o, por el

concreto los caracteres y forma de las pólizas, y que en la práctica bancaria es usual el empleo de modelos impresos y estereotipados, le es muy difícil hacer cumplir la exigencia de que la póliza esté redactada con caracteres perfectamente legibles y, desde luego, imposible sustituir la redacción de las cláusulas ininteligibles. Pues ni la regulación actual da margen para ello, como hemos visto, ni la solución de la denegación de intervención podrá adoptarse en la práctica, sin serias dificultades. No se puede olvidar que la póliza es un híbrido que se ha incorporado de modo forzado a la técnica notarial, pero conservando el origen privado de su redacción y la mínima intervención notarial, y que, partiendo de esta circunstancia, al notario probablemente no le quede otra vía que la de las advertencias legales, para hacer notar la falta de claridad o inteligibilidad de la póliza, sobre todo cuando todos los comparecientes insisten en su otorgamiento, dada la urgencia para obtener el resultado económico que pretenden.

A todo ello hay que añadir que en las circunstancias actuales de competencia mercantil agresiva y con una regulación permisiva y deficiente, que no le protege, el notario que se atreva a poner obstáculos a la intervención, por muy razonables y útiles que sean, incluso para la propia entidad de crédito, quedaría tachado y excluido del "circuito" de esta.

Con lo que el problema remite a otro de la misma gravedad, que es el de la independencia del notario. Por eso, el esfuerzo por la modernización del Notariado, activando todas las pautas que en este trabajo se han expuesto, es clave para vitalizar y fortalecer la seguridad jurídica, que exige, para su realización privada, independencia en el encargo de llevarla a buen puerto.

A la independencia del notario he dedicado la primera parte de "Modernización del Notariado", aludida la principio, en especial, al analizar el lugar de firma.

contrario, tiene que autorizarlo a sabiendas de su ineficacia, salvando su responsabilidad con las advertencias oportunas.

La redacción impuesta se produce no solo en los llamados contratos de adhesión, sino también en los casos en los que los interesados han acudido previamente a un asesor jurídico distinto del notario, a veces por desconocimiento del deber de asesoramiento que el notario tiene, pero también porque se trate de actuaciones complejas en las que ha mediado un abogado, o porque la entidad que establece el clausulado encarga su redacción no al notario, sino a una gestoría o a su propia asesoría jurídica, como he señalado anteriormente.

En todos estos casos el notario, en cumplimiento de su obligación de control de legalidad, deberá corregir la minuta que se le presente, adaptándola al ordenamiento jurídico.

Así se deduce del artículo 1 de la LN cuando dispone que: "El Notario es un funcionario público autorizado para dar fe, con arreglo a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales." Y el artículo 2 que: "El Notario que negare sin justa causa la intervención de su oficio, incurrirá en responsabilidad...".

Los notarios, a partir de estos preceptos, consideraron siempre que su intervención suponía el control de legalidad, pues el artículo 1 citado dice con arreglo a las leyes, no con arreglo a esta ley y su reglamento, y la "causa justa" a que se refiere el artículo 2 LN no podría ser otra, como veremos, que la ilegalidad del acto pretendido. Además tal ajustamiento a la ley era lo lógico, teniendo en cuenta su carácter de funcionario y el fundamento de su función, que es conseguir la mayor seguridad jurídica.

No tendría sentido la existencia de un funcionario investido de la función de convertir un documento en público, con las consecuencias y potencialidad que implica (en el ámbito probatorio, ejecutivo, legitimador), si se admitiera que tal conversión documental se pudiera hacer conociendo el notario su nulidad o invalidez.

Por eso el control de legalidad previo a la autorización fue considerado como principio esencial de la actuación notarial.

De ahí que la Ley 24/2001, de 27 diciembre (de medidas fiscales, administrativas y de orden fiscal), al introducir la innovación de la firma electrónica, y añadir a la LN el artículo 17 bis, disponga para el instrumento público en general que: "el notario deberá dar fe de la identidad de los otorgantes, que a su juicio... tienen capacidad y

legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada”.

Y el artículo 24 LN reitera que “el notario en su consideración de funcionario público deberá velar por la regularidad no solo formal sino material de los actos o negocios jurídicos que autorice o intervenga, por lo que (a causa de ese deber general de control de legalidad) están sujetos al deber especial de colaboración con las autoridades judiciales y administrativas”.

Por su parte, el artículo 145 RN establecía, en congruencia con el artículo 17 bis LN, que “No obstante, el notario, en su función de control de la legalidad, deberá negar la autorización o intervención, cuando a su juicio la autorización o intervención notarial suponga la infracción de una norma legal, o no se hubiese acreditado al Notario los requisitos legalmente exigidos como previos”. Y el artículo 147 en su párrafo segundo disponía que el notario deberá adecuar la voluntad de los otorgantes al ordenamiento jurídico incluso en el caso de otorgamiento según minuta o de elevación a escritura pública de un documento privado; y en el párrafo cuarto ordenaba que intervendrá las pólizas siempre que su contenido no vulnere el ordenamiento jurídico.

Sin embargo, aunque estas normas reglamentarias han sido anuladas por el Tribunal Supremo en sentencia de 20 de mayo de 2008, después de interpretar los preceptos legales anteriormente citados de modo desquiciado y, por tanto, erróneo, tal como se deduce de lo antes expuesto, hay que tener en cuenta que tales preceptos siguen vigentes, con su clara, contundente y general exigencia de que el documento se adecue al ordenamiento jurídico, y que la Ley 2/2009, de 31 de marzo, si bien con referencia a préstamos o créditos hipotecarios, ha reiterado que los notarios, en su condición de funcionarios públicos y como consecuencia del deber genérico de control de legalidad, denegarán su autorización cuando no se cumpla la legalidad vigente. Poniendo en su sitio los deberes y características propias de la función notarial (33).

(33) He tratado el control de legalidad notarial y crítica de la referida sentencia en “El control notarial de legalidad”, en *Escritos Jurídicos*, Consejo General del Notariado, tomo I, pp. 549 y ss.

f) Lectura del documento

La regulación notarial parte del presupuesto ideal de que el notario redacta siempre el documento y que lo hará conforme a la voluntad de los otorgantes, la cual deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico, y de que les informará del valor y alcance de su redacción; incluso en los casos en los que se entrega al notario, normalmente por solo una de las partes, el borrador de escritura o minuta, tal como hemos visto (arts. 17 bis LN y 147 RN).

El cumplimiento de tales preceptos implicaría un conocimiento del contenido y efectos de la escritura por parte de los otorgantes antes del acto formal del otorgamiento, que justificaría la norma del artículo 193 RN, cuando permite que la lectura se haga por los otorgantes o por el propio notario aunque sea de forma explicativa, a su elección.

Sin embargo, en la realidad las cosas son muy distintas. En la mayoría de los casos, hoy, el notario se limita a copiar o transcribir el borrador que se le entrega, o, simplemente, a trasladar a papel, previa su adaptación al formato escritura, el texto que se le envía por correo electrónico, sin que se le tolere la más mínima corrección, aunque la ambigüedad, imprecisión o contradicción sean evidentes, cuando no la vulneración directa de normas jurídicas (34). Actitud alentada por la corriente mercantilista tantas veces aquí denunciada, y hoy favorecida y avalada por el TS (s. 20 mayo de 2008), que ha considerado nulo el párrafo segundo del artículo 147 RN, que, como hemos visto, extendía al otorgamiento según minuta el control, información y adecuación exigidos por el párrafo primero de dicho precepto para las escrituras redactadas directamente por el propio notario.

De ahí que el artículo 193 RN resulte hoy insuficiente para dotar al documento de la seguridad adecuada. Por un deber elemental, el notario debe leer el documento para poder informar con rigor y veracidad sobre su contenido; y por muy rutinaria y repetitiva que sea, al tratarse normalmente de minutas relativas a un mismo tipo de negocio jurídico, debe revisar personalmente su transcripción y redacción final. La última intervención formal, o sea, la lectura del

(34) Cuando la redacción se hace con arreglo a minuta, el notario, la mayoría de las veces, se limita a integrarla con las variables, como los datos de los comparecientes, descripción de las fincas, etc.

documento a que se refiere el citado precepto, no debe quedar, en un sistema que pretenda la seguridad máxima, al arbitrio, a "elección" del notario, tal como permite el artículo 193 RN (35).

Es, sin embargo, razonable la posibilidad, que dicho artículo en su redacción actual introduce, de equiparar a la lectura íntegra formal, siempre farragosa y poco inteligible para la mayoría de los otorgantes, la explicación del "contenido del instrumento con la extensión necesaria para el cabal conocimiento de su alcance y efectos, atendidas las circunstancias de los comparecientes". La explicación por el notario, que presupone lógicamente que este lo ha leído con anterioridad, hace inteligible el documento, ya que la mayoría de las personas que lo otorgan no entienden el lenguaje técnico jurídico, ni, por tanto, llegan a conocer claramente, con solo su lectura, los efectos derivados de su asentimiento a las cláusulas contenidas en el mismo (36).

Pero, como ya he dicho anteriormente, al permitir el artículo 193 RN que la lectura o explicación sustitutiva del notario se omita cuando lean el documento los otorgantes, está desconociendo el legislador que, por mucha lectura que estos realicen, en la mayoría

(35) La lectura previa por el notario se impone por pura lógica del sistema. Se trata de la operación imprescindible de repasar o revisar el texto escrito para comprobar que no se ha incurrido en error que pueda trastornar su significado, en contra de lo verdaderamente querido. Y más hoy, si tenemos en cuenta que los medios informáticos, aunque suponen un avance en cuanto a agilidad y ahorro de tiempo, al utilizarse bajo la presión que provoca la urgencia que cada vez se exige con más intensidad, implican un riesgo de error si no se repasa minuciosamente la última redacción. Pero, además, la lectura anterior es una actuación necesaria para poder cumplir el deber de informar a los comparecientes del significado del texto escrito. Pues difícilmente podrá informarse o explicarse lo que no se ha redactado o leído por uno mismo. Y, desde luego, la explicación del contenido del documento se impone en todo caso para poder aseverar que coincide con la voluntad debidamente informada de los otorgantes.

(36) En la práctica, no obstante, los notarios prudentes y con sentido de la responsabilidad, suelen revisar el documento antes de la última intervención formal a la que se refiere el artículo 193 RN, y explicar en esta el contenido del mismo a los otorgantes, aunque estos lo hubieran leído.

de los casos, les resultará muy difícil la comprensión total de los efectos del documento (37).

Este precepto es, pues, contrario a la finalidad de la función notarial, que es proporcionar el mayor acierto en la solución de los problemas jurídicos, sin concesiones al azar y sin dejar resquicios a través de los que pueda colarse el error.

4. LA ORGANIZACIÓN DE LA OFICINA PÚBLICA

El artículo 42 del RN dispone que "los Notarios deberán tener su despacho u oficina en el punto de su residencia, en condiciones adecuadas y decorosas para el ejercicio de su ministerio, teniendo allí centralizado la documentación general y particular que se le confíe". Matizando el artículo 69 RN que "el estudio del Notario tendrá la categoría y consideración de oficina pública".

Como vemos, el Reglamento Notarial se limita a marcar las características generales que debe tener el despacho, dejando un amplio margen a cada notario para su organización. Sin embargo, a la hora de organizar la notaría, habrá que tener en cuenta algunas notas que caracterizan la función notarial, como la independencia (art. 1 RN), el secreto profesional (art. 274 RN), o la obligación de conservar el protocolo (arts. 272 a 284 RN). A tales pautas deberá sujetarse la organización de aquella.

(37) Por lo que se refiere a las pólizas, aunque la sentencia citada haya suprimido del párrafo cuarto del artículo 147 RN, y del párrafo primero del artículo 197 quater RN, la frase relativa al deber de control de legalidad por el notario, sin embargo, en la medida que subsiste su deber de aseverar que su contenido es conforme a la voluntad de las partes, así como el de informar a una de las partes respecto a las cláusulas propuestas por la otra y de comprobar que no contienen condiciones generales declaradas nulas por sentencia firme e inscritas en el Registro de Condiciones Generales, se puede entender que está implícito el deber de lectura previa, pues difícilmente podría cumplir el notario los anteriores deberes si no tiene un cabal y completo conocimiento de la póliza. Así podrá deducirse del artículo 147, párrafos cuarto y quinto, y del 197 quater d), e) y g) del RN.

A) LOCAL ADECUADO PARA EJERCER EL SERVICIO PÚBLICO NOTARIAL

El local debe reunir las condiciones necesarias para que se pueda realizar en él la función notarial de forma ordenada y segura. Ello implica que debe tener un espacio reservado para guardar el protocolo, no accesible al público y acondicionado para obtener la máxima seguridad.

El local debe tener además una distribución que permita que los comparecientes puedan puntualizar sus acuerdos y el notario realizar su asesoramiento y redacción final sin interferencias ajenas.

No es pues acorde con la necesaria atención personal, intimidad y reserva que requiere la actuación notarial, que la firma se realice acogiendo a comparecientes relacionados con escrituras distintas en espacios acondicionados para una actuación masiva.

Tampoco parece adecuado y razonable el sistema de celdas previstas y preparadas para aligerar la intervención notarial, de modo que el notario va recorriendo las mismas, sin sentarse siquiera, y limitándose a preguntar si han leído la escritura y a firmar.

En los últimos tiempos de mercantilización progresiva de la actuación notarial se están extendiendo estos tipos de despacho, los cuales han provocado crítica y malestar de los particulares; aunque gozan del beneplácito y aprobación de los que pretenden reducir la función notarial al mínimo (38).

B) PERSONAL COLABORADOR DEL NOTARIO. FORMACIÓN Y CUALIFICACIÓN

Para la buena realización del trabajo notarial son precisas la ayuda y colaboración de personas preparadas técnicamente y con un conocimiento mínimo de los principios que rigen la función notarial. El notario debe formar un equipo apto para trabajar con el rigor y la exactitud necesarios para lograr la máxima seguridad.

El número de colaboradores de una notaría está, lógicamente, en función del número de documentos que se autoricen en la misma.

(38) No parece tampoco muy adecuado para salvaguardar la independencia no solo aparente, situar el despacho en el mismo edificio de una entidad de arrastre masivo de documentos.

Pero al llegar a este punto conviene recordar que el notario solo puede autorizar un número limitado de documentos, que viene determinado por la propia naturaleza de la función, que exige una atención personalizada y un rigor incompatibles con la autorización ilimitada. De ahí que la existencia de un número elevado de colaboradores sea reveladora de un probable exceso y desvío de fines, y por tanto de corrupción notarial (39).

El notario tiene, sin embargo, la obligación de rodearse del personal colaborador cualificado que sea necesario para hacer más eficaz su actuación sin menoscabo de la seguridad y del rigor.

En este sentido, el notario debe contar con personas expertas en la técnica notarial, considerando la necesaria especialización que permita distribuir el trabajo de manera eficaz; teniendo en cuenta los distintos aspectos o ámbitos o pasos que necesariamente deben recorrerse para llevar el documento a buen término. Así, debe proveer a la adecuada atención de los que demandan el trabajo notarial, contar con el rigor y minuciosidad del copista, la formación jurídica de los oficiales y auxiliares, y el complemento necesario del experto contable y gestor diligente.

Interesa resaltar aquí la necesidad de formar al personal colaborador no solo en los aspectos técnicos antes relacionados, sino en los conocimientos mínimos de la naturaleza de la función notarial y finalidad de la misma.

Los colaboradores del notario deben saber que la finalidad de su trabajo no es obtener la mayor "producción" y ganancias, que el objetivo no es empresarial, sino proporcionar seguridad y confianza, y que lo que realizan es un servicio público.

Los colaboradores del notario deben saber que el rigor es clave de su trabajo. Lo que exige comprobación y cotejo de datos, análisis de antecedentes, revisión y exactitud de las transcripciones, aviso al notario de cualquier irregularidad que conozcan y velar por el orden y conservación de la documentación.

(39) Como he puesto de relieve en el apartado dos del trabajo sobre la "Modernización de la función notarial" (*Escritos Jurídicos*), el notario que sobrepasa el límite que la naturaleza de la función impone, que viene marcada por la necesaria atención personal indelegable, está degradando la función pública notarial al impedir que esta realice su objetivo, su fin, que es la seguridad.

Los colaboradores del notario deben saber, también, que la discreción y el secreto son exigencias básicas de la actuación notarial. Ello supone el rechazo de prácticas como la de dar información sin previa acreditación de legitimación, desde una visión comercial, que atiende más a la facilidad para agradar a quien la solicita que a la propia naturaleza de la actuación notarial.

Deben conocer que el rigor y el deber de secreto no suponen desatención ni demora, sino, por el contrario, si se cumplen de forma ordenada y atenta, una progresión o avance en la realización de la actividad notarial; y que no son incompatibles con la agilidad que la sociedad actual exige.

En los últimos tiempos, anteriores a la crisis económica actual, sobre todo en las grandes ciudades, a causa de la avalancha de documentación y al aumento de notarías debido a la integración de los corredores de comercio, se ha incrementado de modo significativo el número de colaboradores sin la preparación y práctica notarial adecuadas, y con nulo o escaso conocimiento y conciencia de la naturaleza y esencia de la función a cuya realización colaboran.

Se impone una reflexión y cambio de dirección en este ámbito de la colaboración, que es complemento necesario para que la función notarial consiga su finalidad y se obtenga la máxima seguridad jurídica.

El Notariado debe proveer y exigir la formación adecuada del personal colaborador, para lo que es preciso reactivar escuelas o cursos de preparación y formación.

5. LA GESTIÓN DE DOCUMENTOS

Para la plena eficacia del documento, en la mayoría de los casos, es necesario realizar una serie de actuaciones, anteriores y posteriores a la estricta actividad notarial. Algunas han sido incorporadas legalmente a esta, dada su importancia para lograr la plena seguridad (solicitud de nota registral informativa sobre titularidad y cargas y ahora comprobación telemática de estas mediante acceso directo a los libros del Registro, presentación telemática en el Registro, etc.). Otras, aunque pueden realizarse extranotarialmente, como la liquidación de impuestos derivados del acto documentado, presentación

y seguimiento hasta su inscripción en Registros públicos, etc., sin embargo, su gestión por el notario supone una agilización y una seguridad que otros medios no pueden proporcionar; dadas las posibilidades que brindan hoy las telecomunicaciones en conjunción con la fehaciencia, rigor y conocimiento de la génesis documental que el notario aporta.

Hoy, estos últimos trámites complementarios, en los casos en los que interviene una entidad de crédito o cuando el que encarga la escritura es un despacho de abogados, suelen realizarse por gestorías ajenas a la notaría.

En los demás casos, cuando los particulares acuden directamente al notario, normalmente, se encuentran desorientados y le solicitan que se encargue de realizar los trámites necesarios para la eficacia total del documento, pues para ellos representan dificultad y preocupación. De ahí que la gestión del documento constituya, en estos supuestos, un deber que se inserta en la naturaleza misma de la función notarial, pues se trata de lograr que el documento público tenga la máxima eficacia y seguridad (40).

En el momento actual, con el desarrollo de las comunicaciones telemáticas seguras, la posibilidad de tramitar directa y rápidamente por el notario el documento sin el soporte papel, hace más útil y necesaria la extensión de la actuación notarial a aquellas actividades posteriores que completan la seguridad máxima, y supone, por lo tanto, el perfeccionamiento del sistema.

Para ello, y aquí sí es factible la delegación, el notario deberá tener colaboradores expertos, con los conocimientos necesarios para realizar la autoliquidación de los impuestos correspondientes, así como con el sentido de responsabilidad y cualidades necesarias para llevar en el menor tiempo posible a buen término la completa tramitación del documento.

(40) La resolución de la DGRN de 23 de enero 1990 consideró que una práctica constante, reiterada e ininterrumpida hace que en la mayoría de los casos los interesados confíen al notario el cumplimiento de los trámites formales y fiscales anteriores y posteriores al otorgamiento de la escritura, lo que demuestra que la gestión del documento cae dentro de la función notarial, al constituir el medio idóneo destinado a proporcionar a los particulares el perfecto cumplimiento de los fines lícitos que se proponen alcanzar al demandar la intervención notarial.

Esta labor de gestión bien hecha aumenta la seguridad y, por tanto, la confianza de los particulares en la garantía que supone la intervención notarial, así como la tranquilidad de no verse sorprendidos por requerimientos administrativos y gravámenes imprevistos a causa de una tramitación mal llevada.

La asunción, pues, por el Notariado de la gestión del documento supone un progreso y perfeccionamiento del sistema de seguridad jurídica y contribuye a la modernización y humanización de las relaciones sociales.

6. ORGANIZACIÓN CORPORATIVA

A) Es preciso potenciar el dinamismo y vitalidad de los **Colegios Notariales**, los cuales, a través de las Juntas Directivas y del Decano, están encargados de velar por el cumplimiento de las normas que regulan el ejercicio de la función notarial y por el perfeccionamiento de este.

Tales órganos deberán estimular la participación de los notarios en la formación continua y en las reuniones y debates sobre auto-crítica, necesaria para perfeccionar el ejercicio de la función.

Deberán, también, propulsar la participación y el protagonismo en foros abiertos a otros ámbitos jurídicos, de modo que la institución notarial sea referente en el estudio y conocimiento del Derecho.

Una de las regulaciones más equilibradas de nuestro sistema notarial, ejemplar, era la relativa a la elección y tiempo de duración de los cargos de las Juntas Directivas de nuestros Colegios Notariales, tal como se diseñaba en el Reglamento Notarial antes de la última reforma. Que era un modelo desde el punto de vista democrático y un oasis en el régimen político anterior.

Por ello, considero que la ampliación del tiempo de duración de los cargos en las Juntas Directivas y Presidencia del Consejo y la posibilidad de reelección indefinida, tal como se regula hoy, después de la modificación perpetrada por la última reforma del Reglamento Notarial (arts. 319 y 337), es un **grave retroceso**, que afecta a la vitalidad de dichos órganos.

Es, pues, necesario restablecer la regulación que limitaba el tiempo de duración de los cargos de la Junta y del Decano a tres años y a una sola reelección. La limitación del mandato es garantía del buen

funcionamiento y evita la inercia y acomodación en los cargos, y la consiguiente falta de perspectiva cuando no de corrupción, desidia o abuso. En el caso de los notarios, la situación se agrava si tenemos en cuenta su cada vez más notable tendencia a la inercia y al desinterés por las cuestiones colectivas. La ampliación del tiempo y la prórroga indefinida llevará, en la práctica, a la perpetuación en el cargo de la mayoría de los Decanos de España; lo cual afectará a la vitalidad y dinamismo del Notariado, tan necesarios para el perfeccionamiento de la función notarial.

B) Por lo que se refiere al **Consejo** General del Notariado, debería este órgano adaptar su estructura a su función, que ya no es solo la coordinación de los Decanos, sino la activación de la política notarial como Cuerpo único, dado el carácter unitario del instrumento público (eje de la función notarial).

Ello exige que los Consejeros sean directamente elegidos por todos los notarios para tal cometido. Es hora de que se recoja el deseo reiteradamente expresado por el Notariado en diversas ocasiones, en el sentido de que aquel órgano sea más representativo. Sin perjuicio de la participación de los Decanos como miembros natos del Consejo, dada la necesaria coordinación de la actividad notarial en todos los Colegios.

Es preciso que se imponga una mayor transparencia e información a los notarios por los órganos del Consejo, así como la fiscalización y control democrático de este.

Es necesario, también, que se establezca la incompatibilidad del cargo de Decano con el de Presidente, Vicepresidente y demás del Consejo que exijan dedicación continua, ya que el Decano que ejerce como Presidente o Vicepresidente del Consejo, dada la dedicación que exigen estos cargos, no puede cumplir los deberes derivados del cometido para el cual fue precisamente elegido inicialmente. Grave desatención, abandono y dejación de las funciones que de modo directo le han encomendado los notarios del Colegio respectivo, a causa de una inadecuada y errónea regulación institucional del Notariado (41).

(41) Hago un análisis más detallado en mi artículo "El debate de Madrid sobre organización del Notariado. Una propuesta de reforma", en *Revista El Notario del siglo XXI*, 2011, núms. 36 y 37.

C) Por último, el sistema organizativo debe completarse con una regulación de la **responsabilidad disciplinaria**, que garantice el cumplimiento efectivo de las normas que conducen al buen ejercicio de la función, de acuerdo con lo aquí expuesto.

7. LA FORMACIÓN DEL NOTARIO

La clave para el ejercicio de una función pública es el mérito basado en los conocimientos y preparación necesarios para resolver los problemas que se derivan de la finalidad de la misma.

Para lograr una selección objetiva que elimine cualquier tipo de consideraciones distintas a la preparación para ejercer la función pública de que se trate, se ha venido utilizando el llamado sistema de oposiciones.

Dentro de este sistema caben diversos métodos de selección, que pueden concretarse principalmente en dos. Uno, en el que se trata de evitar la memorización y se prima la capacidad para resolver problemas jurídicos directamente a través de pruebas escritas de solución de problemas propios de la función de que se trate. Y otro, basado principalmente en el estudio y memorización de un programa de temas o materias propias de la función respectiva a la que se pretende acceder.

Este último es el adoptado tradicionalmente para ingresar en el Cuerpo notarial. Consiste en dos pruebas orales, en las que el opositor demostrará el conocimiento de todas las instituciones del Derecho privado, y dos ejercicios escritos, en los que se acreditará la asimilación y grado de profundización que el opositor ha logrado en relación con la aplicación práctica del Derecho.

Este sistema tiene las siguientes ventajas:

1) Mayor objetividad para valorar el mérito del opositor, pues es más difícil que primen criterios subjetivos en el tribunal calificador, criterios que empañarían la justicia de la selección.

2) Permite un conocimiento minucioso e integral del Derecho, que facilita y agiliza, desde una visión panorámica, la solución de los problemas jurídicos, que, en la práctica, nunca se circunscriben a una sola institución teóricamente independiente.

3) Los resultados prácticos obtenidos; fácilmente constatables a través del reconocimiento social y la alta confianza que generó la intervención del notario.

El sistema actual es, pues, el más objetivo, da lugar a una preparación profunda y tiene el refrendo de la experiencia.

Un cambio que minimice la preparación teórica del notario, y, por lo tanto, prescindiera de la disciplina que la preparación referida exige, provocaría un bajón de seguridad y calidad.

Esto último se ha comprobado con la integración recientemente realizada de un Cuerpo cuya mayoría de sus miembros carecía de una preparación rigurosa y adecuada para el ejercicio de la función notarial; lo que provocó una pérdida lamentable no solo de calidad técnica, sino también de rigor, que se ha traducido en un aligeramiento de la intervención y en un aumento considerable de errores; con la consecuente merma de confianza de los ciudadanos en la función pública notarial (42).

Debe, pues, conservarse como sistema de acceso aquel que garantice objetividad en la selección así como el conocimiento integral del Derecho que deba aplicarse.

Tal como hasta ahora se ha desarrollado, el sistema de oposición reúne estas características, ya que la memorización, en principio y sin perjuicio de lo que después diremos, facilita la agilidad y la correcta solución de los problemas jurídicos que se plantean, y, a la vez, potencia la disciplina, la austeridad y el rigor, que son cualidades necesarias para el ejercicio de una función, como la notarial, que se basa en la comprobación minuciosa de los hechos y en la construcción jurídica eficaz y segura.

Sin embargo, sería conveniente hacer una serie de correcciones que lo hagan más atractivo y racional, dentro de un proceso de humanización de las relaciones sociales. Así, deberían eliminarse del programa las materias puramente procedimentales o reducir al mínimo el estudio de aquellas que carecen de importancia desde el punto de vista de la práctica notarial; por ejemplo, el procedimiento para adquirir la nacionalidad, el procedimiento de ejecución hipotecaria, el estudio detallado de los censos y de las servidumbres legales, etc.

(42) La falta de conocimiento de la naturaleza de la función pública notarial y de sus fines por nuestra clase política fue la causa de tal ataque a la seguridad jurídica. Lo que revela, además, desconocimiento de la estructura del Estado y la falta de lealtad a las normas y principios constitucionales, los cuales establecen como criterio de acceso a los cargos públicos el mérito y como valor esencial la seguridad jurídica.

Habría que pensar también en suprimir aquellas materias o ejercicios que los tribunales de oposiciones no tienen en cuenta para la calificación. Así, el Derecho procesal y administrativo o el cuarto ejercicio, consistente en la redacción de una escritura. En cuanto a este, siendo como es la escritura el eje de la actividad notarial, debiera ser objeto de una rigurosa y especial exigencia, a través de un estudio profundo y especializado complementario de la oposición, como veremos cuando analicemos la creación de la Escuela Notarial. No es lógico que en un sistema de selección para una función cuya clave es la veracidad, se incluyan materias y ejercicios de manera puramente simbólica o ficticia.

Desde otro punto de vista, la inclusión exhaustiva de los Derechos forales o especialidades de las Comunidades Autónomas, las cuales se han lanzado a legislar de una manera compulsiva, recarga de tal modo la memorización del programa que hace el estudio de las instituciones de una dificultad casi diabólica, afectando además a la unidad lógica del sistema. Y convierte la preparación en un tormento innecesario, ya que en la práctica los opositores y los tribunales terminan sin saber los unos y exigir los otros el conocimiento de la legislación foral. La modernización o humanización de las relaciones sociales exige simplificar el programa, también en este campo, concentrando en pocos temas las principales especialidades de los Derechos forales y llevando a la Escuela Notarial el estudio en profundidad del Derecho propio de la Comunidad Autónoma en la que se pretenda ejercer como notario.

Siguiendo la pauta de humanización y racionalización de la oposición, es deseable que se mantenga la división del programa en dos ejercicios orales. Tener que recordar en un solo día la totalidad de los temas que integran el programa de oposiciones exige un esfuerzo que en nada beneficia a la formación del notario, y que puede ser causa de rechazo por parte de personas valiosas, que no están dispuestas a asumir tal esfuerzo excesivo e innecesario de memorización.

La distorsión que suele achacarse a este sistema por parte de miembros de tribunales, consistente en que los opositores concentran toda su atención en el primer ejercicio y abandonan la preparación del segundo, podría corregirse por los centros de preparación, que hoy son prácticamente oficiales, a cargo de los Colegios Notariales o de las Academias del Notariado, exigiendo la preparación conjunta de ambos ejercicios orales. Otra manera de resolver tal pro-

blema sería mediante la creación de dos tribunales, uno para juzgar el primer ejercicio y el otro para el segundo, lo cual permitiría dejar un intervalo calculado de un mínimo de 25 días y máximo de 35 entre ambos ejercicios; cuyos tribunales se unirían para calificar el tercer ejercicio.

Otro de los problemas que puede plantear la existencia de los dos ejercicios orales es la excesiva duración y cansancio que supone para los tribunales. Sin embargo, este inconveniente ya está siendo obviado mediante el nombramiento de varios tribunales para una misma oposición. También podría ayudar a resolver este problema la admisión de notarios jubilados como miembros de los tribunales.

En relación con la **formación continuada** hay que reconocer que la oposición entre notarios ha sido un cauce extraordinariamente eficaz para elevar su nivel de calidad. Sin embargo, las circunstancias sociales y económicas actuales han provocado un menor interés por este medio de promoción y ascenso, que supone a la vez un sistema para lograr una formación de alto nivel.

Debería, pues, potenciarse la oposición entre notarios y facilitar su preparación, de modo que no sea necesario abandonar el despacho ni depender de otros para la realización de los temas. Lo que se lograría fácilmente mediante la publicación del programa con antelación suficiente, que podría ser inmediatamente después de terminada una oposición, para que cada uno de los opositores pueda, sin necesidad de contar con otros, hacer personalmente todo el temario.

Por último, considero que tanto la formación inicial como la continuada necesitan el complemento especial de una Escuela Notarial, que debería crearse en los términos y por las razones que a continuación se dicen.

8. LA ESCUELA NOTARIAL

I. INTRODUCCIÓN

A) No parece razonable que el que aprueba la oposición de notarías, de contenido exclusivamente teórico, pueda comenzar a ejercer la función notarial sin experiencia ni conocimiento práctico alguno respecto al Derecho aplicado y a la estructura del documento.

Es como si a un abogado, terminada la Licenciatura o el Doctorado, se le encargase sin más la defensa o la acusación procesal. O un médico, sin práctica alguna, comenzase a ejercer la medicina.

La carencia que supone tal actuación en el caso de los notarios afecta a la seguridad.

Hasta ahora, los notarios recién aprobados suelen acudir, libremente y a su propio arbitrio, al favor de un notario amigo, que se limita, la mayoría de las veces, a mostrarles el protocolo para que lo conozcan y lean unas cuantas escrituras.

Pero no es lógico ni bueno que el Notariado se desentienda oficialmente de la formación práctica e integral del notario, necesaria y básica para la realización de su función.

Se echa de menos una institución que canalice, ordene y complete la formación teórica de los notarios.

B) Tampoco parece razonable que teniendo, como tienen los notarios, una gran independencia y autonomía para realizar su actuación, no exista un sistema oficial de puesta al día y formación continuada, que mantenga el nivel de calidad que tiene el notario recién aprobada la oposición, en lo que respecta al conocimiento teórico del Derecho.

Un sector del Notariado ha alcanzado un alto nivel gracias, sobre todo, a la oposición entre notarios; pero no existe un sistema que estimule a todos los notarios a reciclarse y mantenerse a la vanguardia del Derecho Privado; en la que deben situarse, si tenemos en cuenta su responsabilidad en la consecución de la seguridad jurídica que le está especialmente encomendada.

Es preciso que la Administración en general y todos los órganos del Estado activen métodos o sistemas de actualización y formación continua de sus funcionarios, necesaria para dotar de una mayor eficiencia a los servicios públicos. En cuanto al Notariado, es preciso recordar aquí que en el momento actual de tendencia a un aligeramiento de la actuación del notario, la consecución de una mayor calidad aconseja pertinentemente la creación de un organismo que atienda especialmente a la formación de modo continuo.

C) Por último, dada la atalaya neutral desde la cual se desarrolla la actuación notarial, resulta oportuno y útil para la sociedad y el propio Estado, que se pueda contar con un organismo dentro del

Notariado, que a modo de observatorio, analice y denuncie las lagunas o insuficiencias normativas y ponga de manifiesto también las necesidades sociales que demanden nuevos cauces jurídicos. Organismo al que correspondería también detectar las exigencias de seguridad jurídica en relación con la actuación del Notariado.

II. FUNCIONES

La ESCUELA NOTARIAL organizada como institución única, deberá asumir las siguientes funciones:

A) **La preparación práctica y organizativa de los notarios recién ingresados**, de la que carecen actualmente.

Se llevará a cabo mediante un curso obligatorio de cuatro a seis meses en la Escuela Notarial, una vez aprobada la oposición. En dicho curso se realizarán las siguientes actividades y prácticas:

1. **Forma y redacción de documentos.** Estudio de la estructura del documento notarial en sus diversas modalidades (escrituras, actas, testimonios, pólizas, copias, etc.).

Para ello se realizarán simulaciones documentales que respondan al principio establecido de modo certero por el artículo 148 del RN. Se trataría de iniciar al notario en las técnicas de redacción del documento, teniendo muy en cuenta la precisión jurídica, los criterios señalados en aquel precepto sobre la concisión y claridad, y todo lo anteriormente dicho sobre el modo riguroso de cumplir las pautas que ordenadamente establece el RN en sus artículos 149 a 272.

2. **Estudio del Derecho Notarial aplicado.** El estudio de las principales instituciones jurídicas que se formalizan normalmente en documento público notarial (compraventa y demás títulos de transmisión de la propiedad y derechos reales, partición de herencia, sociedades, cambio de régimen económico matrimonial, etc.) debe hacerse, una vez aprobada la oposición, superando el enfoque parcial e independiente de cada institución que se lleva a cabo en la Universidad y luego se recoge en el programa de la oposición, por razones didácticas.

Es preciso completar la formación inicial con el estudio y reflexión sobre las interrelaciones de cada institución, que solo se perciben

desde un análisis global, es decir, desde una perspectiva que tome en consideración los aspectos fiscales, hipotecarios, administrativos, repercusiones en el ámbito sucesorio, conexión con otras instituciones, etc., pues de todos estos aspectos e interrelaciones habrá que asesorar, y todos ellos deberán ser tenidos en cuenta a la hora de plasmar en el documento el negocio concreto (43).

3. Los Derechos de las Comunidades Autónomas. Como resulta excesivo y prácticamente imposible que el programa de oposiciones abarque el estudio pormenorizado del Derecho existente actualmente en las diversas Comunidades Autónomas, parece razonable que el programa de oposiciones incluya solamente una breve referencia a las variantes más destacables de las instituciones jurídicas básicas, y sea la Escuela Notarial la que se encargue de la formación en profundidad en relación con el Derecho de la Comunidad Autónoma que el notario tenga que aplicar, teniendo en cuenta la plaza o plazas a las que pretende concursar.

De este modo, los notarios que pretendan ejercer su profesión en una Comunidad Autónoma deberán complementar su formación con el estudio del Derecho de la misma. Y será la Escuela Notarial la encargada de impartir tales cursos necesarios al efecto.

4. Organización de la oficina pública notarial. La Escuela Notarial debe asumir también la enseñanza de los métodos o sistemas de organización del despacho notarial necesarios para una mayor agilización y eficiencia. Tanto en lo que se refiere a las condiciones del local como a la selección y clasificación del personal colaborador, así como a los sistemas de formación en la técnica y rigor notarial de dicho personal, que eviten prácticas desviadas o incorrectas.

La Escuela Notarial debe impartir las enseñanzas necesarias que doten a los notarios de los conocimientos imprescindibles para organizar la oficina notarial de acuerdo con los siguientes criterios: segu-

(43) El ciudadano debe saber y el notario debe informar sobre todas las consecuencias jurídicas y económicas que el negocio jurídico que se pretende formalizar provocará, especialmente las fiscales, así como su incidencia o efectos respecto de otras instituciones (posibles retractos, ventajas e inconvenientes de las garantías del precio aplazado, solidaridad o no de los vendedores o compradores cuando son varios, etc.).

ridad del protocolo, salvaguarda de la intimidad, atención personalizada, instalación actualizada de equipos y sistemas informáticos adecuados, y preparación del personal colaborador.

Además, deberá asumir la enseñanza del manejo práctico de los **programas informáticos** básicos necesarios para el cumplimiento por el notario de sus deberes de comunicación con los órganos de gobierno del Notariado y con los demás organismos públicos, y para realizar la gestión integral del documento, al objeto de dotarlo de la mayor seguridad y eficacia.

5. **Gestión de documentos**

La gestión es un servicio complementario necesario para que el documento adquiera la plena eficacia cuando los interesados carecen de los medios y conocimientos al efecto y lo solicitan del notario.

La realización de todos los trámites necesarios para que el documento adquiera su plenitud (liquidación de los diversos impuestos, seguimiento de su situación en los diversos Registros, etc.) así como la información puntual a los interesados que permita resolver sin retraso las incidencias que se produzcan, exige una formación práctica y también teórica, que el notario debe conocer para organizar adecuadamente el servicio notarial.

6. **Deberes del notario en relación con los órganos de gobierno del Notariado y de colaboración con los mismos**

El notario debe conocer tales deberes y el modo de cumplirlos, que exige, en muchos casos, una técnica que deberá aprender. En especial, la elaboración del índice único. Deberá conocer, también, las diversas comunicaciones que está obligado a realizar con las Administraciones Públicas y con los Registros.

Para todo ello es preciso una iniciación y conocimientos con los que el notario debe llegar a su plaza cuando tome posesión de la misma.

7. **Deontología notarial**

Uno de los problemas que tiene planteado hoy el Notariado, como reiteradamente he señalado, es el de su progresiva mercantilización, al amparo de una mal entendida eficiencia equivalente a rapidez, que le está llevando a una pérdida de calidad y achicamiento o aligeramiento de su función. Lo que incide de modo frontal y negativo en el valor seguridad jurídica, que es la clave de aquella.

Es necesario que los nuevos notarios adquieran la formación y conozcan los criterios básicos adecuados para realizar su función, de modo que esta genere confianza y seguridad. Es preciso que se medite y reflexione sobre las claves de la función que van a desempeñar, y sobre los valores que conduzcan al verdadero cumplimiento de sus fines.

Tienen que saber que han sido seleccionados para realizar un servicio público del que depende la tranquilidad y confianza de los ciudadanos. De ahí la necesidad de insistir en los valores de austeridad y servicio, por encima del beneficio propio y enriquecimiento personal.

Tienen que saber que la eficiencia no está en la rapidez a toda costa, prescindiendo de la atención personal y de los trámites formales necesarios para garantizar la seguridad. Que la libertad de elección tiene como fin conseguir la mayor calidad y eficiencia, no en el sentido dislocado de falsa agilidad, sino en el de lograr un asesoramiento pleno y un documento seguro. Que todo ello implica una conducta respetuosa con los demás notarios, pues a ella conduce un ejercicio honesto y riguroso de la función notarial.

Deben saber, también, que la independencia, otra de las claves sobre las que se sustenta la buena práctica notarial, deberá mantenerse a todo trance, ya que es la garantía de imparcialidad, básica para la confianza y la seguridad.

La preparación o formación en tales valores será otro de los objetivos de la Escuela Notarial, objetivo que no se consigue con tres o cuatro charlas o conferencias, como se viene haciendo hasta ahora, sino con la observación directa de las consecuencias a que conduce la buena o mala práctica notarial, que en la Escuela cuya creación propongo deberán evidenciarse.

B) **Formación continuada**

Los notarios, dada su gran autonomía e independencia, una vez aprobada la oposición pueden despreocuparse impunemente de su puesta al día. Incluso con un resultado satisfactorio desde el punto de vista económico, al valorarse positivamente por ciertos "clientes fuertes" la intervención aséptica de mero fedatario; con lo que se le libera de su obligación de asesoramiento y consecuentemente de su deber de estar al día en el conocimiento de las leyes.

Contra tal tipo de actuación, que desgraciadamente se está extendiendo con una consecuencia degenerativa de la función notarial, deberá lucharse con los instrumentos legales de inspección y sancionador.

Pero además debe ofrecer el Notariado medios y estímulos para una formación continuada.

La Escuela Notarial deberá cumplir esta función organizando los ciclos o cursos necesarios y compatibles con el ejercicio profesional, con el fin de que todos los notarios deban acceder a todos los conocimientos y puesta al día que le permitan cumplir sus deberes de proporcionar la máxima confianza y seguridad.

C) Observatorio de la función notarial

La tercera función que la Escuela Notarial podría desempeñar es la de analizar la práctica notarial, señalando los desvíos que se observen y los medios para su corrección. A través del mismo órgano podrá asumir también el estudio de las necesidades sociales y del Estado en relación con la seguridad jurídica preventiva y proponer las innovaciones o modificaciones que resulten convenientes según los resultados del análisis sociológico que a tal efecto se haga.

Podría activar, también, las medidas necesarias para llevar al conocimiento de todos los ciudadanos lo que la función notarial les pueda aportar en información neutral y seguridad.

La Escuela Notarial se convertiría en pieza básica para el perfeccionamiento y modernización del Notariado, sería clave para la coordinación de los notarios, que es muy deficiente en el momento actual, dada su gran autonomía de actuación, y, además, un utilísimo medio de comunicación y relación institucional del Notariado con la sociedad.

CONCLUSIÓN

Si el notario cumpliera rigurosamente, atentamente, con dedicación, sus deberes. Si actuase con espíritu de servicio. Si el Notariado recupera la seriedad, el rigor y la independencia que le ha caracterizado hasta hace bien poco. Si su organización se moderniza en los términos que aquí se han expuesto. Si los Poderes públicos atienden y potencian los medios para conseguir que la función

notarial cumpla estrictamente sus fines de seguridad jurídica, se podrá lograr un progreso social al humanizarse las relaciones jurídicas, y lograr una convivencia más pacífica y justa, pues la seguridad y la confianza que genera son condiciones necesarias para ello.

Si el auténtico Derecho es el conjunto normativo que permite la máxima paz social. Si la solución jurídica verdadera y, por lo tanto, justa es la que evita o resuelve los conflictos sociales; la función notarial es la que más se aproxima o realiza el Derecho en tal sentido, es decir, el que logra la verdad jurídica, que es la que permite y provoca la convivencia pacífica. Porque, si se cumplen las pautas que he ido analizando, la intervención notarial, a través de la constatación y comprobación rigurosa de datos y hechos sobre los que se asienta la actividad negocial, del control de legalidad y del asesoramiento prudente, se acerca, como ninguna otra, al método científico, y, por lo tanto, a la verdad jurídica, que se obtiene a través del mismo. En tal sentido, si se perfecciona convenientemente, puede considerarse la función notarial como una joya jurídica, y su desprecio o desatención política o errónea consideración suponen una regresión en el proceso de humanización de las relaciones sociales.

LA SUSTITUCIÓN EJEMPLAR COMO TESTAMENTO SUSTITUTORIO: LA CONSOLIDACIÓN DE ESTA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL (*)

María Medina Alcoz

Doctora en Derecho

Profesora Titular interina de Derecho Civil

Universidad Rey Juan Carlos

SUMARIO

- I. LA SUSTITUCIÓN EJEMPLAR: SU ORIGEN HISTÓRICO Y SU INSUFICIENTE REGULACIÓN CODIFICADA
- II. LAS POSICIONES ENFRENTADAS: SUSTITUCIÓN PROPIA *VERSUS* TESTAMENTO SUSTITUTORIO
 1. Los argumentos a favor de la *tesis amplia* o *extensiva* o de la *sucesión completa*
 2. Los argumentos a favor de la *tesis estricta* o *restrictiva* o de la *sucesión limitada*
- III. LA CONSOLIDACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA TESIS DE LA SUCESIÓN COMPLETA
- IV. LA DUALIDAD FUNCIONAL DE LA SUSTITUCIÓN EJEMPLAR Y SU ARMONIZACIÓN CON LA TESIS DE LA SUCESIÓN COMPLETA
- V. BIBLIOGRAFÍA

(*) El presente trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación titulado *Protección jurídica, social y asistencial de las personas incapacitadas, con discapacidad y dependientes. Perspectivas de futuro* (SEJ 2007/67099/JURI). Investigador Principal: profesor Dr. D. José PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ. Fuente de financiación: Secretaría de Estado de Investigación.

RESUMEN: La naturaleza jurídica de la sustitución ejemplar ha sido una cuestión debatida tradicionalmente: para unos se trata de una verdadera sustitución y para otros es el testamento del incapacitado otorgado por su ascendiente. Recientemente, el Tribunal Supremo ha consolidado la tesis extensiva o de la sucesión completa, entendiendo, en consecuencia, que quien recibe los bienes hereda al sustituido y no al ascendiente. Esta tesis, además, es la que permite tutelar mejor y más ampliamente los intereses de la persona incapacitada.

ABSTRACT: The legal nature of the *exemplaris substitutio* has been traditionally discussed: for some is a real substitution and for others is the will of the incapacitated person made by his/her ancestor. Recently, the Supreme Court has consolidated the extensive thesis or the thesis of the full succession, understanding, therefore, that person that receives the inheritance inherits the person substituted and not the ancestor. This thesis is also the one that allows better and more widely to protect the interests of the incapacitated person.

I. LA SUSTITUCIÓN EJEMPLAR: SU ORIGEN HISTÓRICO Y SU INSUFICIENTE REGULACIÓN CODIFICADA

En virtud de la sustitución cuasipupilar o ejemplar [art. 776 CC (1)], el ascendiente designa un heredero sustituto de su descendiente incapacitado que sea mayor de catorce años, por carecer éste de la capacidad de testar (2). Se trata de una figura clásica del Dere-

(1) Artículo 776 CC: "*El ascendiente podrá nombrar sustituto al descendiente mayor de catorce años, que, conforme a derecho, haya sido declarado incapaz por enajenación mental.*

La sustitución de que habla el párrafo anterior quedará sin efecto por el testamento del incapacitado hecho durante un intervalo lúcido o después de haber recobrado la razón".

(2) Pues, según dispone el artículo 663.2 CC, está incapacitado para testar el que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio. Puntualiza S. DÍAZ ALABART ("*La protección económica de los discapacitados a través del Derecho de Sucesiones*", en *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, La Ley, Madrid, 2011, p. 927) que no se trata tanto de que la persona incapacitada esté privada de la facultad de testar, como de

cho Civil de Sucesiones cuyo mantenimiento ha merecido, sin embargo, un juicio doctrinal desfavorable (3). Se ha dicho que, arcaica y anacrónica (4), se bate en retirada en los Códigos Civiles extranjeros (5), con la excepción del portugués (6).

La sustitución pupilar (7) y la cuasipupilar nacen en el Derecho romano como excepciones, derivadas del temor (*horror vacui*) que suscita la muerte abintestato (8), dentro de una sociedad caracteri-

que se presume que la razón por la que se la incapacitó la priva de la capacidad natural para hacerlo. Por lo que respecta a la edad, se afirma hoy que, puesto que cabe la incapacitación de los menores de edad (art. 201 CC), es posible también nombrar sustituto ejemplar para el menor de catorce años. Así, M. ALBALADEJO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. X, vol. 2 (arts. 774 a 805 CC), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1984, pp. 100-103.

(3) Vide M. ALBALADEJO GARCÍA: *Sustituciones hereditarias*, Editorial "Gráficas Summa", Oviedo, 1956, pp. 135-136; y *Comentarios...*, cit., p. 56.

(4) Decía en 1951 M. ROYO MARTÍNEZ (*Derecho Sucesorio "mortis causa"*, Edelce, Sevilla, 1951, p. 164) respecto de las sustituciones pupilar y cuasipupilar que "estas arcaicas instituciones han caído en casi completo desuso, al menos en los territorios de Derecho común, y son rarísimas en la vida real".

(5) Así, Q. MUCIUS SCAEVOLA: *Código Civil*, t. XIII, *De la herencia: De la capacidad para suceder por testamento y sin él. De la institución de heredero. De la sustitución. De las instituciones condicionales o a término*, Reus, Madrid, 1943, p. 600; L. CÁRDENAS: "La sustitución pupilar y ejemplar: su ámbito de aplicación", RDP, t. 35, 1951 (en.-dic.), p. 926.

(6) Artículo 2298 Código Civil portugués (*Substituição quase-pupilar*). "1. A disposição do artigo anterior é aplicável, sem distinção de idade, ao caso de o filho ser incapaz de testar em consequência de interdição por anomalia psíquica: é o que se chama substituição quase-pupilar. 2. A substituição quase-pupilar fica sem efeito logo que seja levantada a interdição, ou se o substituto falecer deixando descendentes ou ascendentes". Artículo 2300: "As substituições pupilar e quase-pupilar só podem abranger os bens que o substituído haja adquirido por via do testador, embora a título de legítima".

(7) *Si hæres erit et intra pubertatem decesserit*. Artículo 775 CC: "Los padres y demás ascendientes podrán nombrar sustitutos a sus descendientes menores de catorce años, de ambos sexos, para el caso de que mueran antes de dicha edad".

(8) Morir sin otorgar testamento era ignominioso, pues solo si se había testado, además de evitarse la fragmentación del patrimonio familiar entre los sucesores abintestato, se lograba prolongar la personalidad, alcanzando la *solatium mortis* (A. LÓPEZ PEDREIRA: *Pupillaris Substitutio. Del Derecho*

zada por una férrea concepción de la patria potestad. El *pater familias* podía disponer no solo de sus bienes, sino también de los de su hijo menor o loco sometido a su *potestas* (9).

Primero surgió la sustitución pupilar (llamada así porque se sustituye en la facultad de testar a un *pupillus* o *impubes*). La posibilidad provino de la sustitución vulgar y de ésta surgió poder nombrar un segundo heredero, junto al designado en primer lugar, ligado en la vulgar a la no adición de la herencia por el instituido y en la pupilar a la falta de capacidad del descendiente para ordenar su testamento (10). Después, tardíamente, en la época imperial, como un privilegio idéntico al de la sustitución pupilar, nació la cuasipupilar o ejemplar (11). Cuasipupilar por ser casi como la pupilar, porque en su naturaleza y consecuencias es *ad instar* de la pupilar; y ejemplar, porque se estableció a su ejemplo y semejanza: *Ad exemplum pupillar substitutionis*. Con carácter general y *humanitatis intuitu*, el emperador JUSTINIANO, por una Constitución del año 528, reconoció al ascendiente la facultad de nombrar sustituto al descendiente que sufriese perturbación mental (*mente captus* o *furiosus*), al ser éste incapaz de testar, siempre que lo instituyese heredero por lo menos en cuanto a la porción legítima, en previsión de que, muriendo en estado de incapacidad, no pudiera otorgar testamento. Por esto, también se conoció como sustitución *justiniana* (12).

Pese a sus remotos orígenes y a su paso por Las Partidas (13), la regulación codificada de la sustitución ejemplar es bastante parca,

romano al artículo 775 del Código Civil español, Servicio de Publicaciones de la Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2006, p. 9).

(9) M. ROYO MARTÍNEZ: ob. cit., pp. 163-164. Se ha dicho que es "la sustitución pupilar el testamento del hijo, hecho por el jefe de familia, como accesorio del suyo" (Q. MUCIUS SCAEVOLA: ob. cit., p. 569).

(10) Q. MUCIUS SCAEVOLA: ob. cit., p. 570.

(11) Cfr. Digesto 28, 6, 43. Paulo recoge el caso de un padre que tenía un hijo púber y mudo, incapaz de hacer testamento, que obtuvo del Príncipe la autorización para nombrarle un sustituto a su hijo, configurándose así esta sustitución a partir de la pupilar.

(12) Q. MUCIUS SCAEVOLA: ob. cit., p. 600. Véase Código 6, 29, 9; e Instituta 2, 16, 1.

(13) P. 6, 5, 1 (*Qué quiere decir substitutus, e cuantas maneras son de substitutiones*). "*Substitutus en latín, tanto quiere decir en romance, como otro heredero que es establecido del hacedor del testamento en el segundo*

ofrece muchas dudas interpretativas (*res dubiæ*) (14) y resulta insuficiente para resolver, entre otras, cuestiones como la problemática relativa a la concurrencia de sustituciones (15), el momento de la

grado, después del primero heredero [...]. E otra manera hay de sustitución que es llamada en latín, exemplaris, que quiere tanto decir como establecimiento otro de herederos, que es hecho a semejanza del que es hecho al huérfano; e puédenlo hacer los padres e los abuelos a los que descienden de ellos, cuando son locos o desmemoriados, estableciéndoles otros por herederos, si murieren en la locuras [...]".

P. 6, 5, 11 (Cómo se hace la sustitución que es llamada *exemplaris* e cómo desfallece): "Ejemplar sustitución, dijimos, que es aquella que pueden hacer los padres e las madres a sus hijos que son locos, o sin memoria. E hácese en esta manera, diciendo así: establezco por mío heredero a fulano mío hijo, e si él muriese en aquella locura en que ahora es, establezco por su heredero, en su lugar, a fulano hombre. Pero si este loco, a quien dan el sustituto, hubiere hijo, o nieto, o alguno de los otros que descienden por derecha línea de él, débenlos sustituir en su lugar, e no otros; e, si alguno de éstos no hubiere, entonces le pueden dar sustituto a su hermano, si lo hubiere, e si no hubiere hermano, puédenle dar por su sustituto otro extraño. E tal sustitución como ésta es dicha *ejemplar*, porque es hecha a semejanza e a ejemplo de la pupilar. Pues, así como al mozo menor de catorce años dan sustituto, porque no ha entendimiento de hacer testamento si muriese en tal tiempo, por esta misma razón le pueden dar al loco o al desmemoriado; e, si muriese en la locura, habrá el sustituto todos los bienes de él. Pero, tal sustitución como ésta se puede deshacer en tres maneras. La primera es, si cuando aquél a quién dan el sustituto, es desmemoriado, e después de eso torna en su memoria. La segunda es cuando le nace hijo o hija. La tercera es, si aquél que la hizo la revocó por otro testamento que hizo después".

(14) De *enigmática* la tacha L. CÁRDENAS (ob. cit., p. 926). Por otra parte, M. GARRIDO MELERO (Tema 3, "Los fideicomisos", en *Instituciones de Derecho Privado*, coord. J. F. DELGADO DE MIGUEL, tomo V, *Sucesiones*, vol. 1, *La sucesión y las instituciones ordenadoras de la misma*, coord. por él, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 894-896), en la clasificación que realiza de la naturaleza de la sustitución ejemplar en los distintos ordenamientos, sitúa al Código Civil entre los "difusos", frente a los que niegan su independencia (Derecho Navarro) y a los que la contemplan como institución autónoma (Derecho catalán-balear).

(15) Como ha dicho GARRIDO MELERO (ob. últim. cit., p. 916): "En pocas materias se han dado soluciones tan divergentes como en ésta". Este autor las expone claramente en las pp. 916 y 917.

incapacitación judicial del descendiente (16) o la ineficacia de la sustitución; todas ellas perfectamente reguladas, en cambio, por el Libro IV del Código Civil catalán, relativo a las Sucesiones (17).

La sustitución ejemplar precisaría, pues, la aclaración de muchos aspectos y, por esto, la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección patrimonial de las personas con discapacidad y modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria, podía haberse aprovechado para darles solución y, consecuentemente, para revitalizar esta figura y su sentido funcional (18). En esta línea, una de las cuestiones más debatidas tradicionalmente ha sido la de su configuración técnica (y, por tanto, la de su objeto), que es la que ocupa el presente trabajo, al haberse consolidado ya claramente una de las dos tesis que proponía la doctrina: la de la sustitución ejemplar entendida como testamento sustitutorio.

II. LAS POSICIONES ENFRENTADAS: SUSTITUCIÓN PROPIA VERSUS TESTAMENTO SUSTITUTORIO

Para unos, la sustitución ejemplar es una *sustitución propiamente* dicha, por la que el sustituyente designa al sucesor del descendiente, pero como sucesor del propio ascendiente (sucesor en segundo lugar). Desde esta *tesis restrictiva* (o tesis de la estricta sustitución),

(16) La doctrina ha dedicado especial atención a esta cuestión: E. MOLINA Y RAVELLO: "Caso práctico sobre la sustitución ejemplar", RDP, 1940, t. 24 (en.-dic.), pp. 142-145; J. OSSORIO MORALES: "Sustitución ejemplar", en *Jurisprudencia Civil. C) Sucesiones*, RGLJ, 1941, t. 2, pp. 409-412; A. HERNÁNDEZ GIL: "La declaración judicial de incapacidad en la sustitución ejemplar", RDP, 1965, pp. 371-383; y, recientemente, S. CÁMARA LAPUENTE: "Comentario a la STS de 29 de marzo de 2001: Sustitución ejemplar: momento de incapacidad del sustituido. Albacea contador-partidor: plazo y prórroga judicial. Partición hereditaria por contador-partidor: liquidación previa por sí solo de la sociedad de gananciales de ambos testadores fallecidos", CCJC, núm. 58, 2002 (en.-marzo), pp. 111-129.

(17) Artículos 425-10 a 425-14.

(18) G. ROMERO GARCÍA-MORA: "Funcionalidad de la sustitución ejemplar en el Derecho Sucesorio común. Propuestas de reforma", RCDI, núm. 705, 2008, p. 155.

la sustitución solo abarca los bienes que el sustituyente deja al sustituido, por lo que, para los restantes bienes del incapacitado, se abre la sucesión intestada. Es la tesis de la transmisión sucesoria limitada o parcial, pues afecta solo a los bienes que el ascendiente transmite *mortis causa* al descendiente incapacitado.

Para otros, la sustitución ejemplar constituye un *testamento sustitutorio*. El sustituyente designa al sucesor del descendiente incapacitado. El sustituyente actúa en calidad de comisario legal: su voluntad de testar representa, por previsión legal, la voluntad del sustituido. Ésta es la *tesis amplia*, en la que el sustituto recibirá los bienes del descendiente sustituido, tanto los que le dejara el ascendiente, como los de un origen diverso. Es la tesis de la transmisión sucesoria completa o total, pues afecta a todos los bienes del descendiente incapacitado. Se adjudica a la voluntad sucesoria del ascendiente los efectos que se asociarían a la voluntad del descendiente sustituido, si éste pudiera testar, como excepción justificada al principio de que el testamento es un acto personalísimo (19).

Veamos, sintéticamente, los argumentos esgrimidos por los partidarios de estas dos diversas concepciones.

1. LOS ARGUMENTOS A FAVOR DE LA *TESIS AMPLIA* O *EXTENSIVA* O DE LA *SUCESIÓN COMPLETA*

Para esta tesis, el sustituyente dispone de todos los bienes que integran el patrimonio personal del sustituido. Por tanto, el sustituto hereda al sustituido (20).

(19) Principio recogido en el artículo 670 CC: "*El testamento es un acto personalísimo: no podrá dejarse su formación, en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario o mandatario.*

Tampoco podrá dejarse al arbitrio de un tercero la subsistencia del nombramiento de herederos o legatarios, ni la designación de las porciones en que hayan de suceder cuando sean instituidos nominalmente.

(20) Tesis seguida por la mayor parte de la doctrina (profesores y notarios): M. ALBALADEJO GARCÍA: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, cit., pp. 46-119, "Comentario a los artículos 775 y 776 del Código Civil", en *Comentario del Código Civil*, t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 1901-1909, y *Sustituciones hereditarias*, cit., pp. 139-162; P. BALLESTER: "Comprensión de la sustitución ejemplar", RGLJ, 1928, pp. 531 y 538; A. LÓPEZ PEDREIRA: ob. cit., pp. 128-129; J. M. MANRESA Y NAVARRO: *Comen-*

a) El argumento *histórico*. Las Partidas, siguiendo la tradición romana, permitían al *pater* disponer de todos los bienes del demente (o del pupilo), por lo que “no es de presumir que [la sustitución cuasipupilar y la pupilar] deban ser despojadas de sus rasgos característicos” (21). El testamento del padre disponiendo la sustitución era el testamento del hijo (*testamentum filii* o *testamentum factum filio*).

b) El argumento *literal*. El artículo 776 CC (y el art. 775) no distingue entre los bienes dejados por el testador al incapacitado (o al menor) y los bienes que éste hubiera obtenido con diverso origen. Si el causante dispone por testamento de toda su herencia (art. 667), en el caso en cuestión, la disposición testamentaria comprende también toda la herencia del incapacitado. Autorizado el ascendiente para disponer *mortis causa* de los bienes del incapacitado, no hay precepto que reduzca de forma singular el alcance de sus facultades dispositivas (22).

c) El argumento *lógico-funcional*. Si el ascendiente solo puede disponer de lo que él deja al incapacitado, no es necesaria la sustitución cuasipupilar. Basta con la fideicomisaria para dejar primero la

tarios al Código Civil español, t. VI, 6.^a edic., Reus, Madrid, 1932, p. 120; M. MIGUEL TRAVIESAS: “Sustituciones hereditarias” (I), RDP, 1927, pp. 411-412; P. ROMERO CANDAU: “Comentario a la RDGRN de 6 de febrero de 2003”, *La Notaría*, núm. 3, 2003 (marzo), p. 122; J. OSSORIO MORALES: *Manual de Sucesión Testada*, Colección Crítica del Derecho, Sección Arte del Derecho, dir. por J. L. MONEREO PÉREZ, Comares, Granada, 2001 (reedición de la de 1957), p. 195; M. ROYO MARTÍNEZ: ob. cit., pp. 163-164; J. M. SEGURA ZURBANO: “El testamento de los padres de un deficiente mental. Problemas y soluciones”, RDN, 1986 (ab.-jun.), p. 448; E. VÁZQUEZ GUNDÍN: “La sustitución ejemplar”, RCDI, núm. 166, 1942 (marzo), p. 157. También L. CÁRDENAS (ob. cit., p. 929), para quien la sustitución comprenderá todos los bienes del sustituido en el “caso en que no existan herederos forzosos fuera del que ordena la sucesión”; y A. GARCÍA-BERNARDO LANDETA (“Apuntalamiento de la sustitución ejemplar”, *Revista de Derecho Notarial*, núms. 77-78, 1972, pp. 35, 81 y 106), pues, partiendo de que su tesis choca con la lógica tradicional, para él es una sustitución y no un testamento, que se extiende a la herencia del incapaz y no solamente a los bienes dejados a éste por el ascendiente.

(21) M. ROYO MARTÍNEZ: ob. cit., p. 164.

(22) M. ALBALADEJO GARCÍA: *Curso de Derecho Civil, V, Derecho de Sucesiones*, 9.^a edic., Edisofer, Madrid, 2008, p. 263. También M. ROYO MARTÍNEZ: ob. cit., p. 164.

herencia al sustituido y luego al sustituto (23). Además, si el incapaz revoca el testamento sustitutorio durante un intervalo lúcido o tras haber recobrado la razón, realmente está revocando "su" testamento, pues "[r]evocar el testamento ajeno, en el sistema del Código, no es anómalo, es absurdo" (24).

d) El argumento *sistemático*. El artículo 776 CC (y el art. 775) ha de coordinarse con el artículo 777 CC (25); y este precepto está pensando en los bienes del incapaz y no en los del testador: si dicha norma protege la legítima debida por el sustituido, debe concluirse que la disposición del sustituyente tiene por objeto la herencia de aquél y no la suya. También se ha destacado que, puesto que el artículo 813 CC (26) impide al testador con herederos forzosos que imponga sobre la porción legítima gravamen, condición o sustitución, si la sustitución ejemplar fuere un acto de testamentifacción activa del ascendiente, solo podría afectar a la parte de libre disposición (27). Argumento reforzado con la modificación introducida por la Ley 41/2003 en el artículo 808 CC (28), al que remite el 813 CC, pues se ha pasado a admi-

(23) M. ALBALADEJO GARCÍA: *Curso...*, cit., p. 263; y *Comentario del Código Civil*, cit., p. 1902. Dice este autor que si el ascendiente solo puede disponer de lo que él dejó al descendiente, se anula la utilidad de la sustitución ejemplar. Además, la tesis restrictiva va en contra de nuestro Derecho histórico: la P. 6, 5, 7, respecto de la pupilar, decía que "*tal sustitución como ésta, es como otro testamento que hace el padre al mozo sobredicho*".

(24) M. MIGUEL TRAVIESAS: ob. cit., p. 412.

(25) Artículo 777 CC: "*Las sustituciones de que hablan los dos artículos anteriores, cuando el sustituido tenga herederos forzosos, sólo serán válidas en cuanto no perjudiquen los derechos legitimarios de éstos*".

(26) Artículo 813 CC: "*El testador no podrá privar a los herederos de su legítima sino en los casos expresamente determinados por la ley.*

Tampoco podrá imponer sobre ella gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo y lo establecido en el artículo 808 respecto de los hijos o descendientes judicialmente incapacitados".

(27) Q. MUCIUS SCAEVOLA: ob. cit., pp. 583-584; y J. OSSORIO MORALES: *Manual...*, cit., p. 195.

(28) En su párrafo cuarto dispone: "*Cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado, el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de la legítima estricta, siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los coherederos forzosos*".

tir que la legítima estricta se grave con sustitución fideicomisaria a favor del hijo incapacitado judicialmente. Si la tesis acogida por la ley fuera la estricta, coherentemente, se tendría que haber modificado la regulación de la sustitución ejemplar para precisar su proyección no solo sobre la parte de libre disposición del sustituyente, sino también sobre la parte de legítima. Es sostenible, así, que la falta de modificación del artículo 776 CC se debe a que la sustitución ejemplar no se circunscribe a la parte de libre disposición del sustituyente (29).

e) El argumento *comparado*. La regulación de la sustitución ejemplar en la legislación catalana, ajustada a la tesis amplia, acredita que ésta no puede tildarse de anticuada (30).

Conclusión: la sustitución cuasipupilar es un testamento hecho como *en representación* del sustituido incapacitado (31): el sustituyente dispone de toda la herencia del sustituido, nombra sucesor al sustituido en todos sus bienes, testando, en definitiva, por él. La sustitución ejemplar consiste en una verdadera testamentifacción activa que excepciona el mandato de la regla contenida en el artículo 670 CC.

2. LOS ARGUMENTOS A FAVOR DE LA TESIS ESTRICTA O RESTRICTIVA O DE LA SUCESIÓN LIMITADA

Para los partidarios de esta tesis, el ascendiente solo puede disponer de los bienes que él transmite por herencia al incapacitado. El sustituto hereda al ascendiente (32).

(29) G. ROMERO GARCÍA-MORA: "Funcionalidad...", cit., pp. 161-162; y "La cuestión del ámbito objetivo de la sustitución ejemplar. Consolidación de la nueva doctrina jurisprudencial", *La Ley*, 2010, t. 1, D-36, p. 1878.

(30) M. ALBALADEJO GARCÍA: *Comentarios...*, cit., p. 62. La legislación catalana ha acogido siempre la tesis amplia, tanto en su redacción anterior, como en la actual del Libro IV del Código Civil, relativo a las Sucesiones. Cfr. L. PUIG FERRIOL: "La sustitución ejemplar en Cataluña", en *Estudios de Derecho Civil en honor del Profesor Castán Tobeñas*, t. III, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1969, pp. 410-413; y, aunque referida a la sustitución pupilar, J. M. GONZÁLEZ PORRAS: "La sustitución de los impúberes en la Compilación del Derecho Civil de Cataluña", ADC, t. 26, fasc. 1 (en.-mar.), 1973, pp. 246-249.

(31) M. ALBALADEJO GARCÍA: *Comentario...*, cit., p. 1902. Idea ésta presente en las SSTs de 6 de febrero de 1907 y 2 de diciembre de 1915.

(32) Su principal valedor es J. LÓPEZ LÓPEZ: "Notas acerca de la naturaleza de las sustituciones pupilar y ejemplar", ADC, t. 11, fasc. 1 (en.-marzo), 1958, pp. 3-19. Pero también siguen esta tesis Q. MUCIUS SCAEVOLA: ob. cit.,

a) *El carácter personalísimo del testamento* (art. 670 CC). Éste es el principal argumento, pues, entender la sustitución ejemplar como un testamento otorgado por el sustituyente en representación del sustituido choca con el carácter personalísimo del negocio testamentario. Por tanto, el sustituyente testa por él mismo y deja su herencia (o parte de ella) al sustituido, y de esa herencia (o de parte de ella) dispone, señalando que, después de haberla tenido el sustituido, pase, tras su óbito, al sustituto. Los bienes que el incapacitado hubiera adquirido por otros conceptos siguen los cauces de la sucesión legítima. La sustitución solo implica el ulterior destino sucesorio de los bienes que el sustituyente ha atribuido al sustituido (33).

b) La tesis amplia ofrece *obstáculos* difíciles de salvar: 1. Una excepción al principio del artículo 670 CC debería ser expresa e, incluso, explícita. 2. La tesis amplia no soluciona el problema de la concurrencia de testamentos sustitutorios, pues, no prevista en la ley (insuficiencia normativa), puede dar lugar a problemas de difícil solución (34). 3. La tesis amplia conduce a resultados absurdos, como que un ascendiente cualquiera (abuelo, bisabuelo) puede privar al padre de toda la parte de libre disposición de la herencia del hijo sustituido (35).

c) *La contestación a los argumentos de la tesis amplia* (36).
1. Se aduce que el argumento *histórico*, carente de valor conclu-

pp. 579-584; J. M. MANRESA Y NAVARRO: ob. cit., p. 118; y J. L. LACRUZ BERDEJO: *Elementos de Derecho Civil, V, Derecho de Sucesiones*, 5.^a edic., J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1993, pp. 316-317. Un interesante repaso de los autores que siguen esta posición puede leerse en E. VÁZQUEZ GUNDÍN: ob. cit., pp. 150-155. Últimamente, J. J. GONZÁLEZ LAO ("Algunas precisiones sobre los artículos 775 y 776 del Código Civil", en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, t. I, dir. por J. M. GONZÁLEZ PORRAS y F. P. MÉNDEZ GONZÁLEZ, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España/Servicio de Publicaciones. Universidad de Murcia, Murcia, 2004, pp. 2142-2147) ha sostenido que la sustitución ejemplar es una auténtica sustitución y que su objeto está formado por los bienes que el ascendiente deje al descendiente, incluida la legítima que a éste corresponda, puntualización que diferencia su postura de las dos clásicas.

(33) J. L. LACRUZ BERDEJO: ob. cit., p. 317.

(34) Para L. CÁRDENAS (ob. cit., p. 928) esta insuficiencia normativa constituye la "dificultad suprema" que presenta la tesis amplia.

(35) J. M. MANRESA Y NAVARRO: ob. cit., p. 118; J. L. LACRUZ: ob. cit., p. 317.

(36) Todos estos argumentos han sido, a su vez, magníficamente replicados por los partidarios de la tesis amplia, y sintetizados recientemente por G. ROMERO GARCÍA-MORA, "Funcionalidad...", cit., pp. 169-176.

yente, debe relativizarse, pues, si bien es cierto que la Ley de Bases ordenaba recoger el sentido histórico (y el Derecho romano y Las Partidas acogían la tesis del testamento sustitutorio), también ordenaba atenerse al Proyecto de 1851 (que no recogía todas las instituciones históricas y suprimió las sustituciones fideicomisarias). Se alega también que la realidad social en que se gestaron históricamente las sustituciones pupilar y ejemplar ha desaparecido y, con ella, en concreto, la consideración de la patria potestad como poder absoluto (37). Tampoco se contempla hoy con horror la sucesión intestada, característico del Derecho romano (38). 2. Frente al argumento *lógico-funcional*, se alega que la sustitución cuasipupilar y la fideicomisaria no son intercambiables, pues, para la primera, la ley dispensa un trato de favor (la fideicomisaria ha de ser dispuesta de manera expresa y con llamamientos expresos bajo sanción de nulidad de la disposición, arts. 785 y 783 CC) (39). Además, las diferencias entre la sustitución cuasipupilar y la fideicomisaria son profundas, pues la primera incorpora los bienes en el patrimonio del sustituido de modo mucho más intenso, careciendo éste de vinculación a la restitución (40). 3. Frente al argumento *sistemático*, se dice que el artículo 777 CC supone restringir la facultad de sustituir a los bienes del sustituyente: "al referirse a los derechos de los herederos forzosos del sustituido, callando sobre los de los legitimarios del sustituyente, quiere decir que los bienes por él asignados al sustituido se cuentan como parte integrante del caudal relicto de este último; y que la disposición que haga de ellos el sustituyente en virtud de la sustitución y entre los sustitutos no podrá impedir que los legitimarios del sustituido reciban en su momento con cargo al caudal relicto, así integrado, la cuantía que legalmente les corresponda" (41).

(37) J. L. LACRUZ: ob. cit., p. 316.

(38) Q. MUCIUS SCAEVOLA: ob. cit., p. 589.

(39) J. LÓPEZ LÓPEZ: ob. cit., pp. 9 y 10.

(40) J. L. LACRUZ: ob. cit., pp. 317 y 318. Además, si para la tesis amplia el sustituido puede dejar sin efecto la sustitución, no puede decirse que se esté ante una sustitución fideicomisaria típica, pues en ésta el fiduciario nunca puede, por sí, dejarla sin efecto.

(41) J. L. LACRUZ: ob. cit., pp. 320-321. Vide también J. LÓPEZ LÓPEZ: ob. cit., pp. 5 y 17.

Esta breve exposición permite concluir que los argumentos a favor de una y otra tesis son numerosos y todos dotados de solidez. Hasta el punto de que el maestro LACRUZ reconoció que había argumentos a favor de ambas tesis, de suerte que "cualquier solución es defendible" (42). Ahora bien, creemos que hoy resulta preciso cohonestar el artículo 776 CC con la Ley 41/2003 y sus principios inspiradores; los cuales están, sin duda, en la *intima ratio* de la norma codificada, tal como debe interpretarse actualmente.

En este sentido, se ha dicho (43) que tras la entrada en vigor de esta Ley, con la posibilidad de gravar la legítima estricta con sustitución fideicomisaria a favor del hijo incapacitado (art. 808), hay un mayor acercamiento entre la sustitución fideicomisaria y la ejemplar, pues el hijo incapacitado va a ser fiduciario no solo respecto de la parte de libre disposición, sino también de la legítima, incluso la estricta. Si se aceptara la tesis restrictiva de la sustitución ejemplar, surgiría una discordancia difícil de explicar, pues se llegaría a la conclusión de que el Código Civil permitiría alcanzar la finalidad de la sustitución ejemplar (ordenar la sucesión de los bienes del incapaz como mejor convenga a su interés) de manera más extensa recurriendo a la sustitución fideicomisaria que empleando la sustitución ejemplar.

Por esto, hay que entender que la sustitución ejemplar concebida como testamento sustitutorio y, por tanto, admitiendo la tesis amplia (o de la sucesión completa), constituye un excelente mecanismo para garantizar un extenso marco de protección al incapacitado (44).

(42) J. L. LACRUZ: ob. cit., p. 316. En el mismo sentido, L. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN: Capítulo X: "Sustitución Pupilar y Ejemplar", en *Estudios sobre Jurisprudencia Civil*, t. III, Tecnos, Madrid, 1976, pp. 396-398; y en *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, *Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, 9.ª edic., Tecnos, Madrid, 2004, pp. 37-38.

(43) G. ROMERO GARCÍA-MORA: "Funcionalidad...", cit., pp. 172-173; y en "La cuestión...", cit., p. 1878; seguido por M. M. KARRERA EGIALDE: "Comentario a la STS de 7 de noviembre de 2008: Sustitución ejemplar. Su finalidad es evitar la sucesión intestada. El sustituyente testa por el incapaz. Los sustitutos heredan al sustituido", CCJC, núm. 80, 2009 (ab.-ag.), p. 975.

(44) En este sentido, dice ROMERO GARCÍA-MORA ("Funcionalidad...", cit., p. 181) que "el alcance de la institución no debe ser tributario del pasado sino un instrumento para el futuro, acorde con la demanda de la sociedad donde esta norma ha de aplicarse". Para KARRERA EGIALDE (ob. cit, p. 974)

Esta tesis es la que más claramente tutela los intereses de la persona incapacitada, pues el hecho de que el sustituto herede todos sus bienes (los que proceden del ascendiente y los de diversa procedencia) se erige en un elemento que puede emplearse para potenciar, sin duda, que éste le preste mayores atenciones y cuidados.

Por lo que respecta al contenido del testamento sustitutorio, es innecesario que el ascendiente realice disposiciones relativas a sus propios bienes. Cabe, por tanto, que el contenido de dicho testamento sea únicamente el destino de los bienes tras la muerte del incapacitado (45). El ascendiente tiene plena libertad de disposición sobre los bienes de contenido patrimonial, salvo por lo que, naturalmente, se refiere a la legítima que otros puedan tener frente al sustituido (46). Por esto, dice ALBALADEJO (47), que puede disponer de la herencia del sustituido a título universal o a título particular (art. 660 CC), puede partir él la herencia (art. 1056 CC) o encargar la partición a otro (art. 1057 CC). En cambio, en el aspecto no patrimonial, el sustituyente carece, por completo, de facultades. Por esto, no podría efectuar el reconocimiento de un hijo del sustituido o reconocer una deuda de éste. Restricciones que se justifican porque la *ratio* de la sustitución cuasipupilar es únicamente ordenar la sucesión *mortis causa* del sustituido y no *testar por otro* en el sentido de otorgar por él todas las disposiciones que la ley permite que contenga un testamento como forma (48). Además –continúa– la excepción al carácter personalísimo del testamento que supone la sustitución cuasipupilar solo se extiende a la sustitución (nombramiento de sucesor *mortis causa*) y a todo lo que, razonablemente, sirva para regularla como, por ejemplo, gravar con legados a los sustitutos o, incluso, desheredar justamente a un legitimario, pero no a otros.

“la configuración de la sustitución ejemplar como fórmula para ordenar toda la sucesión del sustituido merece calificarse de vigente y moderna”.

(45) El profesor ALBALADEJO (*Comentario...*, cit., p. 1903) matiza que si el sustituido es legitimario del sustituyente no tiene por qué dejarle la legítima en el testamento sustitutorio, pero sí pagársela de cualquier modo, pues de no hacerlo, la falta de afecto que ello demuestra no cohonestaría bien con la facultad del ascendiente de poder testar por su legitimario, a quien no le deja la legítima.

(46) Artículo 777 CC: “*Las sustituciones de que hablan los dos artículos anteriores, cuando el sustituido tenga herederos forzosos, sólo serán válidas en cuanto no perjudiquen los derechos legitimarios de éstos*”.

(47) *Comentario...*, cit., p. 1903.

(48) M. ALBALADEJO: *Comentario...*, cit., p. 1903.

Consecuentemente, entendemos que la *vexata quæstio* relativa a cuáles son los *intereses individuales protegidos* con esta institución debe resolverse, sin duda, a favor de que, frente al interés patrimonial del ascendiente sustituyente, el verdaderamente tutelado es el del incapacitado, de suerte que el primero pueda disponer por herencia de los bienes del segundo, con independencia de su procedencia (ya sean o no del ascendiente) y de su título de adquisición (49).

No se trata de tutelar el interés del testador, para que sus bienes pasen del incapacitado a un sucesor sucesivo, evitando la apertura de la sucesión intestada. La sustitución ejemplar se endereza a coexistencia que la persona incapacitada sea titular de bienes y que éstos, a su muerte, se destinen según sus intereses, superándose el círculo de los parientes llamados a suceder abintestato y permitiendo, en consecuencia, que el beneficiario se encuentre extramuros de él (50). Ya la STS de 10 de junio de 1941 (Cdo. 5º) declaró: "[t]iene la sustitución ejemplar su fundamento natural y jurídico en la falta de capacidad de los enajenados y en el amor que los ascendientes profesan a sus descendientes, amor que los inclina y lleva a procurarles el bien, atendiendo a su cuidado y a tutelar su voluntad y razón, supliéndoles en el ejercicio de estas facultades, cuando de ellas carecen, con el de las suyas propias [...]".

Por esto, puede sostenerse que, desde la perspectiva del interés del incapacitado, la sustitución ejemplar no es una *sustitución pura*, sino una disposición *mortis causa* realizada en su nombre, por la que se sustituye su falta de voluntad. De ahí que el verbo *sustituir* no signifique aquí designar un sucesor sucesivo del sustituyente (*sub institutio*), sino ejercer el poder de disposición *mortis causa* de otra persona, sustituir su imposible voluntad.

(49) M. M. KARRERA EGIALDE: ob. cit., p. 969.

(50) M. M. KARRERA EGIALDE: ob. cit., p. 969. Este autor conecta, además, el derecho de propiedad con el derecho a la herencia en cuanto derecho subjetivo protegido que preserva un ámbito privado de transmisión *mortis causa* (art. 33 CE): "La vinculación del derecho a la herencia y el derecho de propiedad, además de ser formal (constitucional), tiene asimismo una configuración material porque en el contexto orgánico supone la continuación de la propiedad". Señala, además, que el derecho a la herencia se refuerza en el artículo 49 CE para las personas incapaces.

No cabe, por tanto, confundir la sustitución ejemplar con la sustitución vulgar, pese a que, en sus orígenes, ésta constituyó su causa imitativa (51). En la sustitución vulgar se nombra a un heredero que no recibe la herencia (sustituido), cuya posición es ocupada por otro (suplente o sustituto); por su virtud, se instituye heredero a uno en defecto de otro (*sub instituere*) (52); hay en ella una sustitución del heredero. En la sustitución cuasipupilar el término *sustitución* hace referencia a que una persona testa por otra, esto es, la sustituye, testando en su lugar. El sustituyente es el ascendiente que testa por el incapacitado. El sustituido es el incapacitado. El sustituto es quien, designado por el ascendiente, hereda al sustituido. La sustitución ejemplar es, en rigor, el testamento del incapacitado, pero otorgado por el ascendiente. Los términos *sustitución* y *sustituir* expresan en cada caso dos conceptos distintos. En la vulgar se nombra a un heredero que sustituye al instituido originario. En la cuasipupilar el ascendiente sustituye a su descendiente en el ejercicio de la facultad de testar.

III. LA CONSOLIDACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA TESIS DE LA SUCESIÓN COMPLETA

La tesis amplia o de la sucesión completa es la que ha consolidado el Tribunal Supremo a través de la sentencia de 7 de noviembre de 2008, al reiterar lo afirmado en la de 6 de febrero de 1907 (frente a la única cuya *ratio decidendi* se atuvo a la tesis restrictiva, la de 20 de marzo de 1967).

(51) Como dice M. ROYO MARTÍNEZ (ob. cit., p. 151), estas figuras solo tienen entre sí parentesco o analogía remotos. Junto a las sustituciones generales (vulgar y fideicomisaria), se encuentran las específicas, posibles únicamente en situaciones especiales de parentesco (pupilar y cuasipupilar).

(52) Artículo 774 CC: "*Puede el testador sustituir una o más personas al heredero o herederos instituidos para el caso en que mueran antes que él, o no quieran, o no puedan aceptar la herencia*". Los casos en que el sustituto hereda en defecto del instituido se agrupan en dos: *casus noluntatis* (porque el instituido repudia la herencia); y el *casus impotentiae* (porque no puede, bien por haber premuerto, bien por ser indigno para recibir la herencia).

La STS de 6 de febrero de 1907 declaró no haber lugar al recurso de casación presentado frente a la sentencia de la Audiencia que estimó que el incapacitado no había fallecido intestado.

La madre del incapacitado (Francisco) había nombrado herederos sustitutos ejemplares de los bienes y derechos que, tanto por su línea como por la paterna, hubiesen recaído en su hijo, a sus hermanos Joaquín y Antonio; y si éstos murieran sin sucesión, la parte de cada uno de ellos acrecería al otro o a su descendencia. Fallecido Antonio sin sucesión antes que la testadora y fallecida después ella, a la muerte de Francisco, su tío Joaquín procedió a practicar las operaciones particionales de los bienes del finado, que le fueron adjudicados a él. La tía paterna María Jesús solicitó judicialmente la prevención del abintestato de Francisco, alegando que había fallecido sin testar y que carecía de descendientes, de ascendientes y de hermanos, por lo que sus más próximos parientes y herederos abintestato eran ella misma, una hermana suya y el tío materno Joaquín.

Dicha sentencia declaró: *"Dada la facultad otorgada por la ley al ascendiente para testar por y en nombre del descendiente, para el caso en que, siendo éste incapaz, muera en tal estado, es manifiesto que cuando existe, como en el caso del presente recurso, un testamento otorgado por la madre en sustitución de su hijo por causa de su incapacidad no se puede estimar que éste haya muerto intestado [...] porque tal testamento produce los mismos efectos que si hubiera sido otorgado por el causante de la herencia, sin perjuicio de discutir en el juicio correspondiente su validez absoluta o su extensión y eficacia, sin que, mientras tanto y prejuzgando dicha cuestión, sea lícito proceder como si no existiera"* (53).

Las sentencias dictadas posteriormente en casos de sustitución ejemplar no contuvieron pronunciamientos que, reiterando el de 1907, constituyeran jurisprudencia en el mismo sentido (54).

(53) Col. Leg. Núm. 45, p. 262. Decía Díez-PICAZO (*Estudios...*, cit., p. 398) que en esta sentencia, "la doctrina del testamento sustitutorio fue *ratio decidendi*, para sobreseer el juicio de previsión del abintestato", pero "una sola sentencia no significa jurisprudencia ni impide cambiar el criterio".

(54) SSTS de 2 de diciembre de 1915, 10 de diciembre de 1929, 10 de junio de 1941 (sentencia que rectifica el criterio anterior, que exigía como requisito de la sustitución que la incapacitación se hubiese declarado

En cambio, la STS de 20 de marzo de 1967 (55) se inclinó, precisamente, por la tesis contraria, siguiendo la de la sustitución propia y limitando, en consecuencia, la sustitución a los bienes que el ascendiente hubiera dejado al descendiente incapaz.

La madre del incapacitado instituyó heredero único y universal a su hijo incapacitado Francisco y nombró sustitutos del mismo a los hijos de su hermana Ramona, a los hijos de su hermano Joaquín, a su hermana Bernardina y a los hijos de su hermana María Josefa. Fallecido Francisco sin descendientes, ni ascendientes, su pariente más próximo era su esposa Julia, que fue declarada única heredera abintestato. Los sobrinos carnales de la testadora promovieron pleito en el que pidieron que se dictase sentencia que declarase que el testamento comprendía todos los bienes del hijo, de forma que los sustitutos fueran nombrados herederos del incapacitado, correspondiendo a la demandada el usufructo de dos tercios de la herencia.

La sentencia sostuvo: *"Si, pues, con arreglo a nuestro Derecho sucesorio, no puede otorgarse testamento por otro, sino en los casos taxativamente dispuestos por la ley (56), se comprende que, en el caso de la sustitución ejemplar, el sustituto no debe heredar más que los bienes que el ascendiente le haya dejado a su descendiente incapaz, incluso con sus accesiones y sustituciones si las hubo, pero no los demás bienes que dicho incapaz haya adquirido por otros conceptos, los cuales deben seguir el cauce previsto para la sucesión legítima"*.

Este criterio fue reforzado por la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 6 de febrero de 2003, que desestima el recurso interpuesto contra la negativa del registrador

con anterioridad al testamento, comentada por BONET RAMÓN, F.: "Sustitución ejemplar. Tiempo en que ha de ser declarada la incapacidad del mentalmente enajenado", en *V. Sucesiones, Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, RDP, t. 25, 1941, en.-dic., pp. 420-421) y 20 de mayo de 1972.

(55) Pte.: Excmo. Sr. D. Manuel TABOADA ROCA.

(56) Señala la sentencia que en el Derecho Civil común únicamente se pueden admitir las derogaciones expresas y terminantes contenidas en los artículos 671 y 831 CC. El artículo 670 CC proclama de manera expresa y rotunda que el testamento es un acto personalísimo, cuya formación no puede dejarse al arbitrio de una tercera persona.

de la propiedad a inscribir una escritura de partición y adjudicación de herencia.

Los hechos fueron los siguientes: Elena y María Ángeles otorgaron escritura de partición de herencia, exponiendo que su sobrino y primo, respectivamente, incapacitado, había fallecido soltero y sin descendientes ni ascendientes. El padre del incapacitado las había nombrado sustitutas ejemplares y entendían ellas que dicha disposición testamentaria abarcaba toda la herencia del incapacitado, siendo, por tanto, sus únicas herederas. El registrador de la propiedad denegó la inscripción de una finca que había pertenecido a los padres del incapacitado por entender que la sustitución solo fue ordenada por el padre y que solo alcanza a los bienes que éste dejó al incapaz, debiendo aplicarse a los demás bienes (los que adquirió por la herencia de su madre) las normas de la sucesión intestada.

La resolución se apoya en la STS de 20 de marzo de 1967 [único precedente jurisprudencial que considera válido (57)] y expone los argumentos tradicionales de los partidarios de la tesis restrictiva, para concluir que la sustitución ejemplar solo tiene por objeto los bienes dejados al sustituido incapaz (58).

Más tarde, la STS de 26 de mayo de 1997 (59), con carácter *obiter dictum*, declaró: "*La sustitución ejemplar consiste en un nombramiento de heredero del incapaz por el sustituyente y su finalidad es la evitación de la sucesión intestada de aquél; quien opera la sustitución y, por consiguiente, nombra heredero del incapaz, es el sustituyente*".

(57) Dice que la STS de 6 de febrero de 1907 debe ser descartada, por tratarse de un testamento anterior al Código Civil, pero ya L. Díez-PICAZO (*Estudios...*, cit., p. 398) se había ocupado de recordar que la sucesión de la madre sustituyente se abrió en 1890, estando ya en vigor el Código Civil, y la del hijo sustituido en 1901 y que, de acuerdo con la disposición transitoria 12.ª, las herencias de los fallecidos después del Código deben adjudicarse y repartirse con arreglo a éste.

(58) Véase el breve, pero magnífico, comentario crítico a la resolución de P. ROMERO CANDAU, ya citado.

(59) Pte.: Excmo. Sr. D. Román GARCÍA VARELA. El propio ponente publicó después un artículo doctrinal titulado "Sobre la sustitución ejemplar", *La Ley*, 1997-5, D-248, pp. 1696-1697.

La sentencia se ocupó de un caso en que el ascendiente nombró sustituta ejemplar de su hijo incapacitado a su esposa y, si ella hubiera fallecido, serían sustitutos ejemplares los herederos legítimos de ésta. El sobrino de la esposa prefallecida instó la nulidad absoluta, por falta o ilicitud de causa, de las enajenaciones realizadas (concertando un contrato de vitalicio) por el tutor del incapacitado, pues éstas se realizaron sin la pública subasta legalmente exigida para la enajenación de inmuebles de menores e incapacitados. Lo que se debatía en el caso es si dicho sobrino estaba o no legitimado para instar dicha nulidad, entendiendo el Tribunal Supremo que, por ser persona perjudicada, por su expectativa a la herencia yacente del incapacitado, sí lo estaba (60).

Últimamente, la STS de 7 de noviembre de 2008 (61) ha dejado claro que el criterio pertinente es el de la tesis amplia.

En el caso en cuestión, se trataba de determinar si la hija del testador había sido preterida o no. El padre había designado herederos universales a todos sus hijos, sustituyendo ejemplarmente a su hijo incapacitado a favor de los otros. En la partición de bienes que hizo, no dejó ningún bien a una hija. Según se siguiera una tesis u otra había habido preterición o no. De seguirse la tesis amplia, sí la había habido, pues nada recibió de su padre en concepto de legítima. De seguirse la tesis estricta, no la había habido, pues, muertos ya su padre y hermano incapacitado, los bienes que recibió de éste los heredaba del padre en concepto de legítima, pudiendo, en consecuencia, solicitar tan solo el complemento de la misma (art. 815 CC). El Tribunal Supremo siguió la tesis amplia y, por tanto, entendió que había sido preterida y acogió su pretensión de reducir las instituciones hereditarias con el fin de cubrir su legítima (art. 814 CC).

(60) En todo caso, hay que señalar que la sentencia no aclara la procedencia concreta de las fincas cedidas, esto es, si el incapacitado las había heredado del ascendiente o si integraban su patrimonio por otro título. Parece que cabe presumir que serían del ascendiente, por lo que, en puridad, se siga la tesis amplia o la tesis restrictiva, entendemos que, en ambos casos, el sobrino demandante estaba legitimado, por lo que las afirmaciones realizadas lo son con carácter de *obiter dictum*, sin constituir la *ratio decidendi* del fallo. Considera también que las declaraciones fueron realizadas *obiter dicta* KARRERA EGIALDE (ob. cit., p. 977). Para ROMERO GARCÍA-MORA ("La cuestión...", cit., p. 1879, nota 17), en cambio, sí debe estimarse que el pronunciamiento a favor de la tesis amplia constituía *ratio decidendi*.

(61) Pte.: Excmo. Sr. D. Antonio GULLÓN BALLESTEROS.

El Alto Tribunal declara, en su fundamento jurídico primero, que el núcleo central del fallo "es si en la sustitución ejemplar, el ascendiente hace testamento por el sustituido incapaz, por lo que los sustitutos designados por aquél heredan a dicho sustituido, o heredan al ascendiente respecto de los bienes que deja al sustituido incapaz", y que el criterio de la Sala es el de la STS de 26 de mayo de 1997, que dice: "[...] esta Sala tiene declarado desde la sentencia de 6 de febrero de 1907 que la sustitución ejemplar consiste en un nombramiento del heredero del incapaz por el sustituyente y su finalidad es la evitación de la sucesión intestada de aquél; quien opera la sustitución y, por consiguiente, nombra heredero del incapaz, es el sustituyente" (f. j. 2º).

Lo cierto es que, ni en la STS de 1907, ni en la de 2008, el concreto contenido de la sustitución ejemplar conforma el objeto de discusión, pero, en ambas, la determinación del mismo, esto es, su configuración como *testamento sustitutorio* o como *sustitución propia*, constituyeron el presupuesto de su *ratio decidendi*. La sentencia de 2008, dictada más de un siglo después de la de 1907 en el mismo sentido, consolida indudablemente una jurisprudencia (dos sentencias concordes) que se muestra claramente partidaria de acoger la tesis del testamento sustitutorio (o de la tesis amplia), que es, en rigor, la que resulta más apta para tutelar los intereses de las personas incapacitadas (62). Por esto, cabe afirmar que, junto a la clásica función preventiva de la sustitución ejemplar, se sitúa la función tuitiva de la persona incapacitada que, se logra, sin duda, mediante el aliciente que supone para el sustituto que haya cuidado debidamente de ella, la recepción de *todo* el patrimonio del incapacitado (los bienes que le dejó el ascendiente y los suyos propios) cuando éste muera; función tuitiva que, de manera significativa, ha alcanzado rango legal en el Derecho Civil catalán, como analizamos en el siguiente epígrafe.

(62) Así lo hace claramente el legislador catalán cuando en el art. 425-10.1 del Libro IV del Código Civil de Cataluña establece: "*La sustitución ejemplar solo puede ser ordenada por ascendientes de una persona incapacitada que sea legitimaria de la misma, y comprende, además de los bienes del testador, los del incapaz que no ha otorgado testamento ni pacto sucesorio*".

IV. LA DUALIDAD FUNCIONAL DE LA SUSTITUCIÓN EJEMPLAR Y SU ARMONIZACIÓN CON LA TESIS DE LA SUCESIÓN COMPLETA

Consolidada la doctrina jurisprudencial de la tesis amplia o de la sucesión completa, se comprueba también cómo ésta es la que mejor armoniza con los intereses del incapacitado. Por esto, este trabajo plantea una relectura de la norma que regula la sustitución ejemplar y la determinación de su función actual. Se propone examinar esta antigua institución con una nueva perspectiva (63).

La finalidad tradicionalmente reconocida a la sustitución ejemplar ha sido *preventiva*, es decir, evitar que la persona incapacitada fallezca sin dejar testamento (por carecer de la capacidad para otorgarlo) y que, en consecuencia, se abra a su muerte la sucesión intestada. Con la sustitución ejemplar se persigue que la sucesión del incapacitado no se rija por disposición de la ley, sino por la voluntad del hombre manifestada en testamento (art. 658 CC): la voluntad del incapacitado se articula a través de la voluntad testamentaria del ascendiente, constituyendo una verdadera ficción legal. La ausencia de capacidad para testar del incapacitado sustituido es suplida por la voluntad vicaria del ascendiente: *Si hæres erit et in furore decesserit*. Pero, más allá de su genuina función (la prevención del abintestato), debe sostenerse hoy una *función tuitiva* de los intereses del incapacitado: la sustitución ejemplar representa un instrumento con el que cuentan los padres para asegurarse la protección del hijo incapacitado para cuando ellos falten (64).

Puede afirmarse, por tanto, que la sustitución ejemplar se articula, en la actualidad, como un excelente mecanismo para incentivar a determinadas personas a que se ocupen del incapacitado cuando sus padres hayan fallecido (65) o cuando no puedan ejercer satisfactoriamente los deberes inherentes a la patria potestad.

Así, la sustitución ejemplar permite instituir heredero de todos los bienes del incapacitado (tesis amplia o de la sucesión completa) a

(63) G. ROMERO GARCÍA-MORA: "Funcionalidad...", cit., p. 153.

(64) En este sentido, G. ROMERO GARCÍA-MORA: "La cuestión...", cit., p. 1879.

(65) G. ROMERO GARCÍA-MORA: "La cuestión...", cit., p. 1880.

una persona física (generalmente un pariente o un amigo) o a una persona jurídica para que asuma la tutela del incapacitado o con el fin de que asuma deberes de cuidado y prestación de alimentos hasta su fallecimiento. Esta mayor amplitud del caudal hereditario se torna en un verdadero estímulo para quien va a ser heredero, superior al de heredar tan solo los bienes del ascendiente sustituyente, como sucedería de seguirse la tesis restrictiva (o de la sucesión parcial o limitada). La institución a favor de la persona o entidad que asuma la tutela o preste cuidados y alimentos al incapacitado se puede articular simplemente como una suerte de recompensa o premio por los cuidados realizados: el progenitor único que ya no se encuentra en su plenitud para atender al hijo incapacitado puede, por ejemplo, proponer la designación como tutor de una institución o persona física, nombrándole heredero de su hijo, como agradecimiento por la asunción de dicha tutela. Téngase en cuenta, además, que si, ejercida la tutela por dicha persona, el progenitor considerara que, por la razón que fuere, no es merecedora de la herencia de su hijo, podría, siempre, revocar la disposición efectuada, pues la posibilidad de sustituir no se vincula a la patria potestad (ya perdida), sino a la cualidad de ascendiente. La institución de la persona que va a atender al descendiente incapacitado puede realizarse también añadiéndole una condición: *"Serás heredero de mi descendiente incapaz si le cuidas y atiendes hasta su muerte"* (66).

Esta finalidad protectora de los intereses del incapaz, superando la estricta finalidad preventiva, ha sido elevada a rango legal en el Derecho Civil catalán. El Libro IV del Código Civil de Cataluña señala que la sustitución ejemplar debe ser ordenada a favor de descendientes del incapaz, de su cónyuge o de su pareja de hecho [primer grupo]; a falta de estas personas, puede ordenarse a favor de parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad en línea colateral (hermanos, tíos, sobrinos, primos, tío-abuelos, sobrinos-nietos) [segundo grupo], y si faltaren las personas de estos dos grupos, el testador es libre de designar como sustituto ejemplar a quien desee. Pero hay un grupo especial que prevalece sobre los

(66) M. GARRIDO MELERO: *Código Civil de Cataluña, Libro IV, relativo a sucesiones (Ley 10/2008, de 10 de julio), con notas de concordancia y críticas a su cargo*, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 126.

demás: el testador puede nombrar sustitutos ejemplares a las personas físicas o jurídicas que hayan ejercido la tutela del incapaz o hayan asumido deberes de cuidado y prestación de alimentos y los hayan cumplido hasta su muerte.

Además, debe añadirse que la posibilidad que ofrece actualmente el artículo 808 CC, de nombrar fiduciario al hijo incapacitado y fideicomisarios a sus hermanos, puede no ser, quizá, la que mejor convenga a los intereses de aquél, pues la reducción a meros fideicomisarios de los hermanos puede ser mal vista, prefiriendo éstos que los padres –que son quienes mejor conocen las necesidades y relaciones del incapaz– les instituyan herederos (sustitutos ejemplares) de su hermano incapacitado si cumplen la condición de cuidar de él (67).

Después de muchos años de incertidumbre, puede afirmarse ya que el Alto Tribunal ve la sustitución ejemplar como un testamento sustitutorio en el que el ascendiente testa por el descendiente incapacitado disponiendo de sus bienes propios y de los del incapacitado. La consolidación de esta doctrina jurisprudencial implica, a su vez, armonizar esta antigua institución con los principios imperantes en la legislación civil actual tendentes a la protección de los sujetos débiles. La sustitución ejemplar no solo cumple la función preventiva del abintestato, sino que, además, se convierte en un instrumento de enorme utilidad para tutelar los intereses de las personas incapacitadas, pues la disposición por parte del ascendiente de *todos* los bienes del incapacitado coadyuva, sin duda, a un mejor desarrollo de la función tuitiva que hoy debe predicarse de esta figura jurídica.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Curso de Derecho Civil, V, Derecho de Sucesiones*, 9.ª edic., Edisofer, Madrid, 2008.
- *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. X, vol. 2.º (arts. 774-805 CC), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1984, pp. 46-119.
 - "Comentario a los artículos 775 y 776 del Código Civil", en *Comentario del Código Civil*, t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 1901-1909.
 - *Sustituciones hereditarias*, Editorial "Gráficas Summa", Oviedo, 1956.

(67) G. ROMERO GARCÍA-MORA: "La cuestión...", cit., p. 1880.

- BALLESTER, P.: "Comprensión de la sustitución ejemplar", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1928, pp. 528-539.
- BONET RAMÓN, F.: "Sustitución ejemplar. Tiempo en que ha de ser declarada la incapacidad del mentalmente enajenado", en *V. Sucesiones, Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, RDP, t. 25, 1941 (en.-dic.), pp. 420-421.
- CÁMARA LAPUENTE, S.: "Comentario a la STS de 29 de marzo de 2001: Sustitución ejemplar: momento de incapacitación del sustituido. Albacea contador-partidor: plazo y prórroga judicial. Partición hereditaria por contador-partidor: liquidación previa por sí solo de la sociedad de gananciales de ambos testadores fallecidos", CCJC, núm. 58, 2002 (en.-marzo), pp. 111-129.
- CÁRDENAS, L.: "La sustitución pupilar y ejemplar: su ámbito de aplicación", RDP, t. 35, 1951 (en.-dic.), pp. 925-929.
- DÍAZ ALABART, S.: "La protección económica de los discapacitados a través del Derecho de Sucesiones", en *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, dir. por J. PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, coord. por M. PEREÑA VICENTE, La Ley, Madrid, 2011, pp. 849-934.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: "Capítulo X: Sustitución Pupilar y Ejemplar", en *Estudios sobre Jurisprudencia Civil*, t. III, Tecnos, Madrid, 1976, pp. 392-403.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L./GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, *Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, 9.ª edic., Tecnos, Madrid, 2004.
- GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A.: "Apuntalamiento de la sustitución ejemplar", *Revista de Derecho Notarial*, núms. 77-78, 1972, pp. 31-143.
- GARCÍA VARELA, R.: "Sobre la sustitución ejemplar", *La Ley*, 1997-5, D-248, pp. 1696-1697.
- GARRIDO MELERO, M.: Tema 3: "Los fideicomisos", en *Instituciones de Derecho Privado*, coord. J. F. DELGADO DE MIGUEL, t. V, *Sucesiones*, vol. 1, *La sucesión y las instituciones ordenadoras de la misma*, coord. M. GARRIDO MELERO, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 725-1073.
- GONZÁLEZ LAO, J. J.: "Algunas precisiones sobre los artículos 775 y 776 del Código Civil", en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, t. I, dir. por J. M. GONZÁLEZ PORRAS y F. P. MÉNDEZ GONZÁLEZ, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España/Servicio de Publicaciones. Universidad de Murcia, Murcia, 2004, pp. 2123-2147.
- GONZÁLEZ PORRAS, J. M.: "La sustitución de los impúberes en la Compilación del Derecho Civil de Cataluña", ADC, t. 26, fasc. 1 (enero-marzo), 1973, pp. 241-282.
- HERNÁNDEZ GIL, A.: "La declaración judicial de incapacidad en la sustitución ejemplar", RDP, 1965, pp. 371-383.
- KARRERA EGIALDE, M. M.: "Comentario a la STS de 7 de noviembre de 2008: Sustitución ejemplar. Su finalidad es evitar la sucesión intestada. El sustituyente testa por el incapaz. Los sustitutos heredan al sustituido", CCJC, núm. 80, 2009 (abril-agosto), pp. 963-983.

- LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho Civil, V, Derecho de Sucesiones*, 5.ª edic., José María Bosch Editor, Barcelona, 1993.
- LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho Civil, VII, Derecho de Sucesiones*, 4.ª edic., Marcial Pons, Madrid, 2005.
- LÓPEZ LÓPEZ, J.: "Notas acerca de la naturaleza de las sustituciones pupilar y ejemplar", ADC, t. 11, fasc. 1 (en.-marzo), 1958, pp. 3-19.
- LÓPEZ PEDREIRA, A.: *Pupillaris Substitutio. Del Derecho romano al artículo 775 del Código Civil español*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2006.
- MANRESA Y NAVARRO, J. M.: *Comentarios al Código Civil español*, t. VI, 6.ª edic., Reus, Madrid, 1932, pp. 120-122.
- MIGUEL TRAVIESAS, M.: "Sustituciones hereditarias", RDP, (I) 1927, pp. 404-423; y (II) 1929, pp. 1-14.
- MOLINA Y RAVELLO, E.: "Caso práctico sobre la sustitución ejemplar", RDP, 1940, t. 24 (en.-dic.), pp. 142-145.
- MUCIUS SCAEVOLA, Q.: *Código Civil*, t. XIII, *De la herencia: De la capacidad para suceder por testamento y sin él. De la institución de heredero. De la sustitución. De las instituciones condicionales o a término*, Reus, Madrid, 1943, pp. 596-609.
- OSSORIO MORALES, J.: "Sustitución ejemplar", en *Jurisprudencia Civil. C) Sucesiones*, RGLJ, 1941, t. 2, pp. 409-412.
- PUIG FERRIOL, L.: "La sustitución ejemplar en Cataluña", en *Estudios de Derecho Civil en honor del Profesor Castán Tobeñas*, t. III, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1969, pp. 405-438.
- ROMERO CANDAU, P.: "Comentario a la RDGRN de 6 de febrero de 2003", *La Notaría*, núm. 3, 2003 (marzo), pp. 117-122.
- ROMERO GARCÍA-MORA, G.: "Funcionalidad de la sustitución ejemplar en el Derecho Sucesorio común. Propuestas de reforma", RCDI, núm. 705, 2008, pp. 153-193.
- "La cuestión del ámbito objetivo de la sustitución ejemplar. Consolidación de la nueva doctrina jurisprudencial", *La Ley*, 2010, t. 1, D-36, pp. 1877-1881.
- ROYO MARTÍNEZ, M.: *Derecho Sucesorio "mortis causa"*, Edelce, Sevilla, 1951.
- SEGURA ZURBANO, J. M.: "El testamento de los padres de un deficiente mental. Problemas y soluciones", RDN, 1986 (abril-junio), pp. 435-449.
- VÁZQUEZ GUNDÍN, E.: "La sustitución ejemplar", RCDI, núm. 166, 1942 (marzo), pp. 145-169.

CARACTERES DEL NOTARIADO MEDIEVAL (*)

Juan Alfredo Obarrio Moreno

Profesor Titular de Universidad
Universidad de Valencia

SUMARIO

INTRODUCCIÓN

1. DEFINICIÓN DE NOTARIO
 - 1.1. *Notaria*
 - 1.2. *Tabellio*
 - 1.3. *Scrinarium*
 - 1.4. *Servus publicus*
 - 1.5. *Librarius*

2. CARACTERES
 - 2.1. Idoneidad o suficiencia
 - 2.2. Autoridad

3. EL ACCESO AL OFICIO DE NOTARIO
 - 3.1. El sexo
 - 3.2. No poseer condición servil
 - 3.3. Buena fama
 - 3.4. No ostentar cargo público
 - 3.5. Laico
 - 3.6. Edad legítima y suficiente
 - 3.7. Cristiano

(*) El presente estudio se encuadra dentro del Proyecto de Investigación: *Parlamentos y ciudades en la Corona de Aragón en la encrucijada de la crisis del Antiguo Régimen*. Ministerio de Ciencia e Innovación. Ref. Der 2009-09193. 2010-2011.

3.8. Natural del Reino

3.9. Consciencia plena

4. PRECEPTOS Y OBLIGACIONES

5. CUALIDADES Y APTITUD

6. SALARIO

7. APÉNDICE DOCUMENTAL

INTRODUCCIÓN

No quisiera iniciar la exposición de un tema tan sugestivo y atrayente como es el de los caracteres del Notariado medieval, sin antes manifestar una reivindicación del estudio del latín como herramienta básica de conocimiento de todo romanista, y si se me permite, de todo jurista. El deseo por alcanzar un conocimiento del Derecho que trascienda del mero pragmatismo lo hallamos ya en buena parte del pensamiento jurídico del siglo XVIII, al arrogarse el principio proclamado por Baldus DE UBALDIS: *Qui vult scire consequentes debet primo scire antecedentes*, esto es, quien quiera conocer los consecuentes, debe, primeramente, conocer los antecedentes (1). Con carácter ejemplificador recogemos, por ilustrativo, un fragmento de las cartas que José BORRULL le envió a MAYANS cuando inició su carrera judicial:

Yo ya metido en esta indigestión de practicones, ni me acuerdo de un texto, ni sé si entenderé el latín si me ponen delante a Cicerón, tal es la algaravía y confusión de estos pragmáticos que ni los entiendo, y me hazen olvidar aquello poco que supe (2).

(1) Baldus DE UBALDIS: *In Primam Digesti Veteris Partem Commentaria*. Venetiis, 1616. *De iustitia et iura rubrica, Lege Iuri operam daturum, prooemium*.

(2) Tomo la cita de MARZAL RODRÍGUEZ, P.: "Las *Disputatio iuris*. Humanismo y Controversia". *Actas del Congreso Internacional sobre Gregorio Mayans*. Valencia-Oliva, 6-8 de mayo de 1999, p. 57.

1. DEFINICIÓN DE NOTARIO

1.1. NOTARIA

A la primera de las cuestiones, la que hace referencia a la *definitio* del término *notarius*, el notario valenciano TARRAZA, en su *Compendium sive epithome theoricæ artis notariæ*, le dedica una breve *definitio* en su primer e ilustrativo capítulo: *De notaria, e notariis brevis-simus Tractatus ad eruditionem eorum qui dictam artem exercere incipiunt* (3), en la que, haciéndose eco de las definiciones aportadas en los distintos formularios notariales (4), viene a significar que el arte de la notaría hace referencia a los negocios públicos de los hombres y a dar conocimiento de estos: "Notaría significa anotar –formalizar– públicamente y auténticamente los negocios de los hombres. Término que deviene por lo anotado, por las notas, porque lo que es recibido por un notario debe ser pasado o registrado a notas. De tal forma que, en algunos lugares, a las notas se les denomina peticiones, porque se solicita al notario que escriba, que redacte documentos. A estas notas, concluye el jurista valenciano, también se les llama protocolos, que deviene de *prothos*, esto es, primero se hace una colación entre las partes que quieren hacerlo, y, de este modo, se llama primera reunión. De esta colación se hará el protocolo o petición" (5):

(3) TARRAZA, G.: *Compendium sive epithome theoricæ artis notariæ, in quo de illa, et de tribus ipsius principalibus partibus, scilicet, de contractibus, ultimis voluntatibus, et iudiciis, brevissime agitur*. Valentia, 1636.

(4) En análogo sentido, EXCLUVE, V.: *Praeclaræ artis notariæ*. Valentia, 1643. *Definitiones artis notariæ: Notarius est persona publica, cujus officium ad publicam utilitatem in est introductum; Notaria est ars publico introducta ad negotia hominum pertractanda inscriptis reducendum. Vid. Juris Vocabularium*. Venetiis, 1483: *Notarius est publica persona, quia eius officium ad publicam utilitate inventum est et dicitur a notando quod est negotia hominis publice et auctentice in publicam et auctenticam formam redigere. Et idem dicitur scribe a scribendo, et tabellio sue tabellarius a tabula*.

(5) En el ámbito del Derecho castellano, SUÁREZ DE PAZ, G.: *Praxis ecclesiastica, et saecularis*, Rub. *De tabellione*, núm. 1: *Tabellio est persona publica, habens officium scribendi instrumenta super contractibus, actis, et aliis rebus, ad fidem faciendam super eisdem*. PARTIDAS 3,19, *proemio*.

ROLANDINUS: *Est igitur, officium publicum quo varia omnium negotia diversisque actus in solemnem, Publicam et Authenticam scriptioni formam rediguntur: atque ita digna plenaque fide ad perpetuam posterorum memoriam referuntur* (6).

TARRAZA: *Notaria, est hominum negotia publice, et autentice notare. Notaria dicitur a noto, notas, quia quod recipitur a notariis debet in notis redigit.*

Huiusmodi notae appellantur in aliquibus loci, rogationes, eo quod illas rogatur tabellio scribere, et ex illis instrumenta facere.

Dictae notae etiam dicuntur prothocola a prothos, idest, primus, et collatio, et sic prothocollum dicitur prima collatio conferunt enim partes quid velint facere, et ex illa collatione fit prothocollum, sive rogatio (7).

1.2. TABELLIO (8)

En segundo término, la doctrina reconocía que el notario era una persona privilegiada porque, dentro del ámbito de los negocios públicos de los hombres, era quien aportaba fe, autenticidad y crédito a todas las escrituras –*conscribere*–, razón por la que al *publicus notarius* también se le llama *tabellio* o *tabularius* (9), porque era quien, en otro tiempo, anotaba en tablas (10):

(6) ROLANDINUS BONANIENSIS, *Artis notariatus, sive tabellionum*. Tomus Primus. Lugduni, 1546. Cap. 1, fo. 1; *Tractatus notularum, Rubrica De instrumentis: ... publicationes dicuntur quia publicam et authenticam et fide dignam reddunt scripturam, et quia in instrumentis apponi debent et scribi solum per manum publice persone, hoc est notarii, qui est publica persona eo quod ipsius officium est ad publicam utilitatem inventum*. Más lacónica es la definición que hallamos en Azo, *Summa Super Codicem; Lectura Super Codicem. Corpus Glossatorum Juris Civilis*. II-III. 1966. Lib. X, Rub. *De tabulariis, scribis, logographis et censualibus*, fo. 425: *Tabularii dicuntur qui faciendis publicis instrumentis publice possunt in singulis civitatibus*.

(7) TARRAZA, G.: *Compendium sive epithome theoricæ artis notariæ*, Cap. 1, fo. 1.

(8) D. 48,19,9,4-7; C. 1,2,14,6; C. 4,21,17. Véase S. ISIDORO DE SEVILLA: *Etymologiarum* 9,4,27: *Tabellio vocatus eo quod sit portitor tabellarum. Idem exceptor, idem est scriba publicus, quia ea tantum, quæ gestis publicantur, scribit*. Ed. BAC, Madrid, 2000.

(9) Cfr. SÉNECA: *Apocolocyntosis* 20; MARCIAL: *Epigrammata* 5,51,2; 208; QUINTILIANO: *Institutio oratoria* 7,2,24; D. 50,13,1,6. Vid. AMELOTTI, M. y COSTAMAGNA, G.: *Alle origini del notariato italiano*. Roma, 1975, pp. 5 y ss.

(10) BASSIANUS, I.: *Summa secundum Io (hannem Bassianum), Collatio 5, De tabellionibus et prothocollis Rubrica: Est autem tabellio publica per-*

TARRAZA: *Notarius est persona privilegiata ad negotia hominum publice, et autentice conscribenda. Dicitur persona privilegiata, quia creditur suis scripturis publicis per totum mundum. Notarius etiam dicitur tabellio, sive tabularius quia olim notabant in tabulis* (11).

ROLANDINUS: *Notarius est persona privilegiata ad negotium omnium conscribenda* (12).

1.3. SCRINARIUS

Se recoge la acepción *scrinearius* (13), escribiente, ya sea porque antiguamente los escritos se ponían en cajas donde se guardaban los *iura*, o ya porque todo debía ser secreto en el notario o en el escriba, razón por la que se le confiaba la fe pública (14).

1.4. SERVUS PUBLICUS (15)

En virtud del carácter público y auténtico –*Tabellio dicitur publica persona* (16)–, se le llamaba también siervo público, no porque fue-

sona que scribit contractus, ..., id est fidei cuius scripture creditur, et probationem facit sicut duo testes... Et dicitur tabellio, ut hic quia forte in tabulis olim faciebant imbreuatones suas, vel de cera vel de aliis... Item dicitur tabularius et scriba et logographus... Idem dicitur scriniarius... Idem dicitur exceptor...

(11) TARRAZA, G.: *Compendium sive epithome theoricæ artis notariæ*, Cap. 1, fo. 1.

(12) ROLANDINUS BONANIENSIS: *Artis notariatus*, Cap. 1, fo. 1.

(13) C. 13,X,2,26: *scrinarii appellantur tabelliones, et est vulgare romanorum*. NEBRİJA, A. DE: *Vocabularium iuris utriusque*, voz *Scrinarii*: *Scrinarii et scriniorum memoriales idem sunt, et magistri scriniorum etiam scrinarii appellantur tabelliones*.

(14) TARRAZA, G.: *Compendium sive epithome theoricæ artis notariæ*, Cap. 1, fo. 1: *Dicitur scrinearius, quia olim scripta reponerentur in scriniis, ubi iura tenebantur. Vel quia in tabellione sicut in scrinio debet esse secretum totum, et quicquid eius fidei committitur*.

(15) Véase en COSTUMS DE TORTOSA 9,9,1: *notari es dit servu publich, no que sia servu: mas per ço car serveix e deu servir a tot lo poble que a eyl vullen a emprar per rao de son offici*.

(16) UBALDUS, B. DE: *Ad Tres Priores Libros Decretalium Commentaria*. Lugduni, 1585. Lib. 2, Rub. *De probationibus*, Cap. 10, núm. 9, fo. 188. Con anterioridad; IRNERIUS: *Summa Codicis*. Ed. Fitting, H. Berlin, 1894. Rub. *De fide instrumentorum*, fo. 93: *... publica autem instrumenta esse dicuntur que per publicas personas, id est per tabularios...*

ran siervos, sino porque este oficio fue creado para la utilidad pública, y tenía que tener los requisitos para recibir cualquier documento legal y permitido por el Derecho:

DURANDUS: *Tabellio dicitur servus publicus* (17).

TARRAZA: *Dicitur etiam servus publicus, non quia vere fit servus, sed quia eius officium est ad publicam utilitatem inventum et tenetur requisitus quaecunque instrumenta licita, et a iure permissa recipere* (18).

No obstante este sentir generalizado dentro de la doctrina medieval, MOLINO, en su *Repertorio* de voces, mantuvo el carácter servil de los notarios comunes: *Notarii officium dicitur vile officium: quia est servus publicus, nisi sit notarios principis. Quia notarius principis dicitur habere nobilem militam* (19).

1.5. LIBRARIUS

Asimismo, se le llamaba escriba, porque su oficio era la escritura (20), o librario, porque en todos los libros de su oficio debía anteponer la equidad, la justicia y la fidelidad: *Dicitur librarius, quia sicut libra debet omnia ad suum officium spectantia aequa lance, et iuste, ac fidelite praeponderare. Dicitur scribe ab scribendo* (21).

(17) DURANDUS, G.: *Speculum Iudiciale*, Lib. 2, Partic. 2, Rub. *De Instrumentorum* editione 2, núm. 14; UBALDIS, B. DE: *In VII. VIII. IX. X. et XI Codicis Libros Commentaria*. Venetiis, 1615. Lib. X, *Rubrica De Decurionibus*, Lex 15, núm. 1: *Tabellio est servus publicus*.

(18) TARRAZA, G.: *Compendium sive epithome theoricæ artis notariæ*, Cap. 1, fo. 2; MIERES, T.: *Apparatus, Collatio* 6, Cap. 19, núm. 8: *servi publici appellantur*.

(19) MOLINO, M. DEL: *Repertorium*, voz *notarius*, fo. 233.

(20) PARTIDAS 3,19,1: *Escrivano tanto quiere dezir como ome que es sabidor de escrevir...*

(21) TARRAZA, G.: *Compendium sive epithome theoricæ artis notariæ*, Cap. 1, fo. 2.

2. CARACTERES

2.1. IDONEIDAD O SUFICIENCIA

Una vez fijadas las distintas acepciones del oficio de notario, la doctrina tardo-medieval, sostuvo, recogiendo el sentir de la literatura notarial, del *ars notariae* (22), que únicamente el *officium notariae* (23) tenía la dignidad y la autoridad para dotar de legalidad a los negocios de los hombres y hacerlos públicos, por lo que, a tenor de la gran dignidad del cargo, debían ser rechazados los infames y los señalados o marcados por su torpeza (24).

Más en particular, el requisito de aptitud notarial se halla contemplado en la mayoría de los Ordenamientos bajo-medievales (25) donde, para obtener el *officium notariae* se exigía la plena idoneidad para la adecuada formulación de los documentos *-sufficiencia-*. En concreto, en los Fueros de Valencia se afirma que “cuando alguien que tuviera más de veinticinco años quisiera ser escribano público, que se presente ante la *Cort*, y que sea examinado y escrutado por dos hombres que sean buenos concedores de aquella ciencia, y si fuera hallado con suficiente *-conocimiento-* para hacer escrituras, que sea recibido, y que jure que será legal y fiel en su oficio” (26).

(22) BONO, J.: *Historia del Derecho notarial español*, I. 2, ob. cit., pp. 221-228.

(23) SAXOFERRATO, B. DE: *Consilia, Consilium* 174, núm. 9: *Respondeo quod officium notarii non est dignitas, sed munus*; MAGONI, J. B., Cap. 27, núm. 4: *Dicitur etiam notarius officium, et munus*; núm. 6. *Notarius, ex officio annexam habet dignitatem*.

(24) TARRAZA, G.: *Compendium sive epithome theoricæ artis notariæ*, Cap. 1, fo. 2: *Officium Notarii est dignitas, et autoritas [sic] ad legitimorum negotiorum hominum notam de publico introducta. Officium Notarii est magnæ dignitatis in tantum, quod ab illo repelluntur infames, et turpitudine notati*.

(25) LÓPEZ, G.: *Gl. ad Partidas* 3,19,1, v. *Registros: Tabellio debet esse legalis, bonis et intelligens signanter tabellio curiæ Regis. Et quod bene sciat scribere. ... Et idem de aliis tabellionibus civitatum et locorum sint liberi, Christiani bonæ famæ, peritiam, officii habentes. Et quæ eis celandamandantur celent: si in Regis, aut regni non redundant dispendium: debent esse vicini loci ubi officio tabellionatus funguntur: ut melius possint contrahentes cognoscere, nec debent esse clerici...*

(26) FURS, 9,19,10: *Cum aliquis ultra XXV, annos scriptor publicus esse voluerit, curie presentetur et a duobus viris literatis de ius scientia scrute-*

Requisito que, a su vez, implicaba la aptitud para redactar los documentos notariales en latín (27), así como el deber de permanecer como aprendiz durante un tiempo más o menos prolongado –*servire in scribendo*–, período en el que el *magister* se obligaba a enseñarle el *officium –docere officium notariae* (28).

2.2. AUTORIDAD

Como segundo elemento integrante de la definición de Notariado se halla la autoridad de la que estaban investidos. Así, se nos transmite que a los escritos del *notarius*, por tener una *auctoritas* en grado sumo (29), se les otorgaba la máxima fe, cuando en ellos se afirmaba: “Yo, tal, Notario público de [tal ciudad], he recibido, etc.”. Por esta razón, en los propios tratados de arte de notaría se afirmaba que con mayor prontitud se daba fe a un notario que a un obispo o a un cardenal, por mucho que éstos afirmaran: “Yo, tal, Obispo o Cardenal, etc.” (30):

tur. Et si sufficiens ad instrumenta conficienda invenitur, recipiatur et iuret se esse fidelem et legalem in suo offitio.

(27) LÓPEZ, G.: *Gl. ad Partidas* 3,19,1, vv. *De la corte del Rey: Non enim exire debent de cancellaria principis literae malae formatae, unde et mala grammatica vitiat rescriptum Papae.*

(28) FURS 9,19,11: *Ordenam que en la examinatio e creatió dels notaris sien II jurats, II savise II notaris, los quals cascun any sien elets per lo consell de la ciutat, vila o loch on se creará lo notari, ço éss la vespra de cinquagesma, los quals juren que en la examinatio d’aquell se hauran bé e leyalment a sa enteniment. Mas si en alcuna vila o loch del regne no havia II savis, que n’i sia elet I ab los altres dessús dits. E si no y havia negun savi, los dits II jurats e II notaris ho puxen fer. E alcun no sia reebut a offici de notaria si no sabrà gramática, enaxí que sápia parlar e dictar en latí sens fals, e que haja practicat en l’offici ab notari almeys per II anys.*

(29) LÓPEZ, G.: *Gl. ad Partidas* 3,19,1, v. *Sabidor: Adde et habet auctoritatem publicam, quia est constitutus ab habente potestate*; COMES, J.: *Viridiarum artis notariatus*, Cap. 1, núm. 4: *Notarius vero dicitur is, qui huiusmodi officium exercet, et ab iis qui contrahunt, rerumque suarum satagunt, eo nomine requiritur, ut super eorum negotia, ipsis ad perpetuam fidem publicam, authenticamque scripturam conficiat, habens officii sui auctoritatem, et privilegium ab Imperatore, Rege, vel ab aliis, quibus suam ad hoc potestatem sunt impartiti...*

(30) TARRAZA, G.: *Compendium sive epithome theoricæ artis notariæ*, Cap. 1, fo. 2: *Dicitur auctoritas eo quod maximam habet auctoritatem, quia*

ROLANDINUS: ... *officium notariae est dignitas et auctoritas ad legitimorum omnium negotiorum notam de publico introducta. Dicitur officium est dignitas; nota quod istud officium est magnae dignitatis in tantum quod ab illo officio repelluntur infames et turpitudine notati. Dicitur auctoritas, ideo quod maximam habet auctoritatem notarius, quia suis scripturis fides adhibetur plenissima, solum dicendo: Ego talis imperiali auctor. notarius etc.* (31).

En este sentido, el jurista MATHEU Y SANZ reconocía la gran fe de la que gozaron estos estudiosos del Derecho (32), cuyo testimonio se creía plenamente, aunque no estuviera corroborado por la suscripción de las partes o de los contrayentes (33).

3. EL ACCESO AL OFICIO DE NOTARIO

Una vez delimitado el ámbito de jurisdicción del Notariado, cabe ver quiénes se hallaban excluidos del arte de la notaría durante la Baja Edad Media.

Al concebirse el oficio de notario como una tarea ardua, de gran dignidad y autoridad (34), en los distintos tratados de arte de nota-

scriptis notarii fides ubique adhibetur plenissima dicendo. Ego t. Notarius publicus Valentiae recepi, etc. Et citius creditur Notario, quam credatur Episcopo, vel Cardinali, quamvis dicant. Ego t. Episcopus, vel cardinalis, etcetera.

(31) Tomo la nota de BONO, J.: *Historia*, ob. cit., 209.

(32) SUETONIO: *Nero*, 32; D., 48,19,9,4; D. 50,13,4. Cfr. GARCÍA GALLO, A.: "Los documentos y formularios jurídicos en España hasta el Siglo XII". AAMN, XXII, vol. I, p. 125.

(33) MATHEU Y SANZ, L.: *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 9, Tít. 1, núm. 61: *Quia ipse fatetur juris studiosis Tabelliones assimilaris quia juris notitiam professio ipsa supponit, et fides magna eis tribuitur. Quod in Regno Valentiae maximopere procedit tum quia eorum attestationibus plene creditur absque subscriptione partium sive contrahentium, sive testantium.*

(34) COMES, J.: *Viridarium artis notariatus*, Cap. 2, núm. 1; FONTANELLA, J. P.: *Tractatus de pactis*, Claus. 5, glossa 10, parts. 1, núm. 88; CALDERO, M. DE: *Sacri Regii Criminalis Concilii Cathaloniae Decisiones*, Barcinonae, 1683. *Decisio* 5, núm. 1: *Deserviunt Notarii, seu Tabelliones publicae utilitati; hi nedum apud pedaneos, minoresque magistratus creditum, et auctoritatem obtinent; sed apud Reges, et Principes, et cuncta eminentia tribunalia acceptissimi, et familiarissimi existunt. Hi eorum manibus, admi-*

ría, así como en la mayoría de la doctrina del *mos italicus* tardío (35), se explicita que este era un cargo al que únicamente podían acceder las personas que demostraban tener un conocimiento suficiente de las leyes (36), así como una vida honesta y solvente –*integra fama* (37)–, lo que limitaba, en gran medida, su acceso (38):

randa fide, instrumenta, privilegia, et litteras ad perpetuam rei memoriam conficiunt, et post multa temporum saecula, ex horum sola Notariorum subscriptione indubitata probationem dicuntur. Hi typum tenent Evangelistarum Christi, qui eius gesta, et acta in Evangelio, tam fideliter, quam utiliter descripserunt. Et inter caeteras huius artis commoditates, qui illam exercent magna lucra, summos honores asseuntur, et brevi tempore, ac parvo labore opulenta utilitatis compendia adipiscuntur, et tandem ab omnibus honorantur; quia omnes illis indigent; núm. 3: Et quanti honoris fit his temporibus officium Tabellionatus praeter id, quod potest quotidiana experientia experiri, ... quantique fint ex ipsis digni quidem, nedum ad unam Ciuitatem, sed ad integrum Regnum gubernandum, ac regendum, ac propterea, in omnibus fere Republicis nostrae Hispanae receptum iam est, ut ii ad huiusmodi, et alia officia quaecumque honoris, et lucri laudabiliter admittantur... nam nemo ad officium admittitur, nisi fit de honesto loco, fide, et industria cognita, cum necesse fit omnium consiliorum eum esse participem. Cf. C. 1,15,1: Si quis asserat, cum mandatis nostris secretis se venisse, omnes scient, nemini quicquam, nisi quod scriptis probaverit, esse credendum, nec ullius dignitate terreri, sive ille tribuni, sive notarii, sive comitis proferat dignitatem, sed sacras nostras literas esse quaerendas.

(35) COVARRUBIAS DE LEIVA, D.: *Opera Omnia*. Lugduni, 1574. *Practicarum quaestionum*, Cap. 19, núm. 5: *Tametsi Athenis Scriba civitatis, aut publicus, nome fuerit ignominiosum, quippe non amanuensis, sed qui nihil aliud scriberet, quam actiones publicas, et ideo vile manus erat... Prima conclusio: Infamis non potest esse Amanuensis, scriba, seu notarius principis... quorum opinio comunis est*; CASTILLO DE BOVADILLA, J.: *Politica de corregidores y señores de vasallos en tiempo de paz y guerra*. Amberes, 1750. Lib. 3, Cap. 8, núm. 2. GUTIÉRREZ, J.: *Practicarum quaestionum circa leges regias Hispaniae*. Matritii, 1605-1612. Lib. 1, Quaestio 137, núm. 16.

(36) PARTIDAS 3,19,2: *E otrosí deven ser sabidores en escrevir bien, e entendidos dela arte de la escrivania*; LÓPEZ, G.: *Gl. ad Partidas 3,19,1, v. Escribanos: Tabellio est homo in scribendo peritus*; 3,19,2, vv. *De la arte de la escritura: ... quod debet scire iura pertinentia ad artem notariae...*

(37) C. 8,69,2: *Quicumque decurionum sponte se censuali ministerio mancipaverit, conditionem habeat, quam ipse delegit, depositurus sui ordinis penitus dignitatem, si eum necessitas quaestioni subdendum invenerit;*

Baldus DE UBALDIS: *Notarius infamis non potest exercere Tabellionatus officium* (39).

En este sentido, TARRAZA, ante la pregunta de quiénes estaban facultados para ser notarios, sostendrá –lacónicamente– que podían serlo todos aquellos a quienes no se les hubiera prohibido expresa-

C. 9,22,21,pr.; C. 10,31,2,2; C. 12,50,1; D. 50,2,1; D. 50,2,16. Cf. COMES, J.: *Viridiarum artis notariatus*, Cap. 1, núm. 34: *Debent etiam hanc artem, sive officium exercere cupientes bonis, et honestis moribus esse praedotati, de quibus infra plenius dicam. Item de bonis, et honestis parentibus progeniti, ne vilitate personae, tam excellens vilescat officium. Attendenda est similiter personae conditio, ut sit homo liber, non servus, vel Monachus, Clericus, aut Religiosus; similes enim personae Notarii esse non possunt, ut supra retulimus: non damnatus, vel deportatus, aut alia vili conditione notatus.* PARTIDAS 3,19,2: ... de buena fama...

(38) FURS 9,19,13: *crear notari, axí en sciència com en costumes...*; ESPÉCULO 4,12,3: ... *seer buenos et de buena fama*; PARTIDAS 3,19,2. COMES, J.: *Viridarium artis notariatus*, Cap. 2, núm. 17: *Unde ex moribus, et conservatione Notarii, sive Tabellionis fides ei augetur, vel minuitur; si enim cum bonis, et honestis personis continuo frequentaverit, maior eidem fides dabitur, minusque, ac tardius de ipso aliquid in malo inspicabitur, quam si cum vilibus, lusoribus, ebriosis, latronibus, et lenonibus, et similibus inhonestis personis vitam suam duxerit: tunc enim faciliter de falsitate, et aliis delictis circa suum tabellionatus officium suspectus habebitur, et ei fides attribuetur.* Asimismo, en núm. 13: *Curet etiam Notarius vitam suam virtutibus, bonisque moribus perornare, ut tam praetiosum, honorificum, nobile, et excellens talentum ei creditum valeat dispensare. Est autem mos, vitae institutum consuetudine firmatum*; núm. 16: *Declinare insuper curet Notarius omnes brutales apperitus, et vitia cum bonis, et honestis, ac prudentibus viris assidue conservando, malorumque et reproborum hominum societates vitando, scriptum est enim: Cum Sancto santus eris, et cum perverso perverteris*; núm. 18: *Unde tanta fides adhibetur in instrumentis Notarii infamati de aliquo crimine, etiam extra suum officium comisso, quanta adhibetur instrumentis integerrimi Notarii, ut eorum vita, mores, fama, honestas, et conversatio laudabiliter tanti officii respondeant dignitati*; núm. 19: *Caveant postremo Notarii, ne alterum infamet ex quacumque causa, vel defectu; omnes enim sumus in increpationibus, sed se invicem charitative instruant, et informent, omnem invidiam abhorendo, tamquam illorum professionis egenam.*

(39) UBALDIS, B. DE: *Codex, Rubrica De fide instrumentorum, Lex 15 In exercendis*, núm. 22.

mente su acceso por ley, estatuto o constitución (40), prohibición que, como señalaba ROLANDINUS, fue muy generalizada durante la Edad Media, ya que no fueron pocas las personas que eran rechazadas por su vida vil y deshonestas, o por cualquier otra incapacidad: *Ordinari porro crearique Tabelliones non promiscue indifferenterque omnes possunt, quum officium ipsorum publicam adeo fidem et auctoritatem, proindeque quandam etiam dignitatem habeat coniunctam, quam utranque sane a contemptu, calumniaque hominum tueri, publice interest. Sunt igitur non paucae personae, quae ad tale officium propter sui vel vilitatem, vel inhonestatem, vel insufficientiam, aliasque ob causas non recipiuntur* (41).

Véanse los presupuestos para la obtención de la *auctoritas*:

3.1. EL SEXO

Por ser el arte de notaría un oficio propio de los hombres, las mujeres, *de iure*, estaban excluidas. Así, en los libros de arte de notaría leemos que la mujer no podía ser notario porque este oficio era, en palabras de SALATIELE, de naturaleza pública y viril, lo que impedía su acceso: *femina non potest esse tabellio, cum hoc sit virile et publicum offitium et femina a publicis et virilibus offitiis removeantur...* (42).

ROLANDINUS BONANIENSIS: *Item, foemini sexus personae excluduntur* (43).

(40) TARRAZA, G.: *Compendium sive epithome theoricarum artis notariae*, Cap. 1, fo. 2.

(41) ROLANDINUS BONANIENSIS: *Theoricarum artis notariatus*, Cap. 1, fo. 3; *Tractatus notularum*: ... *omnes possunt esse notarii, quibus non est expresse prohibitum a lege*.

(42) SALATIELE: *Ars notariae, proemium*; MAGONI, J. B.: *Lucerna moralis*, Cap. 36, núm. 9: *Secundo, animadvertere debet Notarius ipse sexum, sive masculinum, sive faemininum. Et praesertim modum contrahendi per foemina, cuius sexum, masculo fragiliorem esse dicit Speculator...*

(43) ROLANDINUS BONANIENSIS: *Theoricarum artis notariatus*, Cap. 1, fo. 3; TARRAZA, G.: *Compendium sive epithome theoricarum artis notariae*, Cap. 1, fo. 2: *Mulier non potest esse Notarius, quia officium notarii est publicum, et virile, et a publicis, et virilibus officiis mulieres repelluntur*; COMES, J.: *Viridiarum artis notariatus*, Cap. 1, núm. 12: *Item foeminae sexus personae excluduntur, cum enim publicum, et virele sit Tabellionatus officium, et a publicis, et virilibus officiis mulieres repelluntur*.

3.2. NO POSEER CONDICIÓN SERVIL –*SERVUS NON POTEST ESSE NOTARIUS* (44)

Siguiendo el planteamiento de SALATIELE (45), y de buena parte de la doctrina medieval (46), cabe señalar cómo entre los requisitos personales que debía alcanzar todo notario estaba el que no tuviera una condición servil. Criterio que se exceptuaba con relación al liberto –*Libertum tamen posse* (47).

En concreto, el notario valenciano TARRAZA sostuvo que los siervos, a tenor de lo dispuesto por el Derecho civil, no podían ser notarios, ya que tenían la misma condición que la de un fallecido, razón por la que se les impedía el acceso a los actos legítimos o públicos (48).

En idéntico sentido se manifestaba la doctrina catalana, para la cual: quien no era libre, no podía acceder al Notariado –*qui non est liber, non potest esse tabellio* (49).

(44) C. 10,71,3: *Generali lege sancimus, ut, sive solidis provinciis sive singulis civitatibus necessari fuerint tabularii, liberi homines ordinentur, neque ulli deinceps ad hoc officium patescat aditus, qui sit obnoxius servituti; ...*

(45) SALATIELE: *Ars notariae, prohemium.*: *Potest autem esse notarius liber homo, colonaire conditioni vel alteri necessitait non astrictus... De libero homine dixi quia servus non potest esse tabellio cum sit publicum officium a quo servi repelluntur...*

(46) BASSIANUS, I.: *Summa secundum Io (hannem Bassianum), Collatio 5, De tabellionibus et prothocollis Rubrica: Et quia est publicum officium non potest esse servus homo.*

(47) C. 7,9,3; ROLANDINUS BONANIENSIS: *Theoricae artis notariatus*, Cap. 1, fo. 3: *Libertum tamen posse trandunt.* Cfr. PARTIDAS 3,19,2: *... que deven ser omes libres...*

(48) TARRAZA, G.: *Compendium sive epithome theoricae artis notariae*, Cap. 1, fo. 2: *Item servuus non potest esse Notarius, quia servuus de iure civili reputatur pro mortuo, et privatur ab omni actu legitime seu publico;* COMES, J.: *Viridiarum artis notariatus*, Cap. 1, núm. 12; MORLÁ, P. A.: *Emporium utriusque, Parts. 1*, tomo 11, *De fide instrumentorum, Summarium*, núm. 14: *Tabellio liber, et non servus esse debet;* ROLANDINUS BONANIENSIS: *Theoricae artis notariatus*, Cap. 1, fo. 3: *Primo enim nemo servus Tabellio ordinari potest.*

(49) MIERES, T.: *Apparatus, Collatio 3*, Cap. 20, núm. 1.

3.3. BUENA FAMA

Asimismo, atendiendo a la dignidad del cargo, los infames o los falsarios no podían acceder al cargo (50), porque atentaban contra la dignidad del oficio notarial (51):

SALATIELE: ... de homine integre fame dico ideo quia infamis nec etiam falsarius potest esse tabellio cum esse tabellio sit honor et dignitas a quibus repelluntur infames et qui alias inventus est malus presumitur esse malus (52).

Baldus DE UBALDIS: Notarius infamis non potest exercere Tabellionatus officium (53).

Criterio que, como advertía Tomás MIERES, no siempre se aplicó con rigurosidad en la praxis jurídica, donde era frecuente observar cómo accedían al oficio del Notariado los hijos espurios o bastardos (54).

(50) C. 12,1,2: *Neque famosus et notatus, et quos scelus aut vitae turpitudine inquinat, et quos infamia ab honestorum coetu segregat, dignitatis portae patebunt*; D. 48,7,2,1; D. 49,16,5,6. ESPÉCULO 4,12,3; PARTIDAS 3,19,2.

(51) TARRAZA, G.: *Compendium sive epithome theoricæ artis notariæ*, Cap. 1, fo. 2: *Item infamis, et turpitudine notatus non potest esse Notarius... infames, aut falsarii notarii esse non possunt, quia a Dignitatibus repelluntur*; COMES, J.: *Viridiarum artis notariatus*, Cap. 1, núm. 14; CALDERÓ, M. DE: *Sacri Regii Criminales Concilii Cathalonie decisiones, cum annotatiunculis post opus animadversis, et Regiis Decisionibus inter excudendum prolatis*. Barchinonae, 1683. *Decisio 70*, núm. 1; ROLANDINUS BONANIENSIS: *Theoricæ artis notariatus*, Cap. 1, fo. 3: *Item, infames, aut Falsarii ad hoc officium asperare non possunt. Est enim, ut supra dictum est, dignitas et autoritas officium Tabellionatus, et ad dignitatibus infames repelli, vulgo notum est...* SUÁREZ PAZ, G.: *Praxis, De tabellio*, núm. 9: *Nullus infamia notatus creandus est Tabellio, quia quilibet debet esse optimæ existimationis, et famæ*, ZAPATA, F. A.: *Praxis, De tabellio*, núm. 9.

(52) SALATIELE: *Ars Notariæ, prohemium*, MIERES, T.: *Apparatus, Pars. 2, Collatio 5*, Cap. 23, núm. 11: *Infames non possunt esse notarii*.

(53) UBALDIS, B. DE: *In IIII et V Codicis Librum Commentaria, Rubrica De fide instrumentorum*, Lex 15, núm. 22.

(54) MIERES, T.: *Apparatus, Pars. 2, Collatio 6*, Cap. 17, núms. 99-100: *Spurius, vel naturalis tamen non potest esse tabellio. Sed tamen ex dispensatione multos videmus notarios spurios, vel bastardos, nimirum, quia etiam ad presbyteratum cum talibus de facili hodie proch dolor dispensatur*.

3.4. NO OSTENTAR CARGO PÚBLICO –*DECURIONES NOTARII ESSE NON POSSUNT* (55)

Asimismo, para salvaguardar la honorabilidad del *officium* notarial se recogía la incompatibilidad de aquellos que ostentaban cargos con jurisdicción en la misma ciudad –*consiliarius civitatis, rectores civitatis*– o ejercían un oficio público: *advocatus non potest exercere officium tabellionatus* (56):

CINUS DE PISTOIA: *Respondeo qui est decurio, non potest esse tabellio, sed qui est tabellio, potest fieri decurio: et retinet prius officium* (57).

No obstante, como nos informa Tomás MIERES, la realidad fue muy distinta: *Videmus tamen de facto servari contrarium in hac patria, quia notarii quandoque fiunt Iurati vel consiliarii rectores civitatum ... Et de hoc non contenti faciunt se iudices, et advocatos, et curritores sive mediatores, et praesonetas pro contractibus censualium, et aliis ineundis* (58).

3.5. LAICO

Siguiendo los preceptos del Derecho canónico –c. 8,X,3,50 (59)–, ningún clérigo tonsurado u ordenado *in sacris* podía ejercer el oficio

(55) ROLANDINUS BONANIENSIS: *Theoricae artis notariatus*, Cap. 1, fo. 3: *Item, Decuriones Notarii esse non possunt.*

(56) MIERES, T.: *Apparatus, Pars. 1, Collatio 3, Cap. 20, núm. 9 et 13: Nec possunt esse advocati, licet debeant scire leges. Hoc est contra illos, qui volunt ordinare, quod iurisperiti non possint esse de consilio civitatis. Sed esset bonum, quod iurisperiti, qui esse Iuratus illo anno haberet abstinere ab advocando contra cives, quos tenetur protegere ratione officii iurariae, sicut est statutum de iudice.*

(57) PISTOIA, C. DE: *Lectura Super Codice, Ad lex Cornelia de falsis*, Tít. 22, *Si quis decurio*, núm. 4; UBALDIS, B. DE: *In VII. VIII. IX. X. et XI Codicis Libros Commentaria*. Venetiis, 1615. *Rubrica De Decurionibus, Lex 4: Tabellio non potest esse Decurio civitatis.*

(58) MIERES, T.: *Apparatus, Pars. 2, Collatio 8, Cap. 4, núm. 12; Collatio 6, Cap. 17, núm. 98.*

(59) ROLANDINUS BONANIENSIS: *Theoricae artis notariatus*, Cap. 1, fo. 3: *Ne clereci vel Monachi secularibus negotiis se immisceant.*

de notario (60), al quedarles excluido el ámbito de los negocios civiles (61):

HOSTIENSIS: *Tabellio ecclesiasticus non debet conficere instrumentum in secularibus: ne econtra* (62).

Esta prohibición, no solo se hallaba recogida en un ámbito estrictamente doctrinal (63), sino que fue recogida en la praxis de la mayoría de los reinos peninsulares, donde se sostuvo idéntica prohibición tanto para el clérigo como para el que lleva corona: *Item Clericus, et coronam portans secundum foros huius Regni. Item Monachus professus, quia pro mortuo habetur* (64).

En concreto, de su reconocimiento en la praxis del Reino de Valencia nos informa MATHEU Y SANZ, quien menciona cómo, en el año 1657, José Rocafull, notario y procurador del Duque de Aveyro, se opuso a la causa posesoria del Marquesado de Elche, por adjuntar documentos redactados por un notario eclesiástico, los cuales no alcanzaban el valor de prueba en los juicios seculares (65).

(60) FURS 9,19,7. Cfr. PARTIDAS 1,6,45; 3,19,2; 3,19,3; ESPÉCULO 4,12,3.

(61) TARRAZA, G.: *Compendium sive epithome theoricæ artis notariæ*, Cap. 1, fo. 2; COMES, J.: *Viridiarum artis notariatus*, Cap. 1, núm. 16: *Item, Monachi Religioni dediti, ad hoc officium aspirare non debent, neque possunt, cum pro mortuis habeantur, ...*; núm. 17: *Eadem igitur ratione, neque Clerici in sacris Ordinibus constituti Tabelliones esse possunt, ...*; SUÁREZ PAZ, G.: *Praxis, De tabellio*, núm. 11: *Tabellio creandus debet esse laicus, et non in sacris ordinibus constitutus*; ZAPATA, F. A.: *Praxis, De tabellio*, núm. 11, LÓPEZ DE SALGADO, I.: *Singularis, et excellentissima practica criminalis canonica...* 1594. Cap. 58, núm. 1: *Clerici in sacris ordinibus constituti tabellionatus officium exercere non debent, et si aliter fecerint, praelati debent hoc illis, interdicere per beneficiorum subtractionem.*

(62) HOSTIENSIS (HENRICUS DE SEGUSIO): *Summa Aurea*. Venetiis, 1537. *Liber 3, Ne clerici vel monachi seclaribus negotiis se immisceant Rubrica*, fo. 445r-v.

(63) ROLANDINUS BONANIENSIS: *Theoricæ artis notariatus*, Cap. 1, fo. 3: *Item, Monachi et religioni dediti, ad hoc officium aspirare nec debent nec possunt: cum pro mortuis habeantur.*

(64) TARRAZA, G.: *Compendium sive epithome theoricæ artis notariæ*, Cap. 1, fo. 2.

(65) MATHEU Y SANZ, L.: *Tractatus de regimine*, Lib. 3, Cap. 9, Tít. 1, núm. 257: *Tamen posita dispositione nostri fori mandatum in forma publica*

3.6. EDAD LEGÍTIMA Y SUFICIENTE

En virtud del criterio que sostenía que para ejercer el oficio de notario se debía tener una edad suficiente –*qui hoc officium exercere desiderat, debet habere sufficientem aetatem*–, se afirmaba que quien no alcanzaba la edad de 25 años, no podía ser nombrado notario (66). *Legitima aetas* que permitía tener un mínimo de conocimiento en el arte de la notaría (67) y en el de la ciencia jurídica (68). Criterio que fue reconocido por la mayoría de los Ordenamientos bajo-medievales (69):

confectum exhiberi debet, nisi magna et urgentissima causa aliud suadeat: De quo acriter disceptatum fuit in Regia Audientia anno 1657. quando Josephus Rocafull. Notarius, tanquam Procurator Ducis de Aveyro, se opposuit in causa possessoria Marchionatus de Elig, vacantis per mortem Ducis de Maqueda et Naxara Don Francisci de Cardenas. Nam exhibuit instrumentum mandati confectum coram Notario Ecclesiasticae curiae Ulisiponensis, et cum huiusmodi instrumenta ad iudicia saecularia nullam probationem faciant.

(66) Vid. COMES, J.: *Viridiarum artis notariatus*, Cap. 1, núm. 31: ..., *qui hoc officium exercere desiderat, debet habere sufficientem aetatem, hoc est vigintiquator annos completos; aetas enim iuvenilis huic non bene congruit officio, cum magis passione, quam ratione regatur.*

(67) MAGONI, J. B.: *Lucerna moralis*, Cap. 36, núms. 6-7: *Et primo aetatem prospicere debet, ne minores illorum animi imbecillitatis ratione, ex contractu defraudentur, quibusque viriliter succuritur... sed cum tutorum, et seu curatorum interventu procedere necessarium est, quibus maxime ii indiget...; Tomás MIERES: Apparatus, Pars. 1, Collatio 1, núm. 4; Collatio 5, Cap. 33, núm. 1: Non debet creari notarius, nec ad notarii officium admitti, nisi repertus fuerit idoneus scientia, moribus, et aetate quae dicitur idonea aetas viginti quatuor annorum completorum; COMES, J.: *Viridiarum artis notariatus*, Cap. 1, núm. 32: *Secundo, debent sufficientem scientiam habere, ut sciant contractuum substantiali debite intelligere, et ipsorum contractuum varietates, et differentias cognoscere; ut sic cuique contractui suam formam, et suas clausulas, sive partes secundum illius exigentiam valeant attribuere.**

(68) COMES, J.: *Viridiarum artis notariatus*, Cap. 1, núm. 33: *Solet autem hoc loco istud etiam quaeri: utrum ipse Tabellio iura quoque et leges scire debeat? Et Accursius... quod scire debeant, ne inquit, facientes illicitos contractus, poenam subeant. Vid. C. 1,2,14,3; C. 4,42,2.*

(69) TARRAZA, G.: *Compendium sive epithome theoricæ artis notariæ*, Cap. 1, fo. 2: *Item minor viginti quinque anni non potest esse Notarius iuxta foros praesentis Regni Valentiae, et alias de iure; BAS Y GALCERÁN, N.: Thea-*

Constitucions de Catalunya. *De Notariis, y Escrivans.*

Negu de aqui avant sie creat Notari ó à ofici de Notaria sie admès sino serà sufficient en sciencia, è costums, è haja cumplida edat de vint y quatre anys (70).

Requisito que podía ser paliado si mediaba concesión regia –*ex speciale gratia*–. En concreto, el jurista Francisco Jerónimo LEÓN nos informa de cómo, ante la petición de dispensa real de José Eximeno, le fue concedida la potestad del ejercicio del arte de la notaría a la edad de 24 años, al estar esta vacante por el fallecimiento de su padre: *Iosephus Eximeno, cui dominus noster Rex concesserat, ut cum esset perfectae aetatis, habere, et exercere posset officium Scribae maioris Aulae Iuratorum, et Concilii Civitatis Valentiae, quod vacabat per obitum eius patris, et cum esset aetatis vigintiquatuor annorum completorum, supplicavit suam Regiam Maiestatem, ut ei concesseret, ex speciale gratia, dictum officium exercere, quam vis non haberet vigintiquinque annos completos... Ex quibus ita fuit declaratum, me referente, et iudicis Commissario huius causae existente, provisione Regia facta in Sacro Senatu Regio Consilio, die vigesima nona Aprilis 1630. Actuario Ioanne Boer, Regii mandati Scriba, et cum dicto Iosepho Eximeno fuit dispensatum, ut quamvis non haberet 25 annos completos, posset exercere officium Scribae Aulae Iuratorum Valentiae (71).*

trum jurisprudentiae, Pars. 1, Cap. 25; núm. 13: Minores vigintiquinque annorum nequeunt officium scribae habere in Regno; CRESPI DE VALDAURA, C.: Observaciones, Observatio 17, núm. 1: Minor jure communi dicitur, qui non habet viginti quinque annos; LEÓN, F. J., Decisiones, Lib. 3, Decisio 21, núm. 4: in Regno Valentiae minor 25 annorum, non potest esse notarius.

(70) FURS 9,19,9: *Minor XXV annis in tabellionem publicum non eligatur. AUREM OPUS.* Alfonso II. Privilegio 29: *Nihilominus idem creatus Notarius, priusquam utatur officio Notariae, praesentet, et teneatur praesentare cartam ipsum Iustitiae, vel Ordinario Civitatis, vel loci, in quo ipsius tabellionatus officium debeat exercere, et illis fidem facere, quod sit in aetate viginti quinque anorum, et habet domicilium proprium in Civitate, vel Regno Valentiae; Costums de Tortosa 9,9,6: Public notari deu esser maior de XX e V ans e no menor.*

(71) LEÓN, F. J.: *Decisiones, Lib. 3, Decisio 21, núms. 1 et 16.*

3.7. CRISTIANO –*HAERETICI, NOTARI CREARI NON POSSUNT* (72)

Los tratados de arte de notaría del Medievo sostuvieron que ni los herejes, ni los heréticos podían acceder al oficio de notario, porque no creían en la Verdad revelada predicada en los Cuatro Santos Evangelios: *Item haereticus; et ille est haereticus, qui non credit in id, quod praedicant Sancta Quatuor Evangelia* (73).

Con carácter ejemplificador, esta prohibición la hallamos contemplada en el Reino de Castilla (74), donde, en palabras de Gregorio LÓPEZ, el oficio de notario estaba reservado a *Christiani bonae fama*, por lo que *Iudaeus non potest esse tabellio* (75).

3.8. NATURAL DEL REINO

El requisito de vecindad está claramente constatado en el Ordenamiento valenciano (76), donde se sostiene que nadie podía ser escribano público si no tenía casa propia en la misma villa –o en sus arrabales– en la que era nombrado el notario (77).

De la exégesis de las fuentes forales, juristas como CRESPI DE VALDAURA reconocían que ningún notario real podía recibir en la ciudad de Valencia, actas, procesos, paces, treguas, seguridades o cualquier otro acto si no era natural del Reino o tenía autoridad en la ciudad de Valencia. Criterio que únicamente se vía exceptuado con relación a los contratos, actas, testamentos, disposiciones de última voluntad, privilegios o gracias otorgados por el monarca, o por sus lugar-

(72) COMES, J.: *Viridiarum artis notariatus*, Cap. 1, núm. 27.

(73) TARRAZA, G.: *Compendium sive epithome theoricæ artis notariæ*, Cap. 1, fo. 2.

(74) PARTIDAS 3,19,1.

(75) LÓPEZ, G.: *Gl. ad Partidas 3,19,1, v. Registros, v. Christianos*. Asimismo; SUÁREZ DE PAZ, G.: *Praxis, De tabellio*, núm. 10: *Tabello creandus debet esse Christianus, et non Iudaeus, vel Agarenus*.

(76) FURS 9,19,7: *Et nullus in scriptorem publicum statuatur, nisi in eadem villa vel suburbiis habuerit domicilium proprium*.

(77) CRESPI DE VALDAURA, C.: *Observationes, Pars. 1, Observatio 6*, núm. 5: *In primis igitur Iacobus I, foro 7 de Notariis prohibuit, fieri scribam aliquem, qui non haberet domum propriam in eadem Villa, ubi nominabatur, seu in ejus suburbiis*.

tenientes, documentos que podían ser recibidos por cualquier notario, aunque no fuera natural del Reino (78).

3.9. CONSCIENCIA PLENA –*SANAE MENTIS, VIDENS, AUDIENS ET LOQUENS*

Finalmente, se reconocía que no debían acceder al oficio de escribano público quienes carecían de la plena recepción de la realidad, o aquellos que poseían una deficiencia en los sentidos, por lo que ni los furiosos, los ciegos, los sordos o los mudos podían ser nombrados notarios o ejercer el arte de la notaría (79):

ROLANDINUS BONANIENSIS: *Item, ad hoc officium recipi non debent, qui ob aliquorum sensuum defectum, integrum non habeant percipiendarum rerum quae coram ipsis geri debent, iudicium* (80).

(78) CRESPI DE VALDAURA, C.: *Observationes, Pars. 1, Observatio 6*, núm. 14: *Et circa eandem rem declaravit Alphonsus III anno 1446 sive Joannes ejus frater, et Locumtenens Foro 13 eodem titulo de sententiis, nullum Notarium regium; quamvis sit scriba mandati, aut registri, aut cujus vis officii, qui non sit naturalis Regni Valentiae, aut auctoritatem Notarii habuerit Civitatis Valentiae posse recipere contractus, actus, processus, paces, treguas, securitates et alia acta in civitate Valentiae, nisi supplicationem aut provisionem illius, et sententias, quae promulgatae erunt in Audientia Domini Regis, aut ejus Locumtenentis Generaliis; posse tamen Notarios Regis, quamvis naturales Regni non sint contractus, aut actus, aut testamenta privilegia, et gratias, et quaslibet ultimas voluntates Regis, aut Reginae, sive eorum Locumtenentium, aut Gubernatorum, et quae actu propria eorum concernent, recipere.* Criterio que, como el propio autor reconoce, se irá extendiendo en la legislación posterior. Cfr. núm. 15: *Postea jam generalius Martinus post Alphonsum I anno 1433 stabilivit ne officia Regni conferantur nisi naturalibus, aut his hominibus qui naturales sint ejus Provinciae, quae Valentinos ad sua officia etiam promiscue admittat Excipitur tamen ab ea Regula officium Gerentis vices Generalis Gubernatoris.*

(79) MIERES, T.: *Apparatus, Collatio 6*, núm. 33; COMES, J.: *Viridiarum artis notariatus*, Cap. 1, núm. 28: *Item, ad hoc officium recipi non debent, qui ob aliorum sensuum defectum, integrum non habeant percipiendarum rerum, quae coram ipsis generi debent iudicium, quales sunt furiosi, stulti, coeci, surdi, muti... Notarius enim plus scribere non potest, quam quod audit, et suis propriis oculis videat.* Cfr. PARTIDAS 2,9,8; 3,19,2.

(80) ROLANDINUS BONANIENSIS: *Theoricae artis notariatus*, Cap. 1, fo. 5; SALATIELE: *Ars Notariae, Prohemio: Potest autem esse notarius... homo... sane mentis videns et audiens...*

En virtud de esta línea argumental, los tratadistas concluían que este conjunto de prohibiciones no poseía un carácter conclusivo, sino que otras muchas personas podrían incluirse (81):

ROLANDINUS BONANIENSIS: *Unde alii dicunt quod consiliarii civitatum, alii quod advocati a notariatu excludantur* (82).

4. PRECEPTOS Y OBLIGACIONES

Este conjunto de prohibiciones se hallaba íntimamente relacionado con las propias exigencias a las que se veían sometidos los *notarii* en las tareas propias del arte de notaría, del *scribere et dic-tare*: *Notarius debet observare praecepta dictae artis Notariae in omnibus, et singulis, uti Notarius quae fecerit, et receperit* (83).

Veamos el conjunto de preceptos y obligaciones a los que estaba sometido el escribano público:

4.1. Los notarios debían confeccionar sus documentos y escrituras con palabras planas, claras y líquidas, huyendo de figuras vacilantes, de posibles obscuridades o de términos tenebrosos, del mismo modo que en el contrato o en el negocio debía aparecer la verdad clara y desnuda (84).

4.2. Asimismo, debían abstenerse tanto de la realización de falsos documentos, como de la no recepción de instrumentos prohibidos e ilegales (85):

(81) TARRAZA, G.: *Compendium sive epithome theoricæ artis notariæ*, Cap. 1, fo. 2: *Item aliae multae personae ab officio Notariæ repelluntur, quae hic brevitas causa praetermittuntur.*

(82) ROLANDINUS BONANIENSIS: *Theoricæ artis notariatus*, Cap. 1, fo. 23.

(83) TARRAZA, G.: *Compendium sive epithome theoricæ artis notariæ*, Cap. 1, fo. 3.

(84) TARRAZA, G.: *Compendium sive epithome theoricæ artis notariæ*, Cap. 1, fo. 3: *Notarius in suis instrumentis, et scripturis conficiendis debet, uti verbis planis, claris, et liquidis, quasuis figuras, obscuritates, et tenebrositates, ac verborum involuciones fugiendo, et vitando, taliter quod contractus, sive negotii veritas clare et apperte appareat.*

(85) TARRAZA, G.: *Compendium sive epithome theoricæ artis notariæ*, Cap. 1, fo. 3: *Notarius debet se abstinere a duobus. Primo quod non faciat*

Archivo del Reino de Valencia.

Item quod omnia alia et singula ad officium ipsum spectantia faciet legaliter atque bene (86).

Con relación a la falsedad documental en la que podían incurrir los notarios, la doctrina tardo-medieval nos informa de las diversas sanciones contempladas en los distintos Ordenamientos forales, entre las que se encontraba la pena capital (87), la privación a perpetuidad de su oficio (88), la pérdida de sus bienes (89), o, entre otras, la pena a galeras (90).

falsa instrumenta. Secundo quod non recipiat prohibita, et illicita instrumenta.

(86) ARV. Ms Real 26, fo. 5vb. Cfr. BONO, J.: *Historia*, ob. cit., p. 250.

(87) FURS 9,3,5: *Nós Alfonso, per la gràcia de Déu rey d'Aragó, etc. Addents a la pena qu'és posada a aquells que fan o faran fer cartes falses, ordenam que, si algú scientalment farà o fer farà carta falsa o scriptura pública e auctèntica falsa, ultra les penes en lo fur statuïdes, mueren sens algun remey. E aço mateix sia e haja loch si algú supposarà o metrà aquella persona per altra e aquell qui serà supposat muyra sens algun remey.* Cfr. MATHEU Y SANZ, L.: *Tractatus de regimine*, Lib. 2, Cap. 8, Tít. 8, núm. 35; CRESPI DE VALDAURA, C.: *Pars. 2, Observatio* 69, núm. 1: *Falsi instrumenti authentici fabricationis crimen ex his est, quae severioribus poenis juxta patrias leges centurur, Poena enim mortis naturalis, confiscationis bonorum omnium statuta est adversus ejus criminis reos.*

(88) FURS 9,3,6: *Algun notari qui per rahó de falsia que haja feta serà stat privat de ofici de notaria per nós o per altre official nostre, universitat o altre havent poder, no puxa ésser restituit, tornat o creat de nou en lo dit ofici;* FURS 9,3,7: *Item, senyor, com alguns notaris del regne e de la ciutat de València hajen comés crim de fals en l'art de notaria, e aquells sien stats condemnats en certa forma e privats de poder reebre o fer cartes, e usen a públich de advocació e procuració, ...;* FURS 9,19,2.

(89) FURS 9,3,4: *Addidit dominus rex quod, qui fatiet fieri falsam cartam vel sigillum, quod mitatur in exilium perpetuo et amitatur omnia bona sua, salva legitima filii et salvo toto iure uxoris et creditoribus. Illam eandem poenam patiat ille qui facit falsum sigillum scienter vel falsam cartam, et hoc intelligatur de cartis et actis publicis.*

(90) MATHEU Y SANZ, L.: *Tractatus de regimine*, Lib. 2, Cap. 8, Tít. 8, núm. 36: *Et ratio est, nam forus praedictus aperte loquitur Notario confidente instrumenta falsa; quae dispositio extendenda non est, quando qui Notarius non est, de gestis vere, et realiter: tanquam si Notarius esset, ins-*

En torno a esta cuestión, el notario valenciano TARRAZA plantea, sin aportar una opinión propia, la vieja polémica doctrinal sobre la validez de los documentos realizados por un ficticio *publicus notarius*, el cual, a pesar de contar con el beneplácito de la opinión común, que lo reputaba como notario por haber hecho públicos numerosos documentos, no gozaba del privilegio del Notariado. A este respecto, únicamente nos informa de que esta fue una pregunta muy disputada desde antiguo, siendo admitida tanto la validez como su rechazo por buena parte de la *communis opinio* medieval (91).

4.3. A su vez, los notarios debían ser cautos y diligentes para comprobar que en los contratos y en las actas recibidas se hallaba la sustancia del documento, momento en que el notario, ante los contrayentes y los testigos, procedía a su lectura y posterior publicación, palabra por palabra, porque con anterioridad, cuando el escrito no estaba completo, al contrato no se le tenía por perfecto o por eficaz (92): *Item quod faciet prothocolla sive capibrevia omnium contractuum* (93).

trumenta conficit: atque adeo remanet poena falsi arbitraria a jure statuta, et sic diffinitum fuit in Senatu sub examine Magnifici domini Joannis Chrysostomi Berenguer, sententia publicata per Eusebium de Benavides R. M. S. die 12 1652 in causa Vicentii Perez de Argança, qui condemnatus fuit in poenam remigii per decennium.

(91) TARRAZA, G.: *Compendium sive epithome theoricae artis notariae*, Cap. 1, fo. 4: *Notarius qui in rei veritate non est Notarius, neque habet privilegium Notariatus, tamen communi opinioni reputabatur Notarius, et est quasi in possessione, quia multa instrumenta publica fecit, quaeritur an instrumenta per eum facta valeant? Ista fuit quaestio antiquitus disputata, et multi Doctores tenuerunt, quod dicta instrumenta valeant, etiam quod non sit Notarius. Et idem tenuit Felinus cap. de fide instrumentorum in verbo item quod fit confectum numero 17 et 18 folio. 154. Tamen communis opinio est in contrarium ibi vide per Felin. et posita in additione contra Feli...*

(92) TARRAZA, G.: *Compendium sive epithome theoricae artis notariae*, Cap. 1, fo. 4: *Notarii debent esse cauti, et diligenter curare, ut in omnibus contractibus, et actibus per ipsos recipiendis prius eorum substantiam in scriptura continuent, et postea coram contrahentibus, et testibus de verbo ad verbum legant, et publicent, quia antequam scriptura compleatur, et a partibus pro completa habeatur, contractus non censetur perfectus, vel efficax.*

(93) ARV. Ms Real 26, fo. 5vb. Cfr. BONO, J.: *Historia*, ob. cit., p. 250.

4.4. Los notarios, a su vez, tenían la obligación de utilizar siempre un mismo signo (94), lo que les impedía apropiarse del *signum* de otros *notarii*, ni siquiera cuando pudieran alegar una grave o urgente razón, o un mandato de un superior, si no querían caer en pena de falsedad (95):

Baldus DE UBALDIS: ... *in Tabellione, qui signum consuetum non potest mutare in specie, unum si hodie faceret unum signum, et eras alterum, puniretur poena falsi, ac si mutasset nomem proprium* (96).

4.5. En virtud de su conocimiento jurídico, debía incluir todas las renunciaciones y las cláusulas inmanentes a los contratos (97), aunque las partes, por su desconocimiento, no las hubieran incluido (98).

4.6. A este conjunto de obligaciones, la práctica del Notariado le llevaba a una nueva obligación: al deber de recepción del docu-

(94) Con relación al Derecho castellano, ESPÉCULO 4,2,11, PARTIDAS 3,18,54.

(95) TARRAZA, G.: *Compendium sive epithome theoricæ artis notariæ*, Cap. 1, fo. 4: *Notarius debet semper uti uno, eodemque signo, et non potest uti signo alterius notarii. Ut per Angelus in cap. accedens de crimine falsi Felin. cap. I. item non potest signum mutare, nisi forte ex urgente causa, et iusu superioris, alias enim incurret poenam falsi.*

(96) UBALDIS, B. DE: *In I. II. III. Codicis libros Commentaria*. Venetiis, 1615. *Prooemium*, núm. 20.

(97) TARRAZA, G.: *Compendium sive epithome theoricæ artis notariæ*, Cap. 1, fo. 4: *Notarius simpliciter rogatus potest apponere in instrumento renunciaciones, et clausulas consuetas secundum naturam contractus, etiam si a partibus omnia requisita in illa materia non sint expressa casus est in.*

(98) CRESPI DE VALDAURA, C.: *Observationes, Pars. 1, Observatio 15*, núm. 177: *Proindeque notarii, qui recipiunt in hac Curia instrumenta inter nostros, quæ in provinciis exequenda sunt, debent apponere in eis clausulas illas, quas in unaquaque earum solent, et debent apponere notarii illarum, ad eorum pleniorum effectum, et firmitatem. De eis enim censendi sunt rogati, ne alias contractus aut obligationes claudicare possent, vel non haberent si in eis ipsis facti essent. Et ita fuit justum animadverti scribis, et notariis nostris in hac Curia recipientibus instrumenta, et notari in dietario nostri supremi Consilii, die 14 Octobris anni 1658 ex cujus deliberatione fuit resolutum.*

mento entregado, de lo contrario, se podía ver privado de su oficio (99).

4.7. Al ser el documento notarial una escritura solemne y pública, redactado para probar un negocio jurídico, se entendía que su contenido –su sustancia– se adecuaba a las prescripciones de la costumbre de la Provincia o del lugar donde se había celebrado el contrato, por lo que si el *scriptor* cometía, a sabiendas, una falta en su oficio, provocando la falsedad del documento, incurría en la pena de amputación de la mano, o, al igual que el falsario, en la pena capital. Si, por el contrario, esta se hizo por ignorancia, el castigo se reducía al daño ocasionado, al concebirse que la ignorancia no se podía excusar totalmente (100).

4.8. Debían abstenerse de realizar contratos usurarios e ilícitos (101), así como entre judíos y cristianos:

(99) TARRAZA, G.: *Compendium sive epithome theoricæ artis notariæ*, Cap. 1, fo. 4: *Notarius tenetur requisitus quodcunque instrumentum licitum, et a iure permissum, ut super ius dictum est recipere... et potest privari officio suo si nollet recipere secundum Boerium.*

(100) TARRAZA, G.: *Compendium sive epithome theoricæ artis notariæ*, Cap. 1, fo. 4: *Instrumentum est scriptura solemnîs, et publica manu publicæ personæ confecta ad probationem negotiî. De substantia instrumenti sunt ea, quæ poni solent in contractibus secundum consuetudinem Provinciæ, vel loci ubi contractus celebrantur. Si Notarius in suo officio deliquit ex certa scientia, ut quia fecit falsum instrumentum, tunc incurrit poenam amputationis manus, vel in poenam mortis tanquam falsarius. Si vero ex ignorantia, tunc punitur in quantum laesit aliam partem, nam ignorantia nunquam excusat in totum. Notarius qui commissit falsum perdit potestatem confidendi instrumenta.*

(101) Véase, en este sentido, la opinión de PEGUERA, L. DE: *Liber quaestionum criminalium in actu practico, frequentium et maxime conducibilium*. Barcinonæ, 1585. Cap. 33, núm. 1: *Quid quod de notariis qui hos paestiteiros contractus recipiunt et attestantur, hi ultra quod peccant mortaliter, infames sunt, a testimonio repelluntur, periuri sunt, (quia notariatus auctoritatem suscipiendo iurant a similibus contractibus se abstinere) arte sua privantur: et denique ad restitutionem in subsidium tenentur... Quæ non solum procedunt in notario sciente contractum esse usurarium, sed etiam in dubitante, qui antequam dubietatem exuerit testificatur; vel facit instrumentum usurarium. Qui hoc ultimum limitat, nisi per opinionem alicuius doctoris solemnîs fulsitam rationem dictam dubietatem exueret: quia tunc in*

Archivo del Reino de Valencia.

Item quod non faciet contractus usurarios atque illicitos, etiam inter iudeos et cristianos (102).

4.9. Se veían obligados a guardar el oportuno secreto profesional de los contratos realizados (103). En concreto, en los Fueros de Valencia se lee que “los notarios presentes, y los futuros, que nunca, ni en ningún lugar, por ninguna cosa ni por ningún motivo, sean obligados a manifestar, ni a decir al Monarca, ni a la Corte de Justicia, ni a ningún otro, si no es por motivo de hacer testimonio, aquellas cosas que anotan, escriben o se dicen delante suyo en secreto, y que les sea hecha por mandamiento” (104).

4.10. Este catálogo de deberes concluía con la obligación de ser diligentes en la entrega de los documentos solicitados, una vez se le hubiera abonado su coste (105).

De la obligatoriedad de este conjunto de deberes inherentes al oficio del escribano público se harán eco los tratados de arte de notaría, en los que se afirmaba que el notario debía observar todos y cada uno de los preceptos de su arte, tanto en la recepción como en la confección de los documentos: *Notarius debet observare praecepta dictae artis Notariae in omnibus, et singulis, uti Notarius quae fecerit, et receperit* (106).

bona conscientia facere potest. Quod quidem ad testes instrumenti scientes instrumentum esse usurarium et ad mediatores extendendum esse... Aduocati quoque talia instrumenta patrocinantes in idem incidunt flagitium, et tales digni sunt morte eterna: quia consentiunt usururae cooperando.

(102) ARV. Ms Real 26, fo. 5vb. Cfr. BONO, J.: *Historia*, ob. cit., p. 250.

(103) PARTIDAS 3,19,2, C. T. 9,9,1; 9,9,8.

(104) FURS 9,19,8: *Notarii presentes vel futuri nullo loco, causa vel occasione, ea que notant vel scribunt vel coram eis in secreto donentur, cogantur nobis vel curie vel alicui alii manifestare, nisi causa prohibendi testimonio.*

(105) Vid. D'ORS, A.: “Documentos y notarios en el Derecho romano postclásico”. En *Centenario de la Ley del Notariado*, Sección 1.ª, *Estudios históricos*, I. Madrid, 1964, pp. 120 y 129-133.

(106) TARRAZA, G.: *Compendium sive epithome theoricæ artis notariæ*, Cap. 1, fo. 4.

5. CUALIDADES Y APTITUD

Dentro de este conjunto de deberes y obligaciones, la doctrina y la praxis de los distintos reinos exigían la verificación de las cualidades y de la aptitud que debía acreditar todo notario (107).

Con carácter ejemplificador nos centraremos en las formalidades para el examen notarial sancionadas en el Reino de Valencia, que no distan, por otra parte, de las exigidas en los distintos Ordenamientos bajo-medievales estudiados.

En concreto, esta práctica la hallamos ya en la regulación otorgada por Jaime I, a la que cabe añadir las posteriores modificaciones y ampliaciones realizadas por Alfonso IV y Martín I.

En esencia, en época de Jaime I, la *examinatio* se realizaba delante de la Corte de Justicia y de dos jurisperitos (108); creándose, durante el reinado de Alfonso IV, un *officium notariorum examinandi*, compuesto por dos jurados, dos juristas y dos notarios, los cuales juraban actuar diligentemente (109); examen que, en la regulación de Martín I, se tramitaba delante del abogado fiscal, del asesor del gobernador y de los examinadores de la ciudad de Valencia para los notarios de las villas y de las ciudades reales (110).

En el *Formularium diversorum instrumentorum contractuum, et ultimarum voluntatum, iuxta magis communem stylum notariorum*

(107) Vid. BONO, J.: *Historia*, ob. cit., pp. 228 y ss.

(108) TARAZONA, P. G.: *Institucions, Rub. Dels notaris*, fo. 152. FURS 9,19,10: *Cum aliquis ultra XXV, annos scriptor publicus esse voluerit, curie presentetur et a duobus viris literatis de eius scientia scrutetur. Et si sufficiens ad instrumenta conficienda invenitur, recipiatur et iuret se esse fidelem et legalem in suo officio.*

(109) FURS 9,19,11: *Ordenam que en la examinació e creatió dels notaris sien II jurats, II savis e II notaris, los quals cascun any sien elets per lo consell de la ciutat, vila o lochon se crearà lo notari, ço és la vespra de cinquagesma, los quals juren que en la examinació d'aquell se haurn bé e leyalment a sa enteniment... E alcun non sia reebut a offici de notaria si no sabrà gramàtica, enaxí que sàpia parlar e dictar en latí sens fals, e que haja practicat en l'offici ab notari almeyns per II anys. Vid. GARCÍA EDO, V.: "El procés d'exàmens del Notariat Català". *Actes del I Congrés d'Historia del Notariat Català*. Barcelona, 1994, pp. 579-589.*

(110) FURS 9,19,13 y 14.

civitatis, et Regni Valentiae, de TARRAZA, hemos hallado un *examinatio notarii virtute Regiae commissionis*, en el que se nos da precisa información del procedimiento y de las formalidades para el acceso al *officium*: juramento, garantías y trámites procedimentales.

En primer término, se nos menciona el acto de creación de una regia comisión de notarios para que procedan a un examen de la teoría y de la práctica del arte de la notaría, así como de aquellos otros temas sobre los que se solía preguntar a los futuros notarios. Una vez realizados los diversos interrogatorios, si se estimaba que el solicitante había adquirido un conocimiento suficiente de gramática y de latín (111), se le investía del oficio y de la *auctoritas* notarial mediante la solemnidad del juramento sacral del cargo (112), por el cual el notario se comprometía a obrar con rectitud y fidelidad a las costumbres y prácticas del arte de la notaría: la realización y registro de todos los contratos e instrumentos en tiempo y forma; la prohibición de realizar o recibir contratos usuarios, ilícitos o prohibidos por los fueros; mantener el secreto propio del cargo; exigencia de una pronta entrega de los documentos, una vez se le hubiera abonado su salario; la realización de su cargo siguiendo los criterios de legalidad, fidelidad y rectitud de obra, etcétera:

... Quibus sic, ut praemittitur per actis incontinenti dicti Regii commissarii ad efectum dictam Regiam commissionem deducentes ad alios actus non se divertendo dictum t. in domo praedicti t. diligenter examinarunt diversis interrogationibus tam circa theoreticam quam circa practicam artis notariae, et aliis de quibus Notarii qui moviter creantur examinari solent, et debent iuxta dictam Regiam commissionem eis factam, et attributam. Et dicti commissarii reperto dicto t. habili, idoneo, et sufficienti ad dictum tabellionatus officium exercendum ab eo iuramentum ad Dominum Deum, et eius sancta quator Evangelia manu illius dextera corporaliter tacta receperunt, prout moris est, de tenendo, et observando infra scripta, et in officio Notariae ad quod moviter est creandus se habendo

(111) FURS 9,19,11.

(112) FURS 9,19,10: *iuret se esse fidelem et legalem in suo officio*. Asimismo, c. 10,X,2,22; c. 13,X,26,13; C. T. 9,9,2; P. 3,19,4; COSUETUDINES ILERDENSES 79 *De tabellionibus: Scriptor non faciat cartas nisi sit in presencia consulum iuratus, qui videatur etiam fidelis, et ad hoc officium sufficiens et legalis*. Ed. Loscertales de Valdeavellano, P. Barcelona, 1946.

fideliter, legaliter, atque bene, et quod faciet, et complebit omni cum effectu omnia et singula quae sequuntur.

Primo, quod faciet protocolla omnium contractuum et instrumentorum per ipsum recipiendorum suis debitis temporibus, modoque et forma ac sub poenis per foros praesentis Regni statutis, et praefixis.

Item quod non faciet, nec recipiet contractus usurario, seu illicitos, e per foros dicti Regni prohibiti.

Item quod in contractibus per eum recipiendis, protestationibus, requisitionibus, aut praesentationibus litterarum curabit, ne iura regia laedantur in aliquo.

Item quod tenebit in secreto contractus per eum recipiendos, et prout et quemadmodum per ipsos contrahentes fuerit requisitus.

Item quod ex quo fuerit ei satisfactum per contrahentes tradet eis instrumenta sic quod ipsi contrahentes per eius moram de non dando seu tradendo eis dicta instrumenta nullatenus fragantur.

Item quod se habebit promptum ad quoscunque actus licitos faciendum, et ad quaevis instrumenta publica recipiendum quandocunque fuerit requisitus.

Item et ultimo, quod omnia alia, et singula ad dictum officium tabellionatus pertinentia, et spectantia curabit facere, et faciet legaliter, fideliter, atque bene (113).

Finalizado el juramento se obligaba al notario a prestar las oportunas garantías para el buen ejercicio de su cargo:

Et incontinenti praestito per dictum t. iuramento praedicto in posse dictorum regionum commissariorum mandatur illi quatenus faceret obligationem in similibus fieri solitam, cum praestatione fideiussori. Qui quidem dictus t. fecit dictam obligationem incontinenti, deditque et praestitit fideiussorem modo, et forma sequentibus.

Petrus t. Notarius noviter creandus per suam Maiestatem domini nostri Regis mediantibus t. I. V. D. et t. Notarii Regiis commissariis convenit, et promissit, et se obligavit in posse, et manu notarii subscripti, tanquam publicae, et autenticae personae, pro illo, et omnibus aliis quorum interest, intererit, aut interesse potest, vel poterit, quomodolibet, nunc et in futurum legitime stipulantis, et recipientis, quod pro quocunque crimine per eum commiso, vel committendo circa dictam artem Notariae, non allegavit primam tonsuram, nec ullo modo, causa, vel ratione recurreret ad brachium Ecclesiasticum, sub poena quingentarum librarum monetae regalium Valentiae, Regio Erario applicandatur. Et ad uberio-

(113) TARRAZA, P. G.: *Formularium diversorum instrumentorum contractuum*, fo. 421r-v.

rem cautelam, dedit in fideiussorem, et principalem obligatum una secum, et sine ipso, et in solidum pro dicta poena, si committetur t. praesentem, qui informatus plenarie, et instructus de iuribus [...] et gratis, una cum dicto t. et sine illo, et in solidum promissit, et se obligavit in posse, et manu dicti, et infrascripti Notarii stipulantis, et recipientes, ut supra, solvere, et paccare dictam poenam praedictarum quingentarum librarum semper, et quandocunque illas per dictum t. commissa fuerint. Pro quibus omnibus, et singulis sic, ut praemittitur, attendendis, firmiterque complendis, praedicti t. et t. simul, et sine solidum obligantur omnia, et singula eorum, et utriusque eorum per se, et in solidum, bona, et iura mobilia, et immobilia, privilegiata, et non privilegiata, habita ubique et habenda... (114).

Prestadas las oportunas garantías, se procedía a la investidura formal del notario, de su *auctoritas*, mediante la solicitud a la cancelería regia.

Et incontienti, facta dicta obligatione, dataque et recepta dicta fideiussione praefati commissari regii mandarunt dicto, et subscripto Notario, quod faceret, prout fecit litteras in similibus fieri solitas, tenoris immediatis sequentis.

..., ea qua potuimus, diligentia, et attentione dictum t. in arte Notariae, et super his de quibus notarii qui noviter creantur, examinari solent, interrogavimus, et examinavimus. Quo examine diligenter facto et profecto ipsum t. habilem idoneum et sufficientem ad tabellionatus artem exercendam invenimus, et recipimus ab eo iuramentum et obligationem, et cautionem per notarios in eorum creatione apud cancellariam dictae suae Regiae Maiestatis fieri, et praestari solitas, et per t. notarium publicum Valentiae, et huiusmodi causae Scribam assumptum receptas, et testificatas quarum copiam vobis seorsum tabellionatam mittimus, prout sua Regia Maiestas in, et cum praechalendatis suis litteris nobis dederat in mandatis, videlicet, quod vos de praedictis certificare deberemus ut si de inde carta, seu privilegium notariae ipsi expediri, et tradi valeat, et apud registrum in eius pende obligatio ipsa sicuti fieri solet continuari possit.

Valentiae die praedicto t. mensis t. anno a Nativitate Domini t.

Vestris dominationi, et servitio semper parati.

Iacobus t. I. V. D. et Ioannes t. Notarius (115).

(114) TARRAZA, P. G.: *Formularium diversorum instrumentorum contractuum*, fo. 423.

(115) TARRAZA, P. G.: *Formularium diversorum instrumentorum contractuum*, fo. 424.

6. SALARIO

Finalmente, cierto interés doctrinal despertó la remuneración alcanzada por los notarios del reino (116), ya sea, en palabras de DURANTE, por *la scriptura forenses, seu iudicialis, aut extraiudicialis*, retribución que debía ser, por moderada, tasada por hombres expertos *-viros expertos* (117)-, o, en la terminología de la canonística medieval, *per iudicis arbitrio* (118):

c. 5,X,2,14

... *secundum arbitrium discreti iudicis...* (119).

Archivo del Reino de Valencia. Bailia.

Et habeas et recipias pro tuo officio et labore XX solidorum, illud pretium quod alii scriptores habere et recipere consueverint (120).

(116) BONO, J.: *Historia*, I. 2., ob. cit., p. 339.

(117) DURANDUS, G.: *Speculum*, Lib. 1, Partic. 4, *De salariis*, núm. 4: *Si est forensis, ut sunt acta iudiciorum, vel emancipationes, protestationes, et huiusmodi quae coram iudicibus fiunt, et notarius immoderatum exigit salarium ad officium iudicis, coram quo actum est, pertinet partes relevare a gravamine curialium et expensis, ... Debet ergo moderari quid dabitur pro termino scribendo, quid pro termino scribendo, quid pro exceptione, quid pro citatione, quid per litis contestatione, quid pro positione, quid pro articulo, quid pro depositione testis, quid pro eximpleatione instrumenti, quid pro interlocutoria, vel praecepto, vel sententia, vel appellatione: et sic de aliis, et hoc inspecta et considerata conditione et qualitate litigatorum et causae, et fori consuetudine. Nos vero quandoque scripta nostrorum notariorum facimus per alios notarios in talibus expertos, et fideles taxari; núm. 5: Si vero sit extraiudicialis scriptura, puta instrumentum depositi, vel solutionis, vel venditionis, vel procurationis, et huiusmodi: debet hoc per loci ordinarium expediri, qui, nisi conventum sit de certo salario, inspecta conditione litigatorum et consuetudine fori, et qualitate causae, hoc taxabit, vel faciet per viros expertos taxari.*

(118) GRATIA ARETINI: *De iudiciario ordine. Pars. 3, Tít. 9, De salariis: Sed quid dicemus de salario notarii? Numquid accipiet ad sensum suum? Dico, quod non; sed iudicis arbitrio, quia debet iudex custodire partes a laboribus et expensis.*

(119) Asimismo en c. 5,X,1,29; c. 39,X,1,29; c. 59,X,2,28.

(120) ARV. Bailia. Signatura 248. Caja 98.

La fijación de un emolumento (121) fue una práctica recogida en todos los Ordenamientos bajo-medievales, en los que se fijaba un arancel estable (122). En concreto, en el Derecho valenciano, en

(121) De amplia recepción entre la doctrina estatutaria. Cfr. UBALDIS, B. DE: *In I. II. et III Codicis Libros Commentaria, De Episcopis et Clericis Rubrica, Lex 27 Authen., Sed hodie nulla*, núm. 1: *Notarius etiam a sponte solvente non possunt recipere ultra salarium taxatum, alias puniuntur*. En el ámbito procedimental, AEGIDIUS DE FUSCARARIIS: *Ordo iudicariis, Rubrica 67, De salario notariorum: Viso de salario iudicum, nunc videndum est de salario notariorum, qui frequenter difficultates ingerunt et gravina. Et nunquid accipiet ad sensum suum? Et certe non, immo ad arbitrium iudicis, quoniam iudicis est et ad eius officium pertinet, partes relevare ab onere expensarum, ... Unde debet videre, quantum petat notarius pro termino, quantum pro contestatione litis, quantum pro exceptionibus ponendis in actis, quantum pro exemptione instrumentorum, quantum pro interlocutoria, quantum pro dicto testis, quantum pro sententia. Et sic de omnibus. Et omnia ista et alia, quae scribuntur, debet iudex moderare habito respectu ad magnitudinem vel parvitatem causae et etiam facultates litigantium*.

(122) Criterio que fue seguido en la legislación castellana. *Vid.*, con carácter ejemplificador, FUERO REAL 1,8,1: *Et si la carta fuer de cosa que vala de mill maravedis arriba, resciba el escribano por su escriptura dos sueldos burgaleses. Et si valiere de mill maravedis ayuuso fasta cient maravedis, resciba un sueldo burgaleses; et si de cient maravedis ayuso resciba seis dineros: et de las cartas que ficieren sobre mandas o sobre pleitos de casamientos, o de particiones, resciba por la carta tres sueldos, et de las cartas que ficieren cristianos con judios lieven la meatud desto que sobre dicho es en cada una cosa; PARTIDAS 2,9,18; 3,19,15; RECOPIACIÓN 4,25,6; LÓPEZ, G.: *Las Siete Partidas del Sabio Rey don Alfonso el Nono, nuevamente glosadas...* Salamanca, 1576. *Partidas 3,19,15, v. Diezmos: ... exigunt ultra taxationem, redere debent cum quadruplo: ut habetur in dictis pragmaticis in fine aranzelli tabellionum: ubi habetur de instrumentis iudicialibus, et forensibus, et ordinario Alacala ponit etiam poenam quadruplum instrumentis extraiudicialibus, si plus taxa exegerit tabellio; SUÁREZ DE PAZ, G.: Praxis, De tabellione, núm. 22: Qui Tabelliones exigere poterunt mercedes sui laboris consuetudine introductam, vel lege praetaxatam; núm. 23: Quae tamen merces de jure hujus Regni praetaxata, et praefinita est...; núm. 24: Ultra quam mercedes, et salarium constitutum nihil aliud petere, aut recipere poterunt citra onus restitutionis, etiam si sponte, et libere aliquid ultra praestetur; núm. 25: Ideoque merito, et cum iudicio decretum fuit, mercedes receptam a Tabellionibus apponendam esse in quolibet instrumento, ut innotescat, quantum tabellionis solutum fuerit: et si gratis instrumentum confecerit, subscribere debet, se illud gratis conscripsisse;**

época de Jaime I se estableció que los escribanos tenían que recibir dos *sous* por los testamentos y por las cartas de nupcias; y por las escrituras de deuda, de ventas, de permuta o de otros contratos, seis denarios; y, si fueran juradas, doce:

FURS. *Rubrica De notariis.*

De testamento et cartis nuptiarum accipiant duos solidos, de cartis debitorum, venditionis, permutationis et aliorum contractum, VI denarios et, si iurata fuerint, XII denarios (123).

Criterio que fue modificado por Martín I, quien estableció, en las Cortes de 1403, un sistema de libre estimación de los honorarios (124), fijado de común acuerdo entre el notario y los otorgantes; acuerdo que podía verse alterado cuando la cantidad no alcanzaba a sufragar los gastos, lo que llevaba a que el salario fuese fijado por un juez, con el consejo de un grupo de jurisperitos (125).

Admitido que, salvo pobreza manifiesta del solicitante (126), *Tabellio pro suo labore exigere potest mercedem* (127), la literatura

ZAPATA, F. DE: *Praxis, De tabellione*, núm. 21: *Tabellio non compellitu gratis servire*; núm. 22: *Tabellio pro suo labore exigere potest mercedem consuetudine, vel lege taxatam*; núm. 23: *Mercedes tabellionibus iure huius regni taxata est novissime per regiam pragmaticam*; núm. 24: *Tabellio ultra mercedem iure regio taxatam non potest aliqui percipere etiam sponte oblatum, ...*; núm. 25: *Tabellio in fine instrumenti apponere debet mercedem receptam, vel si gratis ministerium praestavit illud dicere debet.*

(123) FURS 9,19,17.

(124) BONO, J.: *Historia*, ob. cit., p. 356.

(125) FURS 9,19,39: *Los notaris, dels contractes, testaments e derrerres volentats que reebran, hajan lur salari temprat e moderat, segons que mils se poran convenir ab los contrahents. Et si contrats alcú serà del dit salari, ordenam que aquell sia taxat per lo jutge ordinari ab consell de experts persones en semblants taxacions. Però lo dit salari, si és de venda o de qualsevol contracte de qualsevol natura sia, exceptat solament en testament, no puxa muntar més de CCC sous. E si és de testament, no puixa més rrebre ne aver de cinch cents sous, Açò declarat, que si per reebre tals contractes o testaments hauran eixir fora la ciutat o del regne, que.ls sien pagats lurs diürnals tempradament.*

(126) TARRAZA, G.: *Compendium*, fo. 4: *Notarius non potest licite accipere pecuniam a pauperibus.*

(127) SAXOFERRATO, B. DE: *Commentaria, Super prima ff veteris, De edendo, Lex argentarius*, núm. 2: *Notarius pro imbreviatura instrumenti et*

jurídica se cuestionó el período de tiempo del que disponían los notarios para su reclamación –*Salaria quo tempore praescribantur de jure*–, así como sus posibles variantes, a saber:

[1] La doctrina tardo-medieval admitía que los notarios podían, *de jure*, solicitar el pago de las escrituras de los contratos y de las últimas voluntades durante treinta años, pudiéndose valer de una *actio* para su no prescripción (128).

[2] A su vez se nos informa que si fallecía el notario al que se le había rogado la redacción de un documento, sus herederos, o quien le sucedía en las notas, podían pedir, por un período de diez años, el pago de los emolumentos; tiempo que se computaba desde la muerte del notario. Precluido el decenio, la acción para solicitar el pago prescribía (129).

[3] No obstante el criterio general, autores como BAS Y GALCERÁN nos informan de que si el notario receptor vivía, tenía el deber de solicitar el pago de los documentos antes de que transcurriesen cinco años, porque, una vez vencido el plazo, se denegaba toda audiencia (130).

extensione licite accipit pecunia; LEÓN, F. J.: *Decisiones*, Lib. 2, *Decisio* 124, núm. 9: *Salarium duplex debetur notario, unum pro rogatu, alterum pro exemplatione instrumenti*.

(128) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae*, Pars. 1, Cap. 32, núm. 32: *Notarii possunt de jure petere salaria instrumentorum de contractibus, et ultimis voluntatibus conscriptorum, intra triginta annos, ... nullum competere actionem notario ad compellendas partes pro solutione salarii instrumentorum, certius est notario actionem locati competere... Et cum actio locati, et similes actiones personales non praescribantur de jure, nisi triginta annorum spatio... Habebit notarius de jure tempus triginta annorum ad petenda instrumentorum salaria*; LEÓN, F. J.: *Decisiones*, Lib. 2, *Decisio* 124, núm. 14.

(129) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae*, Pars. 1, Cap. 32, núm. 33: *In Regno quando notarius de instrumentis rogatus mortuus fuit, tenentur illius haeredes, vel successores in notis, petere instrumentorum salaria intra decem annos a die obitus notarii computandos, elapso enim decennio praescripta remanet actio ad salaria petenda*.

(130) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae*, Pars. 1, Cap. 32, núm. 34: *Si vero Notarius ipse receptor vivat, tenetur intra quinque annos instrumentorum salaria petere, ne ei obstet praescriptio juxta foro 44 rubrica de Notarii*.

[4] Mayor controversia doctrinal hallamos a la cuestión si los notarios podían reclamar su estipendio una vez precluido el plazo para su solicitud.

A juicio de buena parte de la literatura jurídica del *mos italicus* tardío –Antonio GÓMEZ (131), GUTIÉRREZ (132), SESSÈ (133) o GRATIANUS (134)–, el notario podía solicitar el pago de su salario incluso una vez transcurrido el plazo legal para su percepción –*etiam elapsis triginta annis circumscriptis* (135).

Criterio que, no obstante, fue rechazado por la doctrina y por la jurisprudencia valenciana, quien mantuvo la vigencia de la prescripción temporal (136):

(131) GÓMEZ, A.: *Variarum*, Tom. 2, Cap. 2, núm. 6.

(132) GUTIÉRREZ: *Practicarum*, Lib. 1, *quaestio* 96, núm. 3.

(133) SESSÈ, J. DE: *Inhibitionibus*, Cap. 2, Tít. 5, núm. 22.

(134) GRATIANUS, S.: *Decisiones Rotae provinciae Marchiae*. Lugduni, 1672. *Decisio* 151, núm. 12: *Siquidem illius Sanctionis dispositio nullitates non excludit, immo unum praesupponit, aliudque disponit, praesupponit nullitates opponi posse, et disponit opponendas esse infra sex dies, sicque cum in praesupposito generaliter loquatur, de quacunque nullitatis specie loqui intelligitur, nam quod disponitur, ab eo, quod praesupponitur, regulatur.*

(135) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae*, Pars. 1, Cap. 32, núm. 35: *Sed solent notarii dicere in nostra praxi praescriptionem istam statuariam, vel per jus commune inductam, solum habere posse locum, quando ipsi petunt instrumentorum salaria, vel eorum successores, agendo contra obligatos ad praestationem salarii, non ita procedere posse dicunt, quando indigentes instrumentis petunt illa, et notarius excipiendo dicit, non aliter instrumentum se daturum, nisi solutus fuerit de salario non soluto, nam in hoc casu contendere volunt, non habere locum praescriptionis metas, ea videlicet ratione, quod temporalia ad agendum, sunt perpetua ad excipiendum, ...*

(136) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae*, Pars. 1, Cap. 32, núm. 36: *Sed ego contrarium iudico tenendum, et defendendum, et elapso praescriptionis tempore, notarios neque agendo neque excipiendo posse consequi instrumentorum salario. Ratio est evidens, quia quando exceptio nascitur ex ipso jure agendi, hoc est quando competit jus agendi, et sic respicit actionem, sublata actione, tollitur etiam exceptio, et sicut temporalis est actio.*

Senatus sententia publicata per Cases, die 29 Julii 1622, in favorem Domnae Hieronymae Castellvi, et de Pallàs, et contra Vicentiam Serra, et de Ballester.

... praescriptionis elapso tempore, non posse notarium excipiendo instrumentorum salaria exigere, ... (137).

BAS Y GALCERÁN: *Ergo cum exceptio illa oriatur ex ipso jure agendi, et petendi salarium, non est perpetua, sed temporalis, et extincta per praescriptionem actione, etiam erit extincta exceptio, ut amplius post praescriptionis terminum nequeat opponi (138).*

En torno a esta cuestión, CRESPI DE VALDAURA (139) nos informa de un privilegio otorgado en 1343 por Pedro II, en el que se ordenaba, sin posible remisión real, "a todos y cada uno de los notarios y escribanos de las cortes de la ciudad de Valencia, escriban de propia mano, y estén obligados a anotar todas y cada una de las cantidades que reciban como pago de las escrituras de los procesos, tanto judiciales como copias de las partes, en el margen de dichos procesos, bajo la pena de diez maravedís de oro, que han de ser pagados cuantas veces actúen en contra, ordenando a nuestro procurador general, a sus Viceprocuradores, a los justicias, bailes y demás oficiales nuestros, los actuales y los que haya en cada momento, que observen dicha ordenanza y decreto nuestro con firmeza, lo hagan observar y cobren sin remisión dicha pena a quienes concurren en ella":

Aureum Opus. Petrus II, Privilegio 50.

... decimus, ordinamus et etiam statuimus quod omnes et singuli notarii et scriptores curiarum civitatis Valentiae scribant manu propria et scribere teneantur omnes et singulas soluciones quas receperint pro salario scripturarum processuum tam iudicialium quam transumptorum parcium verum in margine processuum praedictorum sub poena decem morabat. Auri solvendorum totiens quotiens fuerit praefactum.

(137) ARV. Sentencia de la Real Audiencia. Signatura 361. Caja 39.

(138) BAS Y GALCERÁN, N.: *Theatrum jurisprudentiae, Pars. 1, Cap. 32, núm. 36.*

(139) CRESPI DE VALDAURA, C.: *Observationes, Pars. 1, Observatio 5, núm. 47; Petrus II Privilegio 50 folio 115 anni 1343 agens de poena adversus Notarios, et scribas Curiarum, qui in margine processuum, tam iudicialium, quam transumptorum, non scripserint soluciones, quas receperint pro salariis, ait: Et ab incurrentibus eam levent sine remissione aliqua dictam poenam.*

*Mandantes procuratori nostro generali eiusque vicesgerentibus iusiti-
ciis baiulis ceterisque officialibus nostris praesentibus et qui pro tempore
fuerint quod dictam ordinationem et statutum nostrum huiusmodi firmiter
observent et faciant observari ab incurrentibus eam levent sine remis-
sione aliqua dictam poena.*

Finalmente, con relación al pago del *pretium*, TARRAZA nos informa de que este corría a cargo de la parte que tuviera un interés notorio en su escrituración, y si ambas partes estaban interesadas, el pago se realizaba por igual: *In solvendis salariis instrumentorum standum est consuetudini, alias soluet ille, cuius interest principaliter instrumentum confici. Si autem interest utriusque partis, tunc aequaliter una quaeque soluet. Theorica est illuminatio intellectus, et cognitio veritatis* (140).

No obstante, las partes podían negarse al pago del precio solicitado cuando este excedía de lo establecido en los cánones legales, lo que provocaba la privación del ejercicio y del oficio de escribano público por medio año (141):

FURS, Rubrica De notariis.

*Item statuimus et ordinamus quod notarii qui exigent vel recipient ali-
quam quantitatem pro testamentis vel cartis nuptialibus vel aliquibus
contractibus, quarumcunquam rerum ultra quam continetur in foro
Valentiae, quod privetur officio suo et eijciatur per medium annum* (142).

7. APÉNDICE DOCUMENTAL

Die quinto mensis Martii anno a nativitate domini MDCXIII

*Noverint universi quod nos Ludovicus Vives et Michael Joannes Perez
maior natu mercator Valentie habitatores tam nominibus nostris propriis
ut creditores qui sumus bonorum Dominici Perez quondam mercatoris
quam etiam ut et tanquam procuratores Francisci Zeresola in medicina
doctoris Baptiste Camarena, Joannis Ximenes Joachimi Donderis Fran-
ciscus Ortiz Michaelis Gardaxi Josephi Falco cessionaris Jacobi Zamora
Joannis Baptiste Lleo curatoris heredum Francisci Lleo heredis Martini
Lleo... quod dedistis et reddidistis nobis dictis respective nominibus a
vobis habuimus et recepimus ad nostram omni modam voluntatem*

(140) TARRAZA, G.: *Compendium*, fo. 5.

(141) TARRAZONA: *Instituciones, De notaris*, fo. 157-158.

(142) FURS 9,19,38.

bonum verum justum et legitimum compotum bonam veram justam et legitimam rationem de omnibus et singulis bonis et juribus dicti quondam Dominici Perez tam per nos quam per dictum quondam patrem vestrum habitis et receptis gestis et administratis quod compotum per vos nobis redditum et per nos a vobis habitum et receptum est tenoris sequentis, Deu Joan Yvars administrador dels bens del quondam Domingo Perez. Primo per la primera almoneda feta en setze de Abril Mil sis cents...

...

Item pagui a Almenara notari sis reals per totes les sobredites partides en la taula de Valencia 11 L. s. 2

Item pagui a Pablo de Castro doscentes xixanta quatre lliures cinch sous y huyt per lo contengut en un apoca rebuda per Lluís Castello a trenta hu de juliol mil siscents y tres 264 L. 5 s. 8

Item pagui al sobredit Bonilla (notari) denau sous y cinch dines per lo acte del quitament 19 s. 5

Item pagui al escrivá de la causa de executio un real per lapoca 1 s. 11

Item en dos de Dehembre pagui a Lluís Castello notari quatre reals per un poder rebe pera Ludovico Palavetino pera Sevilla 7 s. 8

Item en vinty quatre del dit pagui a mon advocat per son salari set lliures y mitja per lo present any mil sis cents y tres 7 L. 10 s.

Item dit dia pagui a mon procurador xixanta reals Per son salari que son cinch lliures setze sous 5 L. 16 s.

Item en vinty sis del dit pagui a Rostajo notari sis sous per traure una clausula del testament del quondam Rodrigo Perez 6 s.

Item en dihuít de Mars pagui dotze sous set dines per una ampliació de poder pera fermar en un quitament de censal 12 s. 7

<i>Item en lo primer de Juliol pagui a Joan Llorens Roures cinch lliures per lo ques devia del testament de Bellvis pera quem donas una copia</i>	5 L.
<i>Item pagui al sobredit Roures huyt reals per lo Trellat del dit testament</i>	15 s. 9
<i>Item a Ferrer scriva de la causa un real de lapoca de les despeses y altre de la confessio de la quantitat</i>	3 s. 10
<i>Item pagui al corredor de la Cort per cobrar les penyores tretes per sobredita executio</i>	6 s. 6
<i>Item pagui a Marcantoni Sancho notari vint y sis Reals per un poder me feren tots los acreedors Pera anar a Valladolid</i>	2 L. 9 s. 10
<i>Item a vint y quatre de Dehembre pagui al advocat Set lliures deu sous per lo salari del any mil siscents y quatre</i>	7 L. 10 s.

... Promitentes dictis nominibus presentem diffinitionem et omnia et singula supradicta rata grata valida atque firma semper habere tenere et inviolabiliter observare et in nullo contrafacere vel venire nec aliquem venire permittere palam vel occulte aliqua ratione sive causa de jure vel de facto in iudicio nec extra iudicium sub bonorum et jurium nostrorum et dictorum principalium nostrorum et cuiuslibet illorum respective pro suo interesse omnium mobilium et immobilium privilegiatum et non privilegiatum habitorum ubique et habendorum obligatione et hypotheca quod est actum Valentiae die quinto mensis Martii anno a nativitate domini millessimo sexcentesimo decimo tertio. Sig . :+ :+ :+ nostrum Ludovici Vives et Michaelis Joannis Perez maioris natu praedictorum qui haec dictis nominibus laudamus concedimus et firmamus.

Testes huius rei sunt Franciscus Melaus Roures notarius et Michael de Yriarte studens Valentiae habitatores (143).

(143) Archivo del Real Colegio Seminario de *Corpus Christi* de Valencia. Joan Llorenç Roures, notario, año 1613. Sig. 15537.

DERECHO DE LA COMPETENCIA Y FUNCIÓN NOTARIAL (1)

Valerio Pérez de Madrid Carreras

Notario

Profesor Asociado de Derecho Mercantil

Universidad de Córdoba

RESUMEN: El Derecho de la competencia solo se puede aplicar limitadamente a la función notarial en España, pues el notario ejerce una función pública que persigue la seguridad jurídica y la protección de los consumidores. En este trabajo se analiza la legitimidad formal, necesidad y proporcionalidad de las barreras de entrada y ejercicio de la legislación notarial.

Palabras clave: Derecho de la competencia, notarios, profesiones, funcionarios.

ABSTRACT: The Law of the competition can only be applied with limits to the public notaries according to Spanish law, since the notary exercises a public function that chases the juridical safety and the protection of the consumers. This paper analyzes the formal legitimacy, need and proportionality of the barriers of entry and exercise of the legislation.

Key words: right of the competition, notaries, professions, civil servants.

(1) Este trabajo se enmarca dentro del Proyecto de Investigación *Veinticinco años de Derecho de los consumidores: análisis legal y propuestas de modernización* (referencia DER 2010-16204), financiado por la Dirección General de Investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación, del que es investigador principal el prof. Dr. Luis M.^a MIRANDA SERRANO.

SUMARIO

PRÓLOGO

- I. PRINCIPIOS RECTORES DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA
- II. SOBRE LA FUNCIÓN NOTARIAL
- III. LA APLICACIÓN MATIZADA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA A LA FUNCIÓN NOTARIAL
 - III.1. El Derecho de la competencia se aplica a la función notarial
 - III.2. No obstante, el carácter "público" de la función impone una aplicación limitada de la normativa de competencia
 - III.3. Breve *excursus* de Derecho comunitario
- IV. ANÁLISIS DE LA REGULACIÓN DE LA FUNCIÓN NOTARIAL
 - IV.1. Aspectos generales
 - IV.2. Barreras de entrada
 - IV.2.1. Sistema de acceso, colegiación obligatoria y número prefijado
 - IV.2.2. Reserva de actividad
 - IV.2.3. El caso del "monopolio" en el acceso al Registro de la Propiedad y Mercantil
 - IV.3. Barreras de ejercicio
 - IV.3.1. El distrito notarial
 - IV.3.2. El Arancel
 - IV.3.3. Publicidad
 - IV.3.4. Lugar de firma de escrituras
 - IV.3.5. Los convenios de notarios
 - IV.3.6. Los instrumentos de reparto de trabajo
 - IV.3.7. Breve referencia a la competencia desleal entre notarios

"La competencia económica... no puede justificarse por sí misma... sino que tiene límites intrínsecos constituidos por la efectiva capacidad de funcionamiento del mercado y por la utilidad social y económica que persigue".

Juan Ignacio FONT GALÁN
Constitución económica y derecho de la competencia (2)

(2) Madrid, 1987, pp. 115-116.

PRÓLOGO

"Menos Derecho, Más Mercado". Esta frase, convertida en amplios sectores de la Economía y el Derecho en un verdadero *dogma de fe*, está removiendo la estructura de nuestro ordenamiento jurídico y, dentro del mismo, la función notarial.

La Historia ha demostrado que la libertad es el mecanismo más eficiente para la generación de riqueza y para la distribución de los recursos existentes. *Libertad* que ha generado un movimiento político, filosófico y económico de exaltación del "mercado" y por tanto de liberalización, privatización y desregulación de la economía.

El Estado también ha cambiado. No solo se ha superado el modelo liberal y burgués del siglo XIX, que limitaba la acción pública para garantizar el juego de la "mano invisible" del mercado, sino que el Estado social y de bienestar, orientado a la producción y prestación de bienes y servicios, está en crisis. Su tamaño no resulta razonable, la prestación de servicios no es rentable y la intervención de la Administración en todos los ámbitos de la vida económica limita la libertad de empresas y ciudadanos para adaptarse a un nuevo escenario basado en la globalización, la innovación y la sociedad del conocimiento.

En los comienzos del siglo XXI nos encontramos ante una nueva realidad: el *Estado Regulador* (3), que pretende la armonización de intereses públicos y privados y, para ello, considera la competencia mercantil como un instrumento esencial para garantizar la "eficiencia" del sistema. Lo decía con claridad el Preámbulo de la antigua Ley de Defensa de la Competencia de 1989: "*la existencia de una competencia efectiva entre las empresas constituye uno de los elementos definitorios de la economía de mercado*", que persigue "*el incremento del bienestar del conjunto de la sociedad*". Lo reitera la doctrina mercantilista, que considera la competencia, en palabras del profesor EIZAGUIRRE, la "*fuerza motriz de la economía*" (4).

Pero como en la implantación de este modelo resulta esencial priorizar el análisis económico de normas e instituciones, no resulta extraño que nos encontremos ante la decadencia del Derecho. En grá-

(3) Sobre esta evolución, véase BLANQUER CRIADO, D.: "La influencia del Derecho público sobre el derecho de la contratación", en AAMN, tomo XLVIII, curso 2007/8, pp. 161 y ss.

(4) EIZAGUIRRE, J. M.: *Derecho mercantil*, 2008, p. 350.

fica expresión de ALFARO: "El Derecho no es la solución, sino el problema" (5). En efecto, la Economía, según el pensamiento dominante de la Escuela de Chicago, no es solo un mero instrumento auxiliar para la aplicación de las normas jurídicas, sino que la clave del *new law and economics* es el sometimiento y subordinación del Derecho al principio de eficiencia y al paradigma de la competencia.

Esta "nueva deidad de la competencia mercantil", en feliz expresión de BLANQUER (6), impregna todo el Derecho económico y patrimonial, tanto público como privado. Y, como es lógico, esta concepción economicista tenía que incidir necesariamente en la función notarial. Los estudios notariales tradicionales trataban de indagar en la compleja naturaleza de la función, pues el notario es funcionario público "especial", en la medida en que ejerce su función de manera privada, como profesional; analizaban la labor de documentación notarial, que desemboca en una pluralidad de documentos "públicos", de distinto alcance y eficacia jurídica (escrituras, pólizas, actas); o se preocupaban de comprender la función de asesoramiento "instrumental", con especial énfasis en la protección de la parte débil del contrato. Ahora, en cambio, proliferan los estudios sobre la eficiencia económica del servicio notarial (7) o sobre la incidencia que el moderno Derecho de la competencia tiene sobre la función notarial, destacando los trabajos de BOLÁS (8) o HUERTA (9) y, en relación con el Derecho comunitario, del propio BOLÁS (10) y de GARCÍA MÁS (11).

(5) ALFARO, J.: "Protección de los consumidores y derecho de los contratos", ADC, t. XLVII, p. 309.

(6) Ob. cit., p. 223.

(7) Por todos, véase PAZ-ARES, C.: *El sistema notarial. Una aproximación económica*, CGN, Madrid, 1995; o GARRIDO CHAMORRO, P.: *La función notarial, sus costes y sus beneficios*, CGN, Madrid, 2000.

(8) BOLÁS, J.: "Economía, competencia y función notarial", en AAVV, *La reforma de la justicia preventiva*, CGN y Editorial Civitas, Madrid, 2004.

(9) HUERTA, A.: "Acerca de la deontología notarial: competencia leal y competencia desleal", en AAVV, *Homenaje a Don Juan Francisco Delgado de Miguel*, Madrid, 2007, pp. 49 y ss.

(10) BOLÁS, J.: *El papel del notariado europeo en el nuevo espacio jurídico y económico*, CGN, Madrid, 2004.

(11) GARCÍA MÁS, F. J.: "El reto del Notariado latino o de Derecho civil en la Unión Europea", en AAVV, *Homenaje a Don Juan Francisco Delgado de Miguel*, Madrid, 2007, pp. 529 y ss.

También los tribunales y las autoridades de la competencia, como iremos examinando en este trabajo, han enjuiciado la regulación de la función desde esta perspectiva. Se habla, incluso, del "mercado de servicios notariales", al que voces autorizadas pretenden aplicar sin más ese conocido dogma neoliberal: "*no hay libertad sin mercado, ni mercado sin competencia*". Mi propósito es revisar las afirmaciones anteriores, para enjuiciar la bondad de la aplicación de la *competencia* a la función notarial; para comprobar si existe realmente un *mercado* de servicios notariales; y para analizar en qué medida la clásica *libertad* de industria y comercio es compatible con el servicio público notarial.

I. PRINCIPIOS RECTORES DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

La importancia del Derecho de la competencia como impulsor o *fuerza motriz* de la economía de mercado nos obliga a analizar cuáles son los principios clave que vertebran este sector del Derecho mercantil. Para ello, he creído conveniente esbozar una suerte de principios generales, que procedo a enumerar: i) el principio constitucional de libertad de empresa; ii) la defensa institucional de la competencia; iii) el principio económico de eficiencia; y iv) la protección del consumidor.

La clásica **libertad de industria y comercio** encuentra su reflejo en el artículo 38 de la Constitución española, que proclama, como derecho fundamental, "*la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado*", si bien matiza que "*los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación*". De este modo, el reconocimiento de la libertad de empresa tiene una doble lectura: por un lado, la existencia de un contenido esencial dentro del cual tiene cabida la libre competencia. En palabras de EIZAGUIRRE (12): "... al expresado marco es consustancial la libertad de competencia, en cuanto presupuesto de libertad de acceso al mercado, de determinación de los precios en función de la oferta y la demanda y la libre circulación del capital y del trabajo". Pero por otro lado, conviene destacar que no estamos

(12) Ob. cit., p. 324.

en presencia de un derecho fundamental "absoluto", sino que en ocasiones cede ante otros valores y derechos, que también persiguen la satisfacción del interés público y que también tienen rango constitucional.

El segundo principio relevante es consecuencia del anterior y lo podríamos definir como la **defensa institucional de la competencia**. Si la libertad de empresa tiene como contenido esencial la libre competencia y si los poderes públicos están obligados a proteger y defender esa libertad económica, la consecuencia es la existencia de un "sistema", legal e institucional, que promueva la competencia efectiva entre las empresas. Históricamente, esa defensa institucional se proyectó sobre la lucha contra los monopolios: en efecto, en Estados Unidos la *antitrust law* surge como respuesta del poder político a los abusos del poder económico provocado por los grandes *trust* industriales; en Alemania, la legislación de 1957 consagró la prohibición de los *Kartelle*, fuertemente ligados al partido nazi; en fin, en Europa, los Tratados comunitarios tienen como una de sus misiones esenciales la defensa de la competencia, para evitar abusos de posición dominante, concentraciones económicas excesivas y ayudas ilegales del Estado. Desde el punto de vista económico, esta defensa de la competencia se traduce en la aplicación de políticas de privatización, liberalización y desregulación, con la finalidad de conseguir una economía más "eficiente". En el plano jurídico, el Estado aprueba un conjunto de leyes, un verdadero "corpus" de Derecho de competencia cuya base está en la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia. Y, por último, desde el punto de vista administrativo, se crean autoridades administrativas que no solo tienen como misión la aplicación del Derecho de la competencia, sino también la promoción de la misma en todos los sectores económicos. Es significativo el artículo 26 de la LDC, que señala que "la Comisión Nacional de la Competencia promoverá la existencia de una competencia efectiva en los mercados, en particular, mediante las siguientes actuaciones: promover y realizar estudios y trabajos de investigación en materia de competencia; realizar informes generales sobre sectores, en su caso, con propuestas de liberalización, desregulación o modificación normativa...".

Otro principio clave, especialmente por la influencia economista en este sector del Derecho, es el principio económico de **eficiencia**. A esta se refiere la Exposición de Motivos de la LDC, al

afirmar que *"la existencia de una competencia efectiva entre las empresas constituye uno de los elementos definitorios de la economía de mercado, disciplina la actuación de las empresas y reasigna los recursos productivos a favor de los operadores o técnicas más eficientes..."*. Por eso añade después que la defensa de la competencia *"es un instrumento de primer orden para promover... la competitividad general de la economía"*. De este modo, competencia y mercado aparecen como nociones interdependientes.

Finalmente, no podemos dejar de enunciar como principio vertebrador del sistema la **protección del consumidor**. Ya el artículo 51 de la Constitución española obliga a los poderes públicos a garantizar *"los legítimos intereses económicos"* de los consumidores y usuarios. Y precisamente la Exposición de Motivos de la Ley 15/2007, LDC, señala que *"... esta eficiencia productiva se traslada al consumidor en la forma de menores precios o de un aumento de la cantidad ofrecida de los productos, de su variedad y calidad, con el consiguiente incremento del bienestar de la sociedad"*. Desde la óptica del análisis económico del Derecho, se entiende que los precios proporcionan al consumidor suficiente información sobre la calidad de los productos y que la competencia impide actuaciones empresariales monopolísticas en perjuicio del consumidor. En gráfica expresión de EIZAGUIRRE (13), *"una buena política de la competencia es la mejor protección del consumidor imaginable"*.

II. SOBRE LA FUNCIÓN NOTARIAL

Una vez esbozados los anteriores principios, interesa analizar su compatibilidad con la función notarial, tal y como está configurada en nuestro ordenamiento. Comenzando por el principio de libertad de empresa del artículo 38 CE, resulta claro que este no se aplica a la función notarial, reservada por ley a una determinada categoría de personas que ostentan la condición de funcionarios públicos. En efecto, el artículo 1.º de la Ley del Notariado señala que *"el notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a la leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales"*. Por tanto, la derogación en el ámbito de la función notarial de la libertad de

(13) Ob. cit., p. 330.

industria y comercio encuentra, desde el punto de vista legal, una doble justificación: en primer lugar, el interés público al que sirve el notario, que es la libertad y seguridad jurídica como valores constitucionales superiores del ordenamiento jurídico (9.3 CE); y en segundo lugar, la condición del notario como funcionario público, cuya "carrera" está regulada por el Estado para la correcta prestación del servicio público notarial. Es verdad que el notario es un funcionario "especial", como tendremos ocasión de comprobar a lo largo de este estudio, pero eso no impide calificarle de funcionario y ejerciente de una función pública, consistente en la dación de fe, respecto de actos y contratos, por delegación del Estado.

En cuanto a la defensa institucional de la competencia, si esta es un corolario de la libertad de empresa, en aquellos casos en que no se aplica plenamente el principio liberal tampoco se puede aplicar en toda su intensidad la normativa protectora de la competencia. Por supuesto, no es ajena la función notarial a las modernas tendencias liberalizadoras y desreguladoras que, por influjo del análisis económico del Derecho, afectan a todos los sectores económicos. Pero la aplicación del Derecho de la competencia a la función notarial debe hacerse con respeto del carácter público de la función y de los fines institucionales del Notariado. Por esta razón, la aplicación de las normas de la competencia es necesariamente limitada y tienen que estar orientadas a conseguir una "buena regulación" de la función.

Por lo que se refiere al principio económico de eficiencia, conviene advertir que la función notarial genera dos tipos de beneficios, privados (prestación del servicio notarial) y públicos (seguridad jurídica preventiva, buena fe en las relaciones contractuales, modernización de la justicia). Por eso la eficiencia en el llamado mercado notarial tiene que tener en cuenta dos variables importantes: por un lado, las medidas desregulatorias deben permitir la consecución de los objetivos públicos de la función notarial; y por otra, si la eficiencia productiva va destinada a conseguir menores precios, no conviene olvidar que los precios notariales están regulados, como consecuencia del carácter público de la función, lo que limita la eficacia del Derecho de la competencia.

Finalmente, un apunte en relación con la protección de los consumidores. Los notarios, como autoridades públicas encargadas de la aplicación del Derecho privado, están obligados a tutelar los legítimos intereses económicos de los consumidores, lo que se traduce,

por ejemplo, en la obligación de prestar asistencia especial a la parte débil del contrato por exigencias del artículo 147 RN, que no es más que desarrollo del artículo 51 CE. En definitiva, el notario es parte de un sistema institucional para la protección del consumidor, sistema motivado, como ha explicado MIRANDA (14), tanto por la crisis o decadencia del modelo de contratación codificado como por la insuficiencia del Derecho de la competencia para proteger adecuadamente los intereses de los consumidores. Con esto quiero decir que una correcta protección del consumidor por parte del notario exige el mantenimiento de la esencia "pública" de la función, que es lo que justifica, precisamente, la aplicación del artículo 51 CE a la función notarial. Y, como tendremos ocasión de comprobar después, el carácter público de la función justifica el mantenimiento de unos "precios públicos", que se traducen en la regulación administrativa de la retribución notarial, el llamado "arancel", que goza de cobertura legal y cuya determinación corresponde al Gobierno en función de las necesidades del servicio público. Pero además, estos precios públicos garantizan una correcta protección del consumidor por parte del notario, que es uno de sus fines institucionales, y más especialmente en la época actual.

III. LA APLICACIÓN MATIZADA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA A LA FUNCIÓN NOTARIAL

Expuestas las ideas previas, descendemos ahora al estudio de la aplicación del Derecho de la competencia a la función notarial. En la doctrina "notarialista" hay un fuerte sentimiento de rechazo al sometimiento a las normas del mercado, quizá provocado por la falta de comprensión de la esencia de la función, por su difícil encaje en las normas *antitrust* y por los peligros de someter la función pública a las reglas "salvajes" del mercado. Por todos, recientemente Victorio MAGARIÑOS (15) afirma que "no existe el

(14) MIRANDA SERRANO, L. M.: "La protección de los consumidores en la contratación: aspectos generales", en VVAA, *Tratado de Derecho Mercantil*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2006, tomo 30, pp. 179 y ss.

(15) MAGARIÑOS, V.: "Modernización de la función notarial", en *Escritos Jurídicos*, tomo I, p. 583, CGN, Madrid, 2010.

mercado de la fe pública en competencia" y que "el servicio notarial no puede quedar sometido a las reglas del mercado ni por tanto al derecho de la competencia, que desnaturalizaría la función". A mi juicio, en cambio (y aquí está la clave del presente estudio), estas afirmaciones deben matizarse, pues no se trata de que se aplique o no el Derecho de la competencia, sino de si es posible o no la aplicación matizada o con límites (y en qué medida) para cohesionar el régimen legal de competencia con la esencia de la función notarial. Una vez resuelto este enigma, intentaremos abordar el estudio de aspectos concretos de la regulación notarial que pueden incidir en el Derecho de la competencia.

III.1. EL DERECHO DE LA COMPETENCIA SE APLICA A LA FUNCIÓN NOTARIAL

Pues bien, creo que, analizado el marco legal en el que se desenvuelve la función notarial, podemos llegar a una primera conclusión: *el Derecho de la competencia se aplica a la función notarial.*

III.1.1. Por un lado, la nueva Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, delimita el ámbito de aplicación subjetivo de esta norma, al señalar en su Disposición Adicional Cuarta que "A efectos de lo previsto en esta ley, se entiende por empresa cualquier persona o entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación". ¿Encaja la actividad del notario dentro de este concepto amplio de empresa? Nótese que no se trata de calificar al notario de "empresario", sino solo de analizar si la función notarial encaja en la definición reseñada para valorar la aplicabilidad o no del Derecho de la competencia, pues la calificación es "a los solos efectos del Derecho de la competencia". De la DA 4.^a se desprende que son dos las ideas fundamentales:

i) ¿Ejerce el notario una *actividad económica*? Para ello, debemos valorar los precedentes doctrinales y especialmente la doctrina del TJCE que ha inspirado la norma española. Para este, actividad económica se puede definir como cualquier actividad que consista en ofrecer bienes y servicios a cambio de una remuneración. Y no hay dudas de que el notario presta un servicio al cliente a cambio de una remuneración satisfecha por este. Es verdad que se trata

de un servicio "público" y que el precio está regulado en el arancel, pero no por ello deja de ser una actividad económica, cumpliendo el primero de los requisitos legales (16).

ii) Por otro lado, el hecho de que el notario sea *funcionario público* "especial" no es incompatible con la definición legal, pues la ley se encarga de recordar que el peculiar estatuto jurídico de la persona o su modo de financiación no impiden la aplicación del Derecho de la competencia. Dicho de otro modo, en principio ni la consideración del notario como funcionario público, ni el hecho de que su función pública esté regulada en parte por el Derecho administrativo, ni el dato de que su financiación se obtiene de acuerdo con las normas reguladoras del arancel, impiden su consideración de empresa *a los solos efectos del Derecho de la competencia* (17).

III.1.2. Además de lo anterior, hay una tendencia a *equiparar la profesión notarial con el resto de profesiones reguladas*, respecto de las que se aprecia una lenta pero firme "inmersión" en el Derecho de la competencia. Esto quizá sea consecuencia del proceso de *mercantilización* de las profesiones liberales [por ejemplo, por la adopción de formas societarias para el ejercicio de la actividad profesional (18)], de la "privatización" y abandono del interés público de algunos colegios (como lo demuestra la colegiación obligatoria de profesiones como bibliotecarios, detectives privados y decoradores); y por la expansión misma del Derecho de la competencia, que afecta de lleno a los Colegios Profesionales.

(16) En realidad, el único servicio público que no estaría sujeto al Derecho de la competencia es el no retribuido. Así lo manifiesta la Exposición de Motivos de la Ley 17/2009, sobre libre acceso a las actividades de servicios, al señalar que "los servicios no económicos de interés general, que se realizan en ausencia de contrapartida económica, no están cubiertos por las disposiciones del Tratado...".

(17) Esta afirmación no supone considerar sin más al notario como empresario porque, insisto, es empresa "a los solos efectos del derecho de la competencia", como lo es a los efectos "laborales" por encajar en definición de empresario del artículo 1.º del Estatuto de los Trabajadores.

(18) En este sentido, véase la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales, cuya Exposición de Motivos indica que "la LSP tiene por objeto posibilitar la aparición de una nueva clase de profesional colegiado, que es la propia sociedad profesional...".

Esta tendencia legislativa se aprecia en dos recientes leyes publicadas para incorporar a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva de Servicios. Por un lado, la conocida como Ley "Paraguas", Ley 17/2009, "sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio", cuyo objeto, según su artículo primero, es facilitar la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, "así como evitar la introducción de restricciones al funcionamiento del mercado de servicios que, de acuerdo con lo establecido en esta ley, no resulten justificadas o proporcionadas"; por otro, la conocida como Ley "Ómnibus", Ley 25/2009, que tiene por objeto impulsar una mejora global del marco regulatorio de los servicios y consolidar los principios regulatorios contenidos en la Ley Paraguas. En este sentido, destaca la modificación de la normativa de los Colegios Profesionales y especialmente el nuevo artículo 2.4, que señala, tras la reforma, que "los acuerdos, decisiones y recomendaciones de los Colegios observarán los límites de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia".

III.1.3. Pero junto con la normativa general de defensa de la competencia y la especial de los Colegios Profesionales, tampoco podemos olvidar la propia regulación de la función notarial, en la que se aprecia, desde hace unos años, la introducción de medidas de "liberalización" e intensificación de la competencia, que permiten la posibilidad de practicar descuentos de hasta el 10 por 100 en todo documento notarial; la negociación libre para documentos de elevada cuantía; y, en fin, el arancel de máximo en las pólizas, lo que permite para este tipo de documento notarial realizar cualquier tipo de descuentos. Esta liberalización en materia de precios ha supuesto, obviamente, la aplicación de las normas del Derecho de la competencia a la función notarial (19).

(19) Quizá por ello el antiguo Tribunal de Defensa de la Competencia, en su resolución 544/02, haya señalado, con evidente exageración, que "la libertad de precios, aun cuando sea parcial, implica en efecto la plena inmersión de la función notarial en el libre mercado de los servicios, lo que supone de facto la total aplicación de las normas de la competencia". Esto ha llevado a Antonio HUERTA a señalar que "la inmersión del notariado en un sistema de libre mercado de servicios... procede de las normas legales que regulan su sistema de retribución". HUERTA, A.: "Acerca de la deontología notarial: competencia leal y competencia desleal", en AAVV, *Homenaje a Don Juan Francisco Delgado de Miguel*, CGN y Editorial Civitas, Madrid, 2007, pp. 49 y ss.

III.2. NO OBSTANTE, EL CARÁCTER "PÚBLICO" DE LA FUNCIÓN IMPONE UNA APLICACIÓN LIMITADA DE LA NORMATIVA DE COMPETENCIA

No obstante lo anterior, la especial naturaleza de la función "pública" notarial exige una *aplicación matizada del Derecho de la competencia*. Ahora bien, esta afirmación no puede quedarse en una mera declaración de intenciones o en una petición de principio, sino que tiene que demostrarse y argumentarse *por qué* se aplica con límites y, sobre todo, *dónde* se encuentran tales límites.

III.2.1. En primer lugar, conviene destacar la posibilidad de que la propia legislación permite una aplicación matizada o con límites del Derecho de la competencia a la función notarial. Ante todo, creemos que existe un poderoso fundamento constitucional que así lo permite. A pesar de que, en efecto, el artículo 38 de la Constitución española "*reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado*", que se rige por el principio de competencia, no estamos en presencia de un derecho absoluto, ya que existen otros derechos, principios y valores, también de carácter constitucional, que hay que tener en cuenta. En este sentido, si la función notarial está orientada a la consecución de fines públicos, tales como la implantación efectiva de los valores constitucionales de libertad y seguridad jurídica (art. 9.3 CE), la protección de los consumidores (art. 51 CE) así como la modernización y eficacia de la Justicia, resulta legítimo imponer algunas excepciones al principio de competencia como rector del mal llamado mercado notarial. No es de extrañar que, sobre la base de este fundamento, la misma LDC permita actos y conductas colusorias orientadas a promover el progreso técnico o económico (art. 1.3), conductas exentas por ley (art. 4) o conductas de menor importancia que no sean capaces de afectar de manera sensible a la competencia (art. 5).

Por otro lado, si el análisis económico resulta decisivo en la regulación y aplicación del Derecho de la competencia, no puede desconocerse que la "total" aplicación de las normas de la competencia no es adecuada por las especiales características del servicio público notarial. Por un lado, porque la competencia económica tiene unos presupuestos mínimos, como el libre acceso y salida del mercado o la fijación de los precios en función de la oferta y la demanda, que

no concurren en el mercado notarial, en el que existen además notables asimetrías informativas. Por otro lado, no se puede ignorar que el servicio público notarial genera dos tipos de beneficios, privados y públicos, de modo que la introducción de competencia tiene que respetar el mantenimiento de los beneficios "sociales" generados por la función notarial, tales como dotar de certidumbre a las relaciones jurídicas, la prevención de la litigiosidad o la garantía de los derechos adquiridos (20).

III.2.2. Por otro lado, no resulta tolerable la identificación o equiparación entre la función pública notarial y el resto de las profesiones liberales, dada la ausencia en estas del elemento "público" y funcional característico de la función notarial y que es lo único que legitima la imposición de restricciones a la competencia. El Derecho de la competencia, se ha dicho con acierto, debe atender "a la verdadera naturaleza de las cosas" (21). Hay que diferenciar el ejercicio de una profesión liberal (como la del médico o abogado), el de una actividad privada de interés público (como el caso de los auditores de cuentas o las farmacias) y, finalmente, el ejercicio privado de una función pública, como en el caso del notario o el registrador.

El problema, por tanto, está en la correcta comprensión de la **naturaleza jurídica de la función notarial**. El artículo 1.º LN dispone que "El Notario es un funcionario público...", lo que refuerza el artículo 24, modificado por la Ley 36/2006, al señalar que "los notarios, en su consideración de funcionarios públicos...". Pero el artículo 1.º RN matiza que "los notarios son a la vez funcionarios públicos y profesionales del Derecho, correspondiendo a este doble carácter la organización del notariado. Como funcionarios ejercen la fe pública notarial... como profesionales del derecho tienen la misión de asesorar...". Este matiz reglamentario ha sido malentendido por

(20) Sobre análisis económico de la función notarial, véase PAZ-ARES, C.: *El sistema notarial. Una aproximación económica*, CGN, Madrid, 1995; GARRIDO CHAMORRO, P.: *La función notarial, sus costes y sus beneficios*, CGN, Madrid, 2000; TENA ARREGUI, R.: "Costes de transacción y fe pública notarial", RJN, 9, 1994, pp. 435 y ss.

(21) BOLÁS, J.: *El papel del notariado europeo en el nuevo espacio jurídico y económico*, CGN, Madrid, 2004, p. 30.

las referencias a "profesionales del Derecho", lo que justificaría, en el tema que nos ocupa, la aplicación de las normas del Derecho de la competencia al igual que otras profesionales liberales, pero esto es un error (¡un inmenso error!), ya que el aspecto "privado" no es separable del aspecto "público". En realidad, ambos aspectos son "inescindibles", según la conocida expresión de RODRÍGUEZ ADRADOS (22), porque el notario desempeña una función integral y unitaria, de carácter público y ejercicio privado. Pero quizá convenga detenernos algo más en esta cuestión, al ser clave en nuestro estudio.

A) El notario es un funcionario público, como disponen los artículos 1.º y 24.º LN. Como ha señalado BAÑO (23), "el notario reúne todos los requisitos, salvo el de percibir retribuciones con cargo a los presupuestos, pues su competencia proviene de un nombramiento legal, verificado tras las oportunas pruebas públicas, desempeña servicios de carácter permanente y figura en las correspondientes plantillas", concluyendo que "los notarios lo son por su nombramiento legal, no en virtud de un título profesional y están sujetos a una relación estatutaria".

B) Como consecuencia de lo anterior, el notario ejerce una función pública, la fe pública notarial, por delegación del Estado. Dicha función está reglamentada como consecuencia de este componente público. Y solo a efectos académicos se puede diferenciar el aspecto público y el profesional de asesoramiento, porque este es un asesoramiento instrumental de su función pública, ya que está integrada en la misma.

No obstante, es verdad que no como notarios, sino "por ser" notarios, estos pueden ejercer en ocasiones unas labores estrictamente profesionales o privadas, como puede ser la gestión de documentación ante oficinas o registros públicos, la redacción de documentos privados, etc. Pero en este caso, como estas funciones no son notariales en sentido estricto, sino profesionales y privadas, están sujetas al Derecho de la competencia sin ninguna excepción.

(22) RODRÍGUEZ ADRADOS, A.: *Escritos Jurídicos*, CGN, Madrid, 1995.

(23) BAÑO LEÓN, J. M.: "El notario como autoridad pública: la función notarial y el Derecho Comunitario", en AAVV, *Función notarial: permanencia y evolución*. 10.º Congreso Notarial Español, CGN, Madrid, 2009, pp. 257 y ss.

De ahí, por ejemplo, que los Colegios Notariales no puedan emitir recomendaciones de precios en dicha labor de gestión documental, ya que constituiría una conducta colusoria prohibida expresamente por el artículo 1.º de la LDC.

C) De todo lo anterior se deduce que el ejercicio privado de la función pública no desvirtúa ni su condición de "funcionario" ni el ejercicio de una función "pública". Lo que sucede es que por razones de eficiencia el Estado ha creído preferible que esta actividad no esté sufragada por los impuestos de los ciudadanos vía presupuestos generales del Estado, sino por los particulares que utilizan este servicio público. El Tribunal Supremo ha comprendido perfectamente este hecho, al señalar en su sentencia de 10 de junio de 2003 (Sala 3.ª) que "el notario no es un simple profesional del derecho. Es también una persona que ejerce funciones públicas, lo cual no quiere decir que el notario ejerza dos profesiones. Es una y la misma, montada sobre una doble vertiente, que configuran una misma función, la notarial..." (24).

D) Las recientes reformas legislativas y reglamentarias de la función notarial, además, acentúan este carácter "público". Tanto la Ley 24/2001 como la Ley 36/2006 han modificado preceptos fundamentales del estatuto jurídico del notario, complementándose por el RD de 19 de enero de 2007, que reforma el RN. Y en estas modificaciones se aprecia un reforzamiento significativo de la función pública notarial, de su condición de funcionario público y del carácter unitario e integral de la función (25).

(24) Más recientemente, la criticada sentencia de 20 de mayo de 2008 (Sala Tercera) afirma que "el carácter de profesional del Derecho se predica del notario a efectos del ejercicio de la función notarial en su conjunto... es decir, a efectos del desarrollo integral de la función que legalmente se le atribuye y no como una actividad autónoma o paralela... por esas mismas razones, no resulta adecuado hablar de ejercicio de una profesión titulada...".

(25) MAGARIÑOS, V.: "La función notarial a la luz de las últimas reformas legislativas", en *Escritos Jurídicos*, Madrid, 2010, tomo I, pp. 497 y ss. Véase también AAVV, *El notariado y la reforma de la fe pública*, La Notaría, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007.

Por esta razón, la Ley 17/2009 ("Paraguas") ya señala en su Exposición de Motivos que "la Directiva tampoco se aplica a las actividades que supongan el ejercicio de una autoridad pública... los actos realizados por los fedatarios públicos, así como por los registradores, quedan fuera de su ámbito de aplicación". Y, en efecto, el artículo 2.º excluye del ámbito de aplicación de la norma "las actividades que supongan el ejercicio de una autoridad pública, en particular las de los notarios..." (26).

E) Por último, no es ajena a esta tendencia la calificación del notario como "autoridad pública", presente en normas comunitarias como el Reglamento 805/2004, por el que se establece el título ejecutivo europeo, complementado por la Ley 19/2006, que considera al notario autoridad pública certificante.

III.2.3. Finalmente, si bien la legislación notarial ha introducido medidas "liberalizadoras" o de intensificación de la competencia, también se ha preocupado de intentar respetar la esencia de la función pública notarial. En este sentido, la Ley 7/97, de 14 de abril, de medidas liberalizadoras en materia de Colegios Profesionales, hacía una salvedad expresa "a las normas que, con amparo en una ley, regulan el arancel notarial...". Además, la propia regulación del arancel, si bien permite descuentos, lo hace de manera limitada, quizá porque trata de preservar el equilibrio entre el beneficio público de la función notarial y el coste que este servicio tiene para el ciudadano.

IV. Quizá como síntesis de lo expuesto, podemos afirmar que el notario es un funcionario especial o autoridad pública que ejerce,

(26) Para MASSAGUER, "también los notarios quedan sometidos *prima facie* el Derecho de la competencia. Ciertamente, en este caso, el espacio dejado a la aplicación del Derecho de la competencia es más reducido: la actuación profesional está fuertemente disciplinada por disposiciones normativas en sentido estricto, tanto en lo relativo a la captación de clientela y presentación en el mercado, como a las condiciones de prestación del servicio, que en la práctica excluyen la libertad de acceso al mercado y de determinación de la conducta en el mercado", en "La regulación de los servicios profesionales (Un análisis de racionalidad económica y legitimidad antitrust)", *Iuris*, 3, 1994, p. 95.

de manera profesional, una función pública, unitaria e integral, que justifica el establecimiento en su regulación de restricciones a la competencia. Esto es, el Derecho de la competencia solo se puede aplicar limitadamente o con matices a la función notarial, porque, como ha señalado el Tribunal Supremo en su sentencia de 22 de enero de 2001, "... *la libre competencia funciona en el ámbito notarial de otra manera a como tiene lugar en otras actividades*".

III.3. BREVE EXCURSUS DE DERECHO COMUNITARIO

Para finalizar con el estudio de los aspectos generales, conviene hacer breve referencia a la compatibilidad de la regulación notarial con el Derecho comunitario desde tres perspectivas: i) el requisito de la nacionalidad, relacionado con la prohibición de no discriminación; ii) la implantación de las libertades de establecimiento y de libre prestación de servicios; y iii) la aplicación de las normas de competencia comunitarias.

Comenzando por el tema de la **nacionalidad**, como es conocido, no existe en España una restricción a favor de los ciudadanos españoles para el ejercicio de la función notarial. En este sentido, el artículo 10 de la Ley del Notariado, modificada por la Ley 24/2001, establece como requisito para ser notario "*ser español u ostentar la nacionalidad de cualquier país miembro de la Unión Europea*". En la justificación de la enmienda introducida en el Senado se hacía referencia expresa a la "igualdad de oportunidades" de todo ciudadano de la Unión para acceder a la función notarial.

En cuanto a la **libertad de establecimiento y libre prestación de servicios**, la función notarial encaja en la excepción del artículo 45 del Tratado, pues no pueden invocarse dichas excepciones en relación con "las actividades que estén relacionadas, aunque sólo sea de manera ocasional, con el ejercicio del poder público". Esta cláusula de salvaguarda se ha interpretado por el TJCE en sentido restrictivo y así, en la conocida sentencia *REYNERS*, de 21 de junio de 1974, exige que "constituyan una participación directa y específica en el ejercicio de autoridad pública". En principio, corresponde a cada Estado la determinación de quién ejerce la autoridad pública y la doctrina mayoritaria admite su aplicación a la función notarial. Por todos, CALVO y CARRASCOSA afirman que "en general,

puede afirmarse que los notarios desarrollan actividades revestidas de poder público, por lo que están excluidos de la libertad de establecimiento y prestación de servicios" (27). Quizá convenga detenerse algo más en la normativa comunitaria para comprobar la calificación del notario como autoridad pública, teniendo en cuenta las siguientes normas (28):

A) La Directiva de Comercio Electrónico 2000/31 establece una excepción en su aplicación para "las actividades de notario o las profesiones equivalentes, en la medida en que ellas comportan una participación directa y específica en el ejercicio de autoridad pública".

B) En el ámbito de la ejecución transfronteriza, se reconoce que el documento público notarial, por ser emanado de una "autoridad pública", puede ser ejecutado en el país de destino. En este sentido se pronuncian el artículo 57 del Reglamento 44/2001, el artículo 25 del Reglamento 805/2004, que regula el título ejecutivo europeo, el artículo 46 del Reglamento 2201/2003, sobre materia matrimonial, o el artículo 48 del Reglamento 4/2009, sobre obligación de alimentos.

C) En el ámbito concreto de la libre prestación de servicios, como ya se ha señalado, la Directiva 2006/123, de servicios, excluye de su ámbito de aplicación, en su artículo 2.2.l), "los servicios prestados por notarios y agentes judiciales designados mediante un acto oficial de la Administración".

En conclusión, a la luz del Derecho comunitario vigente, el notario es autoridad pública y la excepción del artículo 45 TCE es aplicable porque el notario es una autoridad pública que, nombrado por el Estado, ejerce por delegación de este la dación de fe respecto de los documentos que autoriza.

Finalmente, en cuanto a la aplicación del **Derecho comunitario de competencia**, ya hemos señalado anteriormente que la función notarial encaja en el concepto de "empresa" y por tanto es susceptible de aplicación la normativa de los artículos 81 y 86 TCE. Lo que

(27) CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: "Mercado Único Europeo y libertades comunitarias", en AAVV (dirs. CALVO y ÁLVAREZ-SALA) *Derecho Europeo de la competencia*, Colex, 2000, p. 81.

(28) Véase GARCÍA MÁZ, F. J.: "El reto del Notariado latino o de Derecho civil en la Unión Europea", en AAVV, *Homenaje a Don Juan Francisco Delgado de Miguel*, Madrid, 2007, pp. 529 y ss.

sucede es que, por un lado, el Estado goza de la facultad de organizar la función notarial de la manera más adecuada a los intereses públicos a los que sirve y, en España, se hace configurando al notario como funcionario público que ejerce una función pública (29); por otro, la función pública realizada por el notario justifica las restricciones a la competencia.

IV. ANÁLISIS DE LA REGULACIÓN DE LA FUNCIÓN NOTARIAL

IV.1. ASPECTOS GENERALES

Con ello pasamos a la segunda parte de este trabajo, en la que pasaré de lo general a lo particular. Mi objetivo ahora es analizar aquellos aspectos de la regulación de la función notarial que pueden suponer restricciones o "barreras" a la competencia. Esto es, si hemos defendido que el Derecho de la competencia solo se puede aplicar limitadamente a la función notarial, se trata ahora de analizar dónde se encuentran tales límites. Porque el legislador admite excepciones al principio de competencia, pero para que sean efectivas deben contar con una adecuada o "buena" regulación, lo que sucederá si en la restricción se pueden apreciar tres elementos clave: i) su legitimidad formal; ii) su necesidad; y iii) su adecuación o proporcionalidad.

En primer lugar, entendemos que la restricción debe tener **legitimidad formal**, entendida como que esté amparada por una norma con rango de ley formal, dado el principio de reserva de ley que se deduce tanto del artículo 38 CE como del artículo 4 LDC. No podemos ignorar que el principio general es el libre ejercicio de

(29) Como señala BAÑO, desde el punto de vista del principio de subsidiariedad, "si el derecho interno sigue manteniendo la función notarial como una función pública inserta en un sistema de seguridad jurídica preventiva, tendrá plena justificación, aunque en otros países la actividad notarial esté abierta a la libre competencia. La Comunidad Europea no impone a los Estados uniformidad a la hora de regular el régimen del Derecho Privado. Solo requiere que las limitaciones a la competencia sean adecuadas a la misión pública que el Estado asume y no una simple excusa para limitar o restringir el mercado interior". Ob. cit., pp. 266-267.

actividades económicas y su sometimiento al Derecho de la competencia, de modo que las posibles y lícitas excepciones tienen que gozar de cobertura legal. En general, la función notarial está regulada, en sus elementos esenciales, en la Ley del Notariado. Sin embargo, el problema lo encontraremos en aquellas normas emanadas de los Colegios Profesionales, al amparo de la Ley de Colegios Profesionales; o en aquellas disposiciones emanadas de los propios órganos corporativos de los notarios, como acuerdos de la Junta Directiva de un Colegio Notarial, Reglamentos de régimen interior aprobados por el Colegio o circulares aprobadas por el Consejo General del Notariado, y de obligado cumplimiento.

En segundo lugar, la restricción a la competencia, para que sea lícita, debe ser **necesaria**, lo que significa que esté justificada por razones de interés público. Esto es lógico, pues si la defensa de la competencia y la libre empresa es el interés público perseguido por el artículo 38 CE, solo podrán ceder ante otro interés público que justifique su derogación. En general, podemos afirmar que la función notarial, como institución integrante de la seguridad jurídica preventiva, tiene como misión fundamental contribuir al desarrollo de los valores de igualdad, libertad y seguridad jurídica (9.3 CE), la protección de los consumidores (51 CE) o la modernización de la Justicia. Y es interesante, en esta línea, la regulación contenida en la Ley 17/2009, "Paraguas", que en su artículo 3.11 define como "*razón imperiosa de interés general*", entre otras, el "orden público... la protección de los consumidores... las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales... o la lucha contra el fraude", todas ellas razones o motivaciones a las que va dirigida en principio la función notarial.

Finalmente, no basta con que la excepción esté amparada por una norma con rango de ley y que sea necesaria para la consecución de un interés público. Es preciso, además, que la restricción sea **adecuada y proporcionada** a la finalidad pública perseguida, sin que pueda ir más allá del objetivo perseguido ni pueda sustituirse por medidas menos restrictivas. En este sentido, la misma Ley 17/2009, "Paraguas", en su artículo 5, contiene una definición del *test de resistencia*, al exigir que las restricciones sean "lo más adecuado para garantizar la consecución del objetivo que se persigue porque no existen otras medidas menos restrictivas que permitan obtener el mismo resultado".

IV.2. BARRERAS DE ENTRADA

Por barreras de entrada entiende la doctrina aquellas que afectan a la posibilidad de ejercer la función. Nos centramos, por un lado, en las reservas subjetivas, que se concretan en la atribución del ejercicio de la función notarial a una categoría especial de funcionarios, adscritos a Colegios Profesionales y con un número prefijado. Por otro, analizaremos las reservas objetivas o limitaciones por razón de la materia, al atribuir al notario el ejercicio de la fe pública notarial.

IV.2.1. Sistema de acceso, colegiación obligatoria y número prefijado

Las barreras de entrada a la función notarial, desde el punto de vista subjetivo, se pueden sintetizar en tres: i) el *sistema de acceso a la función*. Como estamos ante una función pública y el notario es funcionario, la ley regula un sistema de selección, basado en la superación de las conocidas "oposiciones". El artículo 10 LN establece los requisitos para concurrir a las pruebas selectivas y el artículo 12 dispone que "las notarías se proveerán por oposición...", desarrollada en los artículos 5 y ss. RN; ii) la *colegiación obligatoria*. Según el artículo 41 LN, "A cada Colegio pertenecerán todos los notarios del territorio señalado al mismo"; iii) y finalmente, el *número prefijado de notarios*, establecido por el Gobierno mediante la "demarcación". A esta se refiere el artículo 3, "... se crearán tantas notarías cuantas se estimen necesarias para el servicio público, tomando en cuenta la población, la frecuencia y la facilidad de las transacciones, las circunstancias de la localidad y la decorosa subsistencia de los notarios".

Estas barreras "subjetivas" de entrada son objeto de críticas porque, desde el punto de vista de la competencia, limitan el número de operadores económicos y la oferta del servicio notarial, con el consiguiente encarecimiento del precio. Esto exige analizar si la restricción está amparada por una norma con rango de ley, si es necesaria y si es adecuada. No hay duda de que las restricciones cumplen el primer requisito, al estar reguladas por la Ley del Notariado.

En cuanto a su *necesidad*, se trata de identificar cuál es el fin público perseguido por los requisitos apuntados. Pues bien, a nuestro juicio el sistema de acceso garantiza la igualdad, capacidad y

mérito de todos los aspirantes a notario, así como la calidad del servicio público notarial (30); la colegiación obligatoria, por su parte, permite el ejercicio de las facultades de control y disciplinarias de los Colegios respecto del adecuado ejercicio de la función pública notarial (31); y, en fin, el número prefijado busca ofrecer un servicio público homogéneo en todo el territorio nacional, dado que se trata de un verdadero servicio universal, como es el acceso a la seguridad jurídica preventiva.

En fin, en cuanto a la *proporcionalidad*, la oposición garantiza el adecuado cumplimiento de los principios de mérito y capacidad, así como el nivel de calidad que el Estado quiere para el servicio público notarial. Es cierto que se podrían establecer pruebas selectivas distintas y quizá no sean tan exigentes, pero entendemos que en este punto el Estado goza de plena libertad. Y en este sentido se ha pronunciado el TJCE, en el conocido como *asunto Farmacias* (32), al señalar que "El Estado miembro puede decidir qué nivel de protección de la salud pública pretende asegurar y de qué manera debe alcanzarse ese nivel". Es decir, no basta con que sea posible adoptar medidas menos restrictivas, sino que es necesario que alcancen el nivel de calidad exigido por el Estado, para lo cual este goza de un amplio margen de autonomía, derivación lógica del principio de subsidiariedad.

Por lo que se refiere a la *colegiación obligatoria*, también resulta lógica la adscripción forzosa a los Colegios, que de este modo ejercen de manera eficiente las labores de control y supervisión del ejercicio de la fe pública notarial (33).

(30) Para CIARRETA y otros, "el nivel, contenidos y pruebas de la oposición no son restricciones injustificables para la competencia, ya que sirven para asegurar que los notarios tienen una formación adecuada para desempeñar sus funciones, lo que beneficia y tranquiliza al consumidor y a las empresas usuarias de los mismos", *ob. cit.*, p. 102.

(31) El régimen disciplinario está regulado en la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, así como en los preceptos complementarios de desarrollo del RN.

(32) Véase ÁLVAREZ-SALA, J.: "Las farmacias y el Tribunal de Luxemburgo: un caso para reflexionar sobre la liberalización o el control público en la prestación de servicios", en *El Notario del Siglo XXI*, 26, julio-agosto 2009, pp. 36-41.

(33) A juicio de CIARRETA y otros, "esta cesión de funciones públicas a los colegios se debe fundamentalmente a que resulta económicamente más

Por su parte, el *número prefijado*, como se desprende de la mera lectura del artículo 3 LN, garantiza la adecuada prestación de un servicio público universal, al permitir la implantación de la función notarial en todo el territorio nacional de manera uniforme (34). Pero además, esta restricción resulta proporcionada gracias a dos medidas complementarias: de un lado, la libre elección de notario (35); y de otra y sobre todo, que el número de notarios es variable, en función de las necesidades del servicio público (36). Esto es así porque la demarcación no es fija, sino que tiene que ser revisada obligatoriamente por el Gobierno: en su totalidad, cada diez años; parcialmente, cada cinco; y excepcionalmente, cuando así lo exijan las necesidades del servicio público notarial. Este instrumento de revisión periódica de la demarcación garantiza la adaptación del número de notarios a las demandas de los ciudadanos (37).

eficiente al Estado y por tanto a todos los contribuyentes, delegar bajo determinados límites y ciertas cautelas el ejercicio de estas funciones de interés público a estas corporaciones". Ob. cit., p. 36.

(34) Para CIARRETA y otros, "se consigue así garantizar el servicio en zonas en las que por su escasa actividad comercial y financiera y/o por su bajo nivel de población, no resulten atractivas en un mercado libre... se hace prevalecer así el servicio público al de la mera rentabilidad del mercado...". Ob. cit., p. 80.

(35) De este modo, si en un distrito el número de notarios es bajo y se reduce la "oferta", nada impide al ciudadano acudir a otro notario de otro distrito colindante ejerciendo su derecho a la libre elección de notario. Para CIARRETA y otros "la libertad de elección de notario es el contrapeso que garantiza que los efectos perjudiciales del *numerus clausus* no sean tan intensos como para superar los efectos beneficiosos que dicho principio conlleva... por esto, fortalecer la libre elección es fundamental si queremos que el sistema notarial latino sea compatible con un mercado competitivo...". Ob. cit., p. 87.

(36) Para CIARRETA y otros, "en definitiva, si realmente se siguen los criterios de la ley, el número de notarios se acercará al considerado óptimo desde el punto de vista competitivo, de forma que la restricción no tendrá apenas efectos perjudiciales para la competencia, ya que su supresión tampoco conducirá a un incremento sensible del número de notarios". Ob. cit., p. 77.

(37) Según el artículo 4 RN, "la demarcación notarial deberá ser revisada en su totalidad transcurridos diez años desde la anterior revisión total. También podrá serlo, transcurridos cinco años, cuando las necesidades del servicio lo exijan. Podrán realizarse revisiones parciales cuando

IV.2.2. Reserva de actividad

Otra barrera de acceso es la relativa a la jurisdicción reservada por razón de la materia, pues al notario corresponde, en exclusiva, el ejercicio de la fe pública notarial. En efecto, según el artículo 1.º LN: "el notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a la leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales", y el artículo 2.º RN aclara que "al notariado corresponde íntegra y plenamente el ejercicio de la fe pública en cuantas relaciones de derecho privado traten de establecerse o declararse sin contienda judicial". De este modo, se aprecia en la legislación vigente la existencia de una reserva de actividad para la creación de documentos públicos, lo que exige analizar su justificación.

Pues bien, no existen tampoco problemas de legitimidad formal, pues es la Ley del Notariado la que delimita la función notarial; y, de nuevo, es la ley la que regula los efectos del documento público notarial, su eficacia general (art. 1218 CC), *probatoria* (art. 319 LECIV), su carácter de título ejecutivo (art. 517 LECIV), su condición de *título inscribible* (art. 3 LH), de *forma "de valer"* de los negocios jurídicos (1279 y 1280 CC), de *tradición instrumental* (1462.2 CC) o su preferencia como *crédito quirografario* (art. 1925.2 CC).

Y este "monopolio", para seguir con la terminología *antitrust*, está justificado por razones de interés general, pues el legislador, al exigir para determinados tipos de actos, contratos o negocios, el documento público notarial, busca conseguir una mayor seguridad jurídica en estos ámbitos. En definitiva, la "función social de la forma", según la feliz expresión de DÍEZ-PICAZO, garantiza el orden público en materia contractual, la protección de los consumidores o las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales.

Finalmente, cabe plantearse si esta restricción supera el *test de proporcionalidad*. Tampoco existe ninguna duda: en primer lugar, porque el legislador es libre de exigir el documento público

lo exijan las necesidades del servicio inherentes al nacimiento o a la expansión acelerada de los núcleos de población, a la variación considerable de la contratación o a otras circunstancias semejantes... para estas revisiones bastará que hayan transcurrido dos años, desde la última revisión total o tres desde la anterior parcial que les afecte".

notarial para determinados actos, contratos o negocios jurídicos. Decía Federico DE CASTRO que el notario "*actúa, con su dirección o consejo, en los actos más importantes de la vida económica y familiar*" (38), es decir, el servicio público notarial no está pensado ni diseñado para intervenir en todos los actos del tráfico privado, lo que resultaría desproporcionado. Solo allí donde el Estado, en atención a las exigencias del mercado, considere necesario establecer un instrumento de control, transparencia y seguridad será aconsejable regular la intervención de notario.

En segundo lugar, conviene recordar que la utilización del documento público es "voluntaria" para el ciudadano, que utiliza el servicio público notarial para conseguir los privilegiados efectos de la fe pública notarial. Por ejemplo, la compraventa puede celebrarse válidamente en nuestro Derecho en cualquier forma (art. 1278 CC), pero solo si está documentada públicamente se producirá la tradición instrumental (1462.2 CC) o la transmisión podrá acceder al Registro de la Propiedad, en virtud de lo establecido en el artículo 3 LH.

IV.2.3. El caso del "monopolio" en el acceso al Registro de la Propiedad y Mercantil

Una cuestión de interés, en relación con la reserva de actividad y que exige un estudio algo más detenido, es la relativa al "monopolio" de acceso de las escrituras al Registro de la Propiedad y Mercantil. Las conocidas disputas corporativas entre notarios y registradores han conducido a las críticas del principio de titulación pública o auténtica contenidos en la Ley Hipotecaria y el Código de Comercio. Se critica este principio por suponer aparentemente un "sobrecontrol" innecesario en la medida en que el registrador ya realiza un control de legalidad, lo que además no puede hacer el notario al actuar en régimen de libre competencia (39). Por otro

(38) *Derecho Civil de España*, I, Madrid, 1955, p. 580.

(39) En el recurso presentado por el Colegio de Registradores contra la reforma del RN de 2007 se afirma que "el control de legalidad no puede ser ejercitado en régimen profesional de libre elección y libre competencia". Véase el Fundamento Jurídico Sexto de la STS (Sala 3.ª) de 20 de mayo de 2008.

lado, también se critica la imposición al notario de remitir obligatoriamente por medios telemáticos la copia autorizada electrónica al RP o RM (40), salvo la voluntad en contra del interesado, pues, de nuevo, se crearía un monopolio relativo a la gestión del documento que no tiene justificación pública y que es contrario a las normas de libre competencia (41).

En relación con la primera cuestión, el monopolio de acceso "genérico" al RP y RM, se justifica históricamente por la necesidad de que los títulos que accedan al registro sean auténticos y tengan las mayores garantías de seguridad jurídica, pues una vez inscritos producirán importantes efectos sustantivos derivados de la fe pública registral (42). Pero además, hay que tener en cuenta: i) que el control que realizan el notario y el registrador no se solapan, sino que son complementarios; el primero se produce en el momento de la "verdad", cuando las partes formalizan el contrato, se miran las caras y se intercambian las prestaciones; el segundo se produce después y es un presupuesto para la inscripción del acto o contrato en el Registro; ii) el control de legalidad del notario deriva de su condición de funcionario público (43) y no es incompatible con el ejercicio privado de su función pública (44); iii) en fin,

(40) En el recurso presentado por el Colegio de Registradores contra la reforma del RN de 2007 se afirma que "se crea un monopolio de hecho en la gestión telemática de documentos contrario al principio de libre mercado consagrado en el artículo 35 CE". Véase el Fundamento Jurídico 37.º de la STS (Sala 3.ª) de 20 de mayo de 2008.

(41) Este es el camino que sigue el Proyecto de Ley de Economía Sostenible. Para su examen y crítica, véase MADRIDEJOS, A.: "La autotramitación telemática: un grave error", en *El Notario del siglo XXI*, 31, pp. 42-45.

(42) Para una exposición completa de la problemática, MARTÍNEZ SANCHIZ, J. A.: "Sobre el título inscrito", RJN, 33, pp. 137 y ss.

(43) La criticada STS de 20 de mayo de 2008 (Sala Tercera) anula el artículo 145 RN, pero señalando "que lo que aquí se cuestiona no es la oportunidad o procedencia de que el notario pueda denegar su autorización o intervención en determinadas situaciones, sino que ello no se haya establecido en una norma de adecuado rango legal" (fundamento sexto). Sin embargo, no acoge las tesis del Colegio de Registradores de que el ejercicio privado de la función notarial inhabilita al notario para controlar la legalidad.

(44) Como señala MARTÍNEZ LAGE, la afirmación registral de que la competencia notarial inhabilita al notario para controlar la legalidad "no se sos-

el argumento es reversible, porque si existe un doble control y hay que eliminar uno, lo lógico, desde el punto de vista de la competencia, es eliminar aquel control que se realiza después y en régimen del más absoluto monopolio territorial, lo que impide la libre elección del cliente.

En cuanto al tema del monopolio de acceso telemático al Registro, de acuerdo con el sistema actual, contenido en la Ley 24/2005, consiste en que si el interesado desea la presentación telemática, el notario, obligatoriamente, remitirá la copia autorizada electrónica al Registro de la Propiedad o Mercantil a través de un sistema de interconexión seguro entre el Consejo General del Notariado y el Colegio de Registradores. El legislador ha optado, por tanto, por la obligación corporativa impuesta al notario de remitir la copia electrónica por medio de una pasarela de confianza, con la finalidad de garantizar la seguridad técnica en la transmisión (45). Ante las críticas del presunto "monopolio de hecho", el proyecto de Ley de Economía Sostenible prevé que "el solicitante podrá obtener copia electrónica de la escritura y a él corresponde gestionar, por sí mismo o por terceros, la remisión de la escritura al Registro Mercantil, que podrá hacerse de forma telemática". Deténgase el agudo lector en el sistema tan absurdo proyectado por el legislador: sustituye la obligación del notario de remitir la copia autorizada electrónica al registro por la entrega, en un soporte electrónico, de la copia autorizada electrónica al particular (o a un tercero gestor) para que este, a su vez, presente telemáticamente la escritura al registro. Nótese los efectos que, sobre el bolsillo y la seguridad del ciudadano, tiene el nuevo sistema: por un lado, al calificar la presentación como un acto de gestión "privada" (y no como una obligación corporativa

tiene en pie. En primer lugar, porque existe un régimen disciplinario que lo impide. En segundo lugar, porque siempre es posible una reclamación por daños... Finalmente, no es la única actividad que se ejerce de alguna manera por delegación de los poderes públicos y que exige ser desempeñada con independencia, pese a que se desenvuelva en un régimen de mayor o menor competencia". MARTÍNEZ LAGE, S.: "Competencia e independencia", en *10.º Congreso Notarial español. Función notarial: permanencia y evolución*, CGN, Madrid, 2009, pp. 269 y ss.

(45) Para comprender el sistema, véase MADRIDEJOS, A.: *La copia notarial electrónica*, Madrid, 2007.

del notario como parte de su función notarial) esto tendrá un coste para el ciudadano; y por otro, existen posibilidades de alteración de la copia electrónica, al no realizarse la transmisión por medio de la pasarela de confianza entre notario y registrador.

Pero además, la modificación propuesta no se sostiene si analizamos la norma desde el punto de vista del Derecho de la competencia. En efecto, i) en el sistema actual, la remisión obligatoria por parte del notario es parte integrante de su función pública y no un acto de gestión privada. Por eso el TS ha señalado que "no se advierten las circunstancias propias de un monopolio en la presentación de documentos por vía telemática y la infracción del principio de libertad de mercado del artículo 38 CE, siendo que ello depende de la voluntad de los interesados" (46); ii) por otro lado, la presentación telemática "notarial" constituye una restricción a la competencia amparada en una norma con rango de ley (Ley 24/2005), necesaria (para garantizar la seguridad jurídica y técnica de la copia electrónica) y adecuada (al no suponer un coste adicional para el ciudadano, pues está incluido en la función pública notarial); iii) en fin, no puede olvidarse que el sistema puede encajar sin violencia en la excepción de progreso técnico contenida en el artículo 1.3 LDC, pues la prohibición de conductas colusorias no afecta a aquellos actos que contribuyan a promover el progreso técnico.

IV.3. BARRERAS DE EJERCICIO

IV.3.1. El distrito notarial

Con ello pasamos a las llamadas barreras de "ejercicio", comenzando por la más llamativa, que es la jurisdicción notarial limitada, ya que el notario solo puede ejercer su función pública dentro del llamado "distrito notarial". En efecto, el artículo 8 LN dispone que "los notarios podrán ejercer indistintamente dentro del partido judicial en que se halle su notaría" y por eso el artículo 116 RN aclara que "los notarios carecen de fe pública fuera de su respectivo distrito notarial". Esto es una consecuencia lógica de la condición funcionarial del notario, que limita su "jurisdicción" a un territorio. Esta

(46) STS de 20 de mayo de 2008, fundamento 37.º.

restricción también es cuestionada por la doctrina económica, en la medida en que reduce el número de oferentes, incrementa el precio del servicio y reduce su calidad. Lo cual exige analizar, de nuevo, si la restricción está amparada por una norma con rango de ley, si es necesaria y si es adecuada. Como no hay dudas de la cobertura legal, nos centraremos en las otras dos cuestiones.

En cuanto a la necesidad, entendemos que la demarcación es necesaria por el carácter público del servicio notarial, que exige configurarse, en su estructura territorial, como un servicio público universal y de proximidad al ciudadano. En definitiva, es la correcta prestación del servicio público notarial, la adecuada atención al consumidor, lo que conduce a establecer un sistema de prestación del servicio notarial territorializado.

Pero además, entendemos que la medida es proporcionada a la finalidad perseguida si tenemos en cuenta las siguientes normas que mitigan el rigor del "distrito":

i) Por un lado, existen normas reglamentarias que tratan de flexibilizar el distrito y autorizan al notario a intervenir en otro distrito en situaciones de urgencia (47), sustitución (48) o habilitación (49).

ii) Por otro, el ciudadano que utiliza el servicio público notarial tiene derecho a la libre elección de notario. Es decir, un ciudadano de Madrid podrá irse a Barcelona a autorizar una escritura.

iii) En fin, se reconoce además la libre circulación del documento dentro del territorio nacional, sin necesidad de ningún tipo de habilitación.

En conclusión, aunque el notario no pueda moverse de su distrito, sí lo pueden hacer otros notarios en casos reglados, el propio ciudadano ejerciendo su derecho a la libre elección de notario y desde

(47) Según el artículo 118 RN, los notarios podrán actuar en un distrito contiguo en caso de necesidad o urgencia, por ejemplo, para autorizar el testamento de persona gravemente enferma.

(48) Artículos 49 y ss. RN.

(49) El artículo 121 RN permite, incluso, que "cuando la atención al público lo requiera, las Juntas Directivas podrán habilitar excepcionalmente a uno o varios notarios para poder actuar en términos municipales distintos de aquellos donde están demarcadas las notarías, aunque exista otro notario".

luego el documento público notarial. Medidas que permiten apreciar sin duda la proporcionalidad de la norma objeto de examen.

IV.3.2. El Arancel

Quizá la materia más sensible en relación con las restricciones a la competencia en el servicio público notarial sea el precio del servicio, regulado por el Estado en el llamado "Arancel". Dispone al respecto el artículo 45 LN que "el Gobierno, oídas las audiencias, presentará a las Cortes el correspondiente proyecto de arancel que fije los derechos notariales". Se trata de un sistema que, por un lado, atiende al carácter público o funcional del notario, al regular el "precio" del servicio público; y por otro, al ejercicio privado de la función, pues el coste del servicio no es asumido por el Estado con cargo a los presupuestos, sino por aquellos que utilizan el servicio notarial. El arancel está regulado en la Disposición Adicional 3.^a de la Ley 8/89 y desarrollado por el RD 1426/89, de 17 de noviembre. En lo que nos interesa, el sistema de retribución es "fijo", en la medida en que predetermina el coste del servicio notarial en función del tipo de documento y del valor del acto, contrato o negocio documentado en la escritura pública. No obstante, se han producido varias reformas que han incidido en el sistema arancelario:

1.^a El Real Decreto-Ley 6/1999, de 16 de abril, de medidas urgentes de liberalización e incremento de la competencia, regula en su artículo 2 los aranceles de las pólizas intervenidas por notario, señalando que "tendrán el carácter de aranceles de máximos, pudiendo los referidos fedatarios públicos aplicar los descuentos que estimen pertinentes". Es decir, el sistema de retribución es fijo, pero con la posibilidad de practicar cualquier tipo de descuento.

2.^a Por su parte, el Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes de intensificación de la competencia en el mercado de bienes y servicios, contiene un artículo, el 35, relativo a la fe pública, y establece en relación con el arancel notarial dos normas de gran interés: i) por un lado, "se podrá efectuar un descuento de hasta el 10%" en todo documento notarial; ii) y por otro, para los documentos de cuantía elevada, dispone que "el notario percibirá la cantidad que libremente acuerde con las partes otorgantes". En consecuencia, a partir de ese momento se introducen elementos

de negociabilidad o posibilidad de descuento en relación con el precio del servicio público notarial.

3.^a Finalmente, dada la antigüedad, complejidad y diversidad de sistemas para la fijación del "precio" del servicio, el Consejo de Ministros, por medio de acuerdo adoptado el 25 de febrero de 2005 y con la declarada finalidad de "introducir competencia en los servicios profesionales públicos sujetos a tarifa", establece los principios vertebradores del futuro arancel notarial, que son los siguientes: i) *proporcionalidad*, pues la retribución del arancel debe ser proporcionada al servicio prestado; ii) *calculabilidad*, ya que el arancel debe basarse en unas reglas fácilmente aplicables y controlables; iii) *imparcialidad*, lo que significa que debe permitir una adecuada independencia de los funcionarios respecto de sus clientes; y, iv) *transparencia y verificabilidad*, de modo que la aplicación del arancel debe ser sencilla y fácilmente comprobable. Como vemos, los ejes verdaderos de la reforma son: primero, establecer un sistema de retribución regulado coherente con el modelo de Notariado establecido; segundo, que la retribución sea adecuada al servicio; y tercero, protección del consumidor.

Ante la inevitable reforma del arancel, que se basará en los principios enunciados, creo necesario valorar su incidencia desde el punto de vista del Derecho de la competencia. Así, por ejemplo, los que abogan por un sistema de *arancel "libre"* deberían tener en cuenta que, dadas las características especiales del mal llamado mercado notarial (donde no hay libre acceso y salida, ni el precio se fija en función de la oferta y la demanda, y donde hay restricciones justificadas en la jurisdicción notarial), el efecto que se producirá no es una reducción de precios y un incremento de la calidad del servicio, sino todo lo contrario. La experiencia liberalizadora del Notariado holandés es concluyente: la rebaja de precios solo ha beneficiado a la gran empresa, pero en cambio el precio se ha encarecido para el consumidor medio; y la búsqueda de la rentabilidad ha producido una disminución de la calidad del servicio notarial, especialmente en relación con los documentos "poco rentables" (50).

(50) No obstante, en relación con los abogados, el TJCE, en el Asunto CIPOLLA (TJCE/2006/350), ha señalado que los baremos mínimos de retribución, defendidos por el Gobierno italiano porque "una competencia excesiva entre abogados entraña el riesgo de llevar a una competencia de pre-

La postura contraria, partidaria de un *arancel fijo sin descuentos*, es, desde luego, la más coherente con la naturaleza pública de la función notarial, ya que se trata de establecer una retribución "pública" de un servicio "público" y, como tal, el precio debe estar predeterminado. En definitiva, el notario es un funcionario y sus honorarios tienen que venir fijados por ley y ser iguales para todos los ciudadanos. Se advierte, además, en la doctrina notarialista una honda preocupación por los efectos liberalizadores del arancel "libre" o "mixto" (51): la mercantilización de la función notarial, la degradación del control de legalidad y el deber de asesoramiento, las prácticas comerciales desleales, etc. (52).

Pero el problema del arancel fijo es su adecuación o proporcionalidad o, dicho de otro modo, si infringe el *principio de mínima distorsión*, de manera que habrá que preguntarse si no es posible establecer otras medidas menos restrictivas que el arancel fijo y que conduzcan a la obtención del mismo resultado, es decir, a la preservación del servicio público notarial. A la luz de las reformas liberalizadoras del arancel, lo que hay que preguntarse es si la posi-

cios que comportaría un deterioro de la calidad", son una medida desproporcionada, pues el objetivo perseguido se puede alcanzar por medio de otras medidas menos restrictivas, entre las que cita "las normas de organización, de calificación, de deontología, de control y responsabilidad".

(51) Señala RODRÍGUEZ PRIETO, F., que "el principal efecto de un aumento indiscriminado de la competencia sería por tanto la pérdida de independencia del notario y una notable reducción en la calidad del servicio difícilmente evitable por las asimetrías informativas existentes. Con lo cual el consumidor final resultaría perjudicado...", en "La influencia de la Economía en el Derecho. Seguridad jurídica y desarrollo económico. La contribución del notariado: el modelo de máxima utilidad", ponencia presentada en la XII Jornada Notarial Iberoamericana, 2006, RJN, VII, 2006, p. 41.

(52) No obstante, para CIARRETA y otros, "no parece muy probable que en un colectivo tan cualificado y riguroso ceda ante las presiones de clientes poco honestos y, en caso de hacerlo, quedarían expuestos a la oportuna corrección disciplinaria y a las reclamaciones de responsabilidad civil de los perjudicados", ob. cit., p. 56. Más adelante afirman que "la liberalización no disminuye la calidad de los servicios, ni supone una amenaza para la eficacia del control de legalidad, ni impide la prestación de los servicios menos rentables, ni coloca al consumidor en una situación de indefensión frente a los notarios". Ob. cit., p. 58.

bilidad de practicar "descuentos" o rebajas es incompatible con la prestación del servicio público y con el correcto cumplimiento por parte del notario de su función pública. Un sector del Notariado entiende que cualquier "rebaja" es incompatible con la esencia de la función. Yo creo, por el contrario, que cuando el descuento es limitado y razonable ni se pone en peligro la independencia del notario, ni el correcto ejercicio de su función ni el control de legalidad. Pues, siendo limitado y razonable, no se pone en peligro el carácter público de su función y, en cambio, sí beneficia al consumidor por medio de una rebaja del coste del servicio notarial.

De todos modos, el problema real en la aplicación del arancel no está en el carácter libre, mixto o fijo, sino en la no aplicación del arancel, es decir, en la comisión de prácticas ilícitas que, bajo cualquier sistema, merman la independencia del notario, el correcto ejercicio de su función pública y ponen en grave riesgo la protección del consumidor. Pero estas prácticas no son producto del descuento limitado y razonable y, además, deben ser perseguidas por medio de la aplicación de sanciones por parte de los Colegios Notariales, la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) y, en su caso, por los tribunales de justicia.

Por todo lo expuesto, una reforma del arancel creo que debe basarse en los siguientes pilares: i) arancel "único", pues el sistema de retribución tiene que ser el mismo para todo documento público, sea póliza, escritura o acta; ii) arancel "fijo", ya que en principio, al tratarse de un servicio público, el coste tiene que estar predeterminado; iii) arancel "flexible", permitiendo descuentos limitados y razonables que no pongan en riesgo el carácter público de la función y que, a la vez, permitan rebajar el coste para el consumidor; iv) arancel "de bandas", mediante la fijación de un tope mínimo y máximo por documento notarial, pues el mínimo garantizaría la "decorosa subsistencia del notario" y la cobertura del coste del servicio público, mientras que el máximo evitaría ganancias desproporcionadas y prácticas comerciales depredatorias, de acuerdo con el principio de proporcionalidad; v) "plus voluntario", pues por encima de la cuantía máxima del documento cualquier retribución del servicio debe ser libremente pactada por el notario y el cliente, en función del grado de "profesionalización" del servicio y de la calidad del asesoramiento notarial; vi) arancel "sencillo", para evitar la complejidad actual que dificulta el cálculo del coste del servi-

cio; y vii) *protección del consumidor*, estableciendo los mecanismos necesarios para la protección del consumidor. Con carácter previo, el derecho a obtener un presupuesto del servicio; reforzando la transparencia e información del cliente en las minutas notariales; y velando por la aplicación adecuada del arancel, tanto por los Colegios Notariales, en su función de protección del consumidor, como por parte de la DGRN, órgano administrativo encargado en última instancia de la inspección de la función notarial.

IV.3.3. Publicidad

Íntimamente relacionado con el precio está la regulación de la publicidad, que es un elemento esencial de todo mercado al garantizar la transparencia del mismo. Siguiendo con esta lógica de los números, la liberalización de la publicidad notarial podría tener benéficos efectos: así, i) podría servir para informar al consumidor sobre la aplicación de rebajas arancelarias (es el caso de la resolución TDC de 3 de julio de 2003, en la que un notario de Málaga informó sobre "su decisión de practicar reducciones del 40% en las pólizas y la condonación a todos los clientes de los honorarios de la siguiente escritura autorizada"); ii) también podría ser útil para incrementar la contratación del servicio notarial, por ejemplo, haciendo una campaña especial en Navidad para el otorgamiento de testamentos, regalando al cliente un poder preventivo (tengan en cuenta que el artículo 8.º de la Ley de Competencia Desleal admite con generosidad la "*venta con obsequios*" siempre que no ponga al consumidor en el compromiso moral de aceptar la oferta); iii) o, en fin, la simple existencia de un nuevo "operador" en la ciudad podría publicitarse como la del "*mejor Notario de Sevilla*" (quizá amparado en que ya desde la conocida STS de 24 de febrero de 1997, caso *Coca Cola contra Pepsi*, queda claro que la publicidad comparativa, cuando resulta exagerada pero no es tomada en serio por el público, es tolerable).

Aunque a mis queridos lectores estos ejemplos les hayan parecido un poco chocantes, lo cierto es que la legislación notarial no regula detenidamente el tema de la publicidad. No hay referencia alguna en la Ley del Notariado; el artículo 71 del Reglamento Notarial, antes de la reforma de 2007, solo regulaba el anuncio de la oficina notarial por medio de una placa. En cambio, en la redacción

actual dispone que *“como consecuencia del carácter de funcionario público del notario y de la naturaleza de la función pública notarial, la publicidad de la oficina pública notarial y de su titular deberá realizarse preferentemente a través de los sitios web de los Colegios y del Consejo General del Notariado”*. Fíjense que en el texto vigente la palabra clave es “preferentemente”, lo que significa que además de la *web* corporativa existe de modo lícito la posibilidad de hacer publicidad de la oficina pública notarial y de su titular por otros medios o vías publicitarias, siempre y cuando se respete la naturaleza o esencia de la función notarial.

Ahora bien, *¿dónde están esos límites inmanentes de la publicidad notarial?* Es bastante frecuente que sean los Reglamentos de Régimen Interior de los Colegios Notariales, aprobados por el Consejo General del Notariado, los encargados de “desarrollar” el tema de la publicidad. Así, el Reglamento del Colegio de Andalucía dedica todo un título, el IX, a la “publicidad”, que comprende los artículos 29 a 40. Ahí regula la “inserción en guías o directorios”, la remisión de “saludas” con ocasión de la toma de posesión o el contenido de la página *web* del notario. Pero lo más llamativo es la existencia de numerosas prohibiciones: en las tarjetas de visita “no se puede incluir más que el título de notario”; el rótulo no puede ser “luminoso”; o se impide “la publicidad en medios de comunicación”. Especialmente detallada es la regulación de las “placas anunciadoras del local-estudio” (53).

De nuevo, las restricciones existentes a la publicidad deben analizarse desde tres perspectivas: en primer lugar, si tienen o no base

(53) El artículo 36 dice literalmente: “las placas anunciadoras del local-estudio del Notario deberán tener las siguientes características: serán cuadradas o rectangulares; con dimensiones máximas de 25 centímetros de lado o 20 por 30 centímetros respectivamente; grabadas, esmaltadas o rotuladas en metal, cristal, plástico, madera o base similar; con texto comprensivo, por este orden, del nombre y apellidos, profesión y, opcionalmente, planta y letra o número del local. También se admite en ellas la reproducción del escudo notarial o símbolo del notariado europeo. Se situarán en la parte exterior del inmueble sobre su pared, puerta o quicio, y, en su caso, si lo desea el titular, en el directorio del portal, así como en la puerta del estudio. Esta podrá contener, como elemento decorativo, el escudo notarial o el del notariado europeo, sin más adiciones...”.

legal. En principio parece que no, porque no están contempladas en la Ley del Notariado ni tampoco en el artículo 71 del Reglamento Notarial. Pero la existencia de limitaciones a la publicidad en normas aprobadas por el Colegio Profesional, aun siendo discutidas, pueden encontrar su base legal en la Ley de Colegios Profesionales, que señala como uno de los fines básicos del Colegio "la ordenación del ejercicio de la profesión", lo que serviría de norma habilitante para que el Reglamento de Régimen Interior del Colegio Notarial regule el tema de la publicidad.

Pero la verdad es que esta habilitación normativa al Colegio Profesional ha sido muy contestada. Tanto la doctrina como la jurisprudencia dominante coinciden en que no basta el amparo legal "genérico" de la Ley de Colegios Profesionales. En este sentido, la STS de 4 de noviembre de 2008 (*Asunto de la cuota litis*) declara: "el pleno sometimiento de los Colegios Profesionales a la ley de defensa de la competencia, sean cuales sean las funciones que ejerzan y el carácter público o privado de las mismas".

Tengo mis dudas sobre la suficiencia de esta doctrina. De entrada, conduce en la práctica a vaciar de contenido la facultad de los Colegios de "ordenación de la profesión". Porque si un Colegio no puede adoptar ninguna decisión "ordenadora" que tenga "trascendencia económica" (concepto que también es interpretado ampliamente por las autoridades encargadas de la aplicación del Derecho de la competencia), se llegaría al absurdo de que no puede "ordenar" nada. Y tan lícita y constitucional es la protección de la libre empresa (art. 38 CE) como el reconocimiento de la autonomía de los Colegios Profesionales (art. 36).

A lo anterior hay que añadir la evolución del régimen de la conducta exenta. Inicialmente, la LDC admitía la no aplicación del Derecho de la competencia a conductas cuando así lo estableciera la ley "o un reglamento". La reforma de 1999 exigió, en cambio, que una ley, "expresamente", autorizara la restricción. Sin embargo, el vigente artículo 4.º LDC, modificado en el año 2007, suprime lo de "expresamente", lo que da a entender que es posible que la restricción a la competencia derive tácita o indirectamente de una ley. Y precisamente la LCP, al establecer normas sobre "ordenación de la profesión", está forzando a seguir estas normas bajo la amenaza al profesional de una sanción disciplinaria.

Pero quizá el mayor argumento de peso sea la reciente reforma de la Ley de Colegios Profesionales por la conocida como Ley Ómnibus. En efecto, el artículo 1.3 de la Ley 2/1974, de Colegios Profesionales, dice que "son fines esenciales de estas corporaciones... la ordenación del ejercicio de la profesión...", y el artículo 2.5 establece en su apartado segundo que "los estatutos de los colegios o los códigos deontológicos que en su caso aprueben los colegios, podrán contemplar previsiones expresas dirigidas a exigir a los profesionales colegiados que su conducta en materia de comunicaciones comerciales sea ajustada a lo dispuesto en la ley, con la finalidad de salvaguardar la independencia e integridad de la profesión, así como en su caso el secreto profesional". De la norma, tal y como ha sido aprobada por el legislador, resulta claro que el Colegio Profesional tiene competencia para aprobar un reglamento o código deontológico que contenga previsiones en materia de publicidad ("comunicaciones comerciales"), si bien con un límite material o sustantivo: las disposiciones corporativas solo pueden tener como fundamento "salvaguardar la independencia e integridad de la profesión". En síntesis, de lo expuesto deducimos que la publicidad notarial tiene dos límites: el "general" contemplado en la Ley de Publicidad y la Ley de Competencia Desleal; y el "especial" contenido en los estatutos o códigos deontológicos colegiales en todo aquello que tenga que ver con salvaguardar la independencia e integridad de la profesión y el secreto profesional.

No obstante, hemos indicado que el reglamento colegial debe tener un límite material, relacionado con la necesidad de que la restricción publicitaria sea "necesaria y proporcionada", esto es, limitada a salvaguardar los fines públicos indicados anteriormente. Esto obliga necesariamente a depurar los reglamentos o códigos corporativos. Así, desde esta perspectiva, parece correcta la prohibición de que la actividad publicitaria se desarrolle "a través de empleados o terceros", pues así se garantiza la independencia del notario; o que sea sancionable la "distribución de octavillas", que atenta a la integridad de la profesión. Pero en cambio, la simple publicidad consistente en informar sobre la existencia de la notaría o incluso sobre la aplicación de un descuento legal no parece atentar contra los fines antes enunciados, siempre y cuando se respeten

los límites generales contemplados en la Ley de Publicidad y Ley de Competencia Desleal (54).

IV.3.4. Lugar de firma de escrituras

Por su interés y actualidad examinaremos la problemática del lugar de firma de los documentos. En principio, el notario, como funcionario público, tiene una "sede" oficial para el desarrollo de su función, el "despacho", que tiene la consideración de "oficina pública" (55). Y aunque de este hecho parece derivarse la existencia de un principio implícito de prohibición de firma fuera de la oficina, salvo la existencia de justa causa, lo cierto es que no hay una prohibición legal o reglamentaria para firmar fuera de dicha oficina pública. Los problemas aparecen cuando más que cortesía del notario, resulta ser una imposición de una entidad financiera o promotora que puede afectar a la independencia del notario (56).

En el año 1993 la Junta Directiva del Colegio Notarial de Sevilla adoptó el acuerdo de que las escrituras en las que interviniera una entidad financiera debían ser autorizadas en la oficina pública notarial. El acuerdo fue recurrido por estas, si bien la DGRN, en resolución de 3 de mayo de 1993, y el Tribunal Supremo, en su sentencia de 7 de junio de 2001, confirmaron la legalidad de dicho acuerdo. En ambas resoluciones se hacía hincapié en que el notario es un

(54) En cuanto al régimen de las placas del reseñado artículo 36, parece evidente que es nulo, por haber infringido los límites sustanciales de la técnica reglamentaria y, en particular, por imponer medidas desproporcionadas o incongruentes con la finalidad perseguida. Quizá sea un ejemplo de medidas corporativas que conviene derogar, sobre todo teniendo en cuenta que la resolución TDC de 18 de enero de 2000 ya anuló un reglamento de colegio de abogados por, entre otras cosas, "limitar la dimensión máxima de las placas de la actividad profesional".

(55) Según el artículo 69 RN, "el estudio del notario tendrá la categoría y consideración de oficina pública. En consecuencia, la oficina pública notarial deberá reunir las condiciones adecuadas para la debida prestación de la función pública notarial, debiendo estar constituida por un conjunto de medios materiales y personales ordenados para el cumplimiento de dicha finalidad".

(56) Véase, en relación con el lugar de firma, MAGARIÑOS, V.: "Modernización...", ob. cit., pp. 569 y ss.

funcionario público; en que el lugar de firma debe ser en principio el de la oficina pública notarial, sin posibilidad de otorgar un trato preferente a las entidades financieras (principio de igualdad); y en la necesidad de respetar el deber de imparcialidad del notario, evitando que apareciera como dependiente de la entidad financiera.

Recientemente, el tema ha vuelto a suscitar interés por el acuerdo del Colegio Notarial de Madrid aprobado en su reunión de 14 de julio de 2009, que ha sentado el principio general de firma en la oficina pública notarial, prohibiendo expresamente la firma en "*oficinas o dependencias de entidades financieras, promotoras o agencias inmobiliarias o despachos de abogados*", incluso cuando no intervenga un consumidor.

Al tratarse de una restricción a la competencia, por suponer una barrera de ejercicio, debemos plantear la compatibilidad de estos acuerdos con el Derecho de la competencia. Desde el punto de vista formal, su legitimidad deriva también de las problemáticas "normas de ordenación de la profesión". No hay dudas, en cambio, sobre la necesidad del acuerdo, que tiene como objetivo garantizar la independencia e integridad del notario y, en última instancia, los derechos de los consumidores. Pero quizá el acuerdo exceda de los fines perseguidos, porque si la razón última es proteger al consumidor, no debe existir inconveniente en admitir la firma en la entidad financiera en el caso de negocios jurídicos unilaterales, otorgados solo por el representante de la entidad financiera sin presencia de un consumidor, como por ejemplo la firma de un acta, una escritura de cancelación o la intervención parcial de una póliza.

De todos modos, incluso aun cuando se considerara que el acuerdo supone una restricción injustificada no por ello debemos concluir sin más que es un acuerdo contrario al Derecho de la competencia. A mi juicio, estos acuerdos, al incidir en aspectos secundarios o accesorios para el desarrollo de la función notarial, limitan la actuación del notario, pero en un grado razonable que no compromete ni pone en peligro el funcionamiento del servicio público notarial, pues en rigor trata de apuntalar el carácter público de la función. En definitiva, creo que, aunque ni la ley ni el reglamento están pensando en este tipo de actuaciones, el acuerdo sobre el lugar de firma es lícito, porque encaja sin violencia en la regla *de minimis* regulada en el artículo 5 LDC, según el cual "las prohibicio-

nes recogidas en los artículos 1 a 3 no se aplicarán a aquellas conductas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia" (57). En conclusión, el acuerdo del Colegio sobre lugar de firma de las escrituras responde a la máxima *de minimis non curat lex*.

IV.3.5. Los convenios de notarios

Otro de los asuntos que tienen interés en relación con la prestación del servicio notarial es el relativo a las formas de ejercicio en común de la función. El artículo 42 RN regula los llamados "convenios entre notarios" (58), estableciendo varias prohibiciones: i) exigencia en todo caso de "autorización de la Junta Directiva, que solo podrá concederla si se dan las condiciones necesarias para asegurar el respeto al principio de libre elección de notario por el público, atendidas las circunstancias de la población y el número de notarios existentes"; ii) no podrá concederse autorización en los distritos que cuenten con menos de cinco notarios; iii) en los distritos de más de cinco notarios, el número de notarías abiertas no podrá ser inferior a los dos tercios de las plazas demarcadas.

Debemos analizar el fundamento de las limitaciones a los convenios. La DGRN, en doctrina constante, ha señalado que no se trata de proteger el derecho del notario a la clientela, sino que persigue la tutela de un interés público, como es el respeto a la libre elec-

(57) Véase MIRANDA SERRANO, L. M.: "La regla *de minimis* en la Ley 15/2007, de Defensa de la competencia y su reglamento de desarrollo", *Derecho de los Negocios*, 216, septiembre 2008, pp. 5 y ss.

(58) Por tanto, dadas las especiales características de la función notarial, con los elementos públicos que le son sustanciales y el sometimiento del notario al estatuto funcional que condiciona el lugar y el modo de la prestación del servicio, los notarios convenidos no pueden actuar a través de una sociedad mercantil, ni siquiera a través de una sociedad profesional en los términos regulados en la Ley 2/2007, que se refiere a las profesiones liberales, pero al ejercicio privado de una función pública como la notarial. Cuestión distinta es que se constituyan sociedades "de medios" o "de ganancias" para organizar conjuntamente las cuestiones auxiliares relativas al ejercicio de la función.

ción de notario y evitar la competencia desleal entre notarios (59), reconociendo la competencia de la Junta Directiva para ordenar estas cuestiones (60).

No obstante, en realidad la legitimidad *antitrust* de esta norma reglamentaria deriva también de la propia LDC, cuyo artículo 1.º, al prohibir las conductas colusorias, señala como una de las prácticas prohibidas "el reparto de mercado" y "la limitación o el control de la producción". De este modo y aunque no lo dijera el RN, si en una población hay diez notarios y se convienen para el ejercicio de la función, no hay duda de que el acuerdo es nulo por infringir el artículo 1.º LDC (61). En este sentido y en relación con la fijación de precios, se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1999.

IV.3.6. Los instrumentos de reparto de trabajo

Con ello pasamos al examen de los instrumentos de reparto de trabajo, que son aquellos que, al margen del principio de libre elección de notario, atribuyen bien el trabajo o bien su rendimiento al conjunto de los notarios de una plaza, con independencia de su trabajo efectivo. Estos instrumentos, obviamente, desincentivan la competencia, por lo que habrá que analizar si tienen justificación de interés público y si son adecuados o proporcionados. Pero sí conviene apuntar que se ha producido una clara evolución de la regu-

(59) Como señala gráficamente la resolución de 22 de enero de 2009 (sistema notarial): "... los principios que sirven de fundamento a las limitaciones contenidas en el artículo 42 no son otros que eludir los perjuicios económicos a los compañeros de residencia derivados de una potencial competencia desleal y amparar debidamente el derecho a la libre elección de notario... la adecuada prestación del servicio público notarial".

(60) Como señala la resolución de 26 de enero de 2005 (sistema notarial), el fundamento está en la facultad de "ordenar el ejercicio de la actividad notarial... porque se ejercen potestades exorbitantes propias de las Administraciones Públicas".

(61) Lo explican bien CIARRETA y otros, al afirmar que "si se permitiera la proliferación de acuerdos de colaboración y asociación, se rompería el difícil equilibrio calculado por el Estado, puesto que se reduciría el número de notarios que compitieran entre sí... esta restricción se justifica en preservar la competencia entre ellos". Ob. cit., pp. 86-87.

lación de la función notarial que no se puede pasar por alto. Hasta época reciente, la regulación del Notariado estaba basada, al igual que otras profesiones, en el modelo *corporativo*, que tenía por finalidad primordial garantizar el correcto comportamiento de los notarios en su ejercicio profesional. Dentro de este sistema, la "solidaridad" notarial tenía plena justificación. Pero el Derecho de la competencia, aunque aplicable solo limitadamente a la función notarial, ha supuesto una evolución hacia el modelo social, según la conocida expresión de Aurelio MENÉNDEZ (62), que atiende exclusivamente al interés público de la economía y a la defensa del consumidor. Y en este nuevo modelo la protección de los intereses privados de los notarios no solo es irrelevante, sino directamente ilegal.

En primer lugar, hay que hacer una referencia al **mecanismo compensatorio**. Se trataba de un sistema, previsto inicialmente para las cajas de ahorro pero extendido luego al resto de entidades financieras, en virtud del cual parte de los honorarios se integraban en un fondo y se repartían entre todos los notarios de la plaza. Este mecanismo tenía tres debilidades: i) su cobertura legal, ya que estaba amparada en un acuerdo de la Junta Directiva del Colegio Notarial, con base en la facultad de ordenar el ejercicio de la profesión; ii) la justificación de la necesidad de su implantación; y iii) la valoración de la adecuación o proporcionalidad, en particular si no es susceptible de ser sustituida por medidas menos restrictivas a la competencia. Pues bien, el Tribunal Supremo (Sala 3.^a), en su sentencia de 2 de junio de 2009, anula el acuerdo del Colegio Notarial de Madrid, sobre la base de las siguientes argumentaciones: i) no existir suficiente base legal, pues los acuerdos de los Colegios Notariales están sometidos a las normas del Derecho de la competencia; y ii) por no ser proporcionada, ya que "no se ha acreditado que dicho mecanismo compensatorio constituya un instrumento estrictamente necesario para garantizar el correcto ejercicio de la fe pública, ni que existan otros medios menos restrictivos para conseguir el objetivo de mejorar la atención profesional... como sería la imposición de obligaciones de servicio público o la aplicación del código deontológico o el ejercicio de facultades disciplinarias para

(62) *Constitución, sistema económico y derecho mercantil*, Madrid, 1982.

corregir eventuales abusos, salvaguardando los legítimos intereses de los usuarios". En conclusión, para nuestro más alto tribunal "el mecanismo compensatorio... es incompatible con las reglas de la libre competencia, en cuanto constituye una conducta prohibida que puede producir el efecto de restringir la competencia, en la medida en que afecta a la remuneración de los colegiados e incide directamente en el precio de los servicios prestados por los fedatarios públicos, en relación con la posibilidad de efectuar descuentos sobre el arancel".

Esta postura no es compartida por CIARRETA y otros (63), quienes consideran que es "más eficiente" el fondo de compensación, pues garantiza una mejor protección del consumidor bancario, así como la imparcialidad del notario y el adecuado desempeño de sus funciones de control de legalidad, sin privar a las entidades de crédito de su libertad de elección. Llegan a afirmar, incluso, que en la práctica se está produciendo una "distorsión de la competencia" que afecta al buen funcionamiento del sistema y a la protección del consumidor (64).

A mi juicio, la clave está en la idea de proporcionalidad antes indicada, atendiendo a los datos del mercado objeto de análisis; o, dicho de otro modo, habrá que comprobar si las ineficiencias competitivas que produce el mecanismo se compensan con los beneficios que proporciona. De entrada, conviene señalar que la tesis del TS de que ponía en peligro la aplicación de los descuentos a los consumidores no se produce, porque en la práctica no se está aplicando la rebaja al consumidor, que no elige notario, sino que lo hace la entidad de crédito; además, las alternativas mencionadas por el TS no son eficientes, pues la aplicación de la vía disciplinaria se produce una vez que se ha formalizado el contrato con el consumidor y con los inconvenientes que presenta todo procedimiento administrativo; en fin, la posible aplicación de otros mecanismos que traten de garantizar la ausencia total de conflicto de intereses entre el notario y la entidad financiera (por ejemplo, prohibición de autorización de escrituras cuando el notario mantenga "posiciones financieras relevantes" con una entidad) nos parecen más distorsio-

(63) Ob. cit., pp. 93-96.

(64) A su juicio, "que exista un oligopolio en un mercado con treinta y cinco prestadores de servicios con idénticas condiciones técnicas y grado de homogeneidad del servicio tan uniforme, no resulta explicable bajo parámetros de una competencia eficiente...", ob. cit., p. 96.

nadoras del buen funcionamiento del mercado. En síntesis, quizá el reconocimiento legal del mecanismo compensatorio sería la alternativa menos mala para garantizar los intereses públicos perseguidos por la normativa notarial y, especialmente, la adecuada protección del consumidor, que debe ser el eje del sistema.

En segundo lugar, tenemos que analizar el **turno de reparto**. Como excepción a la libre elección de notario, el artículo 127 RN prevé que cuando "el otorgante, transmitente o adquirente de bienes o derechos fuere el Estado, las Comunidades Autónomas, Diputaciones, Ayuntamientos o los organismos o sociedades dependientes de los mismos... los documentos se turnarán entre los notarios con competencia en el lugar del otorgamiento". Solo hay dos excepciones al turno: i) si el adquirente fuere un particular, tendrá derecho a la libre elección de notario; y ii) en los documentos de cuantía elevada, en los que el precio es libremente pactado, el Estado y los entes indicados pueden elegir notario, "atendiendo a los principios de concurrencia y eficiencia en el uso de recursos públicos". Precisamente el "turno" ha sido citado como ejemplo de "*mala regulación*" en su informe *Trabajando por la Competencia*, de junio 2008 (65).

Para CIARRETA y otros (66), no existe razón justificativa para la supresión de la libre elección de notario, si bien deberán seguirse los procedimientos de contratación pública correspondientes que atiendan a los principios de concurrencia y eficiencia. Además, señalan que hay una opción menos restrictiva, como es la implantación de un sistema compensatorio.

A mi juicio, el problema de la aplicación de los principios de concurrencia y eficiencia es su falta de eficacia, que contrasta con la agilidad que reclama la intervención notarial. Por ejemplo, si la Administración va a formalizar una escritura de constitución de derecho de superficie, debería abrirse un procedimiento de concurrencia entre todos los notarios, para seleccionar aquella oferta más adecuada. Esto es ineficiente y por eso el turno constituye una alternativa menos mala, siempre y cuando todos los notarios integrantes del turno asumieran la aplicación del máximo descuento a favor de las Administraciones Públicas.

(65) Véase en www.cncompetencia.es

(66) Ob. cit., pp. 92-93.

La introducción de un mecanismo compensatorio, entendido como mecanismo de distribución de ingresos por las escrituras sujetas a turno, puede ser un complemento del turno, como forma de gestionar este servicio. Pero si ya era discutido el turno de las entidades financieras, lo mismo cabe decir del fondo de compensación en el turno por razones similares. Así se pronuncia la Audiencia Nacional, en su sentencia de 23 de noviembre de 2006, respecto de un acuerdo del Colegio Notarial de Bilbao; y la reciente resolución de 8 de junio de 2010 del Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía, pues se afirma que al regular esta materia, el Colegio Notarial se convierte en operador económico cualificado al incidir en el cobro del precio y que altera las condiciones de competencia del mercado.

Finalmente, una breve referencia a las propuestas doctrinales sobre **limitación del número de escrituras**. La necesidad de salvaguardar la independencia y el correcto ejercicio de la función pública ha llevado a autores a propugnar el establecimiento de un límite al número de escrituras susceptibles de ser firmadas por un notario durante un año. Para MAGARIÑOS (67), ese número máximo "vendrá determinado por el tiempo que naturalmente exige el cumplimiento de los deberes mínimos de autorización o intervención". Pasado ese número, se abriría un expediente disciplinario al notario, con la pérdida de los honorarios de los documentos que excedan de dicho límite, que deberían reintegrarse al Colegio Notarial (68).

Pues bien, tal medida, que debería recogerse en una ley formal, puede estar justificada por atender a un interés objetivo y público (garantizar la eficacia y calidad del servicio público notarial y por tanto el sistema mismo de seguridad preventiva) y parece proporcionada, pues nótese que no impide al notario firmar a partir del número máximo (lo que podría perjudicar al consumidor y al cliente), sino solo el cobro de los honorarios cuando se sobrepase dicho límite (69).

(67) "Modernización...", ob. cit., p. 578.

(68) "... aunque parezca contradictorio, la verdadera concurrencia notarial necesita el apoyo de la limitación de números, ya que en otro caso la concurrencia indiferenciada provocaría la pérdida de la calidad del documento y, en consecuencia, de confianza en el sistema...", ob. cit., p. 579.

(69) La STS (Sala Tercera) de 10 de marzo de 1998 se refiere a este asunto, afirmando, en relación con un turno desigual en la plaza de Vitoria,

IV.3.7. Breve referencia a la competencia desleal entre notarios

No puedo terminar con este repaso de la regulación notarial sin hacer una brevísima referencia al problema de la *competencia desleal*. La reforma del régimen disciplinario de los notarios del año 2000 suprimió como falta muy grave "*la competencia ilícita en cualquiera de sus formas*" y como falta grave "*el acaparamiento de asuntos por medios reprobables*". A su vez, la Ley 3/91, de Competencia Desleal, se aplica no solo a empresarios, sino "a cualesquiera otras personas físicas o jurídicas que participen en el mercado", de manera que resultará aplicable también a los notarios, en los que concurrirá deslealtad, según la cláusula general del artículo 5 LCD, cuando realicen cualquier "comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe".

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el artículo 1.º LCP indica como fin esencial del Colegio "la ordenación del ejercicio de la profesión" y que, al amparo de dicho precepto, el artículo 314.2 RN regula la competencia de los Colegios Notariales de "ordenar en su respectivo ámbito territorial la actividad profesional de los notarios en las siguientes materias... concurrencia leal". La exigencia de una concurrencia leal entre notarios está en la base del sistema notarial español, hasta el punto de que el artículo 126 RN se refiere a la libre elección de notario como "un elemento esencial de una adecuada concurrencia entre los notarios". Pues bien, a pesar de lo dispuesto en el artículo 314.2 RN, consideramos que el Colegio Notarial no tiene facultades legales para ordenar qué se entiende por "concurrencia leal" ni para establecer una ordenación distinta o complementaria de la legislación de competencia desleal. Recuérdese que todos los acuerdos, decisiones o reglamentaciones de un Colegio Profesional están sujetos a la normativa de competencia y, en particular, a la legislación de competencia desleal.

que "el interés público ligado al ejercicio adecuado de la función notarial exigirá tener en cuenta si el excesivo número de asuntos en mano de un solo notario comporta una dificultad para que éste pueda atenderlos, en términos de normalidad, de forma adecuada, teniendo en cuenta los medios de que dispone y la necesidad última y esencial a la función de la atención personal a todos y cada uno de los asuntos que el principio de la fe pública, como garantía del tráfico jurídico, convierte en insoslayable".

La consecuencia práctica del sometimiento a la Ley de Competencia Desleal y a la reforma del régimen disciplinario, antes apuntado, conduce a una conclusión importante: la "competencia ilícita" entre los notarios, siempre y cuando no encaje en alguna de las conductas tipificadas, se regula por la legislación "general" y no por la legislación "notarial". La LCD prevé un conjunto de acciones (declarativa de deslealtad del acto, de cesación e incluso de resarcimiento de daños y perjuicios) y reconoce la legitimación activa no solo al resto de participantes en el mercado, sino también al Colegio Profesional.

En síntesis, ante una conducta "irregular" de un notario, las vías de represión son distintas: puede utilizarse el Derecho administrativo sancionador (por ejemplo, si el cobro de honorarios no se ajusta al RN), pero tampoco debe descartarse, cuando no sea una conducta sancionable por el Derecho administrativo, ejercitar las acciones previstas en la Ley de Competencia Desleal, para garantizar así el correcto ejercicio de la función notarial, no solo en relación con el resto de compañeros, sino especialmente para garantizar el buen funcionamiento del servicio público notarial y la adecuada protección de los consumidores (70).

(70) Por ejemplo, el artículo 15 LCD considera desleal "*prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de leyes*", como es el derecho a la libre elección de notario, de modo que cabría dirigirse contra el notario impuesto por una entidad financiera en contra de los deseos del cliente; y el artículo 16 reprueba el "*tratamiento discriminatorio del consumidor en materia de precios*", como sucedería en caso de que el notario diera un tratamiento distinto a un promotor y a sus clientes.

CONSTANCIA REGISTRAL DE LA VOLUNTAD Modificación de la Ley del Registro Civil (Ley 1/2009, de 25 de marzo)

Ignacio Serrano García
Catedrático de Derecho civil

SUMARIO

1. LA NUEVA LEY 1/2009 EN LO REFERENTE A LA AUTOTUTELA Y A LOS APODERAMIENTOS PREVENTIVOS
2. LA PUBLICIDAD REGISTRAL CIVIL DE LAS MODIFICACIONES DE CAPACIDAD
3. MANDATO (APODERAMIENTO) PARA EL CASO DE INCAPACITACIÓN O INCAPACIDAD DEL MANDANTE
4. ARTÍCULO 280 DEL CÓDIGO DE COMERCIO
5. EL ARTÍCULO 1732 REFORMADO EN 2003, ¿ES UNA NOVEDAD?
6. PROBLEMAS PRÁCTICOS QUE SUSCITAN LOS APODERAMIENTOS PREVENTIVOS
7. COMIENZO DE LOS EFECTOS DEL APODERAMIENTO PREVENTIVO
8. LA STS DE 14 DE JULIO DE 2004
9. REVOCACIÓN DEL PODER Y RENUNCIA AL MISMO
10. RENDICIÓN DE CUENTAS
11. COLISIÓN ENTRE LA ACTUACIÓN DEL REPRESENTANTE VOLUNTARIO Y EL LEGAL

12. NUEVO ARTÍCULO 46 *TER* DE LA LEY DEL REGISTRO CIVIL
13. CAPACIDAD DE PODERDANTE Y DE APODERADO
14. PLURALIDAD DE APODERADOS EN RÉGIMEN DE MANCOMUNIDAD O SOLIDARIDAD; SUSTITUCIÓN DE APODERADOS, PARA EL CASO DE QUE NO QUIERA O NO PUEDA EL PRIMER LLAMADO

1. LA NUEVA LEY 1/2009 EN LO REFERENTE A LA AUTOTUTELA Y A LOS APODERAMIENTOS PREVENTIVOS

La Ley del Registro Civil (LRC), de 1957, ha sido objeto de una modificación durante el año 2009, de la que trataré en esta breve nota. Ahora mismo, cuando el amable lector tenga estas líneas a la vista, se está tramitando en las Cortes Generales una reforma completa de la LRC, que no es objeto de consideración en este momento.

El 26 de marzo de 2009 publica el *Boletín Oficial del Estado* la Ley 1/2009, de 25 de marzo, sobre Registro Civil, y de modificación de la Ley 41/2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad (1).

Esta Ley comenzó su tramitación parlamentaria con la presentación del proyecto, a iniciativa del Gobierno, el 13 de junio de 2008 y concluyó el 12 de marzo de 2009. La primera impresión que produce es buena, porque se contienen normas importantes que incrementan la seguridad en las decisiones con trascendencia jurídica, algo fundamental para el respeto a la autonomía de la persona, principio general del Derecho. La reforma más importante, a mi parecer, es el asiento en el Registro Civil de los documentos de

(1) Es criticable la falta de precisión terminológica de todas estas normas novísimas. *Personas con discapacidad* es un eufemismo; la norma que comento se refiere a los incapaces naturales, de acuerdo con las propias previsiones personales, y a los judicialmente incapacitados (con capacidad modificada), pero no, desde luego, a muchas personas con discapacidad, que tienen sus facultades mentales y volitivas (de autogobierno) conservadas.

autotutelas y apoderamientos preventivos. La publicidad de estas decisiones tiene gran importancia. No es situación absolutamente nueva, puesto que la Ley 41/2003 introdujo un párrafo final en el artículo 223 que literalmente dice:

"Los documentos públicos a los que se refiere el presente artículo se comunicarán de oficio por el notario autorizante al Registro Civil, para su indicación en la inscripción de nacimiento del interesado. / En los procedimientos de incapacitación, el Juez recabará certificación del Registro Civil y, en su caso, del registro de actos de última voluntad, a efectos de comprobar la existencia de las disposiciones a las que se refiere éste artículo".

Estas comunicaciones notariales que hay que *indicar* en el Registro Civil se refieren a las delaciones tutelares testamentarias y a las autotutelas, a las que se refiere el párrafo primero del 223 del Código Civil. En la Ley del Registro Civil se dispone –art. 46– que “la adopción, las modificaciones judiciales de capacidad (2), las declaraciones de concurso, ausencia o fallecimiento, los hechos relativos a la nacionalidad o vecindad y, en general, los demás inscribibles para los que no se establece especialmente que la inscripción se haga en otra Sección del Registro, se inscribirán al margen de la correspondiente inscripción de nacimiento. / Cuantos hechos afecten a la patria potestad, salvo la muerte de los progenitores, se inscribirán al margen de la inscripción de nacimiento de los hijos” (este precepto procede de la redacción dada por la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio).

(2) La Ley 1/2009, que brevemente comento, dispone que los procedimientos judiciales sobre la capacidad de las personas pasarán a denominarse procedimientos de modificación de la capacidad en lugar de llamarse *procedimientos de incapacitación*, denominación ciertamente impropia, porque los pródigos que están en este capítulo II, del título primero, del Libro IV de la LEC-1881, no son propiamente personas judicialmente incapacitadas; simplemente se modifica su capacidad de obrar de forma que a partir de la sentencia ya no pueden realizar por sí solos los actos de especial trascendencia jurídica que indique la sentencia, para cuya eficacia necesitarán de la asistencia del curador. A partir de esta Ley 1/2009, los procedimientos se denominarán como dice el 46 LRC (desde 2005), de *modificación de la capacidad de las personas*.

La novedad es que, además de los documentos estableciendo una tutela testamentaria y los de autotutela, los notarios van a estar obligados a notificar los apoderamientos preventivos, a partir de la entrada en vigor de esta ley (tres meses a partir de la publicación en el BOE).

El nuevo texto (en el art. 46 *ter*, que introduce la nueva ley) dispone:

"En todo caso el notario autorizante notificará al Registro Civil donde constare inscrito el nacimiento del poderdante las escrituras de mandato o de otra relación o situación jurídica de la que se derivara la atribución de apoderamiento a favor de cualquier persona para el caso de incapacidad del poderdante".

La Exposición de Motivos enfatiza, "sin embargo, conviene advertir que la propia organización del Registro Civil dificulta la obtención de datos generales sobre el número y alcance de las incapacitaciones que tienen lugar en nuestro país, ya que es muy difícil obtener información sobre las personas en las que recae una sentencia de modificación de la capacidad de obrar, con el consiguiente sometimiento a tutela o a curatela, si no se conoce previamente la identidad de las mismas".

2. LA PUBLICIDAD REGISTRAL CIVIL DE LAS MODIFICACIONES DE CAPACIDAD

¿Es tan importante saber, en general, el *número y alcance* de las incapacitaciones? El alcance de la incapacitación es sumamente importante, desde el momento que la sentencia que modifica la capacidad debe señalar "la extensión y los límites de ésta" [la incapacitación]. Entiendo que el *alcance* se refiere a la *extensión y límites de la incapacitación*.

No alcanzo, sin embargo, a comprender la necesidad de saber el número de incapacitaciones. No se trata de que no sea un dato relevante, pero no creo que en una ley de modificación del Registro Civil se exprese la conveniencia de saber el número de incapacitaciones, que es materia más propia del Instituto Nacional de Estadística que del Registro Civil.

Sin embargo, conviene advertir que la propia organización del Registro Civil dificulta la obtención de datos generales sobre el número y alcance de las incapacitaciones que tienen lugar en nuestro país, ya que es muy difícil obtener información sobre las personas en las que recae una sentencia de modificación de la capacidad de obrar, con el consiguiente sometimiento a tutela o a curatela, si no se conoce previamente la identidad de las mismas.

Parece importante saber el alcance de una modificación judicial de capacidad de una persona concreta y conocer quién es su representante legal (en caso de tutela) o su asistente (para el caso de curatela). Incluso es importante saber quién sea, en su caso, su guardador de hecho (3). Y también, si es persona con discapacidad que tenga un patrimonio especialmente protegido o quién es el administrador legal del patrimonio separado.

La reforma de la LRC, pendiente en el Congreso (*Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, Serie A, de 8 de septiembre de 2010), se ha presentado con una Exposición de Motivos en la que existe un párrafo que dice: "... se contempla el acceso al Registro Civil de actos regulados en algunos Derechos Civiles especiales como, por ejemplo, las autotutelas, apoderamientos preventivos o especialidades en materia de régimen económico del matrimonio". Olvida el Gobierno en el texto remitido al Congreso para su discusión, que no solo en los Derechos civiles especiales, sino también en el Derecho civil común, existe la autotutela. Aun sin ignorar que la introducción en el Derecho español de la figura se produce en la legislación catalana (4).

(3) Los fiscales con encargo de atender los asuntos civiles están oficiando a todas las residencias de personas de tercera edad, para que comuniquen a Fiscalía, los residentes naturalmente incapaces respecto de los que no se ha instado la modificación de su capacidad, para que por la Dirección de las residencias se comuniquen quiénes son sus guardadores de hecho y cuáles sus bienes. Es una decisión trascendente, aunque de difícil cumplimiento, por la proliferación de pequeñas residencias con ánimo de lucro que escapan a muchos controles. Quienes mejor conocen de la existencia y condiciones de estas pequeñas residencias son los organismos de las Comunidades Autónomas encargados de los servicios sociales.

(4) Cuando escribo este trabajo está en *vacatio legis* la Ley por la que se aprueba el Libro II del Código Civil de Cataluña, que regula de nuevo la

¿Cómo era la publicidad antes de la reforma? Se inscribía la incapacidad decretada judicialmente en la sección I (De nacimientos y general) con una nota de referencia, en su caso (5), a la sección IV (De tutelas y representaciones legales), donde el nombramiento de representante o asistente, se asentaba, abriendo folio el auto (en su caso la sentencia) en donde se nombraba tutor o curador y las facultades que tenía (6). La Ley del Registro Civil y su Reglamento ordenan incluso que se inscriba el inventario y las rendiciones de cuentas. Dudo mucho que se cumplan estas previsiones legales, con lo que se pone de manifiesto que las imperfecciones de nuestro sistema de protección de las personas con capacidad modificada, no es tanto de deficiencias en nuestra legislación, sino más bien, de su aplicación en la práctica. Salvo el texto reproducido del artículo 223, al final, procedente de la Ley 41/2003, no había referencia en la legislación registral a las designaciones preventivas de tutor y de representante voluntario.

Un problema que puede suscitarse es el de un apoderamiento (mandato) preventivo, otorgado por una persona avisada y previosa cuando se encuentra totalmente bien de salud, y que adquirirá eficacia muchos años más tarde (cinco, diez o más años). Se ha producido un cambio tan radical que puede ocurrir que la persona del apoderado haya experimentado grandes cambios en sus facultades para regir los intereses de otro, y el poder mismo que podría estar referido a un patrimonio considerado en el momento de otorgar el poder, haya experimentado muchos cambios. Por ello los notarios deben sugerir el establecimiento de cautelas que eviten los

autotutela, sin grandes modificaciones respecto del Código de Familia, y los poderes preventivos, en este caso con importantes novedades.

(5) Solo hay que hacer la referencia a la sección IV, si ha habido nombramiento de tutor, lo que no se producirá en caso de incapacitación de menores sometidos a patria potestad. La patria potestad, incluso modificada por consecuencia de la incapacitación, no tiene cauce registral para su publicidad.

(6) Auto, en caso de que el nombramiento se produjera en un procedimiento de jurisdicción voluntaria dirigido concretamente al nombramiento del que vaya a ostentar la titularidad del instituto de guarda y protección.

Sentencia, en caso de que, en el mismo procedimiento de modificación de la capacidad se haya solicitado el nombramiento del representante o asistente, y el juez, a la vez que incapacita, nombra tutor.

inconvenientes señalados. En el caso de que lo que el sujeto previsor señale es a quién quiere como tutor, la cuestión se plantea de forma diferente. Por lo que se me alcanza, la autotutela carece de eficacia en sí misma, sino que hay que entenderla como una manifestación de voluntad dirigida al juez, y que este no puede ignorar, para que cuando llegue el momento de designar tutor, considere si el elegido por la persona con capacidad modificada es idóneo o no para desempeñar el cargo tutelar. Pero la delación es, siempre, judicial, incluso en este caso que contemplo, en el que hay una voluntad expresada, siendo plenamente capaz, señalando a quién se quiere como tutor.

El poder más frecuente es un acto unilateral que se celebra para un asunto determinado sobre el que conviene tomar una decisión o efectuar un negocio determinado que debe efectuarse en ese momento (lo que se suele expresar diciendo que en el apoderamiento rige el principio de necesidad). No son raros, sin embargo, los poderes generales y no solo en el mundo de la representación orgánica, sino también en caso de apoderamientos particulares; estos últimos son los que presentan más problemas y a los que se refieren las consideraciones de este trabajo. Y, sobre todo, existe la cuestión de que la eficacia del poder no comienza cuando quiere el poderdante, sino cuando actúa el apoderado. En efecto, el poderdante puede haber establecido previsiones para determinar cuándo empieza a producir eficacia el poder, pero, ¿quién insta al apoderado a que empiece a gestionar lo encomendado? Si se entiende el apoderamiento preventivo como una de las diferentes medidas de guarda y protección de la persona, hay que aplicarle el principio de que *guardar y proteger* es un deber (como lo es el ejercicio de la tutela) y de esta forma, incurriría en responsabilidad el apoderado que, producidas las circunstancias previstas, no ejerciera las atribuciones a las que se ha obligado (7).

(7) Como la representación voluntaria no está regulada en el Código Civil español, hay que aplicar las normas del mandato, contrato unilateral por el cual el mandatario se *obliga* a realizar el encargo. El que hace el encargo (mandante) no resulta obligado salvo en caso de mandato retribuido; la obligación se establece, solo, para el mandatario.

3. MANDATO (APODERAMIENTO) PARA EL CASO DE INCAPACITACIÓN O INCAPACIDAD DEL MANDANTE

El apoderamiento preventivo que introduce el Código Civil, luego de la reforma operada por la Ley 41/2003, supone un buen instrumento para que una persona organice autónomamente la gestión de sus asuntos para el caso de que pierda autogobierno, como consecuencia de una incapacitación o de una incapacidad natural. El apoderamiento preventivo recogido en el Código dentro del articulado del contrato de mandato, se puede producir para que despliegue sus efectos representativos desde el momento en que se celebra el contrato y se conceden los poderes, o bien para que permanezca inactivo hasta el momento en que por razón de incapacidad "apreciada conforme a lo dispuesto por éste" (1732-II, CC), (el mandante) adquiera eficacia. Por eso se habla de ultraactividad del poder.

Además de algunas afirmaciones mantenidas en trabajos menores anteriores al más completo, que ha aparecido en 2008 (8), entiendo que el segundo párrafo del artículo 1732 encierra dos situaciones distintas, siendo la primera la de aquel mandato (poder) ordinario, otorgado por un mandante capaz y libre, en el que se inserta una cláusula en virtud de la cual, aunque sobrevenga una posterior sentencia de incapacitación, el mandato continuará operante. En esta primera situación, hasta que la sentencia de incapacitación se produzca, los negocios que celebre el mandatario están *sostenidos* por la voluntad del mandante. Si en la sentencia de incapacitación el juez determina que el mandato continúe vigente, los negocios están *sostenidos* por el pronunciamiento judicial.

La segunda situación es aquella en la que, a lo que entiendo, se produce el auténtico poder preventivo (9), esto es, aquel poder otorgado "para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste" y que es eficaz una vez *apreciada* la propia incapacidad (natural). En este caso, la persona que ha perdido la posibilidad de autogobierno, sin declaración judicial al

(8) Ignacio SERRANO GARCÍA: *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*, Madrid, 2008, pp. 266 y ss.

(9) Ignacio SERRANO GARCÍA: trabajo citado en la nota previa, p. 269.

respecto, sino apreciada conforme a las determinaciones que se contengan en el propio contrato de mandato, o negocio unilateral de apoderamiento, no hay ninguna persona que *sostenga* el negocio celebrado por el mandatario o apoderado.

4. ARTÍCULO 280 DEL CÓDIGO DE COMERCIO

Puede esclarecer la diferencia expuesta lo dispuesto en el Código de Comercio, en su artículo 280, al disponer que "por muerte del comisionista o su inhabilitación se rescindirá el contrato; pero por muerte o inhabilitación del comitente no se rescindirá, aunque pueden revocarlo sus representantes". Es claro que la comisión mercantil es un mandato que se desarrolla en el ámbito de los actos u operaciones de comercio (cfr. art. 244 CCom). En el supuesto, único, que contempla el 280 del CCom hay un mandato (al que sigue la inhabilitación del comitente) que continúa vigente; pero hay también unos representantes. Traduciendo estas expresiones al sistema de representaciones legales del Código Civil, hay que considerar que la inhabilitación equivale a la incapacitación judicialmente declarada, y que los representantes serán, esencialmente y para abreviar, los tutores. Aquí no hay pronunciamiento judicial acerca del mandato, pero hay un representante que puede mantener o revocar el mandato que celebró el comerciante comitente, cuando tenía capacidad.

La conveniencia de publicar en el Registro Civil el apoderamiento preventivo radica en evitar una duplicidad de representaciones: legal una y voluntaria la otra. Efectivamente, dado el carácter *secreto* del poder preventivo hasta ahora, es perfectamente posible que haya un apoderado que ejerza las atribuciones a las que se ha obligado, a las que se ha comprometido con el poderdante, que colisione en sus actuaciones con las actividades del tutor, en ejercicio de la representación legal. Como quiera que cuando el sujeto resulta con la capacidad modificada, el CC (art. 1732, *i. f.*) dispone que "el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor". Un poder concebido en términos generales, incluso con mandatos expresos (art. 1713 CC), parece incompatible con una representación legal, que siempre es general, si bien para lo que el apoderado voluntario

necesita mandato expreso, el tutor tiene que obtener autorización judicial (art. 271 CC). No ocurre así con la comisión mercantil, puesto que el comisionista se limita a lo referente al ejercicio del comercio y no parece que interfiera con el tutor.

5. EL ARTÍCULO 1732 REFORMADO EN 2003, ¿ES UNA NOVEDAD?

Habría que plantearse antes de proseguir, si estamos ante una novedad legislativa o ante la inclusión en el Código de una situación que ya existía. Es conocido y no merece muchas cavilaciones la cuestión de un mandato (poder general) que da una persona que está en edad avanzada o que padece una afectación progresiva e invalidante, que acude a la notaría para otorgar un poder para algún asunto que le preocupa (vender un bien; constituir una hipoteca para asegurar una obligación; dar un encargo general para administrar...), precisamente teniendo en cuenta que el asunto encargado no va a poder ser realizado por él, en un futuro más o menos próximo.

6. PROBLEMAS PRÁCTICOS QUE SUSCITAN LOS APODERAMIENTOS PREVENTIVOS

Interesa considerar algunos aspectos prácticos que este especial poder plantea. En esta breve nota plantearé únicamente algunos problemas que me preocupan en esta, por otra parte, interesantísima figura. El primero es el del momento en que empieza a desplegar eficacia el poder, porque lo "dispuesto por éste" (el incapaz) puede estar bien determinado (10), pero puede quedar en el enunciado legal de que sea el mismo poderdante quien aprecie su propia incapacidad, lo que genera dificultades.

Pero, sobre todo, deben cuidar atentamente los notarios el establecimiento de un sistema de rendición de cuentas, puesto que parece de esencia al poder rendir cuenta del encargo recibido. Todo

(10) Por ejemplo, el poder, para ser eficaz, deberá acompañarse de un certificado médico señalando la imposibilidad de autogobierno del poderdante.

el que gestiona un asunto ajeno tiene que dar cuenta del cumplimiento o no del encargo. Como quiera que el 1732 en su nuevo párrafo no establece nada al respecto, habría que discurrir previsiones para que no se estableciera un sistema de irresponsabilidad del apoderado.

Por último, siendo mandato y poder, negocios basados en la confianza, igual que se encarga un asunto, o se apodera para realizar alguno, puede el mandante o el poderdante arrepentirse de la encomienda efectuada. Del mismo modo el apoderado puede renunciar a realizar el asunto que le han encargado efectuar. Parece difícil en el apoderamiento preventivo revocar el mandato o poder, así como renunciar al cumplimiento de la obligación asumida.

7. COMIENZO DE LOS EFECTOS DEL APODERAMIENTO PREVENTIVO

En primer lugar tenemos la cuestión del momento en el que el mandato empieza a desplegar su eficacia. Solo en el caso del mandato que empieza a desplegar efectos por incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por este, tenemos este problema. El Derecho francés, en la última reforma de la *protection juridique des majeurs* (Ley 2007-308, de 5 de marzo, con entrada en vigor el 1.º de enero de 2009), ha resuelto este asunto, determinando que el mandatario tiene que presentarse ante el secretario del tribunal de tuteladas, con un certificado médico que exprese la imposibilidad del mandante de *pourvoir seul a ses intérêts*. El secretario, a la vista del certificado médico, visa y data el poder y lo restituye al mandatario; desde ese momento el poder empieza a desplegar su eficacia (art. 481, párrafo segundo, del Código Civil francés).

El artículo citado del CC francés es criticado por un sector de la doctrina del vecino país, por la falta de intervención del juez de tuteladas, en orden a la apreciación de la necesidad de representante (11).

(11) Dominique FENOUILLET: "La mandat de protection future ou la double illusion", *Repertoire du Notariat Défrénois*, número 2, 30 de enero de 2009, p. 149.

En el caso del Derecho español, la raquítica regulación del mandato preventivo en el segundo párrafo del artículo 1732 introducido por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección jurídica de las personas con discapacidad, dispone que el mandato puede darse de forma que empiece a desplegar eficacia "por incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste".

"Lo dispuesto por éste" es expresión bastante vaga, que deja en el aire, salvo precisiones muy concretas del mandante, cuál es el momento en el que el mandato empieza a desplegar su eficacia. Parece claro, no obstante, que en la segunda clase de mandato que enuncia el precepto, el mandato tiene que "disponer" algo referente al modo de determinar cuándo se encuentra en incapacidad, que no incapacitación. Tiene que establecer un procedimiento claro que evidencie frente a todos que el mandato ha empezado a desplegar eficacia.

Esta disposición del mandante puede ser, entiendo, un informe médico que ponga de relieve que el mandante ha devenido "inca-paz". No parece que sea un pronunciamiento judicial que aprecie la imposibilidad de autogobierno. Si fuera esta segunda posibilidad, nos encontraríamos ante una situación semejante a la que dispone, al final, el artículo 1732 CC.

En la doctrina se ha manifestado (12): "La determinación de la incapacidad del poderdante puede plantear cierta dificultad, si no se contiene en el propio apoderamiento quién o cómo se valora esta falta de capacidad, esto es, la forma de inicio de la misma, pues de ella depende la eficacia de este tipo de apoderamiento. El texto del artículo 1732.3 [*debe ser 2*] de la LPPD deja su apreciación al poderdante/mandante (*para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste*). Pero de ser así, la situación se complica algo más por la falta de capacidad de aquél, aunque es cierto que el propio ordenamiento le concede legitima-

(12) Ana I. BERROCAL LANZAROT: "Publicidad registral de las instrucciones previas: análisis de la normativa básica y autonómica", *Actualidad del Derecho Sanitario*, núm. 136 (2007), pp. 171 y ss. Véase también, de la misma autora, "El apoderamiento o mandato preventivo como instrumento de protección ante una eventual y futura pérdida de capacidad", en *La protección de las personas mayores* (C. LASARTE, dir.), Tecnos, Madrid, 2007, pp. 197 y ss.

ción para que inicie el proceso de incapacitación cuando comience a ser consciente de la necesidad de protección al no poder atender sus asuntos adecuadamente, sobre todo en supuestos de enfermedades degenerativas donde la pérdida de la capacidad conlleva un proceso gradual; parece, en lógica consecuencia nada impediría que, para el mismo caso, pudiera él, asimismo, decidir el comienzo del apoderamiento. Al respecto, la doctrina señala la posibilidad de establecer criterios de naturaleza subjetiva como el dictamen pericial de facultativos especialistas que conviene se formalice mediante acta notarial; o de carácter objetivo, si bien precisando las condiciones que han de concurrir para que sea posible su válida utilización. Sin descartar que sea el propio poderdante quien determine anticipadamente cuando empieza la vigencia del mismo, como igualmente la forma en que puede llegar a ser conocido por el apoderado; lo que viene a resultar aconsejable contener tales extremos”.

Por su parte, Esther ARROYO, “Del mandato ordinario...”, señala que lo más conveniente “sería redactar una cláusula en el contrato en que el mandante requiera al notario no entregar el poder al mandatario, sino en el caso en que éste le entregase un certificado médico en el que constase que, efectivamente, el mandante sufre una alteración de sus facultades mentales” (13).

8. LA STS DE 14 DE JULIO DE 2004

En la fecha que dice el título de este apartado, la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, integrada por los magistrados Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA, Clemente AUGER LIÑÁN, Antonio GULLÓN BALLESTEROS, Xavier O’CALLAGHAN MUÑOZ y Pedro GONZÁLEZ POVEDA (ponente), dictaron una curiosa sentencia en la que no admiten el recurso de casación contra otra de la Audiencia Provincial de La Coruña en la que se dictó el siguiente fallo:

“Fallamos: Que con desestimación del recurso interpuesto por el demandado contra la resolución dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Betanzos, en fecha 28 de noviembre de 1997, resol-

(13) Esther ARROYO I AMAYUELAS: “Del mandato ordinario al mandato de protección”, RJN, núm. 49 (2004), p. 44.

viendo el juicio de menor cuantía número 304/1996, debemos revocar y revocamos parcialmente la sentencia recurrida, en el sentido de mantener la declaración de incapacidad de Don Mauricio, para regir su persona y bienes; no procediendo en este proceso, el llevar a cabo el nombramiento de tutor, como tampoco la revocación del poder otorgado a favor de su hermano, Don Pedro Antonio; manteniendo los restantes pronunciamientos de la resolución recurrida en cuanto a anotaciones registrales que sean procedentes; todo ello sin hacer expresa imposición en cuanto al pago de las costas causadas en ambas instancias”.

De este extraño fallo resulta que el Juzgado de 1.ª Instancia incapacitó a una persona y le nombró tutor. El incapacitado había otorgado un poder que, aunque la sentencia no contiene los suficientes datos para afirmar lo que sigue, parece deducirse que el incapacitado, en consideraciones a su situación personal de no poder desplazarse solo y padecer una afectación denominada “síndrome de cautiverio” (14), había apoderado a un hermano (el mismo que luego

(14) La situación del incapacitado en esta sentencia es verdaderamente sorprendente, porque reproduzco, para no entrar en valoraciones de la sentencia de la Sala 1.ª del TS, lo siguiente: “Don Mauricio presenta una tetraplejía y una imposibilidad para la comunicación verbal; precisando de cuidados de forma continúa, con imposibilidad de autogobierno de su persona. Hay que destacar que las funciones psíquicas superiores están totalmente conservadas, pero la afasia que presenta le impide expresar su voluntad de forma libre” (subrayado del recurrente). Igualmente se hace referencia a las aclaraciones realizadas por este perito en el sentido de que “Don Mauricio es dueño de sus propios actos y con capacidades suficientes y bastantes para tomar decisiones en todos los órdenes de la vida, aunque para todo aquello que requiera una ejecución física necesita la ayuda de otra persona” (subrayado del recurrente); asimismo, se refiere el recurrente al informe clínico emitido por el Servicio de Rehabilitación del Hospital Juan Canalejo, Servicio Gallego de la Salud, en el que se destaca, dice, que el enfermo es consciente y conserva completamente las funciones superiores, pudiendo comunicarse con los ojos y con un tablero de abecedario (subraya el recurrente).

Si bien es cierto que en la sentencia recurrida no se hace mención a esos datos recogidos en los informes aportados a los autos, ello no quiere decir que la Sala de instancia no los haya tenido en cuenta: la Sala hace suyos los fundamentos de la sentencia apelada en cuanto no contradigan los suyos propios y el Juzgado señala al final de su fundamento segundo que “hay que destacar asimismo que las funciones psíquicas superiores

es nombrado tutor) para que gestionara sus asuntos. El notario, aunque tampoco lo dice la sentencia, apreció capacidad en el judicialmente incapacitado, para otorgar un poder representativo. En primera instancia, se incapacitó totalmente al demandado y se le nombró tutor, entendiendo la Audiencia, en virtud de recurso interpuesto por el incapacitado, lo que se ha reproducido. Como quiera que los hechos ocurrieron antes de la entrada en vigor de la Ley 41/2003, la incapacitación judicial determinó automáticamente la extinción del poder.

El supuesto es parcialmente semejante al de un apoderamiento preventivo. Hay una persona que no puede gestionar solo sus intereses por inaptitud, que él mismo aprecia, y en vista de su situación otorga un poder a un hermano. Como cuando dio el poder no estaba incapacitado y el notario entendía que tenía capacidad, ese poder era un poder ordinario, que podía revocarse (cuestión esencial en un negocio basado en la confianza), podía pedir cuenta de la gestión de sus asuntos, podía proveer fondos para realizar determinados negocios que requirieran de esta provisión, etc. Si ese mismo apoderado actuara como tutor, la situación del representado sería radicalmente distinta, porque no cabría la remoción del tutor por el tutelado, no podría recibir la cuenta porque esa tutela de un mayor requiere su previa incapacitación judicial y el incapacitado carece de capacidad para aprobar las cuentas que deben rendirse al juez y, sobre todo, el tutelado vería que su patrimonio permanecería en reposo, con la necesidad de todas las autorizaciones del 271

están totalmente conservadas pero la afaxia (*sic*) que presente le impide expresar su voluntad de forma libre...".

Es sumamente curiosa la peripecia vital de la persona a la que la sentencia llama Mauricio, puesto que en un periódico gallego de fecha 6 diciembre 2010 se comunica la noticia de que ha sustituido el cartón donde está el alfabeto por un teclado, por un ordenador y un software adaptado a sus ojos, lo que le permite chatear a diario con sus amigos, gracias a un altavoz del propio programa y habla con ellos.

La razón de la incapacitación, que sustancialmente era la necesidad de tercera persona a través de la cual se comunicaba, ha desaparecido y gracias a la tecnología puede comunicarse por sí mismo. Habría que entender que procede un nuevo proceso de reintegración de la capacidad que le quitaron en 2004.

del CC, por el contrario de lo que ocurre con un poder, que permite una gestión mucho más fácil y ágil.

Conviene tener en cuenta que la fecha del fallo de la Audiencia que confirma (no procede la casación) el Tribunal Supremo es 1999, es decir, un momento en el que no se había aprobado aun la Ley 41/2003, que modifica el artículo 1732 del Código Civil. La sentencia del Supremo es de 2004, cuando la LPPD ya está en vigor.

9. REVOCACIÓN DEL PODER Y RENUNCIA AL MISMO

En segundo lugar, nos encontramos con una circunstancia especial de este contrato de confianza, cual es el de la revocación del encargo efectuado y la renuncia del encargo asumido.

Entre los *modos de acabarse el mandato* se encuentra el desistimiento unilateral que, por parte del mandante, se denomina revocación, y por el mandatario, renuncia.

La revocación no parece posible, porque el mandante ha perdido la capacidad, tanto en el poder que continúa después de la incapacidad judicial del poderdante, como en el segundo caso, de incapacidad apreciada conforme a lo dispuesto por este. Cosa distinta sucede mientras se encuentra pendiente la entrada en vigor del poder. Una vez hecho el encargo preventivo, en previsión de una futura e hipotética incapacidad o incapacitación, pueden tanto el poderdante como el apoderado revocar y renunciar el mandato. Sin embargo, parece un poco rebuscado pensar que el sujeto con plena capacidad y en previsión de su propia incapacidad, establezca algún supuesto de revocación, también preventiva. Pero sí es posible y se encuentra regulado en alguna norma no codicial. En cuanto a la constancia registral de las revocaciones y renunciaciones mientras el poder se encuentra pendiente de entrar en vigor, deben reflejarse en el Registro Civil. Especialmente la revocación, porque aunque el precepto de la nueva Ley 1/2009 solo se refiera a la constancia de los otorgamientos de poderes, las revocaciones también se tienen que hacer notarialmente, y el notario, entiendo que tiene la misma obligación de comunicar al Juzgado cualquier modificación en el apoderamiento.

Otro problema diferente es la renuncia al poder, que deja al sujeto protegible desprovisto de representante. Ya el Derecho romano otorgaba al mandante una *actio mandati directa* que posibi-

litaba al mandante instar judicialmente el cumplimiento del encargo asumido y otras posibilidades.

Desde luego, el pronunciamiento judicial sobre el mandato/ poder, al constituir la tutela, debe reflejarse en el Registro Civil, porque en otro caso habría dos representantes, el legal (tutor o curador; defensor judicial, en su caso; administrador de patrimonio...) y el voluntario, lo que puede producir problemas de difícil reparación para terceros de buena fe que contraten con cualquiera de los dos representantes, que podrán actuar independientemente el uno del otro e incluso contradictoriamente entre sí, como ya se ha expuesto.

10. RENDICIÓN DE CUENTAS

En tercer lugar está el asunto de la rendición de cuentas del artículo 1720 del Código Civil: "*Todo mandatario está obligado a dar cuenta de sus operaciones...*". Esta previsión, tan razonable, que permite saber el grado de cumplimiento de las obligaciones asumidas, exigir el cumplimiento del encargo, instar una indemnización por cumplimiento defectuoso..., en general *recibir las cuentas* del mandato y actuar en consecuencia, es de difícil cumplimiento en este especial mandato, porque el que ha realizado el encargo no puede recibir la cuenta, al haber perdido la capacidad. Si el mandatario tuviere necesidad de una provisión de fondos, para cumplir alguna de las gestiones encomendadas, ¿a quién se la pide?

11. COLISIÓN ENTRE LA ACTUACIÓN DEL REPRESENTANTE VOLUNTARIO Y EL LEGAL

Por último, a lo que se me alcanza, nos encontramos con el asunto que resuelve esta Ley 1/2009 de la posible contradicción entre una actuación del mandatario que colisiona con una actuación del tutor. Estamos aquí ante un problema de protección de terceros. Si, respecto de un mismo bien, mandatario y tutor realizan negocios jurídicos incompatibles entre sí, ¿cuál es el negocio válido? Hasta la entrada en vigor de la ley que me ocupa, el mandato (poder) era un negocio carente de publicidad. La tutela, por el contrario, es un

cargo que se publica en el Registro Civil, en la sección IV, y que da a conocer a todo interesado la existencia de una representación legal, su extensión y límites, y quién es la persona que asume la representación en el grado que establezca la sentencia. Ante estas dos representaciones, es posible que el representante voluntario, cuando realice un negocio jurídico, colisione con otra actuación del representante legal.

12. NUEVO ARTÍCULO 46 TER DE LA LEY DEL REGISTRO CIVIL

Ya he reproducido el texto del artículo nuevo de la Ley del Registro Civil. Este precepto resuelve el problema que planteo en el anterior número 10 de este trabajo. Como quiera que hay dos clases de apoderamientos preventivos, hay que plantear la cuestión distinguiendo entre aquel poder que se da para que empiece a desplegar efectos inmediatamente y que subsiste aunque el mandante resulte judicialmente incapacitado, mucho más fácil de controlar por el juez que vaya a entender del procedimiento de modificación de la capacidad, puesto que el juez de primera instancia tiene ahora la posibilidad de conocer el alcance e intensidad del poder, y valorar la conveniencia o no de su subsistencia cuando pronuncie, en su caso, la sentencia que limita la capacidad del hasta entonces presunto incapaz.

Si el juez entiende que poder y tutela son compatibles y que no es necesario ordenar la revocación del poder, en el Registro Civil van a aparecer inscritos el auto de nombramiento de tutor, pudiendo comprobar en el resto del Registro (especialmente en la sección 1.^a, de nacimientos y general) el alcance de la incapacitación, o de la modificación de la capacidad como ahora se denomina. Si entiende que no pueden subsistir las dos situaciones de representante voluntario y legal, deberá ordenar, entiendo que en la sentencia de modificación de la capacidad, la revocación (¿extinción?) del poder y en la sección de tutelas.

13. CAPACIDAD DE PODERDANTE Y DE APODERADO

La explicación de las necesarias capacidades para concluir un negocio jurídico es que el poderdante tiene que tener la capacidad

necesaria para concluir el negocio y el apoderado basta que tenga la capacidad general de obrar. Esta explicación clásica no sirve para el supuesto que estamos contemplando, porque si bien el apoderado tiene que tener capacidad general de obrar y no requiere de la capacidad requerida para el negocio que se quiere concluir, porque los efectos del mismo no van a recaer en él, sino en el patrimonio del apoderado, el poderdante carece de capacidad de obrar por consecuencia de su incapacitación judicial. No obstante esta falta de capacidad en el poderdante, el negocio es válido y productor de todos los efectos.

14. PLURALIDAD DE APODERADOS EN RÉGIMEN DE MANCOMUNIDAD O SOLIDARIDAD; SUSTITUCIÓN DE APODERADOS, PARA EL CASO DE QUE NO QUIERA O NO PUEDA EL PRIMER LLAMADO

Es perfectamente posible apoderar a varios mancomunada o solidariamente. La representación solidaria resuelve parcialmente el problema del control de la actuación del apoderado. La mancomunada, sin embargo, me parece idónea para que, controlándose los apoderados mancomunados, resulten mejor protegidos los intereses del poderdante cuya capacidad se ha modificado.

**DICTAMINA,
QUE ALGO QUEDA**



DICTAMINA, QUE ALGO QUEDA

Víctor Manuel Garrido de Palma

Como hago frecuentemente, cuestiones planteadas en el DICTAMEN están extraídas de supuestos de hecho que han producido sentencias y resoluciones. Así acaece en el que ahora comento.

Primero. Antes de los años en que se acudía al préstamo hipotecario, era frecuente la figura de la compraventa con precio aplazado y garantía de condición resolutoria. En el caso presente se habla de permuta (podría ser cesión onerosa o cambio de cosa presente por cosa futura, pero se califica de tal) de solar a cambio de pisos en el edificio futuro.

Ha transcurrido el plazo de treinta meses y no se ha obtenido la licencia de obras, resolviendo el contrato los cedentes y notificada la resolución notarialmente, ante la pretensión de reinscribir la titularidad, se deniega por el registrador con la fundamentación que en la calificación consta.

El supuesto ha originado la resolución de 10 diciembre 2010. En ella –con cita de la R. de 19 junio 2007– se explayan los requisitos que se han de exigir para la reinscripción. Entre ellos resalto: que ante la notificación de resolución, notarial o judicial, no resulte que el adquirente se oponga invocando la falta de algún presupuesto para la resolución. En tal caso, el transmitente ha de acreditar en el correspondiente proceso judicial la existencia de un incumplimiento grave que frustre el contrato sin causa razonable justificadora de la conducta del adquirente (con cita expresa de varias sentencias del TS, todas ellas de los años noventa).

Además, sigue diciendo la resolución: hay que aportar el documento acreditativo de la consignación en un establecimiento bancario o Caja oficial del importe percibido a devolver a la parte adquirente, en base a la restitución de lo que ambas partes hubieran percibido (arts. 1123 CC y 175.6 RH).

Y respecto a la cláusula penal, no cabe deducción alguna de la cantidad a consignar, en base al artículo 1154 (corrección judicial, sin que quepa pactar otra cosa en la escritura, con cita de Rs. de los años ochenta, noventa y 2000).

A mi juicio, si no fuera por los dos requisitos últimos, con base en los artículos 1123 y 1154 CC, respectivamente, la reinscripción en el presente caso hubiera sido factible ante lo acaecido. Y es que el adquirente guardó silencio, no se opuso, y aunque el registrador de la propiedad considera aquel como "falta de consentimiento, a ventilar en los Tribunales, por tanto, tal resolución", dados los términos del contrato celebrado –véase– es un caso de oposición obligada, pues el silencio implica, "porque debió y pudo hablar", que ha consentido. Estos términos pueden deducirse –a mi entender– también de la resolución que comento, cuando dice: "en el presente supuesto, *aunque en principio* el requerimiento resolutorio es suficiente, la falta de consignación de...".

Segundo. No ha de recibir plácemes el registrador ni alabanza la Dirección General por su resolución de 2 de diciembre de 2010 (incluida la corrección de errores publicada en el BOE de 27 enero 2011).

Dos años después del otorgamiento de la escritura pública de compraventa (sí, exactamente el 2 diciembre 2008), la resolución citada considera que: "falta un juicio de suficiencia de las facultades representativas, imprescindible para que el Registrador pueda calificar la congruencia de dicho juicio con el contenido del título".

En fin, que por los artículos 156.8 y 166 RN, el notario debería emitir el juicio de suficiencia... para otorgar la presente escritura DE COMPRAVENTA...

Así se hace en la *praxis*, pero..., termino transcribiendo lo que –ante la presente resolución– expone Vicente GUILARTE: "... en el caso de la Resolución no permite al Sr. Registrador, la falta de designación *nominatim* del negocio autorizado, realizar la compleja tarea intelectual de comprobar que coincide la carátula de la escritura con el contrato sobre el que... Aceptar esta interpretación supone denigrar la función de elaboración de las normas y degradar a Notarios y a Registradores".

Tercero. Reconozco la complejidad del supuesto presente por el *iter* temporal, los hechos que se producen y su repercusión registral-sustantiva.

Bien trabajada y razonada la resolución de 12 noviembre 2010, prefiero plasmarla en su integridad. Solo me he permitido subrayar concretos puntos destacables, pero toda ella exige atención cuidada.

Resolución de 12 de noviembre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación del registrador de la propiedad de León n.º 2, por la que se suspende la inscripción de una escritura de donación. *Boletín Oficial del Estado* número 1, de 1 de enero de 2011, pág. 105 y ss.

En el recurso interpuesto por don F. J. A. S. contra la nota de calificación del Registrador de la Propiedad de León número 2, don Eugenio Rodríguez Cepeda, por la que se suspende la inscripción de una escritura de donación.

HECHOS

I

Mediante escritura otorgada el 24 de junio de 2009 ante el Notario de León, don Francisco Javier Santos Aguado, bajo el número 366 de protocolo, don F. J. A. S. dona a su cónyuge doña R. M. G. G. la mitad indivisa de una finca.

II

Dicha escritura fue presentada en el Registro de la Propiedad de León número 2 el día 5 de agosto de 2009, asiento 1302 del Diario 71, y fue calificada con la siguiente nota: "Escritura autorizada el 24/07/2009 por el Notario de León don Francisco Javier Santos Aguado, número 1366/2009 de protocolo: presentada con el asiento 1302 del Diario 71, de fecha 05/08/2009. Hechos: 1. Presentado el documento señalado al principio en la fecha expresada en el encabezamiento y bajo el asiento del Diario que igualmente se indica, no existiendo presentados con anterioridad títulos contradictorios, procede entrar en la calificación del mismo. 2. Consultado el Registro resulta que la finca objeto de la escritura reseñada, a saber, registral 11089 de Villaquilambre, está inscrita en pleno dominio a favor de doña R. M. G. G. para su sociedad conyugal. De la inscripción 3.^a, en la que se inscribió la compraventa por esta señora, resulta que está casada con don

F. J. A. S. y que compró la finca para su sociedad conyugal. 3. Analizando los demás documentos presentados relativos a la misma finca se observa que en el asiento 1490 del Diario 71, de fecha 17 de agosto de 2009, se ha presentado un mandamiento para la anotación preventiva de embargo, a instancia de la Dependencia Regional de Recaudación de la Agencia Tributaria, en procedimiento de apremio contra don F. J. A. S., constando la notificación de la diligencia del embargo a doña R. M. G. G., siendo la fecha de dicha diligencia de embargo la de 29 de julio de 2009. Con posterioridad y en fecha 27 de agosto de 2009 se ha presentado bajo el asiento 1639 del Diario 71 una copia auténtica de la escritura autorizada el 24 de julio de 2009 por el Notario de León don Francisco Javier Santos Aguado, número 1365 de protocolo, en virtud de la cual los cónyuges doña R. M. G. G. y don F. J. A. S. liquidan la sociedad de gananciales entre ellos existente adjudicándose por mitad, en comunidad ordinaria, la finca registral 11089 de Villaquilambre, y pactan para lo sucesivo el régimen de separación de bienes. Fundamentos de Derecho: 1. En ocasiones las cuestiones académicas tantas veces discutidas parecen supuestos de laboratorio jurídico hasta que la realidad demuestra, como ocurre en este caso, que, por razón del orden de presentación de documentos, no concorde con su orden protocolar, es necesario resolver un problema relacionado con los principios de prioridad y tracto sucesivo. En el caso de los tres asientos de presentación relacionados con la misma finca, según los hechos expuestos, a saber 1302, 1490 y 1639 todos del Diario 71, se produce –y el Registrador debe resolver en una primera instancia– una paradoja derivada de la alteración en la presentación de las escrituras, ya que la número 1365 de protocolo, que es la de adjudicación por mitad de la finca a los cónyuges otorgantes, se presentó con posterioridad a la número 1366 de protocolo (la donación de la mitad indivisa del marido a su esposa), pero con la circunstancia de haberse presentado por medio un mandamiento de embargo de la Agencia Tributaria dimanante de un expediente de apremio fiscal dirigido contra el esposo. 2. A la hora de explicar el principio de prioridad registral, la doctrina insiste en que aparece regulado en los artículos 17, 24 y 25 de la Ley, Hipotecaria, y, aún reconociendo su escaso desenvolvimiento, se suele decir que por razón de este principio el Registrador, en el orden de despacho de los documentos presentados ha de atenerse a su orden de presentación. Esta es la regla general, siendo excepciones los casos particulares como el que ahora abordamos. 3. En un caso parecido al actual, analizando la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de marzo de 1962, el Registrador optó por adelantar el despacho del documento presentado en tercer lugar, luego inscribió el presentado en primer lugar una vez que la inscripción del anterior habla resuelto la falta de tracto sucesivo que afectaba al primeramente presentado, y por último denegó la anotación del presentado en segundo lugar. Interpuesto recurso gubernativo por el embargante la Dirección confirmó la denegación de la anotación del embargo pero no pudo resol-

ver abiertamente el conflicto de prioridad y así en el último considerando dijo que el expediente gubernativo no es el más idóneo para decidir acerca de la nulidad del asiento practicado. 4. No creemos, dicho sea con los debidos respetos a la opinión contraria, que la actuación del Registrador en aquél supuesto haya sido la más conforme con las normas vigentes y con todos los intereses en juego, por lo que me adscribo al sector doctrinal que, ante estos conflictos entre prioridad y tracto, abogan por la aplicación estricta del orden de presentación. Esta posición tiene además la ventaja de que, si el interesado recurre, el problema podrá ser abordado de frente por la superioridad llamada a decidir. Así, en el caso planteado, nos encontramos con la necesidad de decir de momento que no es posible inscribir la donación de la mitad indivisa de la finca porque estando inscrita con carácter ganancial a favor de ambos cónyuges, la naturaleza de comunidad germánica que la práctica totalidad de la doctrina atribuye a la comunidad ganancial en la exégesis de los artículos 1344 y concordantes del Código Civil, determina considerar que el marido donante no tiene inscrito a su favor en el momento actual, en comunidad ordinaria, la mitad indivisa de la finca. Ello conduce, en aplicación del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, a la denegación de la inscripción, si bien esta denegación, a la vista del apartado «título», debe convertirse en suspensión al amparo del artículo 105 del Reglamento Hipotecario. En virtud de dicha modalización, si el presentante lo solicita, se podría practicar una anotación de suspensión por defecto subsanable. 5. Correlativamente y en cumplimiento de los artículos 111, último párrafo, y 432.2. del Reglamento Hipotecario, se procederá a la prórroga de los asientos 1490 y 1639 del Diario 71. En virtud de lo cual, he decidido suspender la inscripción del documento al principio referido por el defecto de falta de tracto sucesivo al no estar inscrita la mitad indivisa de la finca objeto de la donación en comunidad ordinaria a favor del donante (Sigue pie de recursos). León, 11 de septiembre de 2009. El Registrador (Firma ilegible). Fdo. Eugenio Rodríguez Cepeda”.

III

Don F. J. A. S. interpone recurso mediante escrito de 16 de octubre de 2009 alegando en síntesis lo siguiente: El Registrador menciona que existe una falta de tracto sucesivo en el citado título, pero como él mismo manifiesta la registral número 11089 del Ayuntamiento de Villaquilambre en su inscripción 3.a que se corresponde al piso el cual es nuestro domicilio conyugal, tiene el carácter de ganancial y, por lo tanto, se corresponde la mitad indivisa para cada cónyuge, si uno de los dos esposos dona su mitad indivisa a favor del otro cónyuge en virtud de título notarial, este título debe de acceder con todas sus consecuencias legales al Registro de la Propiedad y efectuar su inscripción, dado que se produce sobre el mismo bien inmueble que

anteriormente se encuentra inscrito, este hecho es el que ha ocurrido con la escritura 1366/2009, máxime si tenemos en cuenta que ha sido por orden de prioridad la primera presentada, la cual cumple perfectamente el requisito de tracto sucesivo sobre la finca objeto del presente recurso, no teniendo por tanto virtualidad ni acceso al Registro la diligencia de anotación preventiva.

IV

El Registrador emitió informe el día 6 de noviembre de 2009 haciendo constar que ha recabado informe del Notario autorizante con arreglo al artículo 327, párrafo quinto de la Ley Hipotecaria, no habiéndose recibido el mismo y elevó el expediente a este Centro Directivo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 1317, 1333, 1335 y 1373 del Código Civil; 1.3, 17, 18, 24, 32, 40, 65, 66 y 248 de la Ley Hipotecaria; 77 de la Ley de Registro Civil; 266 del Reglamento del Registro Civil; 75, 383, 416, 417, 418, 420, 421 y 423 y concordantes del Reglamento Hipotecario; la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1998; y las Resoluciones de esta Dirección General de 7 de febrero de 1959, 2 de marzo de 1962, 18 de marzo de 1972, 25 de marzo de 1988, 3 de junio de 1991, 12 de mayo de 1992, 23 de octubre y 22 de diciembre de 1998, 5 de abril y 23 de octubre de 1999, 23 y 24 de octubre, y 13 de noviembre de 2001, 15 de febrero, 9 de abril, 3 de junio y 19 de julio de 2003, 6 de julio y 3 de agosto de 2004, y 29 de enero de 2008, entre otras.

1. Son hechos relevantes para la resolución del presente recurso los siguientes:

a) El 5 de agosto de 2009 se presenta en el Registro escritura otorgada el 24 de julio de 2009 de donación de una mitad indivisa de una finca de un cónyuge a otro (a la esposa). La finca aparece inscrita a favor de la esposa con carácter ganancial. Se invoca en el apartado "título" de la escritura de donación otra, otorgada con la misma fecha y número anterior de protocolo, de liquidación de la sociedad de gananciales en la que los cónyuges se adjudicaban la finca por mitad y proindiviso.

b) El día 17 de agosto del mismo año se presenta en el Registro mandamiento de embargo en procedimiento administrativo de apremio dirigido contra el esposo, habiéndose practicado la diligencia de embargo el día 29 de julio de 2009. En el mandamiento se hace constar que, conforme a lo dispuesto en el artículo 170 de la Ley General Tributaria, se ha procedido a

notificar la diligencia de embargo a don. F. J. A. S. en concepto de obligado al pago, y a su esposa en calidad de cónyuge del obligado.

c) El día 29 de agosto se presenta la escritura pública otorgada el día 24 de julio de 2009 de capitulaciones matrimoniales en la que formalizan la liquidación de la sociedad conyugal y pactan para lo sucesivo el régimen de absoluta separación de bienes. En dicha escritura los cónyuges se adjudican el pleno dominio de la finca a que se refiere la calificación en comunidad ordinaria por mitad e iguales partes indivisas. La referida escritura de capitulaciones fue objeto de indicación en el Registro Civil el día 14 de agosto de 2009.

d) El Registrador suspende la inscripción de primer documento reseñado por falta de tracto sucesivo a la vista del resto de los documentos presentados posteriormente, considerando que no cabe subsanar dicha falta de tracto mediante el despacho previo de la escritura de liquidación de gananciales por impedirlo, a su juicio, el principio de prioridad al estar presentado con anterioridad un título contradictorio, cual es el mandamiento de embargo.

2. Hay una serie de cuestiones de indudable interés desde el punto de vista de la calificación registral que se han de analizar para la resolución de este recurso: De una parte, el carácter subsanable, en algunos supuestos, del defecto consistente en la falta de previa inscripción a favor del transferente en conexión con el juego del principio de prioridad a la hora de tomar en consideración para calificar un título el contenido de otros presentados posteriormente; y, de otra, el valor de la fecha de la indicación en el Registro Civil de las capitulaciones como fecha de oponibilidad frente a terceros del contenido de las mismas.

3. Como ya precisaron las Resoluciones de 23 de octubre de 1998, 5 de abril de 1999, 23 de octubre y 13 de noviembre de 2001, dado el alcance del principio de prioridad, básico en un sistema registral de fincas (cfr. artículos 17, 24, 32 y 248 de la Ley Hipotecaria), la calificación de un documento deberá realizarse en función de lo que resulte del mismo y de la situación tabular existente en el momento de su presentación en el Registro (cfr. artículos 24 y 25), sin que puedan obstaculizar su inscripción otros títulos, aunque sean incompatibles, presentados con posterioridad. Por tanto, confirmando dicho principio preferencia al título primeramente ingresado al Registro sobre los posteriores, tal preferencia exige lógicamente, en principio, que los Registradores despachen los documentos referentes a una misma finca por riguroso orden cronológico de su presentación en el Diario, salvo que sean compatibles entre sí.

Ahora bien, igualmente impone la Ley, y así lo ha declarado este Centro Directivo también de forma reiterada, que para realizar el despacho de los títulos es necesario que por el Registrador se proceda a su previa calificación en virtud del principio de legalidad, siendo una de las circunstancias esen-

ciales que deberá comprobar ineludiblemente al hacer tal calificación la de la previa inscripción del derecho de que se trate a favor de la persona disponente o la que haya de perjudicar la inscripción a practicar, debiendo denegar ésta cuando resulte inscrito aquel derecho a favor de persona distinta, doctrina general que establece el artículo 20, párrafos 1.º y 2.º de la Ley Hipotecaria y que se adapta y reitera en cuanto a las anotaciones de embargo en el artículo 140, regla 1.ª del Reglamento Hipotecario.

4. Como consecuencia de lo anterior, surge en el presente caso una aparente contradicción en sus resultados entre los principios de prioridad y de tracto sucesivo, ambos básicos en nuestro sistema registral. En efecto, por un lado, conforme al principio del tracto sucesivo, no pueden inscribirse o anotarse títulos que no aparezcan otorgados por el titular registral (cfr. artículo 20 de la Ley Hipotecaria), por lo que, aplicando este principio al presente supuesto, no procedería acceder al despacho de la donación, dado que el donante no aparece todavía como titular registral de la mitad indivisa de la finca donada. Por otro lado, el principio de prioridad impide al Registrador inscribir un documento en tanto esté vigente un asiento de presentación anterior relativo a un título incompatible (cfr. artículo 17 de la Ley Hipotecaria), criterio que aplicado al presente caso implicaría, en principio, suspender también el despacho del mandamiento de embargo respecto de la mitad indivisa donada al cónyuge no deudor por estar presentado un título incompatible –la escritura de donación de dicha mitad indivisa–. Pero la presentación de este título intermedio, a su vez, impediría el despacho de la escritura de capitulaciones matrimoniales en que se formaliza la disolución de la sociedad de gananciales y se adjudica la finca por mitades a ambos cónyuges, impedimento que se extendería durante el tiempo en que permanezca vigente el asiento de presentación del título contradictorio –el mandamiento de embargo–.

La aplicación conjunta de ambos principios hipotecarios, así interpretados, conduce, por tanto, a una situación de círculo vicioso, pues bloquea el despacho de todos los títulos interrelacionados, en parte contradictorios entre sí, y en parte complementarios. Podría pensarse que dicha situación de paralización registral en el despacho de los títulos es provisional, y que la solución al mismo pasa por esperar a que se cumpla el plazo de vigencia del asiento de presentación (o la anotación preventiva por defecto subsanable en el caso de haberse practicado) del título primeramente presentado (la escritura de donación), lo que permitiría despachar, ahora sin título previo contradictorio presentado, el mandamiento de embargo y, a continuación, la escritura de capitulaciones y, finalmente, la donación. Pero con ello se olvida que, de conformidad con el artículo 432 n.º 1, c) del Reglamento Hipotecario, en el caso de que para despachar un documento (en este caso la escritura de donación) fuere necesario inscribir previamente algún otro presentado con posterioridad (la escritura de capitulaciones matrimoniales),

el asiento de presentación del primero se prorrogará, a petición del interesado, hasta treinta días después de haber sido despachado el documento presentado posteriormente (plazo que hoy debe entenderse reducido a quince días, computados de la misma forma, tras la reforma del artículo 18 por la Ley 24/2005, de 18 de noviembre), o hasta el día que caduque el asiento de presentación del mismo.

5. Por ello, la alternativa más lógica y congruente con una aplicación ponderada de todos los principios e intereses en juego, y también con las normas hipotecarias vigentes como veremos, es la de entender que el documento presentado en el Diario en primer lugar (la donación) gana prioridad no sólo para sí, sino también para los documentos presentados con posterioridad cuando estos sean necesarios para su despacho a fin de subsanar el concreto defecto de falta de tracto sucesivo que impedía su inscripción, siempre que el disponente del primer documento presentado sea causahabiente del titular registral, y ello aunque tal atribución de prioridad suponga dotar al documento subsanatorio (reconstructor del tracto) de preferencia sobre el intermedio contradictorio que se presentó antes, pero después del subsanado. Así lo confirman las siguientes consideraciones.

En primer lugar, hay que recordar que, como ha declarado este Centro Directivo (cfr. Resolución de 18 de marzo de 1972), la rígida aplicación de cualquier principio hipotecario no puede llegar a limitar la facultad y el deber de los Registradores de examinar los documentos pendientes de despacho relativos a una misma finca, aun presentados posteriormente, para de esta forma procurar el mayor acierto en la calificación, no efectuar inscripciones inútiles e ineficaces, evitar litigios y conseguir una justa concordancia entre los asientos y los derechos de los interesados. Ciertamente también ha precisado este Centro Directivo que de esta facultad y deber no puede deducirse que los Registradores puedan o estén obligados a alterar por sí, y sin la intervención de los interesados legitimados para ello, el orden de despacho de los documentos cuando ello carezca de apoyo legal, base legal que, como vamos a ver, existe en este supuesto.

En segundo lugar, en los casos de falta de tracto sucesivo por falta de inscripción del título del disponente, siendo éste causahabiente del titular registral, quedan modalizados los principios hipotecarios de tracto sucesivo y de prioridad. En efecto, en cuanto al principio del tracto sucesivo, frente a la rotundidad del párrafo segundo del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, que prevé la denegación de la inscripción solicitada en caso de que el derecho resulte inscrito "a favor de persona distinta de la que otorgue la transmisión o el gravamen", el artículo 105 del Reglamento Hipotecario modaliza la regla anterior al prescribir que "No obstante lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 20 de la Ley, los Registradores podrán suspender la inscripción de los documentos en los que se declare, transfiera, grave, modifique o extinga el dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles en el

caso de que la persona que otorgue el acto o contrato alegase en el documento presentado ser causahabiente del titular inscrito o resultare tal circunstancia del Registro y del referido documento, y a solicitud del presentante extenderá anotación preventiva por defecto subsanable". Este artículo, introducido por el Decreto de 14 de febrero de 1947 (con el número 103 del Reglamento Hipotecario, que posteriormente con la reforma operada mediante el Real Decreto de 12 de noviembre de 1982 pasó a su numeración actual), vino a recuperar un criterio de flexibilidad que inspiraba la regulación que de esta materia hacía la Ley Hipotecaria de 1909 al prever la doble posibilidad de la denegación y de la suspensión, y que posteriormente el Texto Refundido de la Ley de 1946 suprimió al eliminar la referencia a la suspensión. La reforma reglamentaria de 1947, finalmente, no sólo vuelve al criterio de la Ley de 1909, sino que fija, además, las reglas de discriminación entre las alternativas de la denegación y la suspensión, al señalar que procederá ésta y no aquella cuando el disponente alegue en el título ser causahabiente del titular registral.

6. Este precepto es esencial para la resolución del conflicto examinado en el presente recurso, ya que califica como subsanable el defecto consistente en la falta de previa inscripción a favor del transferente en el caso de que el mismo alegue en el documento presentado ser causahabiente del titular inscrito o resulte tal circunstancia del Registro y del referido documento, por lo cual en tales casos procede la suspensión del despacho del documento y no su denegación.

Por ello, esta misma norma implica también una modalización del principio de prioridad en su vertiente formal del despacho de los documentos por el riguroso orden de su presentación, ya que, al ser calificado el defecto como subsanable, la fecha del asiento de presentación del título presentado primeramente (escritura de donación) determina la prioridad del mismo y también la del que fue presentado posteriormente con objeto de acreditar aquella cualidad de causahabiente (capitulaciones), permitiendo con ello reconstruir el tracto, de tal manera que los efectos de la subsanación del defecto de la falta de tracto se retrotraerán a la fecha del asiento de presentación del título subsanado. Así resulta del hecho de que la distinción entre un tipo de faltas o defectos y otros (subsanables e insubsanables) radica precisamente en si permiten o no el mantenimiento del rango o prioridad registral más allá de la duración del asiento de presentación, pudiendo en caso afirmativo ser subsanados con efecto retroactivo a la fecha del propio acceso del título al Registro mediante su asiento en el Diario.

Por tanto, en el caso del artículo 105 del Reglamento Hipotecario, al permitir la suspensión del título, sin imponer su denegación, y la anotación preventiva por defecto subsanable, está permitiendo que la subsanación atribuya a la inscripción que a sus resultas se practique una eficacia retroactiva a la fecha del asiento de presentación practicado por el título subsanado, lo

que supone necesariamente que el título intermedio entre el subsanado y el subsanador (en este caso el embargo) pasa a quedar definitivamente postergado en su rango respecto del primeramente presentado.

No cabe alegar en contra de lo señalado que el título subsanador no podrá ser despachado por impedirlo el intermedio contradictorio, pues ello supondría vaciar de contenido el artículo 105 del Reglamento Hipotecario en el sentido de que su aplicación tan sólo sería posible cuando dicha aplicación careciese por completo de toda utilidad, es decir, cuando no existan títulos intermedios entre el título subsanado y el subsanador (a falta de título contradictorio intermedio, resulta indiferente que el primer título conserve su prioridad o no, o que sea calificado el defecto como subsanable o insubsanable). Y no es sólo que el artículo 105 del Reglamento Hipotecario no excluya de su ámbito de aplicación los supuestos de defectos cuya subsanación requiera una titulación susceptible de presentación y despacho autónomo (y no documentación meramente complementaria en el sentido del artículo 33 del Reglamento Hipotecario, que no es objeto de asiento de presentación propio), sino que precisamente contempla ese supuesto y sólo ese, ya que el defecto cuya subsanabilidad prevé es justa y precisamente la falta de tracto, cuya subsanación presupone la presentación de un título material translativo de los previstos en el artículo 2 de la Ley Hipotecaria, por cualquiera de las vías formales contemplados en el artículo 3 de la misma Ley, y en el que "funde inmediatamente su derecho" el disponente, es decir, un título independiente que tiene su acceso al Registro con posterioridad. A tal conclusión es indiferente el hecho de que respecto del primer título presentado se haya tomado anotación preventiva de suspensión o no, pues ésta produce como único efecto el de prologar la duración del asiento de presentación y, por ello, el hecho de que no se haya practicado no puede conducir a un destino registral distinto al título presentado después si se presentó y despachó durante la vigencia del asiento de presentación del primer título presentado al que subsana.

Todo ello lleva a la conclusión de que en los casos en que existan títulos intermedios presentados entre los dos previstos en el artículo 105 del Reglamento Hipotecario (el subsanable y el subsanador) –fuera de los casos de convalidación a los que aquí no nos referimos–, tales títulos intermedios quedan perjudicados en favor de aquellos con base en la preferencia o prioridad ganada mediante el primer asiento de presentación practicado, preferencia que se comunica al título que reconstruye el tracto del primero.

7. Entre los precedentes de este Centro Directivo, de los que la doctrina es conforme en entender que no puede extraerse un criterio inequívoco en esta materia, puede citarse a favor de esta tesis la Resolución de 2 de marzo de 1962, en que se discutía sobre si era anotable un mandamiento de embargo del derecho hereditario sobre una finca que fue presentado hallándose en vigor el asiento de presentación de la escritura por la que el here-

dero enajenaba a un tercero el mismo inmueble y que finalmente pudo despacharse por haberse subsanado el defecto de que adolecía dentro del plazo de vigencia de su asiento de presentación mediante la inscripción de la correspondiente adjudicación hereditaria a favor del heredero vendedor, cuestión que esta Dirección resolvió en sentido negativo. La razón esencial del fallo fue que, conforme al artículo 24 de la Ley Hipotecaria, se considera como fecha de la inscripción para todos los efectos que ésta deba producir, la fecha del asiento de presentación, por lo que una vez subsanada e inscrita la venta al tercero sus efectos se produjeron desde el acceso al Registro del título, el cual tuvo lugar varios días antes de la presentación del mandamiento de embargo.

En el mismo sentido de modalización del principio de prioridad se puede citar la Resolución de 7 de febrero de 1959, en la que se dilucidaba un supuesto en el que se presentaron, primero, una escritura de venta y constitución de renta vitalicia a favor del vendedor, quien había obtenido a su favor sentencia firme por la que se resolvía la previa venta realizada por el mismo al entonces actual titular registral, y, en segundo lugar, –estando vigente el asiento de presentación de aquel título– se presenta el testimonio de la ejecutoria de la sentencia en la que, además de acordarse la cancelación de la inscripción del titular registral y la reinscripción a favor del ahora vendedor, se ordenaba la prohibición de disponer de una tercera parte de la finca para su afectación al pago de las costas del proceso. El despacho de este título judicial removió el obstáculo para la inscripción de la escritura de venta y constitución de renta vitalicia, pero no sólo en cuanto a las dos terceras partes indivisas de la finca, sino en su totalidad, ya que retrotrayéndose la fecha de la inscripción a la del asiento de presentación, en esta última fecha ningún obstáculo existía para ello una vez cumplida la primera disposición del documento judicial (la cancelación de la inscripción a favor del anterior titular registral vencido en el pleito). Por tanto, la Dirección confirma la doctrina de que un documento presentado posteriormente a otro debe ser despachado antes a fin de remover el obstáculo que se oponía a la inscripción del primeramente presentado.

8. En sentido contrario tan sólo cabe citar la Resolución de 18 de marzo de 1972. Se trataba de un supuesto en el que el orden de presentación era el siguiente: primero, tres mandamientos de embargo de una finca que había sido de la sociedad deudora pero que en aquel momento estaba inscrita a favor de un tercero; segundo, y vigente el asiento anterior, se presenta testimonio de sentencia judicial firme en la que se declaraba la resolución del título del titular registral y la reversión de la finca a favor del deudor embargado; y tercero, escritura de cesión de la finca en pago de deuda por parte del deudor a favor del Instituto Nacional de Previsión. El Registrador denegó la anotación del embargo por falta de tracto y, a continuación, inscribió los otros dos títulos consecutivamente. La Dirección des-

estimó el recurso del embargante por entender que para su anotación hubiese sido precisa una alteración en el orden del despacho de los documentos. Pero no parece ser ésta la "ratio decidendi" esencial de la denegación, pues a este motivo la Dirección añade otros dos argumentos de fondo: 1.º que no cabe desconocer la preferencia que establece el artículo 44 de la Ley Hipotecaria –que remite al artículo 1923 del Código Civil– respecto de los títulos públicos que fueron otorgados con anterioridad a la práctica de una anotación de las señaladas en los números 2, 3 y 4 del artículo 42 de la mencionada Ley y que se presentan en el Registro con posterioridad a la fecha de estas anotaciones, circunstancia que se aprecia en este supuesto al haberse autorizado la escritura ya inscrita con anterioridad a haberse decretado el embargo (si bien este criterio fue posteriormente matizado por este Centro Directivo a partir de su Resolución de 12 de junio de 1989, en el sentido de dejar a salvo el derecho del tercero protegido por la legislación hipotecaria); y 2.º que al haberse practicado la inscripción a favor del Instituto Nacional de Previsión, el asiento extendido se encuentra, de conformidad con el artículo 1 de la Ley Hipotecaria, bajo la salvaguardia de los Tribunales y producirá todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud. Ello supone asumir no un criterio de rígida aplicación mecánica de los principios hipotecarios, sino otro distinto por el que el Registrador debe examinar los documentos pendientes aun posteriores, lo que en el presente caso lleva a la conclusión, calificando a la vista del conjunto de documentos presentados, de dar preferencia a la prioridad sustantiva de la cesión sobre los embargos, y consiguientemente inscribir aquélla y denegar ésta.

9. Añádase que este criterio de calificar como subsanable el defecto de falta de tracto cuando el disponente trae causa del titular registral y así lo alega en el título que presenta primero en el Registro, que establece el artículo 105 del Reglamento Hipotecario, y que encuentra su equivalente en relación con las anotaciones preventivas de embargo en el artículo 140 n.º 1 del Reglamento Hipotecario, ha sido sancionado mediante norma de rango legal a través del artículo 629 n.º 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, el cual, en relación con el embargo de bienes inmuebles, establece que "Si el bien no estuviere inmatriculado, o si estuviere inscrito en favor de persona distinta del ejecutado, pero de la que traiga causa el derecho de éste, podrá tomarse anotación preventiva de suspensión de la anotación del embargo, en la forma y con los efectos previstos en la legislación hipotecaria".

En definitiva, en los casos en que la finca aparezca inscrita a favor de persona distinta del disponente, o del ejecutado en el caso de los embargos, pero de la que traiga causa el derecho de éste, constando tal cualidad de causahabiente en el propio Registro (en otras fincas registrales) o alegándose tal cualidad en el propio título presentado, ha de entenderse que se ha configurado legalmente una suerte de reserva de rango a través del asiento de presentación del título con defecto formal de tracto a favor del título que

falta para completar o reconstruir el tracto, a cuyo favor se produce un trasvase de la prioridad del título al que subsana. Ello, además, es congruente con el artículo 24 de la Ley Hipotecaria, pues si a consecuencia de la suspensión de la donación se despachase primero el embargo, esta decisión supondría inscribir antes un título contradictorio (mandamiento de embargo) presentado después, y esto sí que supondría violentar el principio de prioridad. Naturalmente, la aplicación del artículo 105 del Reglamento Hipotecario exige que el título presentado posteriormente, no adoleciendo de defectos o habiendo sido estos subsanados, llegue a inscribirse. Así lo ha interpretado también un importante sector de la doctrina moderna más autorizada.

10. Trasladada esta doctrina al caso que nos ocupa, ningún obstáculo existe para que pueda practicarse la inscripción de la donación de la mitad indivisa de la finca, previa inscripción de la escritura de liquidación de la sociedad de gananciales.

A mayor abundamiento, esta solución en el presente caso se ve reforzada por el hecho de que, en rigor, el documento intermedio entre los dos anteriores (mandamiento de embargo) no queda perjudicado, y ello tanto si se entiende que la inscripción respecto de las capitulaciones sólo procede en cuanto a la citada mitad indivisa objeto de la donación, como si se considera que, por razón de la unidad del negocio jurídico, procede la inscripción respecto de las dos mitades indivisas. En efecto, en la primera hipótesis (inscripción adelantada de las capitulaciones sólo respecto de una mitad indivisa), por un lado, ningún obstáculo habría para que, con posterioridad a las dos inscripciones anteriores, se practicase la anotación de embargo sobre la otra mitad indivisa que todavía figuraría inscrita con carácter ganancial y, por otra parte, tampoco ha de haber impedimento para la práctica de dicha anotación con respecto a la mitad indivisa inscrita por título de donación a favor de la esposa.

Y la solución ha de ser la misma en la segunda hipótesis (inscripción adelantada de las capitulaciones respecto de las dos mitades indivisas). En efecto, si bien es cierto que, al no constar que la deuda tenga carácter ganancial, rige el principio establecido en el artículo 1373 del Código Civil, según el cual "cada cónyuge responde con su patrimonio personal de las deudas propias", también lo es que el mismo artículo 1373 establece una excepción a este principio pues, en supuestos determinados, "el acreedor podrá pedir el embargo de bienes gananciales que será inmediatamente notificado al otro cónyuge" (cf. artículo 1373). Esta regla excepcional forma parte del régimen de la sociedad de gananciales, y, por tanto, tiene aplicación en tanto siga vigente este régimen. En cambio, deja de regir, en los términos que después se verá, desde que los cónyuges queden sometidos al régimen de separación de bienes, pues entonces los acreedores privativos de uno de los cónyuges tendrán sólo facultades sobre los bienes o parte de los mismos que correspondan al cónyuge deudor.

11. Como se indicó en la Resolución de este Centro Directivo de 25 de marzo de 1988, el momento relevante para el ejercicio de la facultad conferida por el artículo 1373 del Código Civil será, pues, el del cambio del régimen. Pero, puesto que se trata de una facultad de terceros, habrá de estarse, no al momento en que el acuerdo modificativo produce efectos entre los cónyuges (esto es, la fecha de las capitulaciones correspondientes que permanece bajo el secreto del protocolo notarial), sino a aquél en que dicho acuerdo produce efectos respecto de terceros, pues no debe olvidarse que el artículo 77-2.º de la Ley del Registro Civil, en paralelo con el 1219 del Código Civil, impone un requisito de publicidad registral (la indicación correspondiente al margen de la inscripción de matrimonio) para que las modificaciones en el régimen económico matrimonial produzcan efectos en perjuicio de terceros de buena fe. En definitiva, el momento decisivo a tomar en consideración será, pues, la fecha de la citada indicación. En este contexto debe ser interpretado el artículo 144.4 del Reglamento Hipotecario.

12. De acuerdo con esta doctrina, el Registrador habrá de dar efectividad, frente a cualquiera de los cónyuges, al embargo obtenido por un tercero en ejercicio de una de las facultades que le confiere el régimen de gananciales, en concreto el artículo 1373 del Código Civil, en tanto no le conste que en el momento de practicarse el embargo y notificarse al cónyuge del deudor se había producido con eficacia contra terceros de buena fe el cambio del régimen de gananciales; y en el supuesto contemplado no se le ha acreditado, ni resulta del Registro (cfr. artículo 18 de la Ley Hipotecaria) que al trabarse el embargo que se pretende anotar y notificarse al cónyuge del deudor se hubiera tomado la antedicha indicación en el Registro Civil de las capitulaciones otorgadas (recuérdese que la diligencia de embargo es de 29 de julio de 2009 y la indicación de los capítulos en el Registro Civil se practicó el 14 de agosto siguiente). Igualmente tampoco se había producido, respecto al concreto bien afectado por el cambio de régimen, la publicidad individualizada de dicho cambio en el folio particular abierto a aquél en el Registro de la Propiedad, pues el propio mandamiento de embargo llega al Registro antes que la escritura de disolución de los gananciales (cfr. Resolución de 3 de junio de 1991). Por tanto, la aplicación en el presente caso del artículo 105 del Reglamento Hipotecario, con la secuela que en cuanto al orden de despacho de los títulos concurrentes sobre la misma finca hemos examinado, no da lugar a un resultado que frustre la finalidad que con la medida cautelar de la anotación preventiva pretende el embargante.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la calificación impugnada, en los términos que resultan de los anteriores fundamentos de derecho.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la Provincia

del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 12 de noviembre de 2010.–La Directora General de los Registros y del Notariado, M.^a Ángeles Alcalá Díaz.

Y Cuarto. El supuesto de hecho correspondiente es el que ha originado la sentencia del Tribunal Supremo de 6 marzo 2009.

En síntesis: "los pactos parasociales carecen de eficacia frente a la sociedad, que como persona jurídica distinta de los socios tiene la condición de tercero respecto del contrato parasocial".

¿Qué considera la doctrina?

Como el opositor/ora debe *introducirse* en la problemática, apunto bibliografía conveniente para calar hondo en ella, partiendo de la sentencia resumida.

- MADRIDEJOS FERNÁNDEZ, J. M.^a: en *Cuadernos de Derecho y Comercio* número 53, junio 2010. *Vide todo el estudio*.

- SÁEZ LACAVE, M.^a Isabel: en RdS de Aranzadi, 2010.

- PÉREZ MILLÁN, David: en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, enero-marzo 2010 (destaca: si todos los socios son parte del pacto parasocial; si éste fuera ilegal y por último la repercusión para el socio incumplidor del pacto, ¿puede ser excluido de la sociedad?).

¿Y ahora el nuevo DICTAMEN?

Me voy a permitir –con el comienzo del verano, aunque esto se leerá hacia el otoño– un alto en el dictamen. Lo aprovecho para transcribir los consejos que José GONZÁLEZ PALOMINO plasmó para el que comienza a estudiar Derecho y para el que prepara Notarías. Los diez mandamientos respectivos, como él los llamaba.

«I. Os voy a dar varios consejos de viejo zorro experimentado. Si me concedéis un ligero margen de confianza y hacéis el ensayo de seguirlos, como por broma, veréis qué bien os marcha el curso.

CONSEJOS

1.º Ante todo hay que hacer el *plan de trabajo de la "unidad de estudio" a corto y a largo plazo*, teniendo en cuenta la *"utilidad marginal"*, es decir, que cuando ya no se puede más es inútil seguir adelante. El *plan a largo plazo* consiste en que hay que distribuir las horas de la jornada de trabajo con un criterio ni pesimista ni optimista sino todo lo contrario, para llevar adelante por igual todas las materias del curso. Hay dos verdades que suelen olvidarse: que el curso empieza el día 1.º de octubre y que cada asignatura comienza en la lección 1.ª (aunque trate del método). Finalmente, si algún Profesor se pone enfermo, si algún día no puede asistir a clase, si por cualquier causa no hay clase algún día que deba haberla (por culpa suya o ajena), *vosotros no tenéis la culpa* y no debe recaer sobre vuestras cabezas el castigo de... *no haber aprendido* aquella materia o la que por causa del retraso deje de darse por la cola del programa. Ya os expliqué que, con arreglo al art. 6.º del Código Civil el cliente, la parte o... los Tribunales de Justicia o de oposiciones exigen que se sepan y se apliquen hasta las lecciones que no se hayan *dado* en la Universidad. El primer mandamiento es el de comprarse un reloj, un almanaque, un papel y un lápiz y hacerse los planes a corto y a largo plazo de la "unidad de estudio", con una sabia y equilibrada distribución de *horas* y de *metros* o *ración* que hay que estudiar cada día. Este plan debe llevarse a ejecución con una *inflexible flexibilidad*. Cabe y es aconsejable el *descanso activo* pasando de una materia a otra. Cabe incluso hacer novillos y rebelarse contra el plan algún día que otro, siempre que apliquéis la técnica laboral de los días, las horas y las tareas *"recuperables"*.

2.º El segundo es el de comprarse unos libros. Los mejores serán los que os aconsejen como *textos* más o menos oficiales. Si os dejan en libertad yo os recomiendo que entre un libro chico y un libro gordo elijáis el gordo, si la gordura no es "fofa". El libro chico suele ser más difícil (de entender y de retener) que el gordo. Sin el Profesor a mano os será oscuro. Y en cuanto hayáis olvidado un renglón o no lo hayáis entendido, habréis perdido el día. El buen libro para vosotros es el que lo enseñe todo desde el principio, parta de la idea de que no sabéis absolutamente nada y os lo explique con

lealtad. Un buen libro explica lo que son los "maniqueos" antes de refutarlos (1).

3.º El tercero es el de ir a clase todos los días. Pero no basta con la presencia física que se limita a decir "presente" cuando pasen lista. Hace falta llegar *con la lección leída*, estar atentos, tomar notas y usar al Profesor como libro de consulta sin sentir desdoro en pedirle alguna aclaración después de la clase, pero *honradamente* y *sin ánimo de lucro* (pelotillesco).

4.º El cuarto y más importante es el de estudiar la lección nuestra de cada día, leer la del día siguiente y volver a consultar al Profesor cada vez que se presente la necesidad, suprimiendo las consultas en las proximidades de los exámenes por pública honestidad.

5.º Con esos cuatro mandamientos hemos logrado tener la *lección leída*, la *lección entendida* y la *lección estudiada*. El quinto mandamiento es el de *repasar constantemente*, lo que añadirá a las anteriores ventajas esta otra: la *lección sabida*.

6.º Consiste el sexto en trabajar con los textos legales a mano y a la vista, aunque los citen y copien los libros de cabecera. Parece una bobadita ¿verdad? Pues sólo así: manejando desde la más tierna infancia los textos legales se llega a saber lo que dicen y dónde lo dicen, sin tener que recurrir al índice a la vista del cliente, expuestos a un fracaso si se nos ocurre buscar la acción pauliana, por ejemplo.

7.º Es el séptimo el de ganar amigos. En esto no hay términos medios: debéis ser amigos de los mejores, que no son necesariamente los más empollones ni mejor dotados. Si es menester, debéis conquistar e imponerles vuestra amistad. Los amigos que habéis de esforzaros en conseguir no han de ser los más afines sino, quizás, los más complementarios vuestros. Debéis actuar como estímulos y conciencias recíprocos. Y en el momento en que os deis cuenta de que *no os sientan bien a vosotros* o *no les sentáis bien a ellos*, habéis de estar dispuestos a empezar el alejamiento uniformemente acelerado.

8.º El octavo es simétrico del correlativo de la Ley de Dios: no mentirse: no dar nada por sabido. El ataque de suficiencia, aguda o crónica, suele ser mortal de necesidad para el estudiante y sólo se cura con examen de conciencia, dolor de corazón, propósito de

(1) Esto no resulta aplicable a los buenos sermones, porque un buen predicador no pierde el tiempo en hablar de los maniqueos.

enmienda y cumpliendo la penitencia de estudiar lo que se dio por sabido. Para un profesional suele ser más grave, porque no tiene cura. Pasa en esto como en lo otro: hacen falta la fe y las obras. La fe sola: *el complejo de suficiencia*, es protestantismo. Para evitar caer en la tentación, rehuid siempre los caminos fáciles, los atajos y... los apuntes, extractos y sopas de sobre. Ni esos atajos llevan a ningún sitio que valga la pena ir ni estos sobres dejan satisfecho el apetito.

9.º El noveno es hacer todos los días las mismas cosas a las mismas horas, o, dicho de otra manera: ingresar en la Cofradía de Santa Rutina. Parece que es el mismo primer mandamiento que se repite. Pudiera ser porque, según creían los labradores antes de aprender las leyes de la oferta y de la demanda: por mucho trigo no es mal año. Pudiera ser también que, por razones "pedagógicas", hubiera creído conveniente el autor insistir sobre el asunto. Pero no es ni por lo uno ni por lo otro. Lo que quiero remachar es que cada cosa a su tiempo y cuando llegue la hora de divertirse hay que hacerlo con toda el alma sin perder minuto ni pensar en otra cosa, como no sea para reírse de ella, con la boca abierta de oreja a oreja.

10.º El décimo y último es el de "*aprovechar los residuos*". Siempre hay tiempo para todo a condición de no perderlo y si algo nos sale al paso debemos aprovecharlo, porque se puede ganar mucho para el día de mañana: oposiciones, ejercicio profesional... Aunque hayamos salido a cazar codornices podemos cobrar alguna liebre que nos salte de entre los pies o se ponga a tiro. Son incalculables, en cantidad y en calidad, los *residuos* que hay por ahí perdidos y recuperables. Sin ir más lejos, en conversaciones con los amigos.

Estos diez mandamientos se encierran en dos: ser devotos de Santa Rutina y dar clase particular con el Maestro Machaca.

— "¿Y para qué queremos la vida de perros que usted nos programa si hemos de perder la juventud con ese plan de estudios que se acaba usted de sacar de la manga y resulta todavía peor que el otro?"

— "Pues para conquistar la libertad y merecer la vida".

¿Sabéis lo que es la libertad? Según CARNELUTTI (2) "no es *el poder* de hacer lo que guste sino lo que no guste; no es *el poder* sobre los

(2) *Arte del Derecho*, librito escrito directamente en castellano por su autor. Buenos Aires, EJE, "Breviarios de Derecho", 1956, p. 23.

demás sino sobre uno mismo". Vale la pena conquistarla hasta para renunciar libremente a ella. Si el trabajo es una pena, se trata de la redención de la pena por el trabajo, porque os aseguro que *cuando sepáis jugar* no os será penoso el juego y os dará la tranquilidad de conciencia de que merecéis el pan de cada día.

El Profesor DUALDE defendía una teoría pesimista de la vida que "nosotros" (ustedes y yo) no compartimos. Dice así: "La vida es corta. Apenas si dura cuatro artículos. Comienza en el artículo 29 del Código Civil y se acaba en el 32". Según "nuestra" teoría (de ustedes y mía) la vida es larga, amable, buena y vale la pena de ser vivida, a condición de darle buen empleo. Todo es problema de *ahorro* y de *inversión*. No hay, de tejas abajo, negocio de más provecho, mayor porvenir, mejor remunerado ni de más cómodo ejercicio que el de estudiar. El porvenir entero de cada uno está en sus propias manos así como todo granadero de Napoleón llevaba en su mochila el bastón de Mariscal. Cada uno será lo que quiera ser *si lo quiere de verdad*. Quien se conforme con poco, *viva al día y ni ahorre ni invierta*, no irá por buen camino ni llegará lejos. Quien haga *grandes ahorros y fuertes inversiones a largo plazo* será rico (3). Los enemigos del alma de un estudiante, de tejas abajo, son: la vida fácil de hijo de papá y el ganar dinero pronto. Dan la sensación de que ha conquistado el mundo, adormecen los incentivos de superación y al recortar las alas dejan reducida la potencia de vuelo a la de un ave de corral.

II. ¿Qué debe hacer un opositor a Notarías? ¿Cómo debe prepararse para sus ejercicios un opositor a ingreso en el Notariado? Estas cuestiones, de tanto interés para ti, lector, no las verás resueltas ni siquiera tratadas en ningún libro serio y digno. Son remedios secretos, que se comunican en secreto, entre sí, los iniciados, pero que parece vergonzoso pregonar. Son los deberes del Notario.

(3) Leonardo DE VINCI decía que la pintura es "*cosa mentale*". También la riqueza es cosa del ánimo. Una cosa es ser rico y otra tener dinero o riquezas. Se puede ser pobre con mucho dinero y rico sin tener ninguno. Uno de los hombres más ricos de que hay memoria fue San Francisco de Asís.

He aquí los diez mandamientos del opositor:

Primero. *Trabajar en compañía*. El trabajo en un ambiente de trabajo es más fecundo. Búscate un compañero (o varios) que estén a *tu nivel*. Comparte con ellos tus preocupaciones y tus ilusiones. Sed unos de otros fiscales y estímulos recíprocos. Si a la vez o además de un compañero tienes Maestro, mucho mejor.

Segundo. *Trabajar con constancia*. No hacen falta muchas horas cada día, pero sí algunas horas todos los días. Los esfuerzos violentos no resisten la prueba del tiempo. Ni la de la salud. No llega primero el que más corre, ni, sobre todo, llega más lejos.

Tercero. *Trabajar con método*. Fija la ración de temas de cada día y para cada materia. Advertencia importante: Hay que estudiar y aprenderse los temas que a uno le gusten y los temas que a uno no le interesen (4). No dejes ninguna materia, por poca importancia que creas que tiene, para última hora, que los temas finales son los que dejan la impresión del ejercicio. Presta atención cuidadosa al Derecho fiscal. En la práctica, el Derecho privado ha de caminar por los cauces que el Fisco le permite, y es preciso buscar los vados y esquivar las torrenteras. Y cuando una materia no se estudia en su tiempo, ni se sabe ni se aprende después.

Cuarto. *Trabajar con los mismos libros*. Pocos libros pero buenos libros. No pretendas descubrir la pólvora, ni hacer investigaciones monográficas en cada tema. Lo mejor es enemigo de lo bueno. Decía Fernando CAMPUZANO que más vale estudiar un libro diez veces que diez libros una vez. Los libros, como los compañeros y amigos, sólo se conocen al cabo de mucho tiempo de constante trato. Habrá libros mejores que los tuyos. Pero con tu reflexión sobre tus libros, puedes conseguir que no los haya para ti mejores que los tuyos.

Quinto. *Trabajar con textos legales*. Ten siempre a la vista y acostúmbrate a buscar los textos legales, aunque te los citen y copien tus libros de cabecera. Sólo manejando los textos legales se aprende lo que dicen y dónde lo dicen. Consulta y ten presente la jurisprudencia que interpreta y aplica los textos legales, aunque te parezca equivocada. Tu función será servir y no lucirte. Para servir, lo impor-

(4) Este *mandamiento* quedará más eficazmente cumplido si en cada materia estudias los *temas por su orden y grado*.

tante es lo que se aplique, viva y sirva como derecho, y no lo que tú creas que deba ser derecho.

Sexto. *Tiempo y espacio*. Ensaya una distribución razonable de tiempo, reloj en mano, y sacrifícalo todo a las posibilidades de tiempo, en cualquier combinación de temas de todas las materias.

Séptimo. *Reflexión propia. Personalidad*. Reacciona sobre el libro. Utilízalo como guía y no como píldora o disco. Anota tus reacciones y consulta tus notas con frecuencia: te llevarás sorpresas: unas veces agradables, otras veces divertidas. Estimarán en ti más la personalidad que tengas que tu capacidad de recitador de opiniones ajenas. Pero no confundas la personalidad, que es modesta, con la arrogancia petulante. No pierdas el tiempo en proclamar tus méritos y virtudes. Si existen serán reconocidas sin necesidad de prensa y propaganda. Si no existen, quedarás expuesto a la vergüenza pública, con las costas.

Octavo. *Hablar y escribir*. Ensáyate en *decir* temas. Saber una cosa no es siempre saber decirla. Muchas veces no se sabe decir bien una cosa bien sabida, y es lamentable enterarse de ello en mitad de un ejercicio. Ensáyate en ejercicios de redacción escrita. Ten presente que si el ejercicio oral *suele dar* la plaza, el escrito *da* el puesto, que es calidad y provecho. No en vano nos llamamos Letrados y "sabidores del arte de la escribanía". Sin previo adiestramiento en la redacción no tendrás ni siquiera la ventaja material de la soltura de pluma, que será un peso muerto entre tus manos. Los ejercicios escritos son dos: dictamen y escritura razonada, con proyecto de liquidación fiscal. Un dictamen *no es un ejercicio oral por escrito*, sino la solución técnica de un problema real sobre un supuesto de hecho, con el *progreso* lógico de su razonamiento, según el derecho positivo y la jurisprudencia que lo interpreta. Escoge de un fallo o de una resolución los hechos, y *sin leer* los "considerandos", intenta redactarlos por tu cuenta. Confronta luego tu solución y tu razonamiento con los dados al caso. Y reflexiona críticamente sobre las diferencias. Para los ejercicios de *escritura* puedes tomar como guía cualquier manual de formularios, modificándolos a tu gusto, haciendo como un aprendizaje de oficial de Notaría. En su día me quedarás agradecido por el consejo.

Noveno. *No tener prisa*. Los mandamientos anteriores se encierran en éste. A saber: juego limpio. El de ahora puede ser de un

influjo decisivo en tu porvenir, pues, si te creas una fama, resulta luego difícil sobrepasar el expediente, y no siempre es posible. No te lances a opositar hasta que honradamente creas que estás en condiciones de hacerlo. En el Notariado no llega más lejos, ni antes, quien más corre. La buena suerte se paga casi siempre con una deformación psicológica de super-hombre o, lo que es más extraño, pero muy verdadero, con un complejo de inferioridad. Nunca se está suficientemente preparado, en el sentido de no tener ya nada nuevo que aprender... ni que olvidar. Pero hay un punto de madurez, que nadie ha de conocer mejor que tú, si no eres un insensato o un tímido, que te permite ya, honradamente, hacer tus pruebas de aptitud.

Décimo. *Saber perder*. Tiene la oposición un bello y duro sentido deportivo de emulación y de superación. Al perder es cuando los caballeros demuestran serlo. La nuestra es una profesión de caballeros. Quien no sabe perder demuestra, con ello, que no es digno de ser Notario. Más vale perder que perder más, y saber perder es poder ganar. Estudia serenamente las causas de tu fracaso, con propósito de enmienda, y las del éxito ajeno, con propósito de emulación. Sé buen compañero. Y leal. Tu enemigo no es el opositor, ni el Tribunal. Sino los temas. ¡Y tú mismo! No te desalientes. Para triunfar en las pruebas de oposición en el Notariado (las de ingreso y las de ascenso) no se requieren calidades excepcionales, sino buena voluntad, constancia y juego limpio. Quien tenga memoria feliz y brillantez expositiva y recursos de lucimiento, tiene buenas cartas en el juego. Pero, aun sin tener esos triunfos, ha triunfado siempre (o al menos casi siempre) quien ha debido triunfar. Quiero ponerte el ejemplo de un hombre excepcional, modesto, deslucido, sin brillantez, sin teatro y algo premioso de expresión, que a veces lindaba en la tartamudez: Manuel González Rodríguez (q. e. p. d.), que logró ser Notario de Madrid con el número uno indiscutible de su oposición y el respeto de todos sus contrincantes. La lista podría prolongarse indefinidamente. Pero algún día la conocerás "por notoriedad".»

**INFORMACIÓN
Y ESTUDIOS
DE DERECHO FISCAL**



NOTAS SOBRE LA LEY DE PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO PARA EL AÑO 2011 (Ley 39/2010, de 22 de diciembre) (*)

Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés

Notario Honorario

Presidente de la Comisión de Cultura

del Ilustre Colegio Notarial de las Islas Baleares

Como decíamos ayer.. Es un decir, por cuanto ese decíamos era hace trescientos sesenta y cinco días –minuto más, minuto menos–, al tratar de la Ley de Presupuestos para el año 2010 (Ley 26/2009, de 23 de diciembre), en la Circular 11/2010 de la Comisión de Cultura de este Ilustre Colegio Notarial.

No vamos a enjuiciar la Ley en su conjunto, ni opinar sobre si nos ayudará o no a salir del socavón (para los más optimistas, crisis) en que nos han sepultado, digámoslo con suavidad, las circunstancias. Como cada año repasaremos únicamente los aspectos tributarios. Campo en el que las noticias no son nada agradables, por cuanto nadie puede desconocer que se ha producido un incremento generalizado de la presión fiscal, como iremos comprobando paso a paso.

(*) Circular número 15, de 8 de marzo de 2011, de la Comisión de Cultura del Ilustre Colegio Notarial de las Islas Baleares.

A) NORMAS TRIBUTARIAS (TÍTULO VI, ARTS. 59 A 98)

1. IMPUESTOS DIRECTOS

a) Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas

En este impuesto –leemos en el apartado VII del preámbulo–, “... con el fin de dotar de una mayor equidad al Tributo, se introduce una moderada elevación de los tipos de gravamen aplicables para las rentas superiores a 120.000 y 175.000 euros respectivamente.

También con un objetivo de mejora de la distribución de la renta, se modifica la tributación de las retribuciones plurianuales introduciendo un límite de 300.000 euros en la cuantía del rendimiento íntegro sobre la que se aplicará la reducción del 40 por ciento.

Otra modificación la constituye el gravamen como renta del ahorro de las percepciones derivadas de las reducciones de capital social con devolución de aportaciones a los socios de las SICAV, así como en el supuesto de este reparto de prima de emisión de acciones a estos últimos, corrigiéndose el actual diferimiento de la tributación en sede de aquellos. Esta medida se acompaña en el Impuesto sobre Sociedades de un cambio normativo equivalente.

Con el fin de racionalizar las políticas de impulso del acceso a la vivienda, se modifican las deducciones fiscales por adquisición de vivienda y por alquiler de vivienda. A tal fin, con efectos desde el 1 de enero de 2011, se modifica la deducción por inversión en vivienda habitual en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, que sólo será aplicable a los contribuyentes cuya base imponible sea inferior a 24.107,20 euros anuales. Se modifica también, potenciándola, la deducción por alquiler de vivienda habitual al objeto de equipararla a aquella. Además, se eleva la reducción del rendimiento neto procedente del arrendamiento de bienes inmuebles destinados a vivienda, que pasa del 50 al 60 por ciento.

Ahora bien, con objeto de no perjudicar a aquellos contribuyentes que adquieran su vivienda habitual antes del 1 de enero de 2011, se establece un régimen transitorio respetuoso con las expectativas en materia de deducción por inversión en vivienda con anterioridad a la introducción de las nuevas limitaciones”.

Y se añade: "... en el ámbito del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, para las transmisiones de bienes inmuebles no afectos a actividades económicas, se incluye la actualización de los coeficientes correctores del valor de adquisición al uno por ciento. Además se regulan las compensaciones por la pérdida de beneficios fiscales que afectan a determinados contribuyentes con la vigente Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas: los adquirentes de vivienda habitual y los perceptores de determinados rendimientos del capital mobiliario con periodo de generación superior a dos años en 2010, respecto a lo establecido en la normativa del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas vigente hasta el 31 de diciembre de 2006".

Novedades que se plasman en las siguientes disposiciones:

Artículo 59. Coeficientes de actualización del valor de adquisición

A efectos de lo previsto en el apartado 2 del artículo 35 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del IRPF y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio, para las transmisiones de bienes inmuebles no afectos a actividades económicas que se efectúen durante el año 2011, los coeficientes de adjudicación del valor de adquisición serán los siguientes:

Año de adquisición	Coeficiente
1994 y anteriores.....	1,2908
1995	1,3637
1996	1,3170
1997	1,2908
1998	1,2657
1999	1,2430
2000	1,2191
2001	1,1951
2002	1,1717
2003	1,1488
2004	1,1262
2005	1,1041
2006	1,0825

Año de adquisición	Coficiente
2007	1,0613
2008	1,0405
2009	1,0201
2010	1,0100
2011	1,0000

Cuando las inversiones se hubieran efectuado el 31 de diciembre de 1994, será de aplicación el coeficiente 1,3637.

Los coeficientes aplicables a los bienes inmuebles afectos a actividades económicas serán los previstos para el Impuesto sobre Sociedades en el artículo 72 de esta Ley, que examinamos más adelante.

Tratándose de elementos patrimoniales actualizados de acuerdo con lo previsto en el artículo 5 del RD Ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica, son de aplicación las reglas establecidas en el apartado Tres de este mismo artículo 64.

Artículo 60. Reducción por obtención de rendimiento del trabajo y de determinados rendimientos de actividades económicas.

Se introducen en la citada Ley 35/2006, con efectos desde el 1 de enero de 2011 y vigencia indefinida, las siguientes modificaciones:

1. Se dice que se da nueva redacción al artículo 20 (Reducción por obtención de rendimientos del trabajo), cuando no es así, por cuanto se mantiene la que dio la Ley de Presupuestos Generales para el año 2009 (Ley 26/2009). Realmente la modificación es darle vigencia indefinida a la que la Ley que se acaba de citar había introducido únicamente para el año 2010.

Por tanto, los rendimientos netos de trabajo continuarán minorándose en las siguientes cuantías:

a) 4.080 euros anuales, para los contribuyentes con rendimientos iguales o inferiores a 9.180 euros.

b) 4.080 euros menos el resultado de multiplicar por 0,35 la diferencia entre el rendimiento del trabajo y 9.180 euros anuales, para los contribuyentes con rendimientos comprendidos entre 9.180,01 y 13.260 euros.

c) 2.652 euros anuales, para los contribuyentes con rendimientos superiores a 13.260 euros, o con rentas, excluidas las exentas, distintas de las del trabajo superiores a 6.500 euros.

2. Se mantiene, asimismo, el incremento del 100 por ciento de las reducciones previstas en el apartado 1. precedente tratándose de trabajadores activos mayores de 65 años que continúen o prolonguen la actividad laboral, en las condiciones que reglamentariamente se determinen, y contribuyentes desempleados inscritos en la oficina de empleo que acepten un puesto de trabajo que exija el traslado de su residencia habitual a un nuevo municipio, también en las condiciones que reglamentariamente se determinen.

3. Tampoco sufren modificación las minoraciones del rendimiento del trabajo que obtengan las personas con discapacidad, que será de 3.264 euros anuales, y tratándose de personas con discapacidad que acrediten necesitar ayuda de terceras personas o con movilidad reducida o un grado de minusvalía igual o superior al 65 por ciento, de 7.242 euros anuales.

4. También se dice que se modifica el número 1.º del apartado 2 del artículo 32 de la repetida Ley 35/2006, que regula las minoraciones en el rendimiento neto de las actividades económicas en las mismas cuantías que acabamos de enumerar en el artículo 20 precedente, referidas a los rendimientos netos del trabajo.

Todo se mantiene como estableció la Ley 26/2009 para el año 2010. Lo único que se hace es dotarlas de vigencia indefinida. Consecuentemente los tramos siguen siendo iguales (rendimientos iguales o inferiores a 9.180 euros, etc.) y también lo son las minoraciones, al igual que el tratamiento que se da a las personas con discapacidad.

Artículo 61. *Mínimo personal y familiar.*

Seguimos con la misma técnica. Se nos dice que se modifican los artículos 57, 58, 59, 60 y 61 de la Ley 35/2006, cuando lo único que se hace es prorrogar su vigencia, que según la Ley de Presupuestos para el año 2010 era para este año y que ahora se convierte en indefinida.

Repasemos los artículos citados:

1. Artículo 57. Mínimo del contribuyente. Con carácter general será de 5.151 euros anuales. Cuando el contribuyente tenga una edad superior a 65 años, el mínimo se aumentará en 918 euros anuales. Si la edad es superior a 75 años, el mínimo se aumentará adicionalmente en 1.122 euros anuales.

2. Artículo 58. Mínimo por descendiente. 1.836 euros anuales por el primer descendiente menor de veinticinco años o con discapacidad cualquiera que sea su edad, siempre que conviva con el contribuyente y no tenga rentas anuales, excluidas las exentas, superiores a 8.000 euros; 2.040 euros por el segundo; 3.672 por el tercero y 4.182 por el cuarto y siguientes.

A estos efectos, se asimilarán a los descendientes las personas vinculadas al contribuyente por razón de tutela y acogimiento; se considerará que conviven con el contribuyente los descendientes que, dependiendo del mismo, estén internados en centros especializados.

Cuando el descendiente sea menor de tres años, el mínimo a que se refiere el apartado uno anterior se aumentará en 2.244 euros anuales.

En los supuestos de adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente, dicho aumento se producirá, con independencia de la edad del menor, en el periodo impositivo en que se inscriba en el Registro Civil y en los dos siguientes. Cuando la inscripción no sea necesaria, el aumento se podrá practicar en el periodo impositivo en que se produzca la resolución judicial o administrativa correspondiente y en los dos siguientes.

3. Artículo 59. Mínimo por ascendientes. Será de 918 euros anuales, por cada uno de ellos mayor de 65 años o con discapacidad cualquiera que sea su edad, que convive con el contribuyente y no tenga rentas anuales, excluidas las exentas, superiores a 8.000 euros.

Se considerará que conviven con el contribuyente los ascendientes discapacitados que, dependiendo del mismo, sean internados en centros especializados.

Cuando el ascendiente sea mayor de 75 años, el mínimo se aumentará en 1.122 euros anuales.

4. Artículo 60. Mínimo por discapacidad. Será la suma del mínimo por discapacidad del contribuyente y del mínimo por discapacidad de ascendientes y descendientes.

El mínimo por discapacidad del contribuyente será de 2.316 euros anuales cuando sea una persona con discapacidad, y de 7.038 euros anuales cuando acredite un grado de minusvalía igual o superior al 65 por ciento. Mínimo que se aumentará, en concepto de gastos de asistencia, en 2.316 euros anuales cuando acredite necesitar ayuda de terceras personas o movilidad reducida, o un grado de minusvalía igual o superior al 65 por ciento.

El mínimo por discapacidad de ascendientes o descendientes será de 2.316 euros anuales por cada uno de los descendientes o ascendientes que generen derecho a la aplicación del mínimo a que se refieren los expuestos artículos 58 y 59, que sean personas con discapacidad, cualquiera que sea su edad. El mínimo será de 7.038 euros anuales, por cada uno de ellos que acrediten un grado de minusvalía igual o superior al 65 por ciento. Mínimo que se aumentará en 2.316 euros anuales en concepto de gastos de asistencia, por cada ascendiente o descendiente que acredite necesitar ayuda de terceras personas o movilidad reducida, o un grado de minusvalía igual o superior al 65 por ciento.

A los efectos de este Impuesto, tendrán la consideración de personas con discapacidad los contribuyentes que acrediten un grado de minusvalía igual o superior al 33 por ciento. En particular, se considerará acreditado este grado de minusvalía en el caso de los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez, y en el caso de los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad. Igualmente, se considerará acreditado un grado de minusvalía igual o superior al 65 por ciento cuando se trate de personas cuya incapacidad sea declarada judicialmente, aunque no alcance dicho grado.

5. Artículo 61.4. Normas comunes para la aplicación del mínimo del contribuyente y por descendientes, ascendientes y discapacitados. Número que establece que "... en caso de fallecimiento de un descendiente que genere el derecho al mínimo por descendientes, la cuantía será de 1.836 euros anuales por ese descendiente".

Se mantiene la misma cuantía que en los dos ejercicios anteriores.

Artículo 62. *Escalas general y autonómica del Impuesto.*

Con efectos desde el 1 de enero de 2011 y vigencia indefinida se introducen las siguientes modificaciones en la Ley 35/2006:

1. Artículo 63, apartado 1. Escala General del Impuesto. Queda redactado como sigue: "1. La parte de la base liquidable general que excede del importe del mínimo personal y familiar a que se refiere el artículo 56 de esta ley será gravada de la siguiente forma:

1.º A la base liquidable general se le aplicarán los tipos que se indican en la siguiente escala:

Base liquidable Hasta euros	Cuota íntegra Euros	Resto base liquidable Hasta euros	Tipo aplicable Porcentaje
0,00	0,00	17.707,20	12,0
17.707,20	2.124,86	15.300,00	14,0
33.007,20	4.266,86	20.400,00	18,5
53.407,20	8.040,86	66.593,00	21,5
120.000,00	22.358,36	55.000,00	22,5
175.000,20	34.733,36	En adelante	23,5

2.º La cuantía resultante se minorará en el importe derivado de aplicar a la parte de la base liquidable general correspondiente al mínimo personal y familiar, la escala prevista en el número 1.º anterior".

De todos es sabido que, según el artículo 56.1, "El mínimo familiar y personal constituye la parte de la base liquidable que, por destinarse a satisfacer las necesidades básicas personales y familiares del contribuyente, no se somete a tributación por este impuesto"; que, conforme al artículo 56.3, "el mínimo personal y familiar será el resultado de sumar el mínimo del contribuyente y los mínimos por descendientes, ascendientes y discapacidad a que se refieren los artículos 57, 58, 59 y 60 de esta Ley, incrementados o disminuidos a efectos de cálculo del gravamen autonómico en los

importes que, de acuerdo con lo establecido en la Ley 22/2009, por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía, hayan sido aprobadas por la Comunidad Autónoma"; y que según el artículo 57 el mínimo del contribuyente general es de 5.151 euros anuales, que se aumentará en 918 euros anuales si el contribuyente fuera mayor de 65 años y en 1.122 si supera la edad de 75 años.

2. Artículo 74, apartado 1. Escala autonómica del Impuesto. Queda redactado del modo siguiente: "1. La parte de la base liquidable general que excede del importe del mínimo personal y familiar que resulta de los incrementos o disminuciones a que se refiere el artículo 56.3 de esta Ley, será gravada de la siguiente forma:

1.º A la base liquidable general se le aplicarán los tipos de la escala autonómica del Impuesto que, conforme a lo previsto en la Ley 22/2009, por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y ciudades con Estatuto de Autonomía, hayan sido aprobadas por la Comunidad Autónoma.

2.º La cuantía resultante se minorará en el importe derivado de aplicar a la parte de la base liquidable general correspondiente al mínimo personal y familiar que resulta de los incrementos o disminuciones a que se refiere el artículo 56.3 de esta Ley, la escala prevista en el número 1.º anterior".

Artículo 63. *Tipos de gravamen del ahorro.*

Con efectos desde 1 de enero de 2011 (en el BOE figura 2010, pero pienso que debe ser una errata) y vigencia indefinida se introducen en la Ley 35/2006 las siguientes modificaciones:

1. Artículo 66, apartado 1: con referencia a la cuota íntegra estatal, "La base liquidable del ahorro, en la parte que no corresponde, en su caso, con el mínimo personal y familiar a que se refiere el artículo 56 de esta Ley, se gravará a los tipos que aparecen en la siguiente escala:

Parte de la base liquidable Euros	Tipo aplicable Porcentaje
Hasta 6.000 euros	9,50
Desde 6.000,01 euros en adelante	10,50

Los tipos introducidos por la Ley 26/2009, de Presupuestos Generales para el año 2010 eran, respectivamente, el 11,72 y 12,95. Descubrimos, por tanto, una reducción del gravamen.

No se modifica el apartado 2 de este artículo 66, referido a los contribuyentes que tuvieran su residencia habitual en el extranjero (apart. 2 del art. 8 y apart. 1 del art. 10); por tanto, los tipos aplicables continúan siendo el 19 por ciento hasta 6.000 euros y el 21 por ciento desde 6.000,01 euros en adelante.

2. Artículo 76. Respecto de la cuota íntegra autonómica, la base liquidable del ahorro, en la parte que no corresponda, en su caso, con el mínimo personal y familiar que resulte de los incrementos o disminuciones a que se refiere el artículo 56.3 de esta Ley, se gravará hasta 6.000 euros al tipo del 9,50 por ciento (era el 7,28) y desde 6.000,01 euros en adelante al 10,50 por ciento (el año pasado era el 8,05).

Artículo 64. *Supresión de la deducción por nacimiento o adopción.*

Se introducen las siguientes modificaciones:

1. Se suprime el artículo 81 bis con efectos desde 1 de enero de 2011 y vigencia indefinida. La supresión ya estaba hecha por el RD Ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se aportan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público y vigente desde el 25 siguiente.

El artículo 81 bis, que había introducido la Ley 35/2007, de 15 de noviembre, en su disposición final primera, reconocía una deducción por nacimiento o adopción de 2.500 euros anuales. Particularmente nos parece muy poco acertada su supresión y más teniendo en cuenta la escasa repercusión que para las arcas del Estado debía de suponer esta ayuda.

2. Artículo 103, apartados 1 y 2 (devolución derivada de la normativa del tributo). La modificación consiste en suprimir la reforma que se hacía al defenestrado artículo 81 bis. Quedan, por tanto, redactados los apartados de que se trata del modo siguiente:

“1. Cuando la suma de las retenciones, ingresos a cuenta y pagos fraccionados de este Impuesto, así como las cuotas del Impuesto sobre la Renta de no Residentes a que se refiere el párrafo d) del artículo 79 de esta Ley y, en su caso, de la deducción prevista en el artículo 81 de esta Ley sea superior al importe de la cuota resultante de la autoliquidación, la Administración Tributaria practicará, si procede, liquidación provisional dentro de los seis meses siguientes al término del plazo establecido para la presentación de la declaración.

Cuando la declaración hubiera sido presentada fuera de plazo, los seis meses a que se refiere el párrafo anterior se computarán desde la fecha de su presentación.

2. Cuando la cuota resultante de la autoliquidación o, en su caso, de la liquidación provisional, sea inferior a la suma de las cantidades efectivamente retenidas y de los pagos a cuenta de este Impuesto realizados, así como de las cuotas del Impuesto sobre la Renta de no Residentes a que se refiere el párrafo d) del artículo 79 de esta Ley, y en su caso, de la declaración prevista en el artículo 81 de esta Ley, la Administración Tributaria procederá a devolver de oficio el exceso sobre la citada cuota, sin perjuicio de la práctica de las ulteriores liquidaciones provisionales o definitivas, que procedan”.

3. Se mantiene la vigencia de la disposición adicional vigésima sexta (deducción por nacimiento o adopción en el período impositivo 2010).

Artículo 65. *Tributación de los socios o partícipes de las instituciones de inversión colectiva.*

Con efectos para las reducciones de capital y distribución de la prima de emisión efectuadas a partir de 23 de septiembre de 2010 y vigencia indefinida, se modifican los apartados 1 y 2 del artículo 95 de la Ley 35/2006. Modificación que ha sido reiterada (para mí,

extrañamente) en la disposición final novena de la Ley 40/2010, de 29 de diciembre, de almacenamiento geológico de dióxido de carbono –lugar adecuado, lógicamente, dado el título de la Ley–.

Las modificaciones afectan:

1. En lo referente al apartado 1:

— A la letra a), último párrafo, en el que se añade que no resultará de aplicación el régimen de diferimiento previsto en el segundo párrafo de este párrafo a) cuando la transmisión o reembolso o, en su caso, la inscripción o adquisición tenga por objeto participaciones representativas del patrimonio de instituciones de inversión colectiva a que se refiere el artículo 65 que tengan la consideración de fondos de inversión cotizados o acciones de las sociedades del mismo tipo (esta es la innovación –la inclusión de las acciones–), conforme a lo previsto en el artículo 49 del Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva, aprobado por el RD 1309/2005, de 4 de noviembre.

— A la adición de la letra c), según la cual, en los supuestos de reducción de capital de estas sociedades de capital variable que tenga por finalidad la devolución de aportaciones, el importe de esta o el valor normal de mercado de los bienes o derechos percibidos, que se calificará como rendimiento del capital mobiliario de acuerdo con lo previsto en la letra a) del artículo 25.1, se imputarán, con el límite mayor de las cuantías que se indican. El exceso sobre el límite minorará el valor de adquisición de las acciones afectadas (art. 33) hasta su anulación. El exceso se integrará como rendimiento del capital mobiliario procedente de la participación en los fondos propios de cualquier tipo de entidad, en la forma prevista para la distribución de la prima de emisión.

En ningún caso será aplicable la exención prevista en la letra y) del artículo 7 de esta Ley a los rendimientos de capital mobiliario regulados en esta letra.

— Asimismo la adición de la letra d), relativa a los supuestos de la prima de emisión de acciones de sociedades de inversión del capital variable, para imponer la imputación de la totalidad del importe obtenido, sin que sea aplicable la minoración del valor de adquisición de las acciones previsto en el artículo 25.1.e).

2. Por lo que se refiere al apartado 2, que solo constaba de un párrafo, se añade otro, identificándose ambos con las letras a) y b), respectivamente.

En concreto:

— En la letra a) se sustituye la referencia a la Directiva 85/611/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, por la vigente 2009/65/CE del Parlamento y del Consejo, de 13 de julio de 2009.

— Y se añade la letra b), consecuencia de las reformas introducidas en las letras c) y d) del apartado 1 –de anterior reforma–, estableciéndose que lo dispuesto en ellas se aplicará a organismos de inversión colectiva equivalentes a las sociedades de inversión de capital variable que estén registradas en otro Estado, con independencia de cualquier limitación que tuvieran respecto de grupos restringidos de inversores, en la adquisición, cesión o rescate de sus acciones; en todo resultará de aplicación a las sociedades amparadas por la citada Directiva 2009/65/CE, por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva de valores inmobiliarios.

Artículo 66. Porcentajes de reducción aplicables a determinados rendimientos del trabajo.

Se modifica –con efectos desde 1 de enero de 2011 y vigencia indefinida– el apartado 2 del artículo 18 de la Ley.

Se mantiene el 40 por ciento de reducción, en el caso de rendimientos íntegros distintos de los previstos en el artículo 17.2.a), que son los provenientes de pensiones y haberes pasivos percibidos de la Seguridad Social y clases pasivas; los percibidos por los beneficiarios de mutualidades obligatorias de funcionarios, colegios de huérfanos y entidades similares; las prestaciones percibidas por los beneficiarios de planes de pensiones y de las reguladas por la Directiva 2003/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo; los percibidos por los beneficiarios de contratos de seguros concertados con mutualidades de previsión social, de previsión social empresarial y planes de previsión asegurados; y las percibidas por los beneficiarios de los seguros de dependencia.

La novedad es el establecimiento de un límite a la cuantía del rendimiento íntegro sobre la que se aplicará la citada reducción, y que es el de 300.000 euros anuales.

Artículo 67. *Deducción por vivienda habitual.*

También desde 1 de enero de 2011 y vigencia indefinida, se introducen en esta materia dos modificaciones, a saber:

1.º La del apartado 1 del artículo 68, y que afecta:

— A quienes tienen derecho a la deducción. Antes eran todos los adquirentes de vivienda habitual; ahora deben ser contribuyentes cuya base imponible sea inferior a 24.107,20 euros anuales.

— Porcentaje de deducción. Originalmente fue el 10,05 por ciento; ahora sigue siendo el 7,5 por ciento que había introducido la Ley 22/2009, de 18 de diciembre.

— Base máxima de deducción. Antes, 9.015 euros anuales en el supuesto de adquisición o rehabilitación de la vivienda que constituya o vaya a constituir la residencia habitual. Ahora se diferencia según la cuantía de la base imponible; si esta fuese igual o inferior a 17.707,20 euros anuales, la base máxima es de 9.040, también anuales, y si estuviese comprendida entre 17.707,20 y 24.107,20 euros anuales, de 9.040 euros anuales menos el resultado de multiplicar por 1,4125 la diferencia entre la base imponible y 17.707,20 euros anuales.

En el supuesto de que el contribuyente cuya base imponible sea inferior a 24.107,20 euros anuales, efectúe obras e instalaciones de adecuación en la misma, incluidos los elementos comunes del edificio y los que sirven de paso necesario entre la finca y la vía pública, el porcentaje de deducción continúa siendo el 10 por ciento, que había establecido la citada Ley 22/2009, por la que se regula el sistema de financiación de las CCAA de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía y se modifican determinadas normas tributarias (originariamente el 13,4), y la base máxima de deducción, que era en todos los casos de 12.020 euros anuales, independientemente de la antes mencionada de 9.015 euros anuales, se hace depender de la cuantía de la base imponible. Si la misma es igual o inferior a 17.707,20 euros

anuales, deducción de 12.080 euros anuales. Si estuviese comprendida entre 17.707,20 y 24.107,20 euros anuales, será de 12.080 euros anuales menos el resultado de multiplicar por 1,8875 la diferencia entre la base imponible y 17.707,20 euros anuales.

2.º Añadir una nueva disposición transitoria decimoctava (Reducción por inversión en vivienda habitual adquirida con anterioridad a 1 de enero de 2011).

Los contribuyentes cuya base imponible sea superior a 17.724,90 euros anuales que hubieran adquirido su vivienda habitual con anterioridad a 1 de enero de 2011 o satisfecho cantidades con anterioridad a dicha fecha para la construcción de la misma, tendrán como base máxima la deducción respecto de dicha vivienda la establecida en el artículo 68.1.1.º en su redacción en vigor a 31 de diciembre de 2010 (que, como hemos dicho hace unos instantes, era de 9.015 euros anuales), aun cuando su base imponible sea igual o superior a 24.107,20 euros anuales. Igualmente, la base imponible será la que se acaba de indicar respecto de las obras de rehabilitación o ampliación de la vivienda habitual, siempre que se hubieran satisfecho cantidades con anterioridad a 1 de enero de 2011 y las citadas obras estén terminadas antes de 1 de enero de 2015.

Los contribuyentes cuya base imponible sea superior a 17.738,99 euros anuales que hubieran satisfecho cantidades para la realización de obras o instalaciones de adecuación de la vivienda habitual de las personas con discapacidad con anterioridad a 1 de enero de 2011, tendrán como base máxima de deducción la establecida en el artículo 68.1.4.º en su redacción en vigor a 31 de diciembre de 2010 (la antes indicada de 12.020 euros anuales), siempre y cuando las citadas obras o instalaciones estén concluidas antes de 1 de enero de 2015, aun cuando su base imponible sea igual o superior a 24.107,20 euros anuales.

Los contribuyentes cuya base imponible sea igual o superior a 24.107,20 euros anuales no perderán el derecho a las deducciones practicadas con anterioridad al repetido 1 de enero de 2011 por las cantidades depositadas en cuentas vivienda, siempre que tales cantidades se destinen exclusivamente a la primera adquisición o rehabilitación de la vivienda habitual en los términos que se establezcan reglamentariamente.

El respeto a los derechos adquiridos y el principio general de irretroactividad de las leyes son, indudablemente, los culpables de esta transitoria. No todo han de ser malas noticias y apretones de rosca.

Disposición transitoria octava. (Compensación fiscal por deducción en adquisición de vivienda habitual en 2010).

Se mantiene la línea establecida en las Leyes de Presupuestos de 2009 (Ley 2/2008, de 23 de diciembre, disposición transitoria sexta) y 2010 (Ley 26/2009, de 23 de diciembre, disposición adicional cuadragésima quinta).

Se confiere este derecho a los contribuyentes que hubieran adquirido su vivienda habitual con anterioridad a 20 de enero de 2006 utilizando financiación ajena y puedan aplicar en 2010 la deducción por inversión prevista en el artículo 68.1 de la Ley 35/2006, en la redacción dada por la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las CCAA de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía.

La cuantía de esta deducción será la suma de las deducciones correspondientes a la parte estatal y al tramo autonómico de la deducción por inversión en vivienda habitual, calculadas con arreglo a lo dispuesto en los apartados Tres y Cuatro de esta transitoria octava, a los que nos remitimos.

A destacar que en la Ley 2/2008 el importe del incentivo teórico de los dos tramos (estatal y autonómico) era el resultado de aplicar a las cantidades invertidas en dicho año 2008 los porcentajes previstos en los artículos 69 y 79 del Texto Refundido de la Ley del IRPF (RD Legislativo 3/2004, de 5 de marzo, en su normativa vigente a 31 de diciembre de 2006), según se tratara de la parte estatal o autonómica y que en la transitoria que examinamos se aplica a los primeros 4.507,59 euros invertidos en 2010 el porcentaje del 10 por ciento y al exceso hasta 9.015 euros, el 7,5 por ciento, tratándose de la parte estatal. Respecto al tramo autonómico, el importe del incentivo teórico será el resultado de aplicar a los primeros 4.507,59 euros invertidos en 2010 en la adquisición de vivienda, el porcentaje incrementado de deducción que, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 79 del citado texto refundido de la Ley del IRPF, en su normativa vigente a 31 de diciembre de 2006, resultaba de aplicación en

esa Comunidad Autónoma una vez transcurridos dos años desde la adquisición de la vivienda habitual con financiación ajena, incrementado en 3,4 puntos porcentuales, y al exceso hasta 9.015 euros, el incremento será de 2,55 puntos porcentuales.

Artículo 68. *Deducción por alquiler de la vivienda habitual.*

Se modifica, con efectos desde 1 de enero de 2011 y vigencia indefinida, el apartado 7 del artículo 68 de la Ley 35/2006, a saber:

Los contribuyentes cuya base imponible sea inferior a 24.107,20 euros anuales (en la redacción anterior, introducida por la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2008, eran 24.020 anuales) podrán deducirse el 10,05 por ciento (se mantiene igual) de las cantidades satisfechas en el período impositivo.

La base máxima de esta deducción será de:

a) 9.040 euros anuales (antes 9.015), cuando la base imponible sea igual o inferior a 17.707,20 euros anuales (antes 12.000).

b) Y de 9.040 (antes 9.015) euros anuales el resultado de multiplicar por 1,4125 (antes 0,75) la diferencia entre la base imponible y 17.707,20 euros anuales (antes 12.000), cuando la base imponible esté comprendida entre 17.707,20 y 24.107,20 euros anuales (antes 12.000 y 24.020).

Artículo 69. *Reducción por arrendamiento de vivienda.*

1.º Se retoca, con efectos desde 1 de enero de 2011 y vigencia indefinida, el apartado 2 del artículo 23 (gastos deducibles y reducciones), en el sentido de que el rendimiento neto calculado con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1 del mismo precepto, se reducirá en un 60 por ciento. Esta reducción era antes de solo el 50 por ciento. ¡Aleluya! Hemos encontrado una norma beneficiosa para el contribuyente.

La reducción continúa siendo del 100 por ciento cuando el arrendatario tenga una edad comprendida entre 18 y 30 años y unos rendimientos netos del trabajo de actividades económicas en el período impositivo superiores al indicador público de renta de efectos múltiples (el famoso IPREM, al que nos referiremos más adelante al examinar la disposición adicional decimoctava).

2.º Se añade una nueva disposición transitoria decimonovena (Reducción por arrendamiento procedente de contratos anteriores a 1 de enero de 2011), con arreglo a la cual, a efectos de la aplicación de la expuesta reducción del 100 por 100, la edad del arrendatario se ampliará hasta la fecha en que cumpla 35 años cuando el contrato de arrendamiento se hubiera celebrado con anterioridad a 1 de enero de 2011 con dicho arrendatario.

Disposición transitoria novena. Compensación fiscal por percepción de determinados rendimientos del capital mobiliario con período de generación superior a dos años en 2010.

Se reitera lo prevenido en la disposición transitoria séptima de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2009 (Ley 2/2008, de 23 de diciembre), que a su vez había sido reproducida en la transitoria sexta de la Ley de Presupuestos Generales para 2010 (Ley 26/2009, de 23 de diciembre) (vide Circulares 4/2009 y 11/2010 de este Ilustre Colegio, respectivamente).

Se concede derecho a la deducción regulada en esta disposición a los contribuyentes que en el período impositivo 2010 (lógicamente las dos anteriores Leyes citadas se referían a los períodos impositivos 2008 y 2009, respectivamente) integran en la base imponible del ahorro los siguientes rendimientos del capital mobiliario:

- a) Los obtenidos por la cesión a terceros de capitales propios (art. 25.2 de la Ley 35/2006), y
- b) Los rendimientos derivados de percepciones de capital en forma de capital diferido a que se refiere el artículo 25.3.a).1.º de dicha Ley procedentes de seguros de vida o invalidez.

La cuantía de esta deducción era la diferencia positiva entre la cantidad resultante de aplicar el tipo de gravamen del 18 por ciento al saldo positivo resultante de integrar y compensar entre sí el importe total de los rendimientos netos previstos del apartado anterior y el importe teórico de la cuota íntegra que hubiera resultado de haber integrado dichos rendimientos en la base liquidable general con aplicación de los porcentajes indicados en el apartado anterior [que eran, y siguen siendo, el 40 por ciento del artículo 24.2.a), para

los procedentes de cesión a terceros de capitales propios, y el 40 ó 75 por ciento del artículo 24.2.b) para los procedentes de seguros].

La poca claridad –a mi modesto modo de ver– de esta disposición, me hizo solicitar, en la mentada Circular 4/2009, que si lo entendían, me lo explicaran. Pues bien, en esta transitoria novena que repasamos se reitera la redacción, pero se suprime la referencia al 18 por ciento, sustituyéndose por la de “los tipos de gravamen del ahorro previstos en el apartado 2 del artículo 66 de la Ley 35/2006”. Dado que este apartado establece los tipos aplicables a contribuyentes con residencia habitual en el extranjero, entiendo menos lo que pretende el legislador, como no sea aplicar sin más los tipos del 19 y 21 por ciento, cuando la base liquidable sea de hasta 6.000 euros o de 6.000,01 en adelante, respectivamente. Particularmente no me cuadra traer a colación los tipos aplicables a no residentes.

Disposición final vigésimo cuarta. Modificación de la Ley 35/2006.

Con efectos de 1 de enero de 2011, se introducen las dos siguientes modificaciones:

1.^a Apartado 1 de la disposición adicional vigésimo quinta. La única modificación consiste en añadir el año 2011. Por tanto, los gastos e inversiones efectuados durante los años 2007, 2008, 2009, 2010 y 2011 para habitar a los empleados en la utilización de las nuevas tecnologías de comunicación y de la información, cuando su utilización solo pueda realizarse fuera del lugar y horario de trabajo, tendrán el siguiente tratamiento fiscal: a) En el IRPF, la consideración de gastos de formación en los términos previstos en el artículo 42.2.b de esta Ley. b) En el Impuesto sobre Sociedades, darán derecho a la aplicación de la deducción prevista en el artículo 40 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (RD Legislativo 4/2004).

2.^a Se añade una disposición trans. vigésima a la Ley 35/2006, relativa a gastos e inversión para habilitar a los empleados en la utilización de las nuevas tecnologías de la comunicación y de la información, conforme a la cual el artículo 40 del referenciado texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades –derogado por la disposición derogatoria segunda de la Ley 35/2006, con efectos

para los períodos impositivos que se inicien a partir de 1 de enero de 2011- se le resucita y se prorroga su vigencia durante este año 2011.

b) Impuesto sobre la Renta de no Residentes

Como indica el preámbulo, "se modifica también con el propósito de adecuar el ordenamiento interno a la jurisprudencia comunitaria. Para ello se agrupará el porcentaje de participación exigido para que queden exentos los dividendos distribuidos por sociedades filiales residentes en España a sociedades matrices residentes en la Unión Europea o a sus establecimientos permanentes, con el porcentaje de participación requerido por la normativa del Impuesto sobre Sociedades en lo relativo a la aplicación de la deducción del 100 por cien para evitar la doble imposición interna en el pago de dividendos".

Estas directrices generales se plasman, a saber:

1. En el artículo 70 (Rentas Exentas), conforme al cual y con efectos desde 1 de enero de 2011 y vigencia indefinida, se modifican del texto refundido de la ley de este impuesto, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, los siguientes extremos:

Uno. El apartado b) del artículo 14.1, que había sido redactado de nuevo en la disposición final tercera de la Ley 35/2006 del IRPF.

En este artículo 14 se enumeran las rentas exentas, y en su letra b) del apartado 1, los beneficios distribuidos por las sociedades filiales residentes en territorio español a sus sociedades matrices residentes en otros Estados miembros de la Unión Europea o a los establecimientos permanentes de estas últimas situados en otros Estados miembros.

Concretamente las modificaciones afectan a los requisitos especificados en el número 3.º, y que son:

— Párrafo segundo. "Tendrá la consideración de sociedad matriz aquella entidad que posea en el capital de otra sociedad una participación directa o indirecta de, al menos, el 5 por ciento". Según la anterior redacción el porcentaje debía ser el 20 por ciento, y

pasaría a ser del 15 por ciento a partir del 1 de enero de 2007 y del 10 por ciento desde el 1 de enero de 2009.

— Párrafo tercero. Se añade que "También tendrá la consideración de sociedad matriz aquella entidad que habiendo tenido el mencionado porcentaje de participación pero, sin haberse transmitido la participación, este porcentaje tenido se haya reducido hasta un mínimo del 3 por ciento como consecuencia de que la sociedad filial haya realizado una operación acogida al régimen fiscal especial establecido en el Capítulo VIII del Título VII del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo (régimen especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos, canje de valores y cambio de domicilio social de una sociedad europea o una sociedad cooperativa europea de un Estado miembro a otro de la Unión Europea, en la redacción que le dio la Ley 25/2006, de 17 de julio, en su artículo Tercero, por la que se modifica el régimen fiscal de las reorganizaciones empresariales y del sistema portuario y se aprueban medidas tributarias para la financiación societaria y para el sector del transporte por carretera –sin duda, el lugar más adecuado para modificar la Ley del Impuesto sobre Sociedades–), o una operación en el ámbito de ofertas públicas de adquisición de valores. Esta consideración se mantendrá dentro del plazo de tres años desde la realización de la operación en tanto que en el ejercicio correspondiente a la distribución de los dividendos no se transmite totalmente la participación o ésta quede por debajo del porcentaje mínimo exigido del 3 por ciento", y

— Párrafo quinto. Se faculta al Ministro de Economía y Hacienda (para un servidor lo correcto habría sido referirse al "Ministerio de...", no al titular de un Ministerio), para declarar, a condición de reciprocidad, que lo establecido en la letra h) sea de aplicación a las sociedades filiales que revistan una forma jurídica diferente de las previstas en el anexo de la directiva y a los dividendos distribuidos a una sociedad matriz que posea en el capital de una sociedad filial residente en España una participación directa o indirecta de, al menos, el 5 por ciento, o el 3 por ciento (aquí la novedad, pues en la normativa anterior era el 10 por ciento) en el caso de una operación acogida al citado régimen especial del Capítulo VIII del Título VII del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre

Sociedades, o una operación en el ámbito de las ofertas públicas de adquisición de valores, siempre que se cumplan las restantes condiciones establecidas en esta letra h).

Dos. Se añade una letra m) al apartado 1 del reseñado artículo 14, conforme al cual se declaran exentos los cánones o regalías satisfechos por una sociedad residente en territorio español o por un establecimiento permanente situado en este de una sociedad residente en otro Estado miembro de la Unión Europea a una sociedad residente en otro Estado miembro o a un establecimiento permanente situado en otro Estado miembro de una sociedad residente de un Estado miembro cuando concurren los siguientes requisitos:

1.º Que ambas sociedades estén sujetas y no exentas a alguno de los tributos mencionados en el artículo 3 a).iii) de la Directiva 2003/49/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003.

2.º Que ambas sociedades revistan alguna de las formas previstas en el anexo de dicha Directiva.

3.º Que ambas sociedades sean residentes fiscales en la Unión Europea y que, a efectos de un convenio para evitar la doble imposición sobre la renta con un tercer Estado, no se consideren residentes en ese tercer Estado.

4.º Que ambas sociedades sean asociadas. A estos efectos, dos sociedades se considerarán asociadas cuando una posea en el capital de la otra una participación directa de, al menos, el 25 por ciento, o una tercera posea en el capital de cada una de ellas una participación directa de, al menos, el 25 por ciento. Participación que deberá haberse mantenido ininterrumpidamente durante el año anterior al día en que se haya satisfecho el pago del rendimiento o, en su defecto, deberá mantenerse durante el tiempo que sea necesario para completar el año.

5.º Que, en su caso, tales cantidades sean deducibles para el establecimiento permanente que satisface los rendimientos en el Estado en que esté situado.

6.º Que la sociedad que reciba tales pagos lo haga en su propio beneficio y no como mera intermediaria o agente autorizado de otra persona o sociedad y que, tratándose de un establecimiento permanente, las cantidades que recibe estén efectivamente relacionadas

con su actividad y constituyan ingreso computable a efectos de la determinación de su base imponible en el Estado en que esté situado.

Lo establecido en esta letra m) no será de aplicación cuando la mayoría de los derechos de voto de la sociedad perceptora de los rendimientos se posea, directa o indirectamente, por personas físicas o jurídicas que no residan en Estados miembros de la Unión Europea, excepto cuando aquella pruebe que se ha constituido por motivos económicos válidos y no para disfrutar indebidamente del régimen previsto en esta letra m).

2. En el artículo 71 (Cuota tributaria). Se suprime la letra h) del apartado 1 del artículo 25 del texto refundido de la Ley a que nos estamos refiriendo. Letra h) que establecía el 2 por ciento como tipo de gravamen en los rendimientos del trabajo percibidos por personas físicas no residentes en territorio español en virtud de un contrato de duración determinada para trabajadores extranjeros de temporada, de acuerdo con lo establecido en la normativa laboral.

Se recuerda que el tipo de gravamen general es el 24 por ciento, tras la modificación que introdujo la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, en su disposición final tercera.

c) Impuesto sobre Sociedades

La principal medida que se introduce –leemos en el Preámbulo de la Ley de Presupuestos que estamos repasando– está dirigida a las pequeñas y medianas empresas, y tiene por objeto permitir que las entidades de reducida dimensión puedan seguir disfrutando del régimen especial que les resulta aplicable durante los tres ejercicios inmediatos siguientes a aquel en que se supere el umbral de ocho millones de euros de cifra de negocios que posibilita acogerse al régimen, medida que se extiende al supuesto en que dicho límite se sobrepase a resultas de una reestructuración empresarial, siempre que todas las entidades intervinientes tengan la antedicha condición. Esta medida se complementa con la exención por la modalidad de operaciones societarias del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados de las ampliaciones de capital que realicen en 2011 y 2012.

Además –sigue diciendo el Preámbulo– se procede, para adaptar la normativa interna al ordenamiento comunitario, a adecuar la regulación de la deducción del fondo de comercio financiero.

Se recogen, por último, como cada año, medidas para la fijación de los coeficientes aplicables en los activos inmobiliarios en los supuestos de transmisión, y la regulación de la forma de determinar los pagos fraccionados durante el ejercicio 2011.

Veamos estas novedades pasito a pasito:

Artículo 72. *Coefficientes de corrección monetaria.*

Con efectos para los períodos impositivos que se inician durante el año 2011, los coeficientes previstos en el artículo 15.9.a) del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo), en función del momento de adquisición del elemento patrimonial transmitido, serán los siguientes:

	Coeficiente
Con anterioridad a 1 de enero de 1984.....	2,2719
En el ejercicio 1984	2,0630
1985	1,9052
1986	1,7937
1987	1,7087
1988	1,6324
1989	1,5612
1990	1,5001
1991	1,4488
1992	1,4167
1993	1,3982
1994	1,3730
1995	1,3180
1996	1,2553
1997	1,2273
1998	1,2114
1999	1,2030
2000	1,1960
2001	1,1722
2002	1,1580

	Coeficiente
2003	1,1385
2004	1,1276
2005	1,1127
2006	1,0908
2007	1,0674
2008	1,0343
2009	1,0120
2010	1,0000
2011	1,0000

La manera de aplicar estos coeficientes se determina en el apartado Dos de este mismo artículo.

Artículo 73. Pago fraccionado.

Se mantienen los mismos porcentajes de las últimas Leyes de Presupuestos Generales, esto es:

1. El 18 por ciento para la modalidad de pago fraccionado previsto en el apartado 2 del artículo 45 del texto refundido de la Ley de este Impuesto, es decir, para los sujetos pasivos cuyo pago reglamentario de declaración estuviera vencido el primer día de los veinte naturales de los meses de abril, octubre y diciembre.

2. Y para la modalidad prevista en el apartado 3 del propio artículo 45 (la aplicable a los sujetos pasivos que hubieran optado, durante el mes de febrero del año natural en la correspondiente declaración anual, realizar los pagos fraccionados los tres, nueve u once primeros meses de cada año natural), el porcentaje será el resultado de multiplicar por cinco séptimos el tipo de gravamen reducido por defecto.

Esta modalidad es obligatoria para los sujetos pasivos cuyo volumen de operaciones, calculado conforme al artículo 121 de la Ley del IVA (Ley 37/1992, de 28 de diciembre), haya superado la cantidad de 6.010.121,04 euros durante los doce meses anteriores a la fecha en que se inicien los períodos impositivos dentro del año 2011.

Artículo 74. Amortización fiscal del fondo de comercio financiero.

Con efectos para los períodos impositivos que concluyan a partir del 21 de diciembre de 2007 y vigencia indefinida, se modifica el apartado 5 del artículo 12 del texto refundido de la Ley del Impuesto de Sociedades, referente a "correcciones de valor, pérdida de valor de los elementos patrimoniales", en la redacción que le había dado el apartado Dos de la disposición adicional octava de la Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base a la normativa de la Unión Europea.

La modificación consiste en añadir un tercer párrafo, en el que se dispone que "La deducción establecida en este apartado no será de aplicación a las adquisiciones de valores representativos de la participación en fondos propios de entidades residentes en otro Estado miembro de la Unión Europea, realizadas a partir de 21 de diciembre de 2007".

Artículo 75. Regla de valoración en las reducciones de capital con devolución de aportaciones.

Se modifica el apartado 4 del artículo 15 del texto refundido (Reglas de valoración; regla general y reglas especiales en los supuestos de transmisiones lucrativas y societarias), con efectos a partir de 23 de septiembre de 2010, con independencia del período impositivo en el que se realicen y vigencia indefinida, añadiéndole tres párrafos más, a saber:

"No obstante, tratándose de operaciones realizadas por sociedades de capital de inversión variable reguladas en la Ley de Instituciones de Inversión Colectiva no sometidas al tipo general de gravamen, el importe total percibido en la reducción de capital con el límite del aumento del valor liquidativo de las acciones desde su adquisición o suscripción hasta el momento de la reducción de capital social, se integrará en la base imponible del socio sin derecho a ninguna deducción en la cuota íntegra.

Cualquiera que sea la cuantía que se perciba en concepto de distribución de la prima de emisión realizada por dichas sociedades

de inversión de capital variable, se integrará en la base imponible del socio sin derecho a deducción alguna en la cuota íntegra.

Se aplicará lo anteriormente señalado a organismos de inversión colectiva equivalentes a las sociedades de inversión de capital variable que estén registradas en otro Estado, con independencia de cualquier limitación que tuvieran respecto de grupos restringidos de inversiones, en la adquisición, acción o rescate de sus acciones; en todo caso resultará de aplicación a las sociedades amparadas por la Directiva 2009/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009 por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios”.

Extrañamente, repito –extrañamente para el autor–, se vuelve a repetir la circunstancia de que la Ley 40/2010, de 29 de diciembre, de almacenamiento geológico de dióxido de carbono, en su disposición final décima, reitera que se modifica el apartado 4 del artículo 15 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, dándole la misma reducción que acabamos de reproducir contenida en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011, Ley 39/2010, aprobada siete días antes, y que estamos examinando.

Artículo 76. Incentivos fiscales para las empresas de reducida dimensión.

Le toca al turno al artículo 108 del repetido texto refundido (Ámbito de aplicación. Cifra de negocios). Concretamente a su apartado 4.

La modificación, que con efectos para los períodos impositivos iniciados a partir de 1 de enero de 2011, consistía en fijar la cifra de negocios para aplicar los incentivos fiscales establecidos en el capítulo XII del Título VII del Texto Refundido, cuya rúbrica es la de “Incentivos fiscales para las empresas de reducida dimensión”, en ocho millones de euros.

Y empleamos el verbo en tiempo pasado por cuanto esta modificación ha sido dejada sin efecto antes de entrar en vigor por haber sido derogada por la disposición derogatoria única, 2, del Real Decreto Ley 14/2010, de 23 de diciembre, por el que se establecen medidas urgentes para la concesión del déficit tarifario del sector público (lugar muy adecuado), con objeto de evitar –lo dice el Preám-

bulo- antinomias normativas. Real Decreto-Ley que, en su disposición final tercera, eleva la cifra de negocios de ocho a diez millones de euros. De este modo "la principal medida que se introduce", son palabras ya reproducidas del preámbulo de la Ley de Presupuestos, ha quedado en agua de borrajas por haber cambiado el legislador (?) de criterio en un solo día, y es que el Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre, que había entrado en vigor ese mismo día (BOE núm. 293), ya había modificado el artículo 108 de marras, fijando la cifra de negocios en diez millones de euros.

Disposición adicional quincuagésima octava. **Deducción por doble imposición sobre dividendos de fuente interna en el Impuesto sobre Sociedades.**

En esta Adicional se modifica, con efecto para los períodos impositivos iniciados a partir de 1 de enero de 2011, el apartado 2 del artículo 30 del Texto Refundido (Deducción para evitar la doble imposición interna; dividendos y plusvalías de fuente interna).

En el primer párrafo de este artículo se establece una deducción del 100 por ciento cuando los dividendos o participaciones en beneficios procedan de entidades en las que el porcentaje de participación, directo o indirecto, sea igual o superior al cinco por ciento, siempre que dicho porcentaje se hubiera tenido de manera ininterrumpida durante el año anterior al día en que sea exigible el beneficio que se distribuye o, en su defecto, que se mantenga el tiempo que sea necesario para completar un año.

Es el segundo párrafo, que se añade, donde se contiene la modificación, al establecerse que la indicada deducción del 100 por ciento también será de aplicación en los casos en que se haya tenido dicho porcentaje de participación pero, sin embargo, sin haber transmitido la participación, se haya reducido el porcentaje tenido hasta un mínimo del tres por ciento como consecuencia de que la entidad participada haya realizado una operación acogida al régimen fiscal especial establecido en el capítulo VIII del Título VII de esta Ley (régimen especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos, canje de valores y cambio de domicilio fiscal de una sociedad europea o una sociedad cooperativa europea de un Estado miembro a otro de la Unión Europea), o una operación en el ámbito de ofertas públicas

de adquisición de valores. Lo anterior será aplicable a los dividendos distribuidos dentro del plazo de tres años desde la realización de la operación en tanto que en el ejercicio correspondiente a la distribución no se transmita totalmente la participación o esta quede por debajo del porcentaje mínimo exigido del tres por ciento.

d) Impuesto sobre Bienes Inmuebles

Se mantienen los valores catastrales, teniendo en cuenta la situación del mercado inmobiliario, tal y como señala el Preámbulo.

Resulta, no obstante, curioso que en el artículo 77 de la Ley de Presupuestos que nos ocupa, se establezca que los valores catastrales se actualizarán mediante la aplicación del coeficiente 1. Curioso, porque multiplicar por 1 no es actualizar.

Repite dicho artículo 77 las mismas reglas contenidas en el artículo 78 de la Ley de Presupuestos para el año 2010 (Ley 26/2009, de 23 de diciembre) para la aplicación del coeficiente, si bien referidas a valores asignados en 2009, lógicamente, y que reiteramos para evitar su búsqueda, a saber:

a) Cuando se trate de inmuebles valorados conforme a los datos obrantes en el Catastro, se aplicará sobre el valor asignado para 2010.

b) Cuando se trate de valores catastrales modificados en el ejercicio 2010, obtenidos de la aplicación de Ponencias de valores parciales aprobadas en el mencionado ejercicio, se aplicará sobre dichos valores.

c) Cuando se trate de inmuebles que hubieran sufrido alteraciones de sus características conforme a los datos obrantes en el Catastro, sin que dichas variaciones hubieran tenido efectividad, el mencionado coeficiente se aplicará sobre el valor asignado a tales inmuebles, en virtud de las nuevas circunstancias, por la Dirección General del Catastro, con aplicación de los módulos que hubieran servido de base para la fijación de los valores catastrales del resto de los bienes inmuebles del municipio.

d) En el caso de inmuebles rústicos que se valoren, con efectos 2011, conforme a lo dispuesto en el apartado 1 de la disposición trans. primera del texto refundido de la Ley del Catastro, el coeficiente

únicamente se aplicará sobre el valor catastral vigente en el ejercicio 2010 para el suelo del inmueble no ocupado por las construcciones.

Se establece, además:

1.º Que quedan excluidos de la actualización los valores catastrales obtenidos de la aplicación de las Ponencias de valores totales aprobadas entre el 1 de enero de 2001 y el 30 de junio de 2002, así como los valores resultantes de las Ponencias de valores parciales aprobadas desde la primera de las fechas indicadas en los municipios en que haya sido de aplicación el artículo segundo de la Ley 53/1997, de 27 de noviembre, por la que se modifica parcialmente la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, y se establece una reducción en la base imponible del IBI.

2.º Que el incremento de los valores catastrales de los bienes inmuebles rústicos previsto en este artículo no tendrá efectos respecto al límite de base imponible de las explotaciones agrarias que condiciona la Inclusión en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social de los Trabajadores por cuenta propia, que seguirá rigiéndose por su legislación específica.

2. IMPUESTOS INDIRECTOS

a) Impuesto sobre el Valor Añadido

El Preámbulo aclara que únicamente se introducen las modificaciones que son consecuencia de la necesaria adaptación del ordenamiento interno a la normativa comunitaria (¡para lo que nos sirve la UE!).

Las modificaciones –todas con efectos desde el 1 de enero de 2011 y vigencia indefinida– son las siguientes:

Artículo 78. Adaptación de la Ley del IVA a la Directiva 2009/69/CE del Consejo, de 25 de junio de 2009, por la que se modifica la Directiva 2006/112/CE, relativa al sistema común del IVA en lo que respecta a la evasión fiscal vinculada a la importación.

Uno. Se modifica el número 1.2.º del artículo 27 (Importaciones de bienes cuya entrega en el interior estuviera exenta del impuesto),

conforme al cual estarán exentas las importaciones de "Los bienes cuya expedición o transporte tenga como punto de llegada un lugar situado en otro Estado miembro, siempre que la entrega ulterior de dichos bienes efectuada por el importador o su representante fiscal estuviere exenta en virtud de lo dispuesto en el artículo 25 de esta Ley".

La novedad consiste en incluir al representante fiscal y añadir un segundo párrafo, conforme al cual "La exención prevista en este número quedará condicionada al cumplimiento de los requisitos que se establezcan reglamentariamente".

Dos. Se modifica el artículo 86 (Importación. Sujetos Pasivos). A la redacción vigente, tras la modificación introducida en el artículo 6, undécimo, de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, se le añade un nuevo apartado Tres, del siguiente tenor: "Tres. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado uno de este artículo, cuando se trate de las importaciones a que se refiere el número 12.º del artículo 27 de esta Ley –de anterior referencia– y el importador actúe mediante representante fiscal, éste último quedará obligado al cumplimiento de las obligaciones materiales y formales derivadas de dichas importaciones en los términos que se establezcan reglamentariamente".

Artículo 79. Adaptación de la Ley del IVA a la Directiva 2009/162/UE del Consejo, de 22 de diciembre de 2009, por la que se modifican diversas disposiciones de la Directiva 2006/112/CE, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido.

Se modifican:

Uno. La letra h) del número 3.º del artículo 9.º (Operaciones asimiladas a las entregas de bienes). De acuerdo con el artículo 9, se considerarán asimiladas a las entregas de bienes a título oneroso: 3. La transferencia por un sujeto pasivo de un bien corporal de su empresa con destino a otro Estado miembro, para afectarlo a las necesidades de aquella en este último y quedarán excluidas de lo dispuesto en este número las transferencias de bienes que se utilicen para la realización de las operaciones que enumera seguidamente,

entre las que se encuentran las de la letra h). Letra h) que había sido redactada por la Ley 22/2005, de 18 de noviembre, por la que se incorporaban al ordenamiento jurídico español diversas Directivas comunitarias en materia de fiscalidad de productos energéticos y electricidad y del régimen fiscal aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes, y se regula el régimen fiscal de las aportaciones transfronterizas a fondos de pensiones en el ámbito de la UE.

Con arreglo a la nueva redacción, quedan excluidas "h) Las entregas de gas a través de una red de gas natural situada en el territorio de la Comunidad o de cualquier red conectada a dicha red, las entregas de electricidad o las entregas de calor o de frío a través de redes de calefacción o de refrigeración, que se considerarán efectuadas en otro Estado miembro de la Comunidad con arreglo a los criterios establecidos en el apartado siete del artículo 68 de esta Ley".

Dos. El número 1.º del apartado uno del artículo 20 (Exenciones en operaciones interiores). Según la nueva redacción, estarán exentas: "1.º Las prestaciones de servicios y las entregas de bienes accesorias a ellas que constituyan el servicio postal universal siempre que sean realizadas por el operador u operadores que se comprometan a prestar todo o parte del mismo.= Esta exención no se aplicará a los servicios cuyas condiciones de prestación se negocien individualmente".

Queda, por tanto, sin efecto la redacción que a este número 1 había dado la Ley 23/2005, de 18 de noviembre, de reformas en materia tributaria para el impulso a la productividad, en su artículo 2, Uno.

Tres. El apartado nueve del artículo 22 (Exenciones en las operaciones asimiladas a las explotaciones). Se retoca la redacción del primer párrafo de este apartado y se le añade un segundo. En consecuencia, estarán exentas: "Nueve. Las entregas de bienes y prestaciones de servicios destinadas a los organismos internacionales reconocidos por España o al personal de dichos organismos con estatuto diplomático, dentro de los límites y en las condiciones fijadas en los convenios internacionales por los que se crean tales organismos o en los acuerdos de sede que sean aplicables a cada caso.= En particular, se incluirán en este apartado las entregas de bienes y las prestaciones de servicios destinadas a la Comunidad Europea, a

la Comunidad Europea de la Energía Atómica, al Banco Central Europeo o al Banco Europeo de Inversiones, o a los organismos creados por las Comunidades a los que se aplica el Protocolo de 8 de abril de 1965 sobre los privilegios y las inmunidades de las Comunidades Europeas, dentro de los límites y conforme a las condiciones de dicho Protocolo y a los acuerdos para su aplicación o a los acuerdos de sede, siempre que con ello no se provoquen distorsiones en la competencia”.

Cuatro. El número 7.º del artículo 27 (Importación de bienes cuya entrega en el interior estuviese exenta del Impuesto). En la redacción originaria este número 7 consideraba exentas las importaciones de billetes de banco de curso legal. En esta modificación se declaran exentas las importaciones de “7.º. Las divisas, billetes de banco y monedas que sean medios legales de pago, a excepción de las monedas y billetes de colección y de las piezas de oro, plata y platino”.

Cinco. El artículo 61 (Importaciones de bienes destinados a organizaciones internacionales). A la redacción primigenia de este artículo, en el que se declara la exención de las importaciones de bienes efectuadas por organismos internacionales reconocidos por España y las realizadas por sus miembros con estatuto diplomático, se le añade un segundo párrafo similar al ya expuesto del apartado nueve del artículo 22, incluyendo la exención de las importaciones realizadas por la Comunidad Europea, la Comunidad Europea de la Energía Atómica y demás entidades y organismos incluidos en el mentado apartado nueve.

Seis. El número 3.º del artículo 66 (Exenciones en las importaciones de bienes para evitar la doble imposición). Este número 3, en la redacción que le había dado el artículo 1.º de la Ley 2/2010, de 1 de marzo, por la que se trasponen determinadas Directivas en el ámbito de la imposición indirecta y se modifica la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes para adaptarla a la normativa europea, decía que estaban exentas “Las importaciones de gas a través del sistema de distribución de gas natural o de electricidad, con independencia del lugar en el que deba considerarse efectuada la entrega de dichos productos”.

La nueva redacción es del siguiente tenor literal: “3.º Las importaciones de gas a través de una red de gas natural en el

territorio de la Comunidad o de cualquier red conectada a dicha red, las entregas de electricidad o las entregas de calor o de frío a través de las redes de calefacción o de refrigeración, con independencia del lugar en el que deban considerarse efectuadas las entregas de dichos bienes.= La exención establecida en este número resultará igualmente aplicable a las importaciones de gas natural realizadas a través de buques que lo transporten para su introducción en una red de distribución del mismo o en una red previa de gaseoductos”.

Siete. El apartado siete del artículo 68 (Lugar de recepción de las entregas de bienes). Se modifica la redacción que le había dado la citada Ley 22/2005, en su artículo 1, utilizando la misma terminología expuesta al examinar la letra h) del número 3.º del artículo 9.

En efecto, las entregas de gas realizadas a través del sistema de distribución de gas natural o electricidad, se entenderán efectuadas en el territorio de aplicación del Impuesto en los supuestos que se citaban a continuación, en la redacción de la Ley 22/2005. De acuerdo con la nueva, se modifica el primer párrafo, que ahora se refiere a “Las entregas de gas a través de una red de gas natural situada en el territorio de la Comunidad o de cualquier red conectada a dicha red, las entregas de electricidad o las entregas de calor o de frío a través de las redes de calefacción o de refrigeración, se entenderán efectuadas en el territorio de aplicación del Impuesto en los supuestos que se citan a continuación...”. Supuestos que son los mismos previstos en la redacción anterior, con la única salvedad de que en el párrafo segundo del número 1 se añaden los empresarios o profesionales revendedores cuya actividad principal respecto de las compras de calor o de frío consiste en su reventa y el consumo propio de los mismos sea insignificante. Antes solo se incluían las compras de gas y electricidad.

Ocho. La letra k) del apartado dos del artículo 69 (Lugar de la realización de las prestaciones de servicios. Reglas generales). Se modifica la redacción dada por la también citada Ley 2/2010 al artículo 69, en cuyo apartado dos se establecen las excepciones a lo dispuesto en el número 2 del apartado Uno del mismo artículo, en el sentido de que no se entenderán realizados en el territorio de aplicación del Impuesto los servicios que se enumeran seguidamente cuando el destinatario de los mismos no sea un empresario o profe-

sional actuando como tal y esté establecido o tenga su domicilio o residencia habitual fuera de la Comunidad, salvo en el caso de que dicho destinatario esté establecido o tenga su domicilio o residencia habitual en las Islas Canarias, Ceuta o Melilla, y se trate de los servicios a que se refieren las letras a) a l) siguientes.

Concretamente, la letra k) recoge "La provisión de acceso a las redes de gas natural situadas en el territorio de la Comunidad o a cualquier red conectada a dichas redes, a la red de electricidad, de calefacción o de refrigeración; y el transporte o distribución a través de dichas redes, así como la prestación de otros servicios directamente relacionados con cualquiera de los servicios comprendidos en esta letra".

Nueve. El número 4.º del apartado uno del artículo 97 (Requisitos formales de deducción). La Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, dio nueva redacción a este número 4, con arreglo a la cual solo podían ejercitar el derecho a la deducción los empresarios o profesionales que estén en posesión del documento justificativo de su derecho; considerándose únicamente como documentos justificativos, en el indicado número 4, "La factura expedida por el sujeto pasivo en los supuestos previstos en el artículo 165, apartado uno de esta Ley".

Esta redacción ha sido modificada del modo siguiente: "4.º. La factura original o el justificante contable de la operación expedido por quien realice una entrega de bienes o una prestación de servicios al destinatario, sujeto pasivo del impuesto, en los supuestos a que se refieren los números 2.º, 3.º y 4.º del apartado uno del artículo 84 y el artículo 140 quince de esta Ley, siempre que dicha entrega o prestación esté debidamente consignada en la declaración-liquidación a que se refiere el número 6.º del apartado uno del artículo 164 de esta Ley.= Cuando quien realice la entrega de bienes o la prestación de servicios esté establecido en la Comunidad, la factura original a que se refiere el párrafo anterior deberá contener los requisitos recogidos en el artículo 226 de la Directiva 2006/112/CE, del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido".

Diez. El apartado cuatro del artículo 99 (Ejercicio del derecho a la deducción). Se mantiene la redacción que le dio la Ley 4/2008, de

23 de diciembre, por la que se suprime el gravamen del Impuesto sobre el Patrimonio, se generaliza el sistema de devolución mensual en el IVA, y se introducen otras modificaciones en la normativa tributaria, excepto en cuanto al párrafo tercero del apartado cuatro a que nos estamos refiriendo, que se suprime, y que recogía el supuesto a que se refiere el artículo 165 de esta Ley, en cuyo caso las cuotas se entenderán soportadas en el momento en el que se expida la factura a la que se refiere este artículo 99, salvo que el momento del devengo sea posterior a dicha emisión, supuesto en el que dichas cuotas se entenderán soportadas en el momento de devengo de las mismas.

Once. El artículo 165 (Reglas especiales en materia de facturación). Se mantiene la redacción que le dio la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, salvo en cuanto a su apartado Uno, que se suprime, y que hacía referencia a los supuestos contemplados en los artículos 84, apartado uno, números 2 y 3, y 140 quinque de esta Ley, y en las adquisiciones intracomunitarias definidas en el artículo 13, número 1, de la misma; supuesto en el que, a la factura expedida por quien efectuó la entrega de bienes o prestación de servicios correspondiente o al justificante contable de la operación, se debía unir una factura que contenga la liquidación de impuesto, factura que se debía ajustar a los requisitos que se establecieran reglamentariamente.

Doce. La disposición adicional cuarta (Delimitación de las referencias a los Impuestos Especiales). Se añade a la redacción que le había dado la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, un segundo párrafo, conforme al cual, "No obstante, a los efectos de lo dispuesto en esta Ley, no tendrán la naturaleza de bienes objeto de los Impuestos Especiales ni la electricidad ni el gas natural utilizado a través de una red situada en el territorio de la Comunidad o de cualquier red conectada a dicha red".

Trece. Letra a) del apartado quinto del Anexo. Se mantiene la redacción del párrafo primero según la citada Ley 55/1999, y se modifica la del segundo, que establecía que a los efectos del párrafo anterior no tenía la consideración de bien objeto de los Impuestos Especiales la electricidad. En la nueva redacción, "Lo dispuesto en el

párrafo anterior resultará igualmente aplicable al gas natural entregado a través de una red situada en territorio de la Comunidad o de cualquier red conectada a dicha red”.

b) Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados

Uno. Artículo 80. *Escala por transmisiones y rehabilitaciones de grandezas y títulos nobiliarios.*

La modificación no pilla a nadie por sorpresa, por cuanto se limita a actualizar la escala que grava la transmisión y rehabilitación de Grandezas y Títulos Nobiliarios al 1 por ciento.

Con este fin, el citado artículo 80 dispone que, con efectos desde 1 de enero de 2011, la escala a que hace referencia el párrafo primero del artículo 43 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el RD Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, será la siguiente:

ESCALA	Transmisiones directas Euros	Transmisiones transversales Euros	Rehabilitaciones y reconocimiento de títulos extranjeros Euros
1.º Por cada título con grandeza	2.594	6.502	15.589
2.º Por cada grandeza sin título	1.854	4.649	11.129
3.º Por cada título sin grandeza	739	1.854	4.461

Dos. *Disposición transitoria séptima. Incentivos fiscales para las empresas de reducida dimensión.*

Durante los años 2011 y 2012 se exonera de la modalidad de operaciones societarias los aumentos de capital social de todas las entidades que cumplan con los requisitos establecidos para la aplicación

del régimen de incentivos fiscales para las empresas de reducida dimensión, regulados en el Capítulo XII del Título VII del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

De nuevo nos encontramos con la sorpresa de que esta transitoria no entrará en vigor, por haber sido derogada por el citado Real Decreto-Ley 14/2010, de 23 de diciembre, en su disposición derogatoria única.2., asimismo con el "objeto de evitar antinomias normativas". Antinomia surgida por la entrada en vigor del también citado Real Decreto-Ley 13/2010, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo, que en su artículo 3.º modificó el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, dando nueva redacción a su artículo 45.I.B).11, declarando exentas "La constitución de sociedades, el aumento de capital, las aportaciones que efectúen los socios que no supongan aumento de capital y el traslado a España de la sede de dirección efectiva o del domicilio social de una sociedad cuando ni una ni otro estuvieran previamente situados en un Estado miembro de la Unión Europea". Exención que es aplicable a todas las sociedades y sin limitación temporal.

3. OTROS TRIBUTOS

Según leemos en el Preámbulo, las tasas se actualizan, con carácter general, al 1 por ciento los tipos de cuantía fija de las tasas de la Hacienda estatal, excepto las tasas que se hayan creado o actualizado específicamente por normas dictadas en el año 2010. Por su parte, la tasa de reserva del dominio público radioeléctrico se mantiene, en términos generales, sin variación.

Las cuantías de las tasas portuarias establecidas en la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general, tras la modificación de la misma acontecida en el año 2010, se aplicarán sin actualización alguna, sin perjuicio del régimen de actualización propio establecido por dicha Ley para la tasa de ocupación y la tasa de actividad.

También se mantienen, con carácter general, para el ejercicio 2011, los tipos y cuantías fijos establecidos para las tasas que graven los juegos de suerte, envite o azar, en los importes exigibles durante 2010.

La tasa por expedición del pasaporte electrónico se incrementa como consecuencia del incremento de los costes de servicio (según el art. 84, con efectos del 1 de enero de 2011 y vigencia indefinida, queda establecido en 25 euros).

La tasa de aproximación mantiene la tarifa establecida en la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2010, y se actualizan las tasas de aterrizaje, de seguridad y por prestación de servicios y utilización del dominio público aeroportuario.

Se establecen las bonificaciones aplicables en los puertos de interés general a las tasas de ocupación, del buque, del pasaje y de la mercancía, así como los coeficientes correctores de aplicación a las tasas del buque, del pasaje y de la mercancía en los puertos de interés general, de acuerdo con el mandato contenido en la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general, en la redacción dada a la misma por la Ley 33/2010, de 5 de agosto.

Por su parte, la tasa por reserva del dominio público radioeléctrico se mantiene, en términos generales, sin variación.

Y se modifican las tarifas de las tasas por las distintas modalidades de Propiedad Industrial, reduciéndose en términos generales respecto de las actualmente vigentes, así como se actualiza la tasa por análisis y estudios de las operaciones de concentración.

La regulación reseñada está contenida en los artículos 83 a 98, ambos inclusive, de la Ley de Presupuestos que estamos repasando. Dado el escaso interés notarial nos limitamos a esta mera indicación. Posiblemente sean las tasas de la propiedad industrial las que más puedan acercarse a nuestra labor, de ahí que puntualicemos que están reguladas en los artículos 95 (marcas), 96 (patentes) y 97 (diseño industrial), a los que nos remitimos.

B) OTRAS DISPOSICIONES

Uno. Avales para garantizar valores de renta fija emitidos por Fondos de titulación de activos (art. 50.5).

La constitución de los Fondos de titulación de activos a que se refieren los cuatro apartados anteriores estará exenta de todo

arancel notarial y, en su caso, registral. ¿Habrá alguna reforma que no se acuerde de nosotros y de los Registradores?

Dos. Interés legal del dinero (disposición adicional decimoséptima).

Se mantienen los establecidos en la disposición adicional octava de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales para el año 2010, o sea, el 4 por ciento hasta el 31 de diciembre de 2011 (art. 1 de la Ley 24/1984, de 29 de junio) y, durante el mismo período, el de demora será del 5 por ciento (art. 26.6 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria).

Tres. Determinación del indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM) para 2011 (disposición adicional decimooctava).

Tampoco sufren modificaciones los del pasado año (vide disposición adicional decimonovena de la citada Ley 26/2009), para la racionalización de la regulación del salario mínimo interprofesional y para el incremento de su cuantía (art. 2.2 del RD Ley 3/2004, de 25 de junio), a saber: a) El IPREM diario, 17,75 euros; b) el mensual, 532,51 euros; c) el anual, 6.390,13 euros; y d) En los supuestos en que la referencia al salario mínimo interprofesional ha sido sustituida por la referencia al IPREM en aplicación de lo establecido en el referenciado RD Ley, la cuantía anual del IPREM será de 7.455,14 euros cuando las correspondientes normas se refieran al salario mínimo interprofesional en cómputo anual, salvo que expresamente excluyeran las pagas extraordinarias; en este caso, la cuantía será de 6.390,13 euros.

Cuatro. Subvenciones al transporte aéreo y marítimo para residentes en Canarias, Baleares, Ceuta y Melilla (disposición adicional vigésima quinta).

Se mantiene el régimen precedente, limitándose esta adicional a estar a lo regulado en el artículo 6 de la Ley 19/1994, de 6 de junio, de Modificación del Régimen Económico y Fiscal de Canarias, y en el artículo 5 de la Ley 30/1998, de 29 de julio, del Régimen Especial de las Illes Balears; así como a autorizar al Gobierno de la Nación para que, durante el 2011, modifique o, en su caso, reemplace el actual

régimen de las subvenciones al transporte aéreo y marítimo para residentes en las Islas Canarias, Baleares, Ceuta y Melilla, por otro sistema de compensación. Modificación que nunca podrá suponer una disminución de la ayuda prestada o un deterioro en la calidad del servicio, ni incremento de los créditos asignados a esta finalidad.

Recordemos que fue la disposición dicional cuadragésimo cuarta de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2007 (Ley 46/2006, de 28 de diciembre), la que introdujo la reducción del 50 por ciento para viajes realizados entre las Comunidades y Ciudades Autónomas mencionadas y el resto del territorio nacional; el 25 por ciento en las tarifas del transporte marítimo y el 50 por ciento las de transporte aéreo en viajes interinsulares, aplicables a los ciudadanos españoles, de los demás Estados de la UE, de los Estados pertenecientes al Espacio Económico Europeo y de Suiza residentes en Canarias, Baleares, Ceuta y Melilla.

Cinco. Financiación de la Iglesia Católica (disposición adicional vigésima novena).

Queda también congelada la aportación que durante el año 2011 el Estado entregará mensualmente a la Iglesia Católica, a cuenta de la cantidad que deba asignarle por aplicación de lo dispuesto en los apartados Uno y Dos de la disposición adicional decimoctava de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007 (que es el 0,7 por ciento de la cuota íntegra del IRPF, correspondiente a los contribuyentes que manifiesten expresamente su voluntad en tal sentido). La cantidad es de 13.266.216,12 euros.

Antes del 30 de noviembre de 2012 se efectuará una liquidación provisional de la asignación correspondiente a 2011, practicándose la liquidación definitiva antes del 30 de abril de 2011. Ambas liquidaciones, una vez efectuadas, se procederá por las dos partes a regularizar, en un sentido o en otro, el saldo existente.

Seis. Modificación de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (disposición adicional cuarta).

Con efectos de 1 de enero de 2011 y vigencia indefinida se modifica el apar. 6 del artículo 36 de la LAU (Ley 29/1994, de 24 de noviembre). Apartado que había introducido la Ley 13/1996, de 30 de diciem-

bre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, en su artículo 145, y que queda con la siguiente redacción: "6. Quedan exceptuadas de la obligación de prestar fianza la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las entidades que integran la Administración Local, los organismos autónomos, las entidades públicas empresariales y demás entes públicos vinculados o dependientes de ellas, y las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social en su función de colaboración en la gestión de la Seguridad Social, así como sus Centros y Entidades Mancomunadas, cuando las rentas hayan de ser satisfechas con cargo a sus respectivos presupuestos".

Siete. Modificación del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas locales, aprobado por RD Legislativo 2/2004, de 5 de mayo (disposición final décima).

Se modifica la disposición transitoria duodécima del citado texto refundido, relativo a la determinación de la base liquidable del Impuesto sobre Bienes Inmuebles (IBI), con la misma redacción que habían dado las Leyes de Presupuestos Generales del Estado para los años 2007 (Ley 42/2006, de 28 de diciembre) y 2009 (Ley 2/2008, de 23 de diciembre), con el cambio lógico de fechas, que en las leyes que se acaban de citar eran hasta el 31 de diciembre de 2008 y 2010, respectivamente, y en la actual es hasta el 31 de diciembre de 2012.

Por consiguiente, hasta esta última fecha citada, la determinación de la base liquidable del IBI, atribuida a los Ayuntamientos en el párrafo 3 del artículo 77 de esta Ley, se realizará por la Dirección General del Catastro, salvo que el Ayuntamiento comunique a dicho Centro Directivo que la indicada competencia será ejercida por él; comunicación que deberá realizarse antes de que finalice el mes de febrero del año en el que asuma el ejercicio de la mencionada competencia.

Ocho. Modificación de la Ley 9/2009, de 6 de octubre, de ampliación de la duración del permiso de paternidad en los casos de nacimiento, adopción o acogida (disposición final decimotercera).

La ampliación del permiso de paternidad (a cuatro meses ininterrumpidos, ampliables en los supuestos de partos, adopciones o aco-

gimientos múltiples a dos días más por cada hijo a partir del segundo), iba a entrar en vigor, según la disposición final segunda de la mentada Ley 9/2009, a partir del 1 de enero de 2011. Pues bien, en esta final decimotercera se le da nueva redacción y se establece que la entrada en vigor será a partir de 1 de enero de 2012.

La habitual reseña que hacíamos en años anteriores a la Ley de Presupuestos Generales de nuestra Comunidad Autónoma no es factible, por cuanto en este año no se ha aprobado ninguna Ley de Presupuestos, por lo cual han quedado automáticamente prorrogados los aprobados en la Ley 9/2009, de 21 de diciembre (vide BOIB núm. 189, de 29 de diciembre de 2009, y nuestra Circular 11/2010), de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21.2 de la LO 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas. En el mismo sentido, el artículo 41 del Texto Refundido de la Ley de Finanzas de nuestra CA, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2005, de 24 de junio; concretamente este año la Orden del Consejero de Economía y Hacienda de 28 de diciembre de 2010 –publicada en el BOIB núm. 191 EXT. del 31 siguiente– ha determinado las particularidades presupuestarias y contables que deben regir la prórroga de los Presupuestos de 2010 hasta la aprobación de la Ley de Presupuestos Generales de esta CA para el año 2011.

Así como a Ingrid Bergmann y Humphrey Bogart les quedaba París, a los juristas nos ha quedado cara de lelos al comprobar cómo se está legislando, hasta el punto de que una Ley de Presupuestos ignora modificaciones introducidas una veintena de días antes y se ve derogada en puntos concretos para evitar discordancias normativas. Y empleo el término “derogar” porque es el usado por el legislador en su repetido Real Decreto-Ley 14/2010, si bien personalmente tengo mis dudas de que el artículo 76 y la disposición transitoria séptima de la Ley de Presupuestos Generales, que hemos repasado, hubieran entrado en vigor antes del 1 de enero de 2011 y, por tanto, que se pueda derogar lo que no ha llegado a ser Ley (cfr. art. 2 C.c. y la voz “derogar” en el Diccionario de la Lengua española de la RAE). Recordemos que el artículo 34 de la Ley General Presupuestaria (Ley 47/2003, de 26 de noviembre) mantiene el principio de anualidad al establecer que el ejercicio presupuestario coincidirá con el año natural (vide, asimismo, el art. 134.4 de nuestra Constitución).

Ponemos, pues, punto final a esta estresante Circular –tanto para el autor como sus lectores–, no sin antes felicitar cordialmente a los que hayan tenido el valor de leérsela de cabo a rabo.

¡Hasta el año que viene si Dios quiere!

ACTUALIDAD JURÍDICA



CARTA AL TIEMPO

Fernando Antonio Cárdenas González (1)

Amigo lector, deseo compartir contigo esta reflexión para que nos recuerde nuestra condición humana, convencido de que el notario tiene que conservar, sobre todas las cosas, su **oído agudo** al clamor del hermano; su **mano abierta** para dar más que recibir; su **corazón dispuesto** para amar a su semejante sin distingos y su **mente clara** para reconocer su mortalidad y aceptarla. Hoy comparto esta carta que he escrito al tiempo, a ustedes: segundos, minutos, horas, días, semanas, meses, años, décadas y centurias. Ustedes son tiempo y conforman en su unión lo que conocemos como: **eternidad**.

Ustedes devoran todo, transforman todo, cambian y aniquilan formas y reglas, por eso estoy solicitando su alianza para que guarden y respeten los tesoros que posee nuestro instituto, son principios morales, deontológicos y éticos que son las columnas que cimientan el edificio de la **fe pública**, de nuestra razón de ser, de nuestra cofradía y ministerio. Quiero, amigo tiempo, que en tu transcurrir no permitas que varíen o se distorsionen esos valores.

El notario es humano y por lo mismo frágil, de ahí la necesidad de reparar de continuo la lección que debe recordarnos que somos depositarios de la **fe**, de la **esperanza** y la **certidumbre**, de esa virtud tan necesaria en la vida del hombre que significa creer en lo que no vio, es pues, la fe, la certeza de lo que se espera, convicción de lo que no se ve y que se traduce en certidumbre en la incertidumbre. La fe debe ser el principal huésped de nuestro palacio, la debemos custodiar y respetar ante todo, pues es nuestra y los notarios somos de ella.

Cronos, prométenos en pacto de caballeros, dejar intacta la **dignidad** a la que también nombramos huésped distinguido de nuestro ministerio, ya que sobre cualquier circunstancia estará la dignidad del notario y, bajo ninguna condición o reto, ésta deberá ser lastimada. El escribano será digno hasta el fin de sus días.

(1) Notario en la ciudad de Torreón, Estado de Coahuila, México, académico y autor de diversas obras jurídicas.

Tiempo que formas el antes y el después de cualquier acontecimiento haz perdurar el alto rango y la importancia que tiene el **valor**, no cambies su esencia, ya que esta cara virtud es indispensable en el diario vivir del notario que le permite aceptar, tranquilamente, el devenir cotidiano de los hechos. Nuestra cofradía siempre deberá conservar el valor y el temple para aceptar conscientemente los retos adversos, para acatar lo inevitable y para sortear cualquier desafío para atracar en buen puerto la misión que nos ha sido encomendada. Para nadie es desconocido que un hombre de valor siempre será un hombre de valía.

La guadaña que porta Cronos saca de raíz cualquier postura, mas te pido que la postura del notario sea respetada para que conserve la salud del alma que irradia la luz de los consagrados y que hace que la gente vea un ser transparente y limpio; la **honestidad**, por más que pase el tiempo, por más que transcurran los siglos, será la virtud que abrillantaré el quehacer del notario, pues un hombre honesto siempre estará a la altura del rey más digno.

La honestidad es la virtud más atacada por las tentaciones, siempre habrá un demonio que esté dispuesto a destruirla y retirarla del seno que ocupa dentro del alma del notario; por lo tanto, amigo tiempo, prométeme que también serás aliado de nosotros para vigilar que la honestidad del notario salga siempre invicta ante cualquier reto y desafío.

Calendarios que miden el tiempo, les encargo humildemente que toda nuestra hermandad reconozca que en nosotros siempre habrá **igualdad**, sí, entre los notarios no deberá haber distinción ni rangos, todos somos notarios y todos medimos lo mismo, nuestra fraternidad se basa en la relación horizontal, no hay entre nosotros mayores ni menores, a excepción de los **notarios decanos**, que han entregado a nuestro instituto toda su experiencia, toda su energía y vida, ellos sí tienen un sitio de honor dentro de nuestro palacio con una cohorte compuesta de admiración, devoción y respeto total.

De ellos, de los notarios mayores, hemos recibido el exhorto de que siempre conservemos la **hidalguía**, pues esta virtud es la faceta más representativa del notario y seremos hidalgos en todas nuestras acciones y disposiciones, de tal manera que esta virtud será el freno para que nunca, bajo ninguna circunstancia, doblemos vencidos nuestra cerviz. La hidalguía nos hará lucir serenos ante cualquier investidura, diáfanos y cristalinos ante cualquier sismo social y luciremos erguidos junto a la verdad hasta el fin del tiempo.

Tú, tiempo, dueño de la eternidad que todo lo ves y lo presencias, haz que se perpetúen en nuestro instituto estos valores de la **fe, dignidad, valor, honestidad, igualdad e hidalguía** porque con ellos las demás virtudes, para ser un buen notario, se darán por añadidura. Prométenos ayudarnos por el bien de la humanidad.

Nosotros no significamos nada ante la grandeza que posees, en el mejor de los casos nuestro paso por el escenario del universo será de cien años,

nada frente a la eternidad, te prometemos que durante nuestra existencia cumpliremos cabalmente con nuestra misión para volvernos a encontrar, como buenos amigos, para ver qué más podemos añadirle a nuestra exigencia.

Queda claro, amigo tiempo, que esta misiva va dirigida a ti por ser tan importante e indispensable, pues nuestra dimensión depende de ti y de la forma, pero tú mismo reconoces que hay algo que siempre ha estado antes y después de ti; sí, no eres tú lo más importante, porque en el organigrama cósmico está por encima de ti la fuerza y presencia de un Dios que todo lo puede, el Padre de todas las luces.

En presencia de ese Ser Superior te presento mi agradecimiento para asociarte con nosotros en este gran pacto, mañana ya no estaremos, pero terminaremos nuestra existencia con la fe, la esperanza y certidumbre que ese pacto de caballeros que hemos firmado lo cumplirás, y entregarás esta misiva a las nuevas generaciones para que las comprometas y continúen con la superación de la institución del notariado y perdure junto contigo.

GESTIÓN DE TIERRAS RURALES POR ENTES PÚBLICOS

A. M. Cosialls Ubach

Editorial Comares, Granada, 2011

Un volumen de 114 páginas

Por José María de la Cuesta Sáenz

Catedrático de Derecho Civil

Universidad de Burgos

La obra de referencia, debida a la pluma del Dr. COSIALLS UBACH, cuyo dominio de la problemática jurídica de las tierras rurales ha proporcionado ya algún fruto de notable importancia (*El régimen jurídico de la propiedad agraria sujeta a la nueva PAC*, Ed. Atelier, Barcelona, 2009), ya reseñado en esta revista, nos presenta un detallado estudio de la propiedad pública de tierras rurales, su régimen y su funcionalidad, que viene a ser un adecuado complemento de aquella excelente obra, lógicamente de mucha menor extensión, como corresponde a la menor proporción de tierras públicas existente en las agriculturas desarrolladas y a su correlativo menor desarrollo legislativo.

Los institutos jurídicos cuyo estudio aborda el autor son, especialmente en el Derecho español, institutos jurídicos relativamente recientes, ya que se trata de regulaciones emanadas por algunas comunidades autónomas en el ejercicio de competencias legislativas asumidas en sus respectivos estatutos de autonomía, al amparo del artículo 148.1.7.º de la Constitución, pero en la línea de la vieja Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, y que conocemos como "bancos de tierras", existentes en el Derecho aragonés, en el Derecho asturiano, en el Derecho gallego y en el Derecho catalán de arrendamientos rústicos (y también en el *non nato* "fondo de tierras" de Castilla y León, cuya principal fuente nutricia fue declarada inconstitucional por la STC 150/1998, de 2 de julio).

En su introducción el autor nos advierte que se trata de estudiar los citados institutos y también los equivalentes en otros Estados europeos y norteamericanos, para formular propuestas, no de reparto de tierras en el sentido propugnado por la reforma agraria de corte clásico, sino de mejora de la eficiencia de las explotaciones y de la gestión de los bienes públicos.

Comienza el autor la primera parte con el estudio de las Leyes 14/1992, de 28 de noviembre, sobre el Banco de Tierras y el Patrimonio Agrario de Aragón, y la Ley 4/1989, de 21 de julio, sobre Banco de Tierras de Asturias, pasando revista al modo de constituirse y explotarse tales bienes, que curiosamente, en ambos casos proceden sobre todo de las fincas sobrantes y de propietarios desconocidos de la concentración parcelaria (art. 44.1 de la Ley de Asturias y art. 1.3 de la Ley de Aragón, regulaciones ambas que, dicho sea de paso, el Tribunal Constitucional habría seguramente anulado, de haber sido recurridas, aplicando la doctrina contenida en su sentencia núm. 150/1998, de 2 de julio, que declaró inconstitucional y anuló el apartado b) del artículo 100 de la Ley de Concentración Parcelaria de Castilla y León del año 1990 y obstaculizó la constitución de su Fondo de Tierras), para terminar con el estudio de la regulación del Banco de Tierras de Galicia por Ley 7/2007, de 21 de mayo.

Estos tres textos legales se describen bastante exhaustivamente y se comentan críticamente en cuanto se trata de sistemas demasiado centrados en las titularidades jurídico reales los dos primeros, y excesivamente complejo el tercero.

Seguidamente se comienza el estudio de institutos que cumplen similar función en otros ordenamientos jurídicos, por el *Conservatoire de l'espace littoral et des rivages lacustres* de Francia, creado por Ley de 10 de julio de 1975, que aunque no se dedica exclusivamente a gestión de tierras agrícolas, y su finalidad principal es la salvaguardia del medio ambiente, resulta que, indirectamente y de forma bastante ágil, puede contemplar la actividad agrícola y ganadera cuando sean compatibles con sus fines principales.

La parte IV del libro se dedica a la gestión federal de terrenos rústicos en los Estados Unidos de América, encomendada desde 1946 al nivel federal, al *Bureau of Land Management*, que gestiona sus propias tierras, o las cede para tal gestión a órganos de los Estados, los cuales a su vez han creado sus propias estructuras administrativas a tal efecto.

La parte V desciende al estudio de las instituciones y sistemas arbitrados en algunos Estados, comenzando por Alabama, que tiene una peculiar y completa organización para la explotación de terrenos de diversas procedencias y utilidades, que se venden o arriendan mediante subasta pública.

También el Estado de Alaska dispone de una organización bastante desarrollada, para la gestión, la enajenación o el arrendamiento de tierras públicas a agricultores (preferentes) u otros colectivos preferentes como los veteranos, que ofrece mecanismos ágiles y versátiles.

La parte VI extrae la conclusión general, respecto del Derecho español, de que falta un cuerpo de normas suficientemente desarrollado y adaptado a las peculiaridades regionales, porque una vez derogada la legislación de baldíos de la Edad Moderna y especialmente del siglo XVIII, por los Decretos

de las Cortes de Cádiz y la subsiguiente legislación desvinculadora y desamortizadora, los intentos más recientes que se estudian carecen de coherencia y están lastrados por una excesiva contemplación de la propiedad y otros derechos reales como base de actuación, así como por una falta de prioridades claras a la hora de gestionar los bienes públicos.

Por último, el autor formula una propuesta articulada para el Patrimonio Rural de Cataluña, pero que bien podría servir de modelo, *mutatis mutandis*, para cualquier territorio dada su formulación bastante abstracta, en la que se superan sin duda todas las objeciones que se pueden oponer a las normas vigentes, que son las que explican en buena medida la escasa operatividad que se puede predicar del conjunto de las normas vigentes en la materia.

En fin, el lector tiene ante sus ojos una obra representativa de lo que debería ser un Derecho de reforma de las estructuras agrarias aplicable a las tierras de titularidad pública, o cedidas por particulares a entes públicos de gestión, acorde con las necesidades de la actividad agraria y las exigencias medioambientales del momento en que vivimos. Una propuesta de política legislativa del más alto interés, pero sobre cuya futura incorporación al Derecho positivo hay que abrigar por desgracia serias dudas, a las que no es ajena la errática construcción jurídico-constitucional de nuestra organización territorial, basada en el Título VIII de la Constitución.

HOMENAJE A VÍCTOR MANUEL GARRIDO DE PALMA

Varios autores

Coordinadores:

José Carlos Sánchez González

Francisco Javier Gardeazábal del Río

Pedro José Garrido Chamorro

Consejo General del Notariado

y Thomson Reuters (Legal) Limited

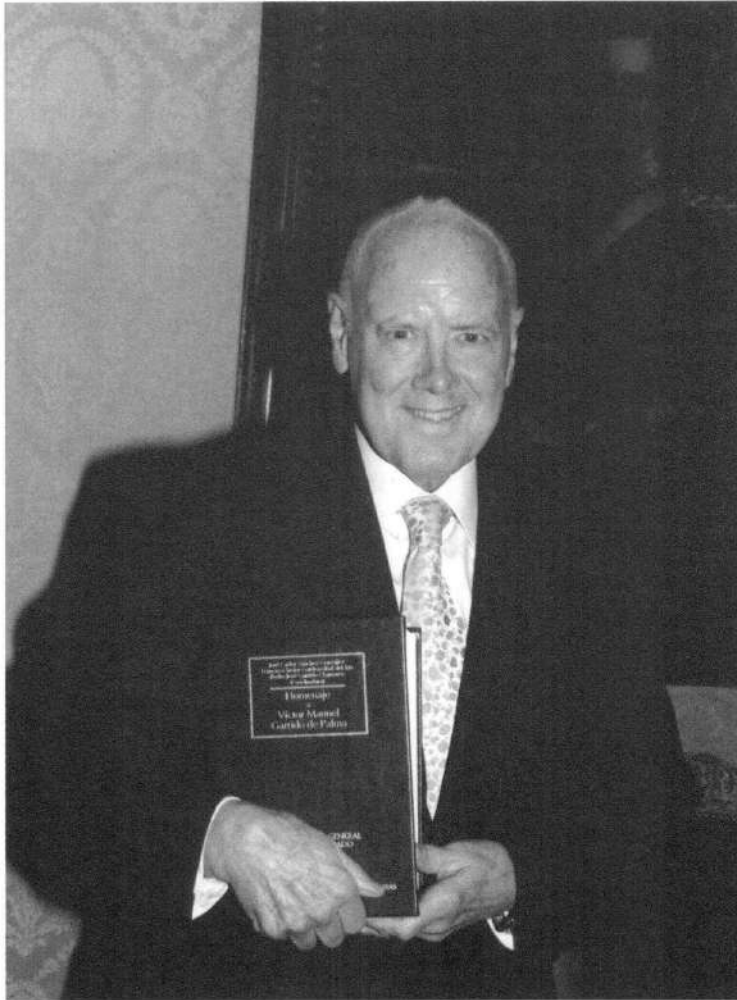
Cizur Menor (Navarra), 2010

1742 páginas

Por Gabriel García Cantero

Catedrático Emérito de Derecho Civil

Universidad de Zaragoza



Víctor Manuel Garrido de Palma

1. Se ha consolidado ya, en el ámbito científico europeo, un género de publicaciones que, bajo diversas denominaciones (*Libros de Homenaje* o *En Memoria*, *Scritti in onore di*, *Travaux en honneur de*, *Melanges ou Recueils*, *Festschrift*, *Liber Amicorum*, o similares), recogen ordenadamente una pluralidad de colaboraciones con la que se trata de honrar a una personalidad científica o profesional. Si inicialmente tal actividad no solía traspasar los muros de la Universidad, hoy es cada vez más frecuente que también sean profesionales de cualquier especialidad los destinatarios de tales publicaciones. Entre los notarios españoles han destacado, con alguna distancia en el tiempo, los homenajes rendidos a Juan B. VALLET DE GOYTISOLO (1988), a Ildelfonso SÁNCHEZ MERA (2002) y a Alberto BALLARÍN MARCIAL (2008) (1), línea significativa en la que, indudablemente, cabe situar el presente volumen, que tan merecidamente se dedica a Víctor Manuel GARRIDO DE PALMA (2010).

Hay también algunas reglas no escritas que poco a poco van imponiéndose en la práctica (sin tratar aquí del nada fácil aspecto financiero, tan decisivo en tiempos de crisis). A la inicial libertad de elección del *tema* por parte del colaborador ha sucedido el señalamiento de un tema general –por necesidad, fijado con términos amplios–, o de varios posibles que suelen relacionarse con los campos de investigación o de actividad desarrollados por el homenajeado; circunstancias que resultan útiles, pues permiten que la obra profundice en un tema de actualidad, o permita comentar una ley de reciente promulgación, evitando de paso la anárquica dispersión o la eventual convergencia de las colaboraciones. La opción que haya elegido el equipo responsable –aplicable, a veces, a su extensión (2)– va a influir decisivamente en la fisonomía de la obra, y quizá hasta en el número de trabajos presentados (algunos colaboradores desisten y otros pueden ver rehusadas sus aportaciones). Por lo demás, es normal incluir en aquella un detallado *curriculum vitae* del homenajeado así como la indicación –más o menos completa– de su *lista de publicaciones*. Datos ambos que no suelen faltar en los dedicados a profesores universitarios (actualmente obligados a presentar ambos en gran número de ocasiones a lo largo de su actividad docente e investigadora).

La *ocasio* del homenaje puede ser variada, siendo normal el momento de la jubilación, o de haber recibido alguna recompensa o premio, o de alcanzar determinada edad (hasta hace algunos años era habitual, entre los grandes maestros alemanes, que se festejara el 60.º, 70.º u 80.º aniversario de su nacimiento), o también con ocasión de su óbito, sobre todo si había sido

(1) Me he ocupado del dedicado al último autor mencionado en "Visión sobre el Derecho agrario desde la perspectiva de un homenaje", RDAA, núm. 54, enero-junio 2009, pp. 101-113.

(2) ¿En qué medida se ha observado en este caso la recomendación del Equipo de coordinación, de *no más de treinta páginas por trabajo*?

inesperado y repentino. Tampoco es infrecuente que, iniciado el homenaje en vida, le sobrevenga la muerte antes de que se publique la obra, lo que obliga a transformar la festiva entrega de la obra en una sentida sesión necrológica.

2. En el presente caso los indicados requisitos mínimos se han cumplido con notable sobriedad. Un breve Prólogo firmado por el Presidente del Consejo General del Notariado, don Antonio Ojeda Escobar, evoca su conocimiento personal del homenajeado: *"Allá por el año 1970 conocí a Víctor, al participar en unas oposiciones restringidas. En aquella época, conservaban éstas toda su importancia por el número de opositores y por la trascendencia que tenían tanto en la formación científica como en el ascenso y promoción de los notarios. Después, a lo largo de estos años hasta nuestro reencuentro en el Consejo, han sido numerosas las referencias elogiosas de sus alumnos repartidos por toda la geografía notarial.- Porque Víctor ha sido un verdadero maestro y ha sabido compatibilizar la atención de su despacho, el estudio del Derecho, como acreditan sus numerosas publicaciones, y la preparación de sus alumnos. En este aspecto, ha sabido transmitirles no sólo una sólida formación jurídica, sino también una concepción de la función notarial acorde con su sentido ético y de servicio y defensa de los derechos de la persona. Llegada su jubilación, era lógico pensar en su retirada y disfrutar del sosiego y de la tranquilidad en el seno familiar. Pero su amor y entrega al Notariado le impulsan a seguir en primera línea: dirige el servicio de publicaciones del Consejo; mantiene una presencia constante en la Revista Jurídica del Notariado con una sección centrada en la práctica notarial y conserva su permanente dedicación al estudio del Derecho. Buen ejemplo de ello son sus últimas publicaciones sobre sociedades".* A modo de conclusión, el presidente del Consejo afirma rotundamente: *"Víctor ha sido y sigue siendo un verdadero maestro. Su trayectoria personal, su dedicación al Notariado y sus virtudes personales hacen de Víctor una figura señera del Notariado español en la estela de nuestros eminentes antecesores"* (3). Resulta admirable la concisión y precisión mediante la cual, con breves rasgos, se describe la rica personalidad de VMGP, así como la gran dosis de afecto con que todo ello se hace. Pero no puedo resistirme a expresar mi opinión *extra muros*: Muchos hubiéramos agradecido leer un amplio CV del homenajeado y la lista de sus publicaciones, datos que el Prólogo *da por conocidos* (4), y resulta, por lo demás, la obvia consecuencia del rasgo destacado de su *permanente dedicación al Derecho*.

(3) *Op. cit.*, pp. 15 y s.

(4) Un aspecto más bien estético del volumen que, a mi juicio, no debió orillarse: ¿No había otra foto del homenajeado más adecuada en el archivo del Consejo que la elegida para su publicación?

3. Aunque hay una lista nominal de 46 colaboradores, solo se publican un total de 45 colaboraciones, ya que una de estas resulta compartida por dos autores. Me parece ampliamente significativo que la nómina de aquellos se divida, casi por partes iguales, entre notarios y profesores universitarios, es decir, entre los dos polos, *Profesión y Universidad*, de la vida del homenajeado (así, a juzgar por los datos que constan, hay 23 notarios y 20 profesores universitarios, y uno de cada grupo simultanea con la otra profesión; añádase, un abogado en ejercicio y dos casos en que no consta la profesión del autor; hay, además, un notario que es registrador en excedencia). Entre los profesores universitarios hay 10 catedráticos, con predominio de Derecho civil (7); además de Derecho mercantil (2), y administrativo (1); y 10 profesores titulares (6 de civil, y uno de procesal, romano, constitucional y trabajo). Esta destacada presencia de profesores universitarios entre los colaboradores del volumen confirma *erga omnes* los indudables méritos científicos que concurren en VMGP y que ha acumulado a lo largo de su vida, especialmente –aunque no solo– en el campo del *Ius civile*, respecto del cual, singularmente, ha acertado a profundizar y a escrutar con singular pericia sus enigmas y recovecos, emitiendo, a este respecto, gran número de dictámenes. Para finalizar con el tema de la personalidad de los colaboradores, me permito subrayar que no cabe desdeñar aquí la *proyección exterior del homenaje*. Hay un interesante trabajo sobre la filiación en Cuba, debido a la pluma de un profesor titular de la Universidad de La Habana; y un –en cierto modo– sorprendente estudio sobre dos modelos de constitucionalismo real borbónico en 1812 (Cádiz y Palermo), debido a una mujer que no ofrece datos sobre su cualificación, pero que a juzgar por la bibliografía que maneja, pudiera enseñar o investigar en Italia o en México; por último, no creo inadecuado traer a colación un documentado estudio comparativo sobre el Derecho de sociedades en el Perú, aunque escrito conjuntamente por un catedrático de Mercantil y una profesora de Derecho laboral, ambos de La Coruña, y cuya presencia en el volumen acaso hubiera justificado –junto a otras colaboraciones– un apartado específico dedicado precisamente al Derecho comparado (que también me consta ha cultivado VMGP).

4. Para concluir los aspectos formales de la obra hay que decir que los coordinadores han agrupado las 45 colaboraciones (numeradas sucesivamente) en diez grandes apartados o secciones:

Parte General y Derecho de personas, incluyendo tres colaboraciones (números 1, 2 y 3), si bien podrían haberse alojado en el mismo apartado otras tres de Derecho foral o civil privado (números: 15, de Derecho foral gallego; 21, de Derecho civil balear; y 25, sobre el Fuero de Baylío).

Derecho de obligaciones y contratos, incluyendo seis colaboraciones (números 4, 5, 6, 7, 8 y 9).

Propiedad y derechos reales, incluyendo siete colaboraciones (números 10, 11, 12, 13, 14, 15 y 16) a la que, acaso, cabría agregar la número 43,

incluida bajo el epígrafe de Derecho comunitario (por estar dedicado al régimen de las costas marítimas).

Derecho de Familia, es el apartado más nutrido de colaboraciones, diez en total (números 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25 y 26), y el de mayor extensión (ocupan unas 350 págs. del vol.); probablemente, en homenaje implícito a una marcada preferencia en el estudio e investigación del Derecho civil por parte de VMGP.

Derecho de sucesiones, que incluye cinco colaboraciones (números 27, 28, 29, 30 y 31).

Derecho mercantil, con seis trabajos (números 32, 33, 34, 35, 36 y 37), que también muestran, indirectamente, otro de los campos jurídicos más asiduamente cultivados de investigación del homenajeado.

Derecho Notarial, con cuatro trabajos (números 38, 39, 40 y 41).

Cuentan con una única aportación cada una: *Derecho constitucional* (número 42) y *Derecho comunitario* (número 43).

Varia, cierra la exposición de trabajos; aunque el número 44 (bajo el título genérico de *Persona y Derecho*) hubiera cabido en el primer apartado o sección, y el número 45 en el relativo al *Derecho constitucional* (relaciones Estado-Iglesias).

Aceptando de antemano las críticas sobre lo subjetivo de mis anteriores observaciones, he de concluir que la estructura interna del volumen –debida sin duda a los Coordinadores– cumple suficientemente la función instrumental de ofrecer un orden expositivo que, quizá, hubiera podido ser alternativamente otro. En todo caso, la inclusión al final de un *Índice de materias* y otro de *autores* habría facilitado, sin duda, la consulta del volumen.

Pese al notable número total de 1742 páginas, el volumen resulta bastante manejable, siendo normales sus características materiales (calidad de papel, impresión, tipo de letra, encuadernación, etc.).

5. Con los datos transcritos en el apartado 4, se va a facilitar la exposición del contenido del volumen, que me propongo sea sustancialmente íntegra, y que puntualmente siga el orden real utilizado en el volumen. Creo que la misión del recensor es –en buena medida– *cuasi-notarial* de dar fe, resumidamente, de lo que lee. Se me permitirá la licencia de añadir, breve y eventualmente, alguna observación o referencia en nota a pie de página.

6. CONTENIDO DEL VOLUMEN DE HOMENAJE

Antonio LINAGE CONDE (Notario): Antes del Registro Civil: La primera mitad del ochocientos en un Libro de Difuntos de la Iglesia de Santiago de Sepúlveda y sus referencias en los testamentos notariales, 1803-1853. Núm. 1 (pp. 21-63)

Es propiamente un estudio de historia del Derecho español, porque, como es notorio, entre nosotros, y hasta la Ley de Registro Civil de 1870, el Estado

había dejado en manos de la Iglesia Católica la prueba del estado civil de las personas. Hay que decir que el Libro de Defunciones de la Iglesia de Santiago de Sepúlveda ha encontrado, en el autor, no solo a un jurista erudito y entusiasta, sino a un avezado cronista capaz de hacer revivir la historia de la localidad, enhebrando inteligentemente sus datos con los que obtiene del Archivo notarial (actos de última voluntad), al tiempo que simultáneamente ejerce funciones de un no menos acreditado sociólogo, acertadamente orientado, que obtiene muy razonables consecuencias del resultado de su investigación (por ejemplo, sobre las devociones de los fallecidos, el contenido de los testamentos de clérigos y fieles, las modalidades de las misas encargadas, los responsos y el pan en la civilización de la cera, etc.) (5).

M.^a Ángeles PARRA LUCÁN (Catedrática de Derecho civil): **El consentimiento informado en las intervenciones altruistas: Régimen jurídico de la donación de órganos y tejidos. Núm. 2 (pp. 65-111)**

Experta en el tema ["La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español", *Aranzadi Civil*, 2003; "Autonomía personal: voluntades anticipadas, autotutela y poderes preventivos", *Actas del Foro del Derecho Aragonés*, 2006], y disponiendo de una muy completa información legislativa *on-line*, advierte la autora que los trasplantes de órganos obligan a reconsiderar alguno de los principios tradicionales que se habían venido predicando en el ámbito de la asistencia sanitaria por lo que se refiere a la relevancia que debe reconocerse a la autonomía de la voluntad, sus límites y las cautelas precisas que deben adoptarse para alcanzar un equilibrio entre todos los intereses en juego. Así sucede con el principio de la intangibilidad, de la indisponibilidad del cuerpo humano y su tradicional exclusión de la consideración como objeto del comercio. Es preciso atender a las sensibilidades culturales y religiosas presentes en la sociedad. El principio de autonomía del paciente, del consentimiento informado, presenta rasgos propios en este campo cuando intervienen menores o cuando se trata de personas fallecidas (¿debe prevalecer el interés de la sociedad, el respeto a la autonomía de la persona expresada en vida o el de sus familiares?); pero cuando se trata de donantes

(5) Hay acuerdo doctrinal sobre el enorme progreso que la todavía vigente LRC de 1957 supuso respecto de la de 1870 (sin dejar de reconocer el mérito de la Iglesia por su actuación en épocas pretéritas, y cuya utilidad sigue vigente en ciertos campos). El enorme paquete de reformas familiares introducidas en el CC y en las legislaciones forales a partir de la CE de 1978, han obligado a sucesivas reformas tanto de la LRC vigente como de su RRC, aun no culminadas. Pero el anuncio de una nueva y revolucionaria legislación del RC que prepara el Gobierno no ha dejado de suscitar entre los operadores jurídicos, sorpresa, incertidumbre y hasta no poca perplejidad, dada la especial delicadeza con que, razonablemente, debe ser tratado por el legislador todo lo relativo al estado civil de la persona [Legislación ya aprobada al corregir pruebas.]

vivos mayores de edad, el riesgo que comporta la extracción de órganos solo puede justificarse cuando el donante no asume un riesgo vital y cuando, por razones de dignidad humana, está dispuesto a asumirlo por solidaridad, de manera altruista. El principio de confidencialidad debe también adecuarse a los intereses presentes en el trasplante. Igualmente se trata de evitar que se creen a medio y a largo plazo relaciones viciadas de gratitud entre donantes (y su familia) y el receptor del órgano. Superada entre nosotros la fase inicial titubeante de la primera Ley de 18 diciembre 1950 (6), se promulgó la actualmente en vigor Ley 30/1979, de 29 octubre, sobre extracción y trasplante de órganos, cuya aplicación se ha visto inmersa en la repercusión mundial del fenómeno de los trasplantes, que origina un debate ético que se plantea en el interior de diversos órganos internacionales. La OMS constata que los fenómenos del *turismo de trasplantes* y el *tráfico de órganos* van en aumento, y deben ser prohibidos por violar los principios de equidad, justicia y respeto a la dignidad humana. La 62.^a Asamblea Mundial de la Salud, de 26 marzo 2009, aprueba los Principios Rectores que revisan los anteriores y añade otros nuevos. En el ámbito del Consejo de Europa resulta fundamental el Convenio de Oviedo de 4 abril 1997, cuyo largo enunciado reza *Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina* (ratificado por España en 1999), habiéndose ampliado con un *Additional Protocol*, firmado en Estrasburgo en 2002, pero no ratificado todavía por nuestro país. En el ámbito de la UE, el artículo 3 de la Carta europea de los derechos fundamentales proclama el derecho a la integridad de la persona, que impone, en el marco de la Medicina y Biología, la *prohibición de que el cuerpo humano o partes del mismo en cuanto tales se conviertan en objeto de lucro*. Principios que se han concretado en la Directiva 2004/23/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 mayo 2004, sobre el establecimiento de normas de calidad y de seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos. Finalmente, el 22 abril 2008 se aprobó la resolución del PE sobre donación y trasplante de órganos, que no aspira a la unificación legislativa, aunque sí constata la existencia en Europa de un tráfico ilegal de órganos, en torno a una cifra entre 150 y 250 casos cada año. La Ley de 1979 ha sido desarrollada por el RD 2070/1999, de 30 diciembre, y por el RD 1301/2006, de 10 noviembre. Con este trasfondo legislativo, la autora analiza con detalle las diversas situaciones legales que pueden darse: Donante vivo (relevancia y límites al consentimiento, requisitos para su validez, forma, información previa, revocabilidad del consentimiento, donación de órganos de menores e incapaces); Donante fallecido

(6) Que el recensor comentó en su momento: "Los modernos trasplantes de órganos", en *Foro Gallego*, 141, 1969.

(comprobación de la muerte, autonomía y sensibilidad familiar, instrucciones previas, extracción de tejidos de personas fallecidas); El receptor del órgano; Otras garantías (prohibición de tráfico ilegal, deber de confidencialidad).

Ángel SERRANO DE NICOLÁS (Doctor en Derecho y Notario): **Derechos y libertades de los extranjeros en España. Núm. 3 (pp. 113-151)**

Advierte el autor que esta colaboración constituye una versión anotada, y a la vez compendiada, de la Lección inaugural del *Curs General d'Estrangeria* que desde 2007 pronuncia en el ICAB. Siguiendo un criterio de exclusión parte el autor de que son extranjeros en España todos los que no son españoles, incluyendo a los apátridas, sin más que alegar la carencia de nacionalidad, entre los cuales se encuentran los saharauis, según STS (3.ª) de 20 noviembre 2007. A los comunitarios solo se les aplica relativamente el Estatuto de extranjería, por lo cual esa normativa va dirigida fundamentalmente a los extranjeros no comunitarios. La evolución de la normativa reguladora de la extranjería en España puede cifrarse en cuatro aspectos a lo largo del último cuarto de siglo: a) la jerarquía normativa, pues ha pasado de ser un simple Decreto a la Ley Orgánica de Extranjería, sin perjuicio de la aplicación directa de la CE 1978 y de los Tratados internacionales; b) la materia tratada, al pasar de la simple entrada, estancia y salida a contemplar un *Estatuto del extranjero*; c) cambio de destinatarios: de simples turistas a inmigración masiva; y d) la *integración*, superadora de la antigua reciprocidad, tratándolos como personas y ciudadanos. En este punto resulta incierta la situación del Tratado constitucional europeo, aunque parece que con altibajos nos encaminamos a la completa integración de los extranjeros en la línea marcada por la STC 236/2007, de 7 noviembre. Sin perjuicio de la aplicación inmediata y directa de la CE, hay que estar al RD 1161/2009, de 10 julio, que modifica el RD 240/2007, de 16 febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de los ciudadanos de los Estados miembros de la UE y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el EEE. La promulgación de la CE supone un cambio radical de marco normativo, que se hace efectivo cuando la doctrina impone y aceptan los Tribunales ser la CE una norma jurídica de eficacia inmediata (especialmente el art. 13.1 CE y la STC 115/1987, el art. 10.2 y los derechos fundamentales contenidos en la Declaración de 1948); el artículo 14, que no discrimina a los extranjeros (véase STS de 23 noviembre 2007, sobre un jugador profesional de fútbol ruso, con tarjeta de residencia y trabajo), y también las consecuencias de nuestra adhesión a la UE. Especial atención dedica a la jurisprudencia constitucional recaída al resolver nueve recursos de inconstitucionalidad contra la LO 8/2000, de 22 de diciembre; asimismo analiza en detalle las sucesivas reformas de esta última, hasta llegar a la LO 2/2009. Finaliza con una breve aunque útil referencia a la protección internacional de los derechos y libertades de los extranjeros, con base en la doctrina del TEDH de Estrasburgo.

Natalia ÁLVAREZ LATA (Profesora Titular de Derecho Civil): Sobreendeudamiento del consumidor: Análisis del marco actual del problema y apuntes sobre su visible reforma. Núm. 4 (pp. 155-188)

Es propósito de la autora que, una vez constatado que el sobreendeudamiento de los consumidores es un efecto típico de nuestros tiempos de crisis económica, y aun de los de bonanza, en los que el consumo excesivo, irreflexivo o adictivo o la cultura del crédito ha generado este efecto, se pretende sistematizar las consecuencias, los remedios y las eventuales reformas legales a las que dicha situación nos ha conducido y previsiblemente nos conducirá. Afirma que tal hecho está siendo combatido entre nosotros con diversas medidas, sin perjuicio de la clásica declaración de prodigalidad (7); menciona las proposiciones de ley del Grupo Socialista y de CIU, que no llegaron a fraguar, y hace un breve repaso a las medidas que se han adoptado en Francia, Alemania, Portugal, Italia y USA. El tema ha merecido últimamente cuidadosa atención por parte de la mejor doctrina mercantilista [TRUJILLO DÍEZ (2003); QUINTANA CARLO, *Homenaje Olivencia*, II (2005); ROJO FERNÁNDEZ-RÍO (2008); FERNÁNDEZ CARRÓN (2008); GUTIÉRREZ DE CABIEDES (2009); MORILLA JARILLO (2009)]. En defecto de una definición legal, la autora describe así el sobreendeudamiento: *Ha de darse una imposibilidad actual de hacer frente al incumplimiento [parece más correcto cumplimiento] del conjunto de sus deudas exigibles o, cuando menos, la amenaza o riesgo de no poder acometer el pago en el momento en que lo sean, debido a una situación de desequilibrio manifiesto entre las obligaciones asumidas y el patrimonio disponible para hacerlas frente* (8). Entre los remedios preventivos enumera y analiza: la generalización del derecho de desistimiento, la publicidad y derecho a la información del consumidor, las políticas de crédito responsable. Especial atención dedica al tratamiento del tema en el concurso de acreedores, identificando las que denomina *distorsiones* del concurso del

(7) *Op. cit.*, p. 156, núm. 2. Discrepo, en este punto, de la autora, pues desde la reforma de la tutela en 1983 ha quedado, en cierto modo, *descafeinada* dicha institución, de donde deriva su escasa utilización en la práctica, y muy raras veces se alega que se solicita para combatir el sobreendeudamiento del pródigo.

(8) *Op. cit.*, p. 160. Definición o descripción que se desarrolla en pp. 160-162. Significativas son las causas del sobreendeudamiento que enumera: Imprevisibles o, en cierto modo, ajenas a la voluntad del consumidor (desempleo o precariedad del trabajo, ruptura familiar, o muerte del cónyuge, enfermedad larga, otrora aumento de los tipos de interés [que pueden reproducirse próximamente]), y que conviven con otras en las que el deudor es parte activa de su generación (recurso excesivo al crédito, y, en ocasiones, al crédito fácil de condiciones cuasi-usurarias, adición al consumo, mala gestión de la economía doméstica, a veces potenciadas por las propias condiciones del mercado de crédito y financiero y hasta por la política estatal, como ocurrió, a su juicio, con la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario) (*Op. cit.*, p. 161).

consumidor (cuando se constituye el denominado concurso sin masa, efectos perjudiciales en la situación económica de la familia del concursado, en especial desprotección de la vivienda familiar, complejidad de la ejecución global de un deudor persona física, penalización de la solidaridad familiar, ausencia de un procedimiento de liberación de deudas para un concursado persona física). Al margen del ámbito concursal, se ocupa de las moratorias en determinados préstamos hipotecarios, de la inembargabilidad de ciertos bienes según la ley procesal, cuyos límites podrían ser revisados, aplazamientos, moderaciones o modificaciones judiciales de las deudas incluyendo la contenida en la *Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del CC en materia de Obligaciones y contratos* (art. 1213). Concluye con una serie de propuestas razonadas que, a su juicio, pueden debatirse, con ocasión del R. Decreto-Ley 3/2009, de 27 marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica.

Miguel Ángel PÉREZ ÁLVAREZ (Catedrático de Derecho civil): El torno al criterio jurisprudencial favorable a la solidaridad en el ámbito contractual. Núm. 5 (pp. 189-217)

Excelente resumen y ampliación de una sólida posición doctrinal mantenida ininterrumpidamente [PÉREZ ÁLVAREZ: *Solidaridad en la fianza* (Pamplona, 1985); VVAA, *Curso de Derecho civil, II*, 2.ª ed. (Madrid, 2008), pp. 128 y ss.] por el autor, con la que me solidarizo plenamente (9), y que en este trabajo proyecta sobre la jurisprudencia más reciente; aunque quizá tal postura doctrinal no haya llegado a ser todavía mayoritaria entre nosotros. Advierte que, partiendo de la jurisprudencia recaída en materia de contratos, se examinará si es o no técnicamente correcta la interpretación dada por el TS al artículo 1137 CC. Si lo fuera se trataría simplemente de asumirla, pero de no ser correcta se tendría que concluir afirmando que, en el Derecho español, la imposición de la solidaridad para atender a los supuestos de insolvencia debe pasar, de modo necesario, por la reforma de los artículos 1137 y 1138 CC (10). Recapitulando las consideraciones que le sugiere la jurisprudencia más reciente, afirma que es viable la interpretación correctora en el Derecho español, pero mediante el recurso: bien a un canon de interpretación que revista carácter normativo –canon sistemático–, bien a algún elemento de interpretación al que la ley otorgue preferencia respecto de la literalidad de la norma –el espíritu y finalidad–. No cabe alcanzar resultados correctores en la interpretación con fundamento en cánones que –como

(9) GARCÍA CANTERO: "Nova et vetera en materia de obligaciones", RJNot, octubre-diciembre 2008, pp. 12 y ss.

(10) O dicho algo más abruptamente: *No puede menos de adjetivarse de insólita aplicación de la conocida regla en ambientes anglosajones del "Judge made law", tan ajena a nuestro sistema de fuentes* (GARCÍA CANTERO, loc. últim. cit., p. 13).

el histórico, la realidad social o la opinión de la doctrina- ni tienen carácter normativo, ni gozan de preferencia respecto de la interpretación que resulta del sentido literal de la norma. Ello no puede ser de otro modo si se retiene, tanto el sometimiento de los jueces y magistrados al imperio de la ley (art. 117 CE), como los principios de legalidad, jerarquía normativa y seguridad jurídica que informan el ordenamiento jurídico español. Concluye (11): Criterios de oportunidad o conveniencia al margen, no existen argumentos con entidad suficiente para fundamentar en el Derecho español la regla de la solidaridad. Por una parte ocurre que ni la realidad social ni el criterio de la unidad de fin permiten interpretar correctoramente el artículo 1137 CC. Y por otra sucede que el derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales no guarda relación con un supuesto derecho del acreedor a obtener el cobro de la totalidad de lo adeudado de cualquiera de los obligados. Por lo tanto, si se considera conveniente imponer la solidaridad como pauta general, el camino correcto es a través de la oportuna modificación legislativa del artículo 1137 CC. Hasta que ello ocurra no está de más tener presente que el TS ha terminado por consolidar la solidaridad como regla general en las obligaciones con pluralidad de sujetos. Por ello, la única vía que existe en la actualidad para orillar con garantías la solidaridad, y la que se debe recomendar, es pactar expresamente la mancomunidad al constituir la obligación.

Ramón DURÁN RIVACOBÁ (Catedrático de Derecho Civil): Apunte sobre la Propuesta de reforma del Derecho de Obligaciones y Contratos. Núm. 6 (pp. 219-253)

Con base en la *Propuesta para la modernización del Derecho de Obligaciones y contratos*, en las dos versiones publicadas por la Comisión General de Codificación, elaboradas, al parecer, *motu proprio* y sin encargo oficial del Ministerio de Justicia (12), el conocido civilista ovetense hace unas sugestivas consideraciones, no solo bajo una perspectiva genérica, sino, con alguna frecuencia, descendiendo al detalle de la regulación así como a los aspectos puramente redaccionales de los textos propuestos. Aquí me fijaré sobre todo en los primeros, dada la perspectiva europea, que el autor no escamotea valientemente, y su actualidad comparativa (en Francia, un bien articulado proyecto de reforma de la Parte general de Obligaciones ha fracasado en fase parlamentaria, mientras que en Alemania su ley promulgada sobre la *Modernisierung* del Derecho de Obligaciones y de la prescripción,

(11) PÉREZ ÁLVAREZ, *op. cit.*, p. 217. Sobre el tema, puede leerse el trabajo núm. 6, de DURÁN RIVACOBÁ, pp. 238-241.

(12) Pese a lo cual DURÁN RIVACOBÁ destaca la calidad y relieve de la *Propuesta*, al compendiar un nuevo sistema largamente meditado durante cerca de tres lustros (*op. cit.*, p. 222).

de 2001, se ha convertido ya en un referente europeo), sin olvidar la específica situación posconstitucional de nuestro ordenamiento civil, que no se elude describir. Dice el autor (13): *Emprender la convergencia de los ordenamientos europeos en la materia plantea retos profundos, siendo el prioritario el de si resulta una idea deseable. Tal vez lo sea, pero con reservas. La estricta convergencia sólo sería posible mientras todos los Derechos se sometan a un mismo sistema, pero el propósito, loable si se quiere, no deja de ofrecer dificultades, pues hay que coordinar ordenamientos de distinto género y hasta especie. Conseguir un método satisfactorio para todos partiendo de disciplinas correspondientes al "common law" y al esquema continental comporta casi una utopía. Se han producido avances de un enorme relieve, del estilo de la Convención de Viena [...] pero de limitado alcance y de carácter netamente comercial. Además en la esfera jurídica continental deberían distinguirse las órbitas francesa y alemana, con enormes distancias mutuas.* En relación con el Derecho comunitario resultante de la transposición de las Directivas comunitarias al Derecho interno, advierte sensatamente que: *la idea de que la uniformidad se logre a través de la modificación autónoma de los Derechos nacionales implica un notorio grado de antinomia. Si se desea una convergencia medida en términos absolutos no hay otro remedio que impulsar un proceso conjunto de delegación legislativa [...] No cabe introducir un esquema contractual europeo conjunto a través del cambio de los múltiples regímenes nacionales internos, por muy parecidos que resulten al fin, o aun cuando se inspiren en idénticas fuentes.* Hace valer otras dificultades internas, no menos considerables. En España existen normas concernientes al Derecho patrimonial en sede mercantil; y aunque el acoplamiento de ambos sistemas constituye un anhelo largamente sentido, no ha sido abordado en la Propuesta, entre otras razones por existir una sección 2.ª, de lo Mercantil, en la Comisión General de Codificación, aunque resulta una grave falta de lógica no abordarlo, máxime cuando se ofrece un modelo más mercantilista que otra cosa, y a la vista de sus repercusiones en el Derecho del consumo. Análogas consideraciones ofrece la dicotomía común y foral (14). En este punto añade: *La interpretación excesivamente generosa de la salvedad del artículo 149.1.8.º CE que se ha registrado a favor de las Autonomías por causa de coyuntura política trae consigo una desintegración del ordenamiento civil español. Ciertamente es que la reserva en el mismo artículo sobre "las bases de las obligaciones contractuales", ampara esta iniciativa central, aunque basta decir que tampoco hay una traducción pacífica del concepto* (15). Concluye este apartado así: *Un panorama tan caleidoscópico hace difícil lograr una sintonía conjunta, no per-*

(13) *Op. cit.*, pp. 228 y s.

(14) *Op. cit.*, pp. 229 y s.

(15) *Op. cit.*, p. 230.

fecta, sino incluso aproximada, pero hay que reconocer el intento. Además de la sedicente aplicación de la competencia exclusiva del Estado en la disciplina, los esfuerzos se centran en introducir una normativa más bien compatible con las exigencias del Derecho patrimonial aplicable a nuestro entorno. Ello implica que abandona el modelo español clásico en materias clave y pienso yo que sin la debida reflexión, o ayuna en ocasiones de motivos proporcionales (16). Después de analizar la coherencia de la Propuesta con las orientaciones seguidas últimamente en la reforma del CC y la actitud, a su juicio discutible, para con los avances jurisprudenciales en la materia, llama la atención sobre el riesgo de quedarse a medio camino, como sería dejar inmutable el régimen de los contratos en particular (salvo la c. v.). Sobre otro tema muy debatido –incluso en este vol., cfr. núm. 5, PÉREZ ÁLVAREZ– afirma que, a su juicio, el canon de la solidaridad de deudores resulta excesivo y que, además, debiera completarse con la de acreedores. En relación con la integración del Derecho del consumo a la Propuesta en su núcleo sustancial, le parece una buena medida siguiendo la Ley alemana de modernización, aunque critica la noción de *consumidor* contenido en el TRLGDCU de 2007. Opina que el Derecho del consumo lleva camino de absorber la parte más considerable del ordenamiento mercantil (17). En cuanto al Derecho contractual, la Propuesta despliega, en su opinión, sus mejores atributos técnicos. Lo que no obsta a sus críticas por recibir algunos aspectos del Convenio de Viena que suponen la recepción de pautas integradoras de criterios del *common law*, novedosos en la esfera continental y en España; y también la nueva definición de contrato y la regulación de la causa. Finaliza con aspectos que le merecen juicio favorable (cambio de condonación por remisión, regulación de las figuras que suponen cambio subjetivo, regulación de las consignaciones y de las cláusulas penales, responsabilidad precontractual y modalidades de oferta y aceptación, amplia regulación de la representación y definitiva del principio voluntarista en el incumplimiento de las obligaciones).

Francisco Javier GARCÍA MÁS (Notario y ex-Letrado adscrito a la DGRN):
El elemento internacional en el concurso de acreedores: especial consideración de las excepciones a la *lex concursus*. Núm. 7 (pp. 255-290)

La complejidad ya de por sí grande del procedimiento concursal dentro de un mismo Estado se acrecienta cuando aparecen elementos internacionales en el mismo. El incremento de relaciones internacionales obliga ineluctablemente a dictar normas de DIP en materia de concurso. En el ámbito de la UE se cuenta con el antecedente del Convenio de insolvencia de 23

(16) *Op. cit.*, pp. 231 y s.

(17) *Op. cit.*, p. 246.

noviembre 1995 y el texto básico del Reglamento 1346/2000, completado con la Directiva 2001/17/ de 19 marzo, relativa al saneamiento y a la liquidación de las compañías de seguros, la Directiva 2001/24/CE, de 4 abril, relativa al saneamiento y a la liquidación de las entidades de crédito, y alguna otra. Añádanse las Leyes modelo y sus cuadernos explicativos de UNCITRAL, la Ley modelo de la Comisión de la ONU para el Derecho mercantil Internacional, recomendada por la Res. 52/158 de la Asamblea General, de 15 diciembre 1997. Todo ello sin olvidar el elemento internacional de terceros Estados no pertenecientes a la UE, lo que obliga a aplicar nuestras propias normas de conflicto. La doctrina diferencia dos modelos, uno *territorial*, que viene a reflejar el fraccionamiento jurídico mundial, y otro *universal*, que parte de la simetría entre la actividad jurídica y la económica y tiende a la aplicación general de la *lex fori concursus*; ambos modelos presentan también fórmulas intermedias. El autor se inclina resueltamente por el modelo universal. Primeramente analiza con gran detenimiento (18) el Reglamento (CE) 1346, al que califica de modelo de universalismo mitigado, y que como punto de partida supone la aplicación de una ley única tanto para los aspectos procedimentales como sustantivos de la insolvencia, con dos importantes excepciones en los artículos 8 y 10 sobre los inmuebles y el contrato de trabajo. A continuación (19) proyecta su investigación sobre nuestra Ley concursal 22/2003, de 9 de julio, analizando también aquellas excepciones, señalando analogías y diferencias con el Reglamento comunitario. Concluye que al introducir la internacionalidad en el nuevo Derecho concursal español se produce una mayor dificultad para saber cuál es el Derecho aplicable, la jurisdicción competente, los problemas de reconocimiento, los intereses en juego de los diversos actores sometidos a legislaciones diversas y la necesidad de buscar soluciones en orden a la mayor efectividad del Derecho vigente (20).

M.^a Corazón MIRA ROS (Profesora Titular de Derecho Procesal): **Las acciones de cesación y las entidades legitimadas en materia de consumidores: El nuevo Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los consumidores y usuarios. Núm. 8 (pp. 291-336)**

José Ricardo PARDO GATO (Abogado): **La protección en el Derecho español de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios. Núm. 9 (pp. 337-373)**

Con evidente inspiración en el Derecho norteamericano (cfr. regla 23[b], ap. 3.º de la *Federal rule of Procedure civil*), la nueva Lec. 2000, reformada en este punto por la Ley 39/2002, de 28 octubre, transponiendo la Directiva 98/27/CE, de 29 de mayo, da entrada procesal a la *class action* que ya había

(18) *Op. cit.*, pp. 260-281.

(19) *Op. cit.*, pp. 281-288.

(20) *Op. cit.*, pp. 288 y s.

previsto la primitiva LGDCU de 1984, y ha perfeccionado en sus aspectos sustantivos el TR de 2007, abriendo nuevas perspectivas en nuestro ordenamiento. Agrupo ambas aportaciones para su exposición conjunta, pese a diferencias de enfoque y metodología. La profesora MIRA ROS, especialista en el tema ("El proceso para el ejercicio de la acción de cesación", en *Tratado dir.* por GIMENO SENDRA, sobre "El Proceso civil práctico", X, Madrid, 2002), centrándose en los aspectos de legitimación de las entidades, se esfuerza por enmarcar conceptualmente la categoría de los intereses consumeristas aquí tutelados y las acciones de cesación para extenderse ulteriormente sobre la diversidad de entidades y otras personas que pueden estar legitimadas para ejercitarlas. El abogado Sr. PARDO GATO, también publicista sobre estas materias ("La acción de cesación como medio de protección de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios", EC, núm. 69, 2004, pp. 29 y ss.), se centra en la citada reforma de la Lec. por la Ley 39/2002, tratando de llegar en sus conclusiones a un concepto legal de acción de cesación, a la determinación de los sujetos legitimados y a los diferentes plazos de prescripción establecidos. MIRA ROS aporta una amplia información de la doctrina italiana sobre los intereses públicos, los supraindividuales, los colectivos y difusos, y, finalmente, los individuales homogéneos. Concluye la autora (21) que, en adelante, los intereses individuales homogéneos podrán encuadrarse en la categoría de intereses colectivos o difusos, en función del grado de determinación de los perjudicados por haber sido consumidores del producto, usuarios del servicio o haber suscrito en general contratos individuales aquejados de una misma ilicitud. PARDO GATO ofrece (22), después de la extensión legal de su ámbito, la siguiente definición o descripción final de la acción de cesación: Persigue el doble efecto de la condena judicial a cesar en el comportamiento lesivo y el de la prohibición judicial de reiteración futura de ese comportamiento, pudiéndose ejercitar asimismo cuando la conducta ha finalizado, si existen indicios suficientes que hagan temer su reiteración.

José Manuel BUSTO LAGO (Catedrático de Derecho civil): Las cláusulas de interés variable y de vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios: Perspectiva del Derecho de Consumo (a la luz de algunas reformas legislativas recientes). Núm. 10 (pp. 377-432)

Probablemente la coordinación entre el Derecho del consumo –de naturaleza *transversal*, según parte de la doctrina– y el Registro de la Propiedad sea una de las asignaturas pendientes de su completo desarrollo normativo, pese a que ya la primitiva LGDCU de 1984 la dejó entrevista en varios preceptos y ahora el TR de 2007 lo impone resueltamente [el recensor se pre-

(21) *Op. cit.*, p. 304.

(22) *Op. cit.*, p. 362.

gunta con cierta inquietud: ¿acertará a resolverla el proyecto de Código europeo de consumo que se anuncia?]. La crisis económica en la que estamos sumergidos ha agravado en todo caso las consecuencias de su falta. El tema que desarrolla ampliamente el civilista coruñés (comprometido desde 2007 con un proyecto de investigación patrocinado por el MEC, sobre *La protección del consumidor sobreendeudado*, y especialista en el tema: cfr. "Préstamo con garantía hipotecaria", en el vol. *Reclamaciones de consumo*, etc., 3.ª ed., 2010) viene avalado por amplio soporte doctrinal y jurisprudencial. Son antecedentes lejanos las disposiciones de la Ley 2/1981, de regulación del Mercado hipotecario, modificadas por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, inspirada en el Plan gubernamental de dinamización de la Economía de 2005. Partiendo de la OM de 5 mayo 1994 y de la Ley 2/1994, de 30 mayo, de subrogación y modificación de los préstamos hipotecarios, en el tema relativo a la publicidad e información al prestatario, sostiene el autor (23) que la idea fundamental que subyace en la reforma es que los potenciales tomadores de un crédito con garantía hipotecaria adopten sus decisiones en función de los riesgos reales y con más información, sin coste añadido, pudiendo comparar entre los distintos productos que ofrecen en el mercado las distintas entidades financieras. Aparte de explicar la sustitución del MIBOR por el EURIBOR, establecido por varias Circulares del Banco de España, el autor analiza los requisitos de objetividad en las cláusulas de fijación de intereses remuneratorios variables, recordando que no es válida la cláusula de referencia al tipo preferencial fijado por la entidad bancaria. Dedicó especial atención (24) al régimen del redondeo en préstamos a interés variable (*redondeo al alza*), prohibida por la disp. adicional 12.ª de la Ley 44/2002, de 22 noviembre, sancionando así la jurisprudencia establecida por distintos Juzgados de PI y AAPP, por tratarse de: 1) una cláusula contraria a la buena fe imponiendo a una de las partes una especial onerosidad que carece de causa; 2) produce un perjuicio objetivo de naturaleza patrimonial al consumidor; y 3) supone un desequilibrio importante, desproporcionado o no equitativo, en perjuicio del consumidor prestatario. En relación con la validez de las cláusulas predispuestas de vencimiento anticipado expone con algún detalle la famosa demanda colectiva interpuesta por la OCU contra diversas entidades bancarias, resuelta por la SJPI núm. 44 de Madrid, de 24 septiembre 2003, y, en apelación por la sección 13, de la SAP de 11 mayo 2004, y, definitivamente, por la STS de 16 diciembre 2009. La última parte de su colaboración trata de la constancia registral de las cláusulas de vencimiento anticipado y del pacto de intereses en los préstamos hipotecarios, centrándose su estudio en la discutida reforma del artículo 12 LH y de su interpretación. Cfr., en general, el núm. 16 (SÁNCHEZ GONZÁLEZ).

(23) *Op. cit.*, p. 383.

(24) *Op. cit.*, pp. 390-395.

Sofía DE SALAS MURILLO (Profesora Titular de Derecho civil): Una visión de conjunto sobre la legislación española de patrimonio cultural. Núm. 11 (pp. 433-459)

El trabajo, de carácter informativo, forma parte de la ponencia española que la autora presentó en el Congreso Internacional de México (2008), que versó sobre el tema *The Impact of Uniform Laws on the Protection of Cultural Heritage and the Preservation of Cultural Heritage in the 21 st Century*. El artículo 46 CE ordena que *Los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. La ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio*. La legislación de desarrollo es muy abundante y compleja. La Ley estatal 16/1985, de 25 junio, del Patrimonio Histórico Español (LPHE), y las 17 leyes autonómicas promulgadas conforme a la asunción de competencias por las CCAA establecidas en los artículos 148 y 149 CE, y ratificada por la STC 17/1991, de 31 enero. La autora hace ver la paradoja que supone el hecho de que la LPHE ha servido de modelo a Francia e Italia, mientras que en España ha quedado reducida a un referente pedagógico al encontrarnos con tantas leyes autonómicas como CCAA, que si bien se han inspirado en aquella, han legislado con plena capacidad normativa (salvo los aspectos penales), y dejando a salvo la regulación del patrimonio subacuático, dado que las aguas jurisdiccionales españolas son de competencia estatal (25). Actualmente se está trabajando en un Anteproyecto de Ley estatal del PH que recoja la nueva realidad del desplazamiento de su contenido hacia las leyes autonómicas, recogiendo Convenios internacionales ratificados por España, y situaciones no previstas (caso *Odissey*), así como el establecimiento de mecanismos de coordinación con las distintas Administraciones competentes en la materia (26). Además de la LPHE, la autora se fija en la Ley 3/1999, de 10 marzo, de Patrimonio Cultural aragonés. Con referencia a las categorías de bienes protegidos en la ley estatal, hay que referirse al artículo 1.2, según el cual: *Integran el Patrimonio Histórico Español los inmuebles y objetos muebles de interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico o técnico. También forman parte del mismo el patrimonio documental y bibliográfico, los yacimientos y zonas arqueológicas, así como los sitios naturales, jardines y parques, que tengan valor artístico, histórico o antropológico*. Se observa

(25) *Op. cit.*, p. 434.

(26) Si al recensor se le permite expresar un *desideratum*, yo propondría que en el Proyecto de nueva LPHE se arbitren mecanismos adecuados para que, en el futuro, no se reproduzcan los poco edificantes sucesos de los llamados *papeles de Salamanca*, y se arbitren eficaces soluciones para el contencioso de las obras de arte de las Parroquias aragonesas depositadas en el Museo de Lérida.

que los bienes no tangibles apenas si se incluyen en el patrimonio etnográfico. La protección máxima se dispensa a los *Bienes de interés cultural* (BIC), que son los inmuebles o muebles declarados en esta ley o mediante RD de forma individualizada, y se inscriben en un Registro General dependiente de la Administración del Estado. En segundo lugar se encuentran los bienes muebles incluidos en el Inventario General, que poseen un notable valor histórico, arqueológico, científico, artístico, técnico o cultural, y que no hayan sido declarados de interés cultural. El grado mínimo de protección de un bien, mueble o inmueble, es una categoría residual, pues se trata de los enumerados en el artículo 1.2 LPHE, que no han recibido ninguna declaración específica. Reciben un tratamiento específico los patrimonios arqueológico, etnográfico, y documental y bibliográfico. Debe quedar bien claro que aquí el término *patrimonio* no está utilizado en sentido estricto civil, ya que tal PHE es compatible con la titularidad pública o privada de cualesquiera sujetos con capacidad jurídica. En todo caso, la calificación de bien cultural origina un especial haz de derechos y obligaciones en cuyo detalle no procede entrar.

José Manuel HERNÁNDEZ ANTOLÍN (*Notario y Registrador de la Propiedad excedente*): **Prehorizontalidad y protección del adquirente de piso sobre plano. Núm. 12 (pp. 461-497)**

El autor esquematiza su trabajo afirmando que el tema de la prehorizontalidad puede analizarse desde perspectivas muy diversas, tratando de resolver concretas necesidades jurídicas:

- Desde la posibilidad de modalizar el principio de *accesión o de superficies solo cedit*;
- Desde la necesidad y/o conveniencia de constituir servidumbres sobre edificios en fase de construcción;
- Desde la posibilidad de hipotecar edificios en fase de construcción (art. 109.11 LH);
- Desde la necesidad de proteger los derechos de los adquirentes de edificios en construcción, perspectiva que seguirá con preferencia.

Siguiendo a DE LA CÁMARA, analiza diversos supuestos de edificio en construcción: Mediante formas asociativas (utilizando un ente distinto de los intervinientes en el proceso, con o sin personalidad jurídica; la llamada *construcción en comunidad*), la suscripción de un contrato de aportación o cesión de suelo a cambio de vuelo (analizando minuciosamente su régimen legal hasta dotar de configuración jurídica al inmueble). El trabajo se concentra en las páginas finales (27) en el análisis de la venta sobre plano. Esta modalidad preocupa desde antiguo a la doctrina y a la legislación. Suele formalizarse en documento privado, adolece de datos precisos y exactos sobre el piso objeto de la venta y suele tratarse de un contrato de adhesión. Analiza la

(27) *Op. cit.*, pp. 476-495.

jurisprudencia recaída sobre la Ley 57/1968, de 27 julio, y el más reciente RD 515/1989 desde la óptica de la protección de consumidores, llegando a la conclusión de la necesidad de reforzar la protección del adquirente, con amplia referencia al Derecho comparado (legislación francesa y belga, italiana, alemana, suiza, argentina y puertorriqueña). En España expone las posiciones de GARCÍA-ARANGO DÍAZ-SAAVEDRA (1982), ARNAIZ EGUREN (2004), BOTÍA VALVERDE (2003), MÉNDEZ GONZÁLEZ (2008), y finaliza con la suya propia (28). Por último, se pregunta que si el edificio está concluido, pero no existe pluralidad de propietarios, ¿existe una verdadera propiedad horizontal?

Antonio J. JIMÉNEZ CLAR (Notario y Profesor Asociado de Derecho civil):
Algunas consideraciones sobre el sistema del "numerus clausus" como instrumento de intercambio de información territorial. Núm. 13 (pp. 499-517)

Bajo un enunciado acaso no suficientemente indicativo de su sugestivo contenido, partiendo como hipótesis futura de la doctrina del *numerus clausus*, con un reducido, aunque selecto, bagaje doctrinal del territorio del *Civil law*, al que parece que, por ahora, seguimos perteneciendo (FAIRÉN [1959], ROMÁN GARCÍA [1994], RUBIO GARRIDO [1994], y DíEZ-PICAZO [1995]), manteniéndose –probablemente, de modo intencional– en unas indefinidas coordenadas (¿de Teoría general del Derecho? ¿de Filosofía del Derecho?), con abundante e interesante información bibliográfica de la reciente doctrina norteamericana del *Common law* (DEPOORTER, PARISI, MERRILL, SMITH, HANSMANN, KRAAKMANN, HELLER), y con el confesado trasfondo de la doctrina económica del Derecho, el autor sienta las siguientes conclusiones (29), que pudieran ser –afirma– de alguna utilidad con vistas a un examen más pormenorizado de las cuestiones que el sistema del *numerus clausus* lleva aparejadas: 1.^a) Es necesario, a su juicio, llevar a cabo un análisis que permita la revisión del esquema clásico del derecho real, como derecho subjetivo opuesto al derecho personal. Ambos no pueden ser considerados como dos categorías resultantes de la sistematización del derecho subjetivo. Se trata de dos instrumentos básicos para la estructuración del tráfico jurídico que cumplen funciones distintas y complementarias. De esta forma, podría distinguirse de una manera más nítida entre el derecho real como instrumento de aprovechamiento económico de los bienes y la eficacia *erga omnes* de determinadas situaciones jurídicas que no tiene que estar necesariamente vinculada al concepto de derecho real. Podría, incluso, decirse que la propiedad mobiliaria y la inmobiliaria son dos instituciones profundamente diversas. 2.^a) Hay que relacionar (30) el estudio e investigación del estatuto

(28) *Op. cit.*, pp. 484-495.

(29) *Op. cit.*, pp. 515-517.

(30) El texto dice *enredar*, lo que parece una errata.

jurídico de los bienes inmuebles con determinadas nociones económicas de carácter básico, que permanecen encerradas en las ciencias económicas y que, incluso, cuando comparten programa se desarrollan de una forma completamente aislada, al contrario de lo que sucede en la literatura jurídica angloamericana. El fenómeno genéricamente conocido como globalización se extiende también a la eficacia *erga omnes* de los instrumentos jurídicos previstos para la ordenación de los mercados económicos. 3.^a) Las eventuales decisiones acerca del alcance e intensidad del sistema del *numerus clausus* no tienen carácter neutral en relación con la asignación inicial de los recursos económicos. Se hace necesario implementar los mecanismos de verificación que permitan mantener un equilibrio entre la certidumbre sobre el objeto de la transacción y la necesaria agilidad como mecanismo corrector como rigidez a la que tienden los sistemas del *numerus clausus*. Y, 4.^a) Las decisiones, tanto de carácter jurídico como económico, sobre las cosas sobre las que se apoyan las transacciones que se producen en el mercado dependen en gran medida de la información que las partes tienen sobre los bienes y derechos que van a ser objeto de negociación. De ahí la necesidad de adaptar las nuevas técnicas de intercambio de información a los sistemas de ordenación del aprovechamiento económico de los bienes, es decir, los derechos reales.

José Luis MOREU BALLONGA (Catedrático de Derecho civil): Las aguas privadas y la Disposición transitoria 2.^a de la Ley 10/2001, del Plan Hidrológico Nacional. Núm. 14 (pp. 519-541)

El autor es uno de los mayores expertos civilistas actuales del Derecho de aguas en general, y, en particular, de las aguas privadas, y más concretamente de las aguas subterráneas, tema al que ha dedicado muy documentados trabajos (31), teniendo por base la Ley de Aguas de 1985, que trató de modernizar el viejo texto de 1879 y ponerla de acuerdo con la CE, pero cuyas Disposiciones transitorias califica de verdadero laberinto, claro reflejo de la falta de claridad de ideas en el legislador sobre puntos importantes de la misma y que ha hecho posible seis o siete interpretaciones doctrinales diferentes que ha estudiado en profundidad en sus obras de 1990 y 1996. Con estos antecedentes y bajo el influjo de cierta jurisprudencia de la

(31) Libros como: *El nuevo régimen jurídico de las aguas subterráneas* (Zaragoza, 1990); *Aguas públicas y aguas privadas* (Barcelona, 1996), y varios estudios monográficos, entre los que cabe mencionar: "Los problemas de la legislación sobre aguas subterráneas en España: posibles soluciones", en el vol. *Régimen jurídico de las aguas subterráneas* (Madrid, 2002), pp. 1 y ss.; "Propiedad, usos, transmisión y «precio» de las aguas públicas y de las aguas privadas", en el vol. colectivo *Hacia las cuentas económicas del agua en España* (Madrid, 2006), pp. 29 y ss.; "Evolución histórica y normativa estatal actual sobre aguas subterráneas", RCDI, núm. 714, julio-agosto 2009, pp. 1769 y ss.

Sala de lo Contencioso del TS, escasamente proclive a considerar en esta materia argumentos de Derecho civil, nada bueno augura la interpretación de la DT 2.^a del Plan Hidrológico Nacional contenido en la Ley 10/2001, de 5 julio, que sigue en vigor pese a la derogación de dicha norma por el DL 2/2004, de 18 junio. Sucede que dicha norma ha sido escasamente estudiada por la doctrina, pero es de enorme importancia práctica, pues otorgó, desde su entrada en vigor, a todos los dueños de aguas privadas –al parecer, suponían gran número– todavía no inscritos en el Registro de Aguas ni en el Catálogo de Aguas Privadas, un plazo improrrogable de tres meses para solicitar la inclusión de su derecho en el Catálogo de Aguas Privadas de la cuenca, añadiendo que *transcurrido este plazo sin haberse cumplimentado esta obligación no se reconocerá ningún aprovechamiento de aguas calificadas como privadas si no es en virtud de resolución judicial firme*. El autor hace una seria y profunda exégesis de la norma (32) –que convence a cualquier civilista–, concluyendo que hay que solicitar al legislador que derogue cuanto antes esta desafortunada norma, por contener una solución evidentemente injusta y causar gravísimo daño a la seguridad jurídica en nuestro Derecho de aguas. Aduce además *ad abundantiam* que tal disposición transitoria contribuye al desprestigio de la ley en un ámbito de gestión social muy delicado de los diversos intereses en juego, y en el que, precisamente, su aceptación por la sociedad es uno de los factores-clave para mejorar la gestión del agua. En definitiva, y después de examinar algunos intentos de exégesis de dicha norma para reducir al máximo, de *lege data*, la eficacia de la misma, solo queda, a su juicio, como solución la impugnación por los jueces ante el TC por la vía del artículo 163 CE (33), sin que, a su juicio, la drástica medida impuesta por la DT cuestionada esté justificada por la Directiva Marco Europea del Agua de 2000. El último apartado se dedica a analizar el régimen de las aguas de Canarias con la DT 2.^a de la Ley 10/2001.

Ramón P. RODRÍGUEZ MONTERO (Prof. Titular de Derecho Romano): **Sobre la prescripción legal de indivisibilidad de la casa y sus anexos en Galicia. Núm. 15 (pp. 543-575)**

Estudio minucioso de la casa tradicional gallega, desde las orígenes consuetudinarios hasta su vigente plasmación legislativa contenida fundamentalmente en los artículos 51, 119 y 213 de la Ley 2/2006, de 14 junio, de Derecho civil gallego. La casa *petrucial* o *patrucial* se presenta en el antiguo Derecho foral gallego como una figura central en torno a la que giran y se entroncan toda una serie de instituciones familiares y sucesorias gallegas, típicas y fundamentales, que inicialmente aparecían como peculiaridades jurídicas de naturaleza esencialmente consuetudinaria, que garantizaban la conservación de los patri-

(32) *Op. cit.*, pp. 521-531.

(33) *Op. cit.*, p. 536.

monios agrícolas y de los valores familiares a lo largo del tiempo, además de proporcionarles organicidad y coherencia (34). En cuanto al elemento personal, se identificaba con la agrupación familiar integrada por los miembros de la familia estricta (frente a la familia amplia, llamada *casta* o *castimonia*), compuesta por los que vivían en comunidad familiar, que podía revestir formas diferentes, y que implicaban la vida en común de todos sus integrantes para la casa, expresado con la fórmula *comunidad a mesa y mantel*, bajo la dirección del jefe de la familia y su mujer (llamado *petrucio* o *patrucio*, patrón, viejo o señor). El conjunto de bienes que componían el sustrato real de la casa recibía en las tierras centrales (parte de las provincias de Lugo, Orense y Pontevedra) la denominación de *casar* o *casal*, y en La Coruña el de *lugar*. Desde la Edad Media se ha caracterizado la organización de la propiedad rural y de la economía labriega tradicional gallega como un tipo de economía familiar cerrada y no comercial, o, en su caso, con un nivel de comercialización muy reducido. El labriego gallego trabaja, produce y recoge para consumir, para cubrir de forma directa sus necesidades propias y de sus familiares, y no vende nada más que lo que le sobra (autarquía). Así, la pobre productividad del terreno y el fuerte espíritu de solidaridad familiar han hecho surgir las *mejoras*, que perpetuarían por costumbre un régimen petrucial puro, y la llamada compañía familiar gallega, desde siempre polémica y muy discutida; como piezas complementarias, la delegación de la facultad de mejorar, el usufructo universal o cuasiuniversal del cónyuge viudo, la dote o donación por razón de matrimonio y el testamento mancomunado. La casa se hallaría institucionalizada en la conciencia de los labradores de la región, especialmente en la Alta Montaña, y en su nivel más abstracto sería el símbolo de la sociedad galaica, a cuya unidad e independencia se rendía un culto ritual muy intenso de modo que, a lo largo del tiempo, el patrimonio familiar se mantuviese sin fraccionar (35). Pero su reciente evolución legislativa no ha sido unidireccional, sino más bien sinuoso y hasta paradójico (el autor sigue paso a paso el Proy. de Apéndice de 1915, el Proy. de Compilación de 1962, que suscitaba grandes dudas solo en parte resueltas por la Compilación de 1963, los Trabajos previos a la reforma que desembocaron en los proyectos de ley de 1993 y 1994, hasta finalizar en la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil gallego). El autor deposita más esperanzas, en cuanto a las notas de la institución, en el texto vigente de la Ley 2/2006.

José Carlos SÁNCHEZ GONZÁLEZ (Notario adscrito a la DGRN): **Calificación registral e inscripción de cláusulas de préstamos hipotecarios conforme a la Ley 41/2007 y la doctrina de la DGRN. Núm. 16 (pp. 577-651)**

Sin perjuicio de una coincidencia en el objeto tratado, el tema desarrollado por BUSTOS LAGO en el núm. 10 se enfoca *sub specie consumatoris* mien-

(34) *Op. cit.*, p. 543.

(35) *Op. cit.*, p. 551.

tras que aquí las cláusulas se tratan en sí mismas, analizando con gran acopio de doctrina y jurisprudencia de la DGRN el significado de la reforma del artículo 12 LH. El planteamiento básico del autor queda reflejado en el siguiente párrafo (36): "La actuación y el control de legalidad que realizan tanto los Notarios como los Registradores son ambos necesarios y recíprocamente complementarios. Pero precisamente por ello debe impedirse que el modo de desarrollar la función de unos comporte una invasión de la esfera funcional propia de los otros –o incluso de los Jueces–, con las consiguientes distorsiones del sistema, en perjuicio del tráfico y con el consiguiente encarecimiento del crédito hipotecario. Cuando se ha defendido que los Registradores pueden calificar todas las cláusulas contenidas en las escrituras de préstamos hipotecarios para analizar –sin limitación alguna– si son válidas o, incluso, si están fundadas en una causa justa, sin duda se intenta asumir competencias que exceden del ámbito propio de la calificación registral, con el riesgo que comporta la hipertrofia de dicha función. Por ello, deben aunarse los esfuerzos de ambos colectivos para que, dejando a un lado los intereses meramente corporativos, se avance en el diseño de las reformas necesarias para conseguir un mejor servicio de la seguridad jurídica preventiva". A continuación el autor analiza, conforme al derecho anterior, el contenido de la inscripción del derecho real de hipoteca, con referencia a los principios de accesoriedad y especialidad y singular atención a las cláusulas de vencimiento anticipado, antes de entrar en el examen de la reforma de 2007, trayendo a colación las diversas interpretaciones doctrinales, de la DGRN y del TS, siguiendo en general los criterios de aquella, sin perjuicio de discrepar en algunos puntos concretos.

Federico J. CANTERO NÚÑEZ (Notario): Uniones de hecho: El urgente regreso a la sensatez. Núm. 17 (pp. 655-669)

El recensor –que comparte el planteamiento básico del autor (37)– no puede menos de leer con interés sus propuestas de regreso a la sensatez [que, desgraciadamente, no parece inminente entre nosotros]. La posmodernidad se manifiesta en el Derecho de familia con sus caracteres más disolventes. Ni el individuo encuentra acomodo en las instituciones, ni estas le prestan los cauces por los que transitar con un mínimo de certezas y de seguridad. La quiebra de las instituciones es particularmente grave en una época presidida por el individualismo, solo corregido a través de la imparable potestad administrativa que nos va acercando al Estado totalitario. Partiendo de la CE de 1978, el autor traza la sucesiva evolución de las uniones de hecho, cuya institucionalización será obra de las CCAA, movimiento que cul-

(36) *Op. cit.*, p. 581.

(37) Cfr. GARCÍA CANTERO: "Vértigo ante el abismo", en el vol. *El matrimonio: ¿Contrato basura o bien social?*, The Family Watch (Cizur Menor, 2008), pp. 241 y ss.

minará –o convergerá– con las Leyes 13 y 15/2005, sobre la legalización de las uniones entre personas del mismo sexo y el llamado divorcio *express*, contribuyendo así al llamado *vaciamiento del matrimonio* (NAVARRO VALLS y MARTÍNEZ DE AGUIRRE). Subraya con acierto (38) que, como si de dos vasos comunicantes se tratara, el proceso de vaciado y desfiguración del matrimonio coincide con el proceso de llenado y configuración de las uniones no matrimoniales (libres o de hecho). A su juicio, las causas últimas de este proceso son: 1) La secularización creciente de la vida social, 2) El predominio del individualismo, 3) El existencialismo, que ha conducido a la autorrealización inmediata, 4) La extrapolación del significado del principio de igualdad, 5) El positivismo jurídico imperante, y 6) La claudicación del Estado, que permite la existencia, al menos, de trece estatutos alternativos al matrimonio. En las apretadas páginas finales sintetiza (39) lo que acertadamente denomina *necesario regreso a la sensatez*: La situación actual no parece deseable y es razonable pensar que no se mantendrá demasiado tiempo, si se quiere legislar con las miras puestas en el interés general y se pretende dotar a los ciudadanos de unos cauces nítidos y sencillos para vivir en pareja, respetuosos con los principios de libertad y libre desarrollo de la personalidad, que ofrezcan suficiente seguridad jurídica y que persigan, no solo la protección de intereses exclusivamente individuales, sino también la del interés familiar, que es algo más que la suma de intereses individuales. En el ámbito familiar no importa tanto afirmar y contraponer los derechos e intereses de sus integrantes como conciliarlos y armonizarlos. En materia de uniones de hecho conviene tener en cuenta: a) que tienen su fundamento no en el principio de igualdad, sino en el de libertad y libre desarrollo de la personalidad; b) que toda decisión legislativa en esta materia no puede tener un espíritu *antimatrimonial*; y c) que en todo caso tiene por finalidad perseguir la protección jurídica y social de la familia (40). Opina, no obstante, que en los próximos años carece de razón suficiente una ley reguladora de las mismas, y, en todo caso, el Estado debe asumir sus competencias en la materia. Si el TC fallase contra el matrimonio de personas del mismo sexo, en algo más que el nombre, entiende que sería ineludible que el legislador estatal regulase estas uniones, pero no ya como uniones de hecho, sino como relaciones al margen del artículo 32 CE.

Ignacio CARPIO GONZÁLEZ (Notario): Alimentos crecientes, legítima menguante. Núm. 18 (pp. 671-701)

El autor trata de ver las posibilidades de acercamiento entre los alimentos y las legítimas, de tal manera que, a la vista de la difícil continuidad, tal como

(38) *Op. cit.*, p. 662.

(39) *Op. cit.*, pp. 667-669.

(40) Se remite a su colaboración en el vol. colectivo (COORD. DELGADO DE MIGUEL), *Instituciones de Derecho privado*, IV (Madrid, 2001), pp. 269-488.

ahora conocemos a esta última, pueda ser sustituida y, en su caso, fagocitada, por la institución de los alimentos, a la vista de las numerosas propuestas que en tal sentido se han realizado. Hace una sucinta descripción de sus caracteres jurídicos. La situación de necesidad es la condición de su exigibilidad, aunque no dependa solo de ella su constitución y extinción; el vínculo alimenticio es independiente del origen del estado de necesidad y de que el acreedor hubiera incurrido en una conducta susceptible de desheredación; nacen *ex lege*, más que de una causa gratuita, bien que ligados a la gratuidad; al estar ajustados a la realidad social de cada época, la necesidad es relativa (pueden comprender hasta el ocio del alimentista). Afronta luego la profunda reforma de la Ley 41/2003, de 18 noviembre, que altera radicalmente los caracteres de la deuda alimenticia legal al trascender el estado de necesidad, trasladándose de esta a la conveniencia. Los alimentos pactados son susceptibles de renuncia, transacción y compensación, sin que se trate de una deuda variable, ni proporcionada a las necesidades del alimentista y a las posibilidades del alimentante, por lo que no cabrá la aplicación subsidiaria del régimen legal de alimentos. Resulta una regulación más autónoma, no parasitaria del marco legal de la renta vitalicia, favoreciendo un ajuste a las necesidades de los discapacitados, de los mayores y los enfermos, aun cuando muchos alimentistas estén incluidos en algunos de los citados grupos. La figura de los alimentos, subraya (41), ha adquirido mucha pujanza en el ámbito sucesorio, en paralelo con la protección reforzada de los discapacitados, por vía de instituciones todavía pendientes de su verdadero desarrollo reglamentario y ajuste con la realidad, como son el patrimonio protegido y las diversas figuras de autoayuda, como los apoderamientos preventivos o las autotutelas, estando aun pendientes las adaptaciones de la legislación española a la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad. Significativas son las reformas de los artículos 808, párr. 3.º, 822, 831, 1041, 1056, párr. 2.º CC, análisis que completa con las últimas reformas de Derecho aragonés y catalán y el anteproyecto valenciano. Afirma (42) que si realmente buscamos la homologación con los países anglosajones, se opina que "debería liberalizarse el sistema legitimario que es un tapón para el progreso económico y una verdadera contradicción con el sistema liberal e individualista propio de dichos sistemas y de nuestras sociedades occidentales". Cita la *Inheritance for family and dependants Act de 1975*, inglesa, la reforma francesa de 2006 y ciertas curiosas disposiciones del CC cubano de 1985, concluyendo que en nuestro CC son patentes las diferencias entre los alimentos y las legítimas, los primeros son secuelas de la potestad familiar y suponen una necesidad apremiante, mientras que la legítima no se sustenta en la dependencia de potestad ni en las necesidades

(41) *Op. cit.*, pp. 680 y ss.

(42) *Op. cit.*, p. 689.

del alimentista. A modo de conclusiones afirma (43) que los "alimentos se han abierto paso en el anchuroso cauce de las convenciones y pugnan por inundar el valle de las sucesiones". La doctrina apunta la conveniencia de reformar el sistema, rígido y excesivo, de la vieja legítima castellana, carente ya de prestigio (CARRASCO PERERA), cuyos plurales partidarios se basan (BARRIO GALLARDO) en que las condiciones sociales han variado, especialmente la esperanza de vida, muy favorable, particularmente en las mujeres; así, cuando fallecen los padres, los hijos ya suelen tener una edad madura y un patrimonio suficiente, y la sociedad se ha vuelto individualista y casi egoísta, con una evanescente solidaridad intergeneracional, otrora pujante. Con todo, los intentos de abrogar el sistema legitimario vía alimentos no le parecen acertados (44).

Gabriel GARCÍA CANTERO (Catedrático Emérito de Derecho civil): **Notas sobre la *addenda* introducida en el art. 68 CC por la Ley 15/2005. Núm. 19 (pp. 703-711)**

La *coda* añadida al artículo 68 CC por la Ley 15/2005, dice: *Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo.* El autor trata de averiguar el sentido de este *corpus estraneus* injertado en un texto clásico que procedía literalmente del artículo 56 CC 1889.

Silvia GASPAS LERA (Profesora Titular de Derecho Civil): **Contradicciones legales y oscilaciones de la jurisprudencia. Núm. 20 (pp. 713-764)**

Parte la autora de que, en el momento presente, las uniones extramatrimoniales en el Derecho español responden a la hipótesis de dos personas que escogen este modo de convivencia libremente, sin más razones que la de no casarse. Invoca en su apoyo la STS de 12 septiembre 2005 cuando afirma que: *... hoy por hoy, con la existencia del matrimonio homosexual y del divorcio unilateral, se puede proclamar que la unión de hecho está formada por personas que no quieren, en absoluto, contraer matrimonio con sus consecuencias [...] por ello, debe huirse de la aplicación por "analogía legis" de las normas propias del matrimonio como son los artículos 96, 97 y 98 CC, ya que tal aplicación comporta inevitablemente una penalización al miembro de la unión que no desea su continuidad. Apenas cabe imaginar nada más paradójico que imponer una compensación económica por la ruptura a quien precisamente nunca quiso acogerse al régimen jurídico que prevé dicha compensación para el caso de ruptura del matrimonio por separación o divorcio.*

Los tribunales vienen afirmando que para que una convivencia *more uxorio* sea tenida en cuenta por el Derecho ha de reunir determinados requisitos.

(43) *Op. cit.*, p. 699.

(44) *Op. cit.*, p. 700.

Según la STS de 18 mayo 1992, *ha de desarrollarse en régimen vivencial de coexistencia diaria, estable, con permanencia temporal consolidada a lo largo de los años, practicada de forma externa y pública con acreditadas actuaciones conjuntas de los interesados, creándose así una comunal vida amplia, intereses y fines, en el núcleo de un mismo hogar*. La STC 155/1998, de 13 julio, ha declarado que *el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son situaciones equivalentes sino realidades jurídicamente distintas, por lo que, en principio, su tratamiento jurídico diferenciado y correlativamente, la diversa atribución de derechos y obligaciones no es contrario al derecho fundamental a la igualdad que reconoce el artículo 14 de la CE*. Pero la garantía institucional del matrimonio no sirve para justificar una discriminación arbitraria entre este y las uniones no matrimoniales (STS 222/1992, de 11 diciembre). En el ámbito de la jurisprudencia del TS se cuenta con un creciente número de resoluciones que resuelven pretensiones, casi en su totalidad, de naturaleza patrimonial suscitadas entre ex-convivientes; también progresivamente vacilante, aun presentando una línea bastante uniforme en algunos aspectos relevantes: rechazo a la aplicación general de las reglas del régimen económico del matrimonio a las uniones de hecho, y en cuanto a las compensaciones e indemnizaciones por las desigualdades que eventualmente provocase la ruptura, el TS ha acudido al expediente del enriquecimiento sin causa, al principio de protección del conviviente perjudicado, a la responsabilidad civil extracontractual, y, en ocasiones –aunque otras veces la rechaza expresamente–, a la *analogía legis*. Al tratar de la posición del legislador ante las uniones no matrimoniales, concluye (45) que la multiplicación de leyes autonómicas, su dudosa constitucionalidad, los problemas de aplicación que suscitan, la paradójica situación que crean al obligar a distinguir entre uniones no matrimoniales de hecho y las formalmente constituidas, todo ello contribuye a ofrecer un panorama que parece obedecer más bien a la falta de reflexión y a la demagogia política que a la eficacia jurídica. Centrándose en los efectos patrimoniales derivados de la ruptura, la autora analiza detenidamente las posibles pretensiones de los convivientes encaminadas a liquidar el patrimonio generado durante la convivencia (alcance de los pactos previos, improcedencia de la aplicación analógica del régimen económico matrimonial, invocación de la sociedad de gananciales y la comunidad de bienes, existencia al menos presunta de una voluntad de constituir una sociedad o una comunidad), el derecho a una compensación por el trabajo dedicado al hogar con base en el enriquecimiento injusto y el principio de protección del conviviente perjudicado, el derecho a una compensación por el desequilibrio económico producido por la ruptura. Añade el tema de los alimentos entre convivientes (que califica de obligación natural) (46), y la

(45) *Op. cit.*, p. 728.

(46) *Op. cit.*, p. 749.

atribución del uso de la vivienda habitual. La parte final se dedica a analizar y criticar severamente la reforma introducida por la Ley 40/2007, de 9 noviembre, en la LGSS respecto de la pensión de viudedad a los convivientes.

Carlos JIMÉNEZ GALLEGO (Notario): Ordenación general de bienes en el matrimonio: Derecho común y balear. Su metodología. Núm. 21 (pp. 765-817)

Amplio tratamiento desde la perspectiva del Derecho romano y codificado, incluyendo las reformas del siglo xx, centrado en el régimen codicial y balear, también extendido al valenciano, confrontado con las recientes versiones legales ideológicas de 2005 y sin olvidar la jurisprudencia sobre uniones de hecho, para denunciar el pronunciado desfase entre la regulación sustantiva del matrimonio y sus remedos con el régimen económico plasmado en el CC y en las leyes o compilaciones forales o civiles especiales. Es innegable la importancia del matrimonio para su régimen económico, ya que influye en el patrimonio, ha amortiguado entre cónyuges el rigor de la propiedad, tanto en la época del Derecho romano, como en el Intermedio y tras la publicación de los Códigos, ha creado una confusión de bienes y ha servido de recipiente para un uso promiscuo de los mismos; y todo esto lo ha hecho sin necesidad de normas, por la fuerza de la *affectio* entre los cónyuges, siendo insuficiente la mera convivencia. Pero hoy el matrimonio legal es muy distinto a como lo era hace un siglo, el divorcio se ha facilitado hasta el punto de imponerlo un cónyuge al otro sin alegar causa o motivo; la *affectio* puede ser muy intensa aunque el matrimonio termine en ruptura. El matrimonio legal puede no ser el matrimonio real de mucha gente, pero han contribuido a hacer atractivo el cambio; basado el divorcio en la libertad y en la dignidad de la persona, se desvía la atención de los problemas que la separación causa a los hijos y a ambos cónyuges para creer que el matrimonio se basa solo en el afecto y en la convivencia de hecho, y su subsistencia depende en todo momento de la voluntad de cada uno de los cónyuges, con lo que desaparece toda traba a su disolución e incluso el fundamento heterosexual (47). Lo que se entiende por matrimonio en el Derecho canónico –que fue de donde partieron las leyes codificadoras– no es ya reconocible en el Derecho civil. Casi puede decirse que se ha pasado de acto jurídico con consecuencias sociales a hecho social con consecuencias jurídicas. Con el mismo nombre se designan situaciones muy diversas de la vida real que solo tienen en común la forma de celebración: desde los cónyuges que asumen un consorcio para toda la vida hasta quienes simplemente conviven pero sin apenas compromiso. Ello ha ido acompañado del aumento de efectos jurídicos a las *parejas de hecho* –fenómeno igualmente variado–. Pero la regulación de la ordenación de bienes en el matrimonio no

(47) *Op. cit.*, pp. 810 y s.

ha cambiado, ni siquiera en la Ley valenciana de 2007. Siguiendo la comparación que VALLET DE GOYTISOLO empleó al criticar la naturaleza real de la prenda sin desplazamiento, se trata de *un jinete de plomo sobre un caballo de papel*. Sin matrimonio sólido –concluye– no cabe un régimen económico matrimonial (48).

Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ (Catedrático de Derecho civil): La filiación, entre Biología y Derecho. Núm. 22 (pp. 819-852)

Este trabajo constituye una lección magistral (49) sobre la filiación explicando sus fundamentos basados en la *Natur des Sache*, a la que –hasta ahora– siempre ha procurado seguir muy de cerca la regulación positiva, no deteniéndose ahora en la mera regulación codicial y constitucional, sino acometiendo con valentía el análisis crítico de la nueva legislación sobre procreación asistida y adopción que no pocas veces desborda y transgrede normas básicas que integran la tradición de nuestro ordenamiento y su actual normativa. La crítica de tales excesos no se limita a meras lamentaciones teóricas, sino que, atendiendo a la realidad social, hace ver las posibles consecuencias –acaso no calculadas por el legislador– a que puede conducir una legislación en apariencia poco pensada. Sin poder descender aquí a más detalles basta decir que, primeramente, se ocupa de exponer las bases conceptuales y jurídicas de la filiación (Biología y Derecho, la filiación socioafectiva, los principios constitucionales en la materia y el novedoso derecho a conocer el propio origen biológico, no suficientemente tratado en nuestro ordenamiento). En la segunda parte –quizás, la más atractiva– desarrolla las últimas transformaciones del Derecho de filiación que, en algunos y llamativos aspectos, han supuesto un *desbordamiento* de la Biología por el Derecho, no sin que aquella se haya tomado la revancha en algunos supuestos concretos.

Leonardo B. PÉREZ GALLARDO (Profesor Titular de Derecho civil y Notario): Luces y sombras en torno a la regulación jurídica de la filiación en Cuba. Núm. 23 (pp. 853-898)

El interés humano del tema tratado por el autor, las estrechas relaciones culturales que mantuvieron y siguen manteniendo nuestros países respectivos, la singularidad del sistema jurídico cubano en el ámbito compara-

(48) *Op. cit.*, p. 814.

(49) El autor es uno de los familiaristas españoles más prestigiosos: (*Diagnóstico sobre el Derecho de familia* [Madrid, 1996]; "La adopción conjunta por matrimonios homosexuales: el efecto indirecto (pero querido) de una reforma matrimonial", RDP 2007, pp. 3 y ss.; "A cada uno su familia, a cada familia su Derecho (aproximación funcional a las nuevas formas de familia y elogio de la diversidad)", *Teoría y Derecho*, 2/2007, pp. 36 y ss.); coord. del vol. *Curso de Derecho civil*, IV [Madrid, 2007] etc.

tivo (50), coadyuvan a incrementar la atención del recensor. La Constitución de 1940 declaró: *Queda abolida toda calificación sobre la naturaleza de la filiación*, pero –similarmente a lo ocurrido con la CE de 1932–, aquel precepto quedó inaplicado. Hoy la regulación jurídica de la filiación en Cuba es parca, fragmentaria y antinómica. La parquedad viene dada porque el legislador ha regulado la filiación a medias dejando un sinnúmero de lagunas que resulta muy difícil completar, por mucha obra de orfebrería que puedan hacer los jueces en sus sentencias. La fragmentación se produce con la promulgación de la Ley del Registro del Estado Civil, en 1985, y su Reglamento, al derogar la primera varios preceptos contenidos en el Código de Familia, lo que agravó la situación, pues empeoró la escuálida regulación jurídica de esta figura, que conduce al carácter antinómico de la regulación, pues la sumatoria de estas normas jurídicas no dan un producto (bien) acabado (51). Aunque el artículo 37 de la Constitución de 1976 reconoce la libre investigación de la paternidad y maternidad, los procedimientos legales adecuados no están a tono con la dinámica de la vida actual, con el desarrollo tecnológico y de las ciencias médicas y biológicas. No hay procedimientos ni Tribunales de familia que permitan utilizar aquellos. Analiza, luego, las presunciones filiatorias tanto en la filiación matrimonial como extramatrimonial, y acomete con gran detalle el estudio del reconocimiento (naturaleza, el sujeto reconocente, la capacidad, el sujeto reconocido, intervención fiscal y consentimiento del otro reconocedor y modos de expresar el reconocimiento); es de señalar que se muestra favorable al reconocimiento del *nasciturus* y plantea dudas sobre el reconocimiento testamentario. A su juicio, las acciones filiatorias son las acciones de estado por excelencia (52). Se ocupa ampliamente de la reclamación de filiación y de la acción mixta de reclamación-impugnación, sosteniendo la imprescriptibilidad de la acción de reclamación, frente a la doctrina contraria del TS. Propugna introducir en Cuba una norma similar al artículo 111 CC español. Constituye una novedad la denominada *acción de imputación de la paternidad o maternidad* regulada en los artículos 48 y 53 de la Ley del RC, y que permiten que la madre o el padre extramatrimoniales atribuyan la autoría del hijo a una persona para que el encargado del Registro la cite oficialmente para que comparezca en el improrrogable plazo de 90 días y acepte o niegue la paternidad o maternidad. *De no concurrir, se entenderá tácitamente que acepta dicha paternidad o maternidad y se inscribirá el hijo como suyo, atribuyéndole el apellido*

(50) Cfr. GARCÍA CANTERO: "Significado del Cc cubano de 1987 en el proceso de Codificación", en el vol. *Estudios de Derecho Comparado* (Zaragoza, 2010), pp. 147 y ss., publicado bajo el título *Un Code socialiste de filiation ibérique*, en "Mélanges Gandolfi", I (Milano, 2004), pp. 373-384.

(51) *Op. cit.*, pp. 856 y s.

(52) *Op. cit.*, p. 878.

correspondiente. [El recensor solo conoce precedentes escandinavos de principios del siglo xx, y en España hoy tales acciones serían difícilmente constitucionales]. Después de tratar del título y prueba del estado filiatorio, el autor finaliza lamentando la ausencia en Cuba de una regulación de la procreación asistida (53). En general se muestra esperanzado con el Anteproyecto de Reforma del Código de Familia que, de aprobarse, puede mejorar el régimen cubano de la filiación.

José Antonio RIERA ÁLVAREZ (Notario): Vivienda familiar y crisis de convivencia. Núm. 24 (pp. 899-939)

A juicio del autor (54): a) Debe entender por vivienda familiar la vivienda conyugal, con independencia de que haya, o no, descendientes; b) Es vivienda conyugal la que constituye el centro o sede de la vida familiar por desarrollarse en ella la comunidad de vida que el matrimonio comporta; c) Es decisivo el *animus o intención* de los cónyuges, coincida, o no, con el hecho material de la convivencia; d) En los casos de crisis matrimonial tal calificación se referirá a la que tuviera tal carácter al tiempo de romperse la convivencia, sin perjuicio de casos especiales que no pueden generalizarse. También es importante configurar jurídicamente el derecho de uso de la vivienda familiar judicialmente atribuido (art. 96 CC) (55): 1) Es un derecho de configuración judicial; 2) de carácter familiar, pudiendo pecar de excesivo dogmatismo calificarlo como real o personal, pues es inscribible y oponible a terceros no amparados por el artículo 34 LH; 3) representando una limitación que pesa sobre el bien independientemente de quienes sean los titulares, atribuyendo un derecho de ocupación oponible a terceros (STS de 11 diciembre 2002); y 4) configurado como derecho de naturaleza familiar no precisa reunir los requisitos que exige la LH para la inscripción de los derechos reales. En todo caso, es un derecho temporal, condicionado por la titularidad preexistente, debiendo diferenciarse entre titular y beneficiario del derecho. Después de analizar la jurisprudencia recaída, afirma (56): a) Para que la cesión de la vivienda por un tercero tenga la consideración de comodato ha de reunir las notas de concreción y determinación que le diferencian del precario, sin que quepa dar una solución apriorística; b) El comodato exige que la cesión gratuita de la vivienda se haga por un tiempo determinado o para un uso concreto (excepto el caso de urgente necesidad del art. 1749 CC); c) Tales notas han de aparecer con claridad o pueda inferirse por hechos concluyentes; y d) Aun existiendo inicialmente comodato, puede

(53) Que –se nos dice– desde hace más de dos décadas se practican, con éxito, en Cuba (*op. cit.*, p. 894).

(54) *Op. cit.*, pp. 905 y s.

(55) *Op. cit.*, pp. 917 y ss.

(56) *Op. cit.*, pp. 927 y ss.

desaparecer y convertirse en precario cuando se hubiera previsto especialmente la convivencia familiar de los esposos en situación de armonía; y 5) De no existir comodato, la situación debe calificarse de precario. Finaliza con la referencia a otras cuestiones conexas (disposición de la vivienda, requisitos de la inscripción del uso, situaciones de cotitularidad, vivienda hipotecada, derecho de uso y arrendamiento).

Luis Felipe RIVAS RECIO (Notario): El Fuero de Baylío. Núm. 25 (pp. 941-960)

Aunque nada ha podido aclararse sobre su origen histórico, el Fuero de Baylío –versión castellana de la *Carta de Meatade* portuguesa– es una forma concreta de entender la familia y el matrimonio, dando origen a un sistema de comunicación universal de bienes; se le considera por los historiadores como un derecho de frontera, aplicado exclusivamente en el flanco geográfico de la demarcación hispano-portuguesa de la provincia de Badajoz, exceptuando el término de esta ciudad. Su ámbito territorial se extiende a diecinueve pueblos, además de la ciudad de Ceuta, comprendiendo solo en Extremadura una extensión de 3.828 kilómetros cuadrados, con una población de 108.634 habitantes, censo de 1955 (hoy probablemente decreciente). El ámbito personal se rige por el CC. Desde los primeros documentos hasta la Real Cédula de 1778 de Carlos III, se considera unánimemente que los bienes de los cónyuges son comunes desde la celebración del matrimonio. La Novísima Recopilación recoge aquella y dice que en el Fuero de Baylío no existen frutos privativos, ya que todos los bienes son comunes, y carece de fundamento la tesis de que, hasta la disolución, los bienes aportados o adquiridos a título oneroso puedan ser objeto de disposición de uno de los cónyuges. La conocida STS de 8 febrero 1892 dio origen a una amplia polémica, siendo confirmada su doctrina por RDGRN de 19 agosto 1914, a partir de la cual el Fuero viene a convertirse en una institución jurídicamente inoperante (57). Después de la publicación del CC es evidente para la mayoría de la doctrina civilista (SÁNCHEZ ROMÁN, CLEMENTE DE DIEGO, DE CASTRO, MADRID DEL CACHO, ESPÍN, LACRUZ, SANCHO REBULLIDA) que el Fuero de Baylío es Derecho foral y por ello debe exigirse un trato igual con los demás territorios forales, dado que rige en una extensión doble a la del Fuero de Vizcaya, y para una población varias veces mayor que la sujeta al Fuero de Ayala (58). Pero la proposición no de ley sobre el Fuero de Baylío de 4 octubre 1984 fue derrotada en las Cortes extremeñas. Hoy las esperanzas están depositadas en la modificación del Estatuto de Extremadura aprobada por Ley orgánica de 6 mayo 1999, al declarar expresamente al Fuero de Baylío como derecho consuetudinario y a la CA como la competente para su conservación, defensa y protección.

(57) *Op. cit.*, p. 951.

(58) *Op. cit.*, p. 957.

Isaac TENA PIAZUELO (Profesor Titular de Derecho civil): Cabeza de familia, y lo que trae a la familia de cabeza: Consideraciones sobre las recientes reformas del Derecho de Familia español. Núm. 26 (pp. 961-997)

El autor reconoce cierta intención *provocadora* al referirse en el título de su trabajo al *cabeza de familia*, término ausente en forma expresa de la Constitución y apenas conservado en el texto codicial (art. 1910), para plantear inmediatamente el dilema constitucionalización o desconstitucionalización del CC, que, a su juicio, debe relativizarse, como también la expresa ausencia de aquella figura en nuestra ley fundamental. Partiendo de la familia *posmoderna* que intuyó LACRUZ, hace algunos años, puede concretarse actualmente en una familia reducida en sus miembros, desustanciada y deslegalizada, que hoy en día se ve compuesta por una pareja inestable y unos hijos en abierta rebelión (59). En este punto la sociedad española puede parangonarse con la de su entorno europeo en lo que toca a los modelos familiares y su evolución, aunque resulte distinta la velocidad de esa evolución o la penetración real de determinados modos de comportamiento (60), habiéndose implantado un cierto *pluralismo familiar*. En todo caso, tras la Constitución de 1978, las rupturas matrimoniales han pasado a ser un elemento significativo de la realidad española, en virtud de la reintroducción del divorcio vincular en 1981, ya que actualmente la mitad de los matrimonios españoles, según las estadísticas, finalizan en divorcio. Junto a ello destaca el interés legislativo por la mediación familiar, la declaración de licitud de las relaciones de hecho y su regulación por las CCAA, resultando que el porcentaje de los nacimientos de madre no casada supera ya la cuarta parte del total. Entre los nuevos paradigmas de comportamiento social cabe mencionar la incorporación definitiva de la mujer al mundo laboral, la asunción de nuevos roles por los miembros de la pareja, que superan algunos estereotipos tradicionales que les han venido encomendados socialmente (61).

(59) *Op. cit.*, pp. 968 y s.

(60) Después de citar a ALMENDROS GONZÁLEZ: *La protección social de la familia*, Tirantonline, 2005, matiza: Algunos sociólogos añaden que el concepto de *familia posmoderna* alude a un cambio en la configuración interna de las familias que diferencia entre el proceso de reproducción (familia) y los intereses de la estabilidad afectiva (pareja), viendo una *segunda transición familiar*, en la que el núcleo básico se reduce a dos adultos unidos por su propia percepción de las relaciones personales, y en la que la presencia de hijos será un complemento más que un vínculo de integración (*Op. cit.*, p. 969, núm. 17).

(61) Si hace apenas unos años la vida *cocooning* (lo que en francés se denomina un *comportement casanier*) parecía sugerente, poco después el hombre *metrosexual* (opuesto a otro estereotipo, el de los *quirkyalones*, pues mientras aquellos son personas que hacen gala de ser sensibles y preocupadas por su físico, los otros ofrecen un gusto curioso por la soledad) se atrevía a salir de casa, por fin ha vuelto el *hom-*

El progresivo reconocimiento de la autonomía personal de los menores de edad tiene su correlato en la atenuación progresiva del principio de autoridad paterna. Por otro lado, la familia española cada vez es más *internacional*, siendo la mujer española la que más tarde comienza a tener hijos dentro de la UE (30,84 años, según el Informe 2006 del Instituto de Política Familiar). Afronta luego el tema-clave sobre el modelo constitucional de familia según el artículo 39 CE, cuya importancia relativiza al recoger la opinión de que se limita a recoger formalmente el artículo 16 de la Carta Social Europea, sin fijar ni objetivos ni acciones concretas, reapareciendo en contraste el valor del Derecho civil, que acaba teniendo valor constitucional (62). Si se interroga sobre a qué tipo de familia se asegura la protección, la respuesta mayoritaria, que no la limita exclusivamente a la matrimonial, resuelve un problema pero origina otro: ¿cuándo es jurídicamente admisible un tratamiento desigual de las realidades familiares?, ¿la familia matrimonial puede resultar *mejor tratada* que otras formas de convivencia no matrimonial? La Ley 13/2005 ha venido a añadir confusión al tema, originando la cuestión más polémica dentro del Derecho de Familia, que el autor estudia a la luz de los Dictámenes del Consejo de Estado y del Consejo General del Poder Judicial. Finaliza con unas consideraciones sobre el régimen jurídico de la titularidad de la patria potestad y la guarda compartida, materia esta última de la que es especialista.

José CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ (Notario): Cautela socini y conflicto de intereses. Núm. 27 (pp. 1001-1033)

Constata el autor que en los testamentos de personas casadas habiendo descendientes se observa una preferencia clara por la atribución recíproca del usufructo universal de la herencia. En el Derecho civil común este resultado se ha conseguido tradicionalmente a través de las disposiciones de opción compensatoria de legítima, la llamada cautela socini, que es una disposición testamentaria en que el testador lega a su cónyuge el usufructo universal y vitalicio de la herencia, instituyendo herederos a sus hijos en la totalidad de la misma a partes iguales, rogándoles que respeten dicha voluntad, pero disponiendo que aquel que no lo haga solo podrá reclamar lo que por legítima estricta le corresponda, libre del usufructo, acreciendo el resto de su participación a los coherederos, que se verán así favorecidos por haber respetado la voluntad de sus padres. La aceptación voluntaria de dicho usufructo universal constituye la regla general. Pero si los hijos son menores de edad, el esquema tropieza con dificultades, pues el ejercicio de dicha

bre-hombre, el hombre-alfa, el ubersexual es el que arrasa. Sin olvidar un colectivo importante numéricamente, los *dinkis (double income no Kids)*: parejas sin hijos, de entre 25 y 35 años, que disfrutan de un alto nivel adquisitivo (*Op. cit.*, pp. 972 y s.).

(62) *Op. cit.*, p. 975.

opción por el viudo en nombre de estos puede suponer una contraposición o conflicto de intereses, y las RRDGRN de 15 mayo 2002 y 14 diciembre 2006 consideran imprescindible la intervención del defensor judicial y el cumplimiento del artículo 1060 CC. El autor considera que el tema no puede dejarse reducido a un supuesto puntual de conflicto o colisión de intereses a salvar por un tercero, por lo que propone buscar interpretaciones correctoras a la doctrina mencionada para evitar que un nombramiento que debe tener carácter excepcional se convierta en una necesidad general en unas particiones, normalmente pacíficas, que deben afrontar la continuidad de la vida familiar contando con los únicos recursos del sobreviviente. Se remonta a la RDGRN de 6 febrero 1995, antes de analizar detenidamente las antes resoluciones citadas (63), llegando a la conclusión de ser escueta doctrina de aquel Centro la de precisarse siempre el nombramiento de defensor judicial del menor, que preste su consentimiento a la partición realizada en la escritura. A diferencia del CC, tanto en el Derecho comparado como en algunos de nuestros Derechos territoriales se ha ido generalizando el usufructo universal del cónyuge viudo. Luego examina las facilidades que la reforma del artículo 831 CC en 2003 concede al cónyuge viudo para lograr finalidades similares a las de la cautela socini. Luego hace un cuidadoso análisis de los supuestos que pueden concurrir y que, con toda prudencia, atendiendo a la composición del caudal relicto, permiten, a su juicio, prescindir del defensor judicial, en espera de que alguna reforma legislativa facilite este mismo resultado.

Ana FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA (Notaria Adscrita a la DGRN, y Delegada del Ministerio de Justicia en el Comité de Derecho Civil del Consejo de la UE): **Las sucesiones especiales en la futura normativa comunitaria sobre sucesiones *mortis causa*. Núm. 28 (pp. 1035-1059)**

El singular observatorio que otorga a la autora el cargo que desempeña en Europa le permite acceder a una información de singular interés para los juristas españoles, si bien la situación *in fieri* o *in itinere* de las normativas que analiza aconseja la natural prudencia al valorarlas como proyectos futuros. Aunque parece lejano el momento de un único Derecho sucesorio civil aplicable a los 27 miembros (pensemos, sin salir de nuestras fronteras, en la pluralidad del Derecho sucesorio foral o territorial), se están realizando por vías indirectas algunos intentos de aproximación. En particular la autora se propone mostrar una nueva arista del estudio de la empresa familiar situada en el Derecho comunitario, cual es su consideración de sucesión especial en el nuevo ámbito de las sucesiones internacionales (64), centrandó su estudio en el futuro Reglamento comunitario sobre las sucesiones

(63) *Op. cit.*, pp. 1006-1011.

(64) *Op. cit.*, p. 1035.

por causa de muerte y la empresa familiar (65). Encontrándose en fase de elaboración la Propuesta del Parlamento Europeo y del Consejo (aprobada el 17 octubre 2009 por el Colegio de Comisarios) relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de decisiones y actos auténticos en materia de sucesiones, y la creación de un certificado sucesorio europeo. La autora considera tal Propuesta (en adelante, PS) como la más ambiciosa en el ámbito europeo de Derecho civil. Por su parte, las líneas fundamentales del certificado (en adelante, CSE) han sido aprobadas en el Consejo JAI, en junio de 2010, a instancias de la Presidencia española. La ley aplicable a la sucesión *mortis causa*, considerada en su conjunto es, conforme al artículo 16 PS, la ley del lugar en el que el difunto tuviera su residencia habitual al tiempo de su fallecimiento, pudiendo optar exclusivamente por la ley de la nacionalidad que posea al tiempo de realizar la elección, y si poseyera más de una, indicará cuál. La propuesta será de aplicación universal, es decir, con independencia de si conduce a la ley material o a la de un tercer país. Advierte la autora que la conexión elegida ha creado una gran polémica. En todo caso, el artículo 22 PS establece una norma de conflicto especial, según la cual *la ley aplicable en virtud del Convenio no impedirá la aplicación de los regímenes particulares* [el texto original aludía a *regímenes especiales de sucesión*] *a los que estén sometidos por la ley del Estado en cuyo territorio se encuentren situados, determinados inmuebles, empresas u otras categorías especiales de bienes, en razón de su destino económico, familiar o social*. Advirtiendo que la interpretación del artículo 22 PS está ahora totalmente abierta, analiza las posibles consecuencias que podrían derivarse para el Derecho español según se adopte una u otras exégesis, con una interesante referencia a la S. de 15 abril 2010 del Tribunal de Justicia de Luxemburgo, relativa a la herencia de Dalí en favor del Estado español, finalizando con la importancia cuantitativa y cualitativa de la empresa familiar en el contexto comunitario. Sobre el CSE, en general, véase *infra* núm. 31.

Salvador GARCÍA GUARDIOLA (Notario): Ensayo de lectura revisada del artículo 857 del Código Civil. Núm. 29 (pp. 1061-1104)

El autor nota inicialmente que la problemática práctica del artículo 857 CC presenta el común denominador de la perplejidad que suscita en el testador-disponente la imposibilidad de hacer valer su decisión de privación sobre hijos y descendientes, y de otra la estrechez y excepcionalidad de las justas causas que la legitiman; perplejidad que se torna mayor al advertir al testador que, aun concurriendo justa causa para desheredar, queda el escollo de la perturbadora presencia del salto en grado, o derecho de representación previsto en aquella norma. Su propósito es reenfocar el

(65) Se remite a su trabajo con idéntico título publicado en *www.deloitte.com*, núm. 32, junio 2009.

espíritu, dicción e interpretación del artículo 857, quizá forzosamente en algunos aspectos, pero con la legitimación aportada por la necesidad de adaptar una norma injustificada en sentido estricto y en algunos casos perturbadora de la realidad social. Con base en la STS de 31 octubre 1995, sintetiza la doctrina tradicional (66) y describe los, a su juicio, absurdos presupuestos teórico-prácticos de la misma (confrontación con la idea de legítima-freno y la presumible voluntad del testador, id. con la preferencia en grado, id. con la exclusión aformal y la preterición intencional, ¿legítima corta o amplia del hijo o descendiente del desheredado?, problemas prácticos en sede particional o procedimental). Introduce la noción de *ciclo de la desheredación* (67) y se pregunta: ¿en qué momento del ciclo se aplica el artículo 857?, adoptando una posición intermedia que diferencia la apertura de la sucesión, el ejercicio de la acción de impugnación o un momento posterior. Ello le permite sostener que la desheredación no conduce por sí misma a la pérdida inicial de la condición de heredero forzoso, aunque sí a la falta de atribución patrimonial inicial a favor del desheredado (68). Afronta luego la posición de los descendientes del desheredado revisando la doctrina tradicional, llegando a unas primeras conclusiones que sujeta a rigurosa autocrítica. El núcleo de su trabajo se encuentra en las conclusiones finales (69) en fase dinámica, minuciosamente expuestas y analizadas, observando que la interpretación restrictiva que propugna del artículo 857 CC inspira el artículo 124 del Anteproyecto de la Ley de Sucesiones de la Comunidad Valenciana.

José Manuel LOIS PUENTE (Notario): Las prohibiciones de disponer establecidas en actos mortis causa. Núm. 30 (pp. 1105-1123)

El trabajo tiene por objeto una crítica de la RDGRN de 13 octubre 2005, para lo cual pasa revista a las opiniones doctrinales sobre la prohibición de disponer establecidas en actos *mortis causa*, en el régimen codicial, poniendo de relieve las insuficiencias de que, a su juicio, adolecen las conocidas posturas defendidas por CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, D. Jerónimo GONZÁLEZ, DOMENGE AMER, Ana CAÑIZARES LASO, CECCINI ROSELL, GÓMEZ GÁLLIGO y MONTÉS PENADÉS, y que resume en dos posturas fundamentales, la prohibición como extirpación de la facultad dispositiva y como gravamen. A su juicio, la razón de ser de una prohibición de disponer es la obligación de conservar y de conservarlo para alguien, lo cual nos pone en relación con la sustitución fideicomisaria; por lo cual los primeros comentaristas (SCAEVOLA, MANRESA, ALPAÑÉS) propugnaron, más o menos abiertamente, la identificación. En el

(66) *Op. cit.*, p. 1064.

(67) *Op. cit.*, p. 1070.

(68) *Op. cit.*, p. 1073.

(69) *Op. cit.*, pp. 1090-1100.

caso examinado la prohibición de disponer es genérica, pues ni fija plazo ni determina quiénes son los destinatarios definitivos de los bienes, cometidos que asume el Centro Directivo, a juicio del autor, indebidamente, por lo cual la prohibición no debiera producir efectos. Al margen del supuesto analiza, conforme a su concepción, las prohibiciones que tienen una duración temporal o alcanzan a toda la vida de un tercero (cláusula *anti yernos y nueras*).

Juan Carlos MARTÍN ROMERO (Notario y Colaborador de la Universidad): **El certificado sucesorio europeo: Propuesta reglamentaria. Núm. 31 (pp. 1125-1163)**

Se ha publicado en RJNot núm. 73, enero-marzo 2010. Se basa en las conclusiones del *Seminario sobre las sucesiones "mortis causa" transfronterizas en Europa*, celebrado en Madrid el 7 mayo 2010.

José Miguel EMBID IRUJO (Catedrático de Derecho Mercantil): **La sociedad anónima en Derecho español: Principales influencias en su regulación e imagen actual. Núm. 32 (pp. 1167-1191)**

Sugestivo y sugerente trabajo cuya lectura no puede menos de agradar a quien, sin ser especialista –aunque, eso sí, comparatista confeso–, dedicó su primer trabajo de investigación a un tema fronterizo (70). Advierte el autor que la promulgación, *ex post scripto*, del RD Legislativo 1/2010, de 2 de julio, que aprueba el TR de la Ley de Sociedades de Capital, no afecta a aquel. La actual crisis deja una situación plagada de dudas en torno a la evolución inmediata no solo del régimen jurídico de la anónima, sino, en general, del entero Derecho de sociedad en España. Por ello considera útil hacer un balance de la situación actual del tema al hilo de las principales influencias, tanto doctrinales como legislativas, experimentadas por nuestra figura a lo largo de su evolución en el pasado siglo. Sintetiza la posición de nuestro Derecho de sociedades anónimas en el contexto internacional diciendo que se trata de una exportación muy escasa y de una abundante recepción de ideas e instituciones al respecto. El ámbito tradicional de influencias está representado por países europeos del *Civil Law* (Francia, Italia, Alemania), y después del ingreso en la UE adquiere un rango preeminente la influencia dogmática alemana, aunque siga siendo elevada la receptividad española hacia el debate doctrinal italiano, siempre sugestivo, coetáneo con el declive progresivo del ordena-

(70) "Notas sobre el usufructo de acciones en la nueva Ley de Régimen jurídico de las sociedades anónimas", ADC, 1952, pp. 972-1015, y años más tarde ha tenido el honor y la satisfacción de dirigir la tesis doctoral del prof. GIL RODRÍGUEZ sobre el mismo tema [*El usufructo de acciones (Aspectos civiles)*, Madrid, 1981], y cuya problemática sigue planteándose ante los Tribunales (cfr. STS de 27 julio 2010).

miento jurídico francés en la materia. Habrá que esperar a la CE de 1978 para que emerja el influjo en España de los países de la *Common Law*, fijándose el momento clave de la recepción del pensamiento jurídico norteamericano sobre la SA alrededor de la década de los noventa del pasado siglo xx, afectando a la adopción de Códigos de conducta en materia de *Corporate Governance*, aunque estamos todavía distantes de lo que constituye el *núcleo duro* del modelo norteamericano. El Derecho de la UE sobre la SA ha tratado de lograr normas equivalentes en los diferentes países de la misma, aunque no ha evitado notables desarmonías entre unos y otros países (71), originándose una cierta parálisis en cuanto al método y los objetivos de la armonización, que empieza a superarse con el Plan de Acción de 2003, aunque la denominada *concurrencia de ordenamientos*, apoyada en cierto modo por el TEJ, pudiera hacerlo peligrar. A juicio del autor, la imagen actual del Derecho español de sociedades se caracteriza por las siguientes notas: 1) Perspectiva unitaria en la regulación de la SA y sus modulaciones; 2) Polivalencia funcional de la SA y su pérdida de relieve en el marco del derecho vigente; y 3) Modo y naturaleza de la regulación de la SA. Afirma en este punto que la perspectiva desregulatoria, basada en los planteamientos de corte economicista, no ha tenido una acogida destacada entre nosotros, y no cabe presumir, al menos a corto plazo, un criterio diferente, por lo cual el Derecho español es predominantemente de naturaleza imperativa (72). Partiendo de la tipología del artículo 122 Ccom, la SA se encuentra en una situación novedosa dentro del panorama societario español. Habiendo sido la sociedad mercantil por antonomasia, la SL está comenzando a desplazarla. Bajo la Ley de 1989 las empresas familiares o las pymes la eligen masivamente, como las estadísticas del RM lo ponen de manifiesto de modo indiscutible. Así, aunque bajo el tipo de SA se cobijan todavía empresas de muy diferente dimensión y estructura, su sentido actual parece encaminarla hacia empresas de mayor tamaño. Parece necesario un reajuste de los tipos sociales y de su régimen jurídico en Derecho español. Para el futuro poscrisis acaso el establecimiento de una relación sensata entre libertad contractual y Derecho imperativo, por un lado, y la idea de promover una nueva codificación del Derecho de sociedades, que no se limite a la anónima y que no sea exclusivamente nacional, por otro, acaso sean pautas idóneas para iniciar el debate que la dificultad del momento hace más urgente que nunca (73). Véase también núm. 34.

(71) CAMPOBASSO (dir.): *Armonie e disarmonie nel Diritto comunitario delle società di capitali* (Milano, 2003), con un estudio en paralelo de los ordenamientos alemán, italiano y español.

(72) *Op. cit.*, p. 1188.

(73) *Op. cit.*, p. 1191.

María Teresa GARCÍA LUDEÑA (Notaria): Proyección de la *societas* en la práctica comercial e intermediadora dentro del contexto histórico romano. Núm. 33 (pp. 1193-1214)

La autora comienza afirmando que en la fase actual de las investigaciones histórico jurídicas no resulta factible establecer aseveraciones contundentes acerca del origen y formación en el Derecho romano de la figura de la sociedad en el entorno de la actividad comercial, pese a lo cual sostiene la presencia de una figura a la par de añeja raigambre e innegable modernidad, que, desde el primer momento se esfuerza en ofrecer respuesta al espíritu pragmático de que hace gala el pueblo romano, siempre pendiente de adaptarse a las circunstancias. A su juicio, no se ha insistido demasiado en el paralelismo de fondo entre el incipiente desenvolvimiento empresarial a través de la técnica de agrupación de esfuerzos humanos *iuridificados*, a través de una noción de origen contractual y después institucional, la sociedad, lo suficientemente dúctil para desembocar en fórmulas societarias de contenido diverso. Aunque se da una disparidad entre el casuístico ordenamiento romano y la actual complejidad normativa imperante, ambos contextos se ven inmersos en un proceso paralelo de fondo, en búsqueda de operaciones que puedan reportar ventajas de política societaria, eficacia corporativa y concentración empresarial. Apartándose aparentemente de la opinión actual de los romanistas (74), hace un recorrido jurisprudencial en torno a la problemática del reconocimiento de la personalidad jurídica de la sociedad en Roma y su desarrollo dinámico, analizando luego el modelo colectivo de peculio empresarial bajo forma societaria, confirmando la existencia de la responsabilidad limitada en el Edicto del Pretor (75). Singular interés ofrece el examen especial de la organización bancaria romana, así como de su quiebra. Afirma que por medio de la realidad económica del peculio, concebido *de iure* como patrimonio aparte, se crea la responsabilidad limitada del empresario y la *actio de peculio et de in rem verso*, resaltando la importancia de los esclavos en la economía romana, pues por virtud de esta acción se tutelaban los derechos de terceros, aun cuando los esclavos no hubieran sido puestos al frente de un establecimiento, o no hubieran sido dotados de peculio. Menciona, finalmente, como datos significativos, el primer tratado de Derecho marítimo de MECIANO (de la época de los Antoninos, 138-192 dC), un opúsculo *ex lege Rhodia*, del que solo queda un fragmento, y el estudio realizado por CALISTRATO, por géneros y especies, en la obra *De cognitionibus*, coincidente

(74) Por todos: IGLESIAS, *Derecho romano. Instituciones de Derecho privado*, 6.ª ed. (Madrid, 1972), p. 434, sostiene que, a diferencia de la asociación, dotada de personalidad jurídica, la sociedad no actúa en el mundo del Derecho como sujeto individual y autónomo. Dado que es una simple relación contractual entre los socios, es decir, una *relación interna*, no trasciende para nada al exterior.

(75) *Op. cit.*, pp. 1200 y ss.

con el auge del comercio en la época clásica; el declive de este se produce en la época posclásica, caracterizada por un marcado dirigismo y fiscalismo, del que son indicadores: la *matricula negotiatorum*, el *aurum negotiorum* (impuesto sobre todos los actos de comercio), y el *corpus collectariorum* (corporación de agentes financieros, encargados de las *munera publica*).

José Luis GARCÍA-PITA Y LASTRES (*Catedrático de Derecho Mercantil*), y Angélica DÍAZ DE LA ROSA (*Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*): **El Derecho de sociedades en el Perú: Un análisis comparativo respecto del Derecho español. Núm. 34 (pp. 1215-1283)**

Recayendo sobre un tema prácticamente inédito (76), los autores ponen de relieve que Perú posee un Ccom, de 1902, claramente inspirado en el Ccom esp. de 1885, en el que la regulación de las sociedades mercantiles era objeto de un tratamiento separado de las civiles, pero más tarde optó por incluir toda la materia societaria en una Ley General, primero la Ley núm. 16123 y Luego la Ley General de Sociedades peruana, núm. 26887, de 19 noviembre 1997. Este texto –de aspecto cuasicodicial– abarca, en principio, a todas las sociedades, consta de 448 artículos, más 9 disposiciones finales y 11 transitorias, estructurado en cinco libros (77). De aquí deriva, inicialmente, un propósito legislativo de unidad de fuentes y de sistema, caracteres que contrastan con el sistema español disperso y heterogéneo, si bien al seguir en vigor el artículo 1.º Ccom peruano llegan a la conclusión de que este país no ha llegado a consumir la unificación sustancial de su Derecho de sociedades. Con amplia bibliografía profundizan en el concepto de Derecho de sociedades peruano, observando que carece de especialidad jurisdiccional, y no puede constituir una rama especial del ordenamiento. Luego se ocupan –aunque con frecuencia habla en primera persona el prof. GARCÍA-PITA Y LASTRES– del concepto de *sociedad* analizando las diferencias entre un simple contrato y el acto fundacional de una sociedad, llegando a la conclusión de que en Derecho español es evidente la contractualidad del acto constitutivo (acaso con la salvedad de las sociedades unipersonales) (78). Postura que sostienen también para el Derecho peruano a la vista del artículo 1351 de su CC. Finalmente se ocupan del Derecho cooperativo, que en Perú aparece tratando de superar un período histórico fuertemente politizado, y de otros contratos asociativos.

(76) En este mismo vol., EMBID IRUJO, *op. cit.*, p. 1171, ha puesto de relieve que la proyección exterior del *moderno* Derecho español sobre sociedades anónimas en los países iberoamericanos no ha sido, apenas, objeto de análisis.

(77) Que tratan respectivamente: De los principios rectores que se deberán tomar en cuenta durante toda la existencia de las sociedades, de la SA, de las otras formas societarias (colectiva, comanditaria, SRL y civiles), normas complementarias y contratos asociativos.

(78) *Op. cit.*, p. 1271.

Francisco Javier GARDEAZÁBAL DEL RÍO (Notario): La cesión global del activo y el pasivo tras la Ley 3/2009, de 3 abril, de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. Núm. 35 (pp. 1285-1359)

Denso estudio sobre el tema que constituye una de las mayores novedades de la Ley 3/2009, de 3 de abril, de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (LME), al servicio de una finalidad todavía no reconocida, partiendo de una figura (la cesión global del activo y pasivo) ya existente aunque de reducida aplicación, y mediante una revisión de sus caracteres esenciales, amplía sus posibilidades hasta límites desconocidos en nuestro Derecho. El autor utiliza dos criterios básicos: profundizar en la naturaleza de aquella cesión global y tratar de definir las características diferenciales dentro del género de las modificaciones estructurales. Recuerda que en sus orígenes de 1951 se relacionó con la liquidación societaria, aunque la parquedad legal hizo que las Res. de 21 noviembre 1980 y 22 junio 1988, por vía analógica requirieron la aplicación imperativa de los preceptos de la fusión para conseguir la plena eficacia liberatoria. El RRM de 1996 se excedió al regular en el artículo 246 la cesión global del activo y del pasivo para todas las sociedades. Posteriormente la Res. de 22 mayo 2002 da la primacía al resultado perseguido, si este era el específico de la fusión, la operación quedaba sujeta a su régimen por vía analógica. Ello redujo drásticamente la utilidad de la figura (79). La LME en su EM *destaca el ingreso de la cesión global del activo y pasivo entre esas modificaciones estructurales, rompiendo amarras con aquella concepción que limitaba esta operación al ámbito propio de la liquidación y, al mismo tiempo, proporcionando un instrumento legislativo más para la transmisión de empresas*. Advierte el autor de que existen importantes diferencias entre la cesión global traslativa y extintiva. Se recurre a la noción de sucesión universal que el Derecho común nunca ha admitido en las relaciones *inter vivos*, y en el Derecho societario se utiliza en los casos de fusión de sociedades, en la que hay sucesión universal y transmisión patrimonial *uno actu* con subrogación de la sociedad absorbente en las relaciones jurídicas de la sociedad que se extingue. Pero en 1989 se da entrada a la figura de la escisión de sociedades como forma de reestructuración empresarial, y ello rompe con aquella identidad que responde a la vieja aspiración del Derecho mercantil de agilizar los procesos de transmisión de las empresas. Desde una perspectiva crítica es discutible si el peculiar sistema diseñado por la LME es el más adecuado para la cesión global del activo y del pasivo (80). El autor analiza el tema en profundidad estudiando la cesión global desde la perspectiva societaria y patrimonial, sus modalidades (traslativa, extintiva y mixta), sus lagunas y aspectos dudosos. Es destacable, a mi juicio, la amplia exposición del régi-

(79) *Op. cit.*, p. 1289.

(80) *Op. cit.*, p. 1295.

men de la cesión global (81), en cuyo detalle no es posible entrar (aunque sí destacar su proyección práctica), lo mismo que la fijación de su trámite procedimental. Finaliza con la protección de los acreedores sociales, y con unas breves consideraciones sobre su régimen fiscal.

Pedro José GARRIDO CHAMORRO (Notario): **La liquidación de la sociedad limitada con adjudicación en especie: Aprobación por mayoría de la Junta e información contable a la minoría. Núm. 36 (pp. 1361-1383)**

Es idea comúnmente admitida, sin demasiada discusión, que cualquier acuerdo de liquidación de la SL con adjudicaciones en especie requiere la aprobación de los socios en Junta General, con base en el artículo 119.2 LSRL (así, entre otros, SÁNCHEZ PARODI [1996], BELTRÁN [1996], URÍA, MENÉNDEZ Y OLIVER [2007] y Res. 13 octubre 2004 de la DGRN). Doctrina que se basa en la protección del derecho de cada socio a su cuota de liquidación, que no puede ser conculcado por la Junta General eliminando dos caracteres de aquel, la monetización y la integridad de la cuota. Pero hay excepciones a la monetización por acuerdo de la Junta del pago de la cuota en metálico a algunos socios, y en especie a otros –y ello constituye el objeto central del presente estudio–, bastando, a su juicio, con el acuerdo mayoritario de la JG, contando al mismo tiempo con la aprobación de todos y cada uno de los socios que recibirán la adjudicación en especie. Los otros socios pueden oponerse a recibir su parte en especie, exigiendo que les sea abonada en metálico correctamente valorada, pero siendo minoritarios no tienen la facultad de vetar la adjudicación *in natura* a los restantes. Esta modalidad de reparto no carece de importancia práctica cuando sea la más rentable y conveniente para el conjunto de los socios, como si resulta antieconómica la monetización por obligar a unas ventas en condiciones poco favorables (por ej., al obligar a disgregar elementos que constituyen unidades económicas), o cuando se genera un elevado coste fiscal, derivado de la tributación por las plusvalías acumuladas. Estima como solución más viable en estos supuestos la liquidación parcialmente en especie, impidiendo que la simple oposición de un socio minoritario o la mera inasistencia le otorgue una fuerza negociadora desproporcionada frente a los demás. A su juicio el derecho a la monetización de la cuota no le faculta para imponer que a los demás socios se les pague del mismo modo (82), como deriva del artículo 119 LSRL. Si realmente todos los bienes están valorados correctamente, y por tanto la cantidad de dinero que se ha de entregar a los socios disidentes fuera la correcta, su derecho de oposición o veto a la liquidación carecería de fundamento, ya que su derecho a la monetización y a la paridad de trato estarían correctamente atendidos (83). Se ocupa luego de

(81) *Op. cit.*, pp. 1311-1328.

(82) *Op. cit.*, pp. 1365 y s.

(83) *Op. cit.*, p. 1368.

algunos supuestos resueltos por *analogia legis* de peligro y protección del derecho de los socios (art. 277.1 LSA, art. 117.1 LSRL), y analiza en profundidad los mecanismos de protección del socio disidente distinguiendo la distinta situación patrimonial de la sociedad y sus aspectos contables; a pesar de su sencillez formal, el balance final, que será la base de la propuesta de división, puede resultar problemático y conflictivo, debiendo permitirse a la minoría disconforme que impugne las cuentas en liquidación. La información adecuada será fundamental, de modo que el balance inicial, los estados contables intermedios, el balance final, la propuesta de división y la memoria reúna un suficiente elenco de garantías para los socios; en su opinión, no hay razón para atribuir al discrepante un derecho de veto, mediante una interpretación extensiva del artículo 119.2 LSRL.

M.^a Rocío QUINTÁNS EIRAS (Profesora Titular de Derecho Mercantil): **Agentes mercantiles y representantes de comercio: Algunas reflexiones para su diferenciación. Núm. 37 (pp. 1385-1442)**

La autora –especialista en el tema (84)– llama la atención que, pese a los años transcurridos desde la Ley de Contratos de Agencia (LCA), la delimitación de la figura mercantil de agente frente a la laboral de los llamados representantes de comercio o viajantes sigue siendo objeto de gran litigiosidad, tal como resulta de la jurisprudencia que menciona. Los aspectos laborales se regularon en el RD 1438/1985, de 1 de agosto. Posteriormente la Directiva 653/86/CEE fue adaptada por la citada Ley 12/1992, de 27 mayo, sobre contrato de Agencia. La delimitación de ambas figuras sigue perteneciendo a las llamadas *zonas grises* del ordenamiento, pues la actividad de promoción realizada por el agente, persona física, sobre todo en aquellos casos en que lo hace en exclusiva para un único principal y en una situación de dependencia económica del mismo, resulta difícil de diferenciar de la del personal laboral que realiza actividades similares o prácticamente iguales, pero desde la organización empresarial del principal, como trabajador. Aunque ambos son colaboradores del empresario, es necesario encontrar criterios de diferenciación pese a sus amplias similitudes. Con amplia documentación doctrinal y jurisprudencial, con breve referencia incluso al Derecho comparado (85), la autora pasa revista a diferentes criterios: subjetivo, por razón del objeto, funcional, forma de remuneración, régimen jurídico extintivo; luego de someterlos a crítica llega a la conclusión de que la nota diferenciadora clave reside en la organización empresarial e independencia, que analiza con detalle (86). Cita la doctrina clásica sobre la empresa, del maes-

(84) M.^a Rocío QUINTÁNS EIRAS: *Delimitación de la Agencia mercantil en los contratos de colaboración* (Madrid, 2000).

(85) *Op. cit.*, p. 1386, núm. 4.

(86) *Op. cit.*, pp. 1415-1431.

tro J. GARRIGUES, y concluye afirmando que bajo una concepción amplia de aquella quedarán incluidos en un único concepto empresarial de agencia, tanto los agentes que cuenten con una organización empresarial de una dimensión grande, con personal a su cargo, como aquellos otros que operan prevalentemente con su propio trabajo y con una organización reducida a los elementos más esenciales (87).

Manuel AGUILAR GARCÍA: Régimen de los Archivos de protocolos en Andalucía. Núm. 38 (pp. 1445-1462)

Aunque no consta la profesión del autor, el recensor cree adivinar que se trata de un notario –ejerciente probablemente en Andalucía–, por la entrañable defensa de las facultades archivísticas del Cuerpo, no siempre debidamente perfiladas y protegidas por la legislación en vigor, a mi juicio, claramente apoyadas en el artículo 149.1.8 CE (*El Estado tiene competencia exclusiva... [sobre la] ordenación de los registros e instrumentos públicos*). El trabajo cumple una utilísima función informativa sobre la normativa aplicable (arts. 17, 31, 36 y 37 LN, completada por la reforma del RN de 2007), de los que resulta que la propiedad de los Archivos de protocolos pertenece al Estado, y solo el notario a cuyo cargo esté legalmente el Protocolo, podrá dar copias de él; norma reglamentaria que, a juicio del autor, impide la inserción absoluta de los Archivos de Protocolos dentro de los Archivos Generales. La regulación detallada se hace por los artículos 289 y ss. del RN de 1944, siendo de señalar que, conforme al artículo 303, los documentos de más de cien años se abren a la libre investigación histórica. El Decreto de 2 marzo 1945 regula de forma específica la Sección Histórica de los Archivos de Protocolos, lamentando el autor el incumplimiento del artículo 11 sobre el *non nato* Patronato Nacional de Archivos Históricos de Protocolos. Oportunamente trae a colación (88) la Ley de Patrimonio Histórico Nacional, del que deriva que la propiedad de estos Archivos es de titularidad estatal, por lo cual la legislación autonómica que se dicte es competente únicamente para la gestión (así, Ley andaluza de 1984, modificada en 1999; Decretos de 1987 y 2000). Finaliza sobre la nada clara obligación de conservación y mantenimiento de estos Archivos, singularmente obligaciones de los Ayuntamientos después del D. de 2007, y los problemas técnicos de restauración.

María Mercedes BERMEJO PUMAR (Notaria): El documento notarial de liquidación complementario del título ejecutivo. Núm. 39 (pp. 1463-1536)

Detallado y minucioso trabajo que demuestra amplia experiencia de la autora en la interpretación de la compleja normativa (civil, procesal, notarial), la cual con mucha frecuencia compromete su opinión criticando mati-

(87) *Op. cit.*, p. 1442.

(88) *Op. cit.*, pp. 1451 y ss.

zada y razonadamente la ajena, autora que también ha realizado alguna aportación puntual y colateral al tema (89), que aquí se expone pedagógicamente, aunque, dada su extensión, resulta dificultoso de resumir, por lo cual me limitaré a reproducir sustancialmente el sumario. En la *primera Parte* se ocupa de los posibles pactos en el título ejecutivo sobre la fijación del saldo líquido de operaciones para el despacho de la ejecución forzosa (estudiando la evolución histórica, hasta concretarse en los arts. 572 y 573 Lec. 2000 y 207-4.º y 219 RN, modificados por D. 45/2007, de 19 enero); documentos complementarios del título ejecutivo; propuesta de solución cuando las operaciones se refieren a contratos privados y hechos externos al título. Establece unas iniciales conclusiones (90). En la *segunda Parte* analiza la ejecución voluntaria o pacto solutorio cuyo complemento puede acreditarse de las diversas maneras que establece el artículo 219 RN.

Rafael GÓMEZ-FERRER SAPIÑA (Notario y Vicepresidente para Europa de la UIN): Sobre los Colegios Notariales: Colegiación obligatoria, libertad de asociación y defensa de la competencia. Núm. 40 (pp. 1537-1574)

Cuando surgen dudas entre algunos países pertenecientes a la Unión Internacional del Notariado sobre la colegiación obligatoria de sus miembros, el autor pasa revista a los antecedentes más remotos existentes en España, cuyas características fueron recogidas de modo coincidente por las diversas normativas notariales promulgadas a partir del siglo XIX hasta nuestros días. Parte de la LN de 28 mayo 1862, sucesivamente desarrollada por los Reglamentos de 1862, 1874, 1917, 1921, 1935, y el actualmente en vigor de 1944 (reformado varias veces, especialmente en 1984 y 2007), cuyos preceptos atinentes al tema reproduce, especialmente el artículo 314, relativo a las funciones de los Colegios. Desde su nacimiento en 1948, la Unión Internacional del Notariado, por su parte, ha fomentado la colegiación que ya existe –en Europa–, en Grecia, Hungría, Austria, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Portugal y Eslovaquia; en Alemania, salvo para notarios funcionarios; en Bélgica hay Colegios y Cámara Nacional de Notarios; en Francia, Consejo Superior del Notariado, Cámaras Departamentales y Consejos regionales; en Italia, Consejo Nacional del Notariado y Consejos de Distrito; en Letonia, Cámara de los Notarios jurados; en Lituania, la Cámara de Notarios de la República; en Polonia, hay diez Cámaras de Notarios y el Consejo Nacional; en Chequia, hay ocho Cámaras regionales y la Cámara de la República; en Rumanía, la Unión Nacional de los Notarios Públicos y 15 Cámaras de Notarios Públicos.

(89) María Mercedes BERMEJO PUMAR: "La hipoteca en garantía de créditos sucesivos. Artículo 4 de la Ley 2/1994 (recarga de la hipoteca). Artículo 153 bis LH (hipoteca recargable). La reutilización de la garantía, facultad del dueño del bien hipotecado", RJNot, núm. 71, julio-septiembre 2009.

(90) *Op. cit.*, pp. 1511-1516.

En América hay Colegios Notariales en Argentina (Colegios de Escribanos), Brasil (Colégio Notarial do Brasil-Conselho Federal), Canadá francés (Chambre de Notaires de Québec), en México existen Colegios Notariales y una Asociación nacional del Notariado mexicano; y también Paraguay, Perú y Ecuador. Con todo, se advierte que, en algunos países, la colegiación no es obligatoria, representando simplemente asociaciones civiles. Al analizar la colegiación obligatoria en España, parte del artículo 36 CE, a cuyo tenor: *La ley regulará las peculiaridades propias del régimen jurídico de los Colegios Profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas. La estructura interna y el funcionamiento de los Colegios deberán ser democráticos.* Pre-constitucional es la Ley 2/1974, de 13 febrero, reformada por la Ley en vigor 25/1999. La competencia fue traspasada a las CCAA por RD 2172/1993, de 10 diciembre, habiéndose promulgado una abundante y compleja legislación autonómica que ha suscitado abundante problemática (91), objeto de estudio con relación a los Colegios Notariales en las Jornadas Iberoamericanas de Asunción, en la República del Paraguay. Extraordinario interés ofrece el apartado relativo a la doctrina del TC sobre los Colegios Profesionales, la colegiación obligatoria y la libertad de asociación (92), en el que analiza con detalle las SSTC 89/1989 de 11 mayo, 194/1998, de 1 de octubre, y 76/2003, de 23 abril, así como la STS de 11 noviembre 2008. También se ocupa de la relación entre el Derecho de la competencia, los Colegios Profesionales y los Colegios Notariales, teniendo a la vista el *Informe sobre el sector de servicios profesionales y los Colegios Profesionales*, de 2008, que ha servido para transponer al Derecho español la Directiva 2006/123/CE del Parlamento y del Consejo, relativa a los servicios en el mercado interior, mediante la Ley 17/2009, de 23 noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (93). Concluye afirmando que los Colegios Notariales y la colegiación obligatoria han demostrado históricamente, y siguen demostrándolo en la actualidad, ser un valioso instrumento tanto para la ordenación de la función notarial como colaboradores de la Administración Pública, para controlar el correcto ejercicio de la misma conforme a las normas que lo rigen y para defender el prestigio profesional de la clase notarial, lo que no es incompatible con la adscripción de los notarios a otras figuras asociativas para la defensa y representación de otros fines distintos.

LUÍS RUEDA ESTEBAN: El secreto profesional de los notarios. Núm. 41 (pp. 1575-1603)

Junto a los médicos y en su condición de abogado, el notario ha convivido desde los tiempos más remotos con el secreto profesional. No representa solo una obligación más, sino algo esencial e incardinado al oficio del notario,

(91) Se enumera la normativa y se incluye el cuestionario en *op. cit.*, pp. 1555 y ss.

(92) *Op. cit.*, pp. 1558-1564.

(93) *Op. cit.*, pp. 1571-1573.

quien debe guardar secreto de lo que autoriza, de lo que no autoriza y de lo que conoce por consecuencia de lo uno y de lo otro. Es un secreto profesional de carácter extremo, tanto por la materia de que se trata como por la calificación y especialidad del funcionario obligado a guardarlo. Hay un secreto de los protocolos que aparece insuficientemente regulado en los artículos 34 y 35 LN y en los artículos 274, 283 y otros del RN, pero el trabajo versa sobre el secreto profesional puro del notario, que recae sobre lo que conoce por los datos e informaciones previos, causas, motivos, circunstancias u otros que por actuación le son confiados, aunque posteriormente no se traduzcan en un documento, y sobre el que no hay regulación, ni siquiera en la reforma del RN en 2007. El secreto profesional notarial deriva de la confidencialidad, esto es, de la absoluta confianza entre el notario y su cliente, por formar parte normalmente de la intimidad del mismo. Distingue tres modalidades de aquel (94): a) El secreto natural, que se extiende a todo lo que sea conocido por casualidad o por confidencia y se basa en la obligación moral de no perjudicar a los demás sin un motivo razonable o justificado; b) El secreto prometido nace de un contrato posterior al conocimiento del hecho; un mismo secreto puede ser simultáneamente natural y prometido, pues si la cosa objeto del secreto requiere sigilo será natural, y si además recayó promesa de guardarlo, será también prometido; c) El secreto confiado o conmisó es el secreto riguroso y estrictamente profesional (afecta a abogados, médicos, asesores, notarios), es el que debe guardar una persona que ha llegado al conocimiento del hecho tras haber prometido expresa o tácitamente que se obliga a guardarlo. El secreto profesional notarial recae sobre el notario y todo su personal de no divulgar ni facilitar dato alguno ni información referente a las circunstancias que han llevado a una persona a la notaría, así como cualquier otra referencia o circunstancia que implique que se puedan conocer por terceros, de forma directa o indirecta, los hechos reservados que han propiciado una consulta (95). Propiamente hablando hay algunas normas, ya aludidas, relativas al secreto del protocolo, y otras penales y procesales sobre la revelación de secretos en general, pero no específicamente a la regulación del secreto profesional del notario, por lo que debe acudir a la doctrina en general. Destacable es la ausencia de doctrina específica al respecto de la DGRN, lo que redundando indirectamente en el prestigio de estos profesionales; abunda, en cambio, en lo relativo a la expedición de copias, que afecta al notario como archivero. El autor también se ocupa de las hipótesis previstas en los artículos 32.3 y 323.1 LN, y de la nueva problemática suscitada por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 diciembre, de Protección de datos de carácter personal. La jurisprudencia recaída hasta ahora sobre el artículo 417 Cp no incluye ningún caso en que aparezca implicado un notario.

(94) *Op. cit.*, p. 1577.

(95) *Op. cit.*, p. 1580.

Emma MONTANOS FERRÍN: Dos modelos de constitucionalismo real borbónico en 1812: Cádiz y Palermo. Núm. 42 (pp. 1607-1627)

El trabajo versa sobre la *Charta* del reino de Sicilia, cuyos principios fundamentales son aceptados por el Parlamento siciliano en Palermo, según el texto aprobado el 7 noviembre 1812, pero promulgado por el soberano el 25 mayo 1813. La autora invoca su paralelismo con la Constitución gaditana, pues se trata de dos procesos constitucionales, deliberados bajo la protección inglesa, considerados como *mitos* de un constitucionalismo mediterráneo (96), que tratará de alimentarse de la tradición histórica *-ius publicum hispanicum-* con la mirada abierta a las doctrinas políticas desarrolladas en Francia y en Gran Bretaña desde finales del siglo XVIII. Ambas se promulgan en un ambiente de abierta hostilidad y manifestación antinapoleónica que trasciende de la simple manifestación popular, y en ambas resulta protagonista la Casa de Borbón en el escenario político, en España, en la persona de Fernando VII, y en Sicilia en la de Fernando III. Un sector doctrinal estima que la Constitución siciliana no se fundamenta en raíces revolucionarias, sino que surca la tradición isleña y representa la última *ley paccionada* del reino de Sicilia. La autora empieza analizando en particular los doce primeros artículos que encarnan las bases fundamentales y dan lugar a un amplio texto dividido en los tres poderes clásicos. Minucioso resulta el estudio de la posición del rey en la carta constitucional (naturaleza del plácet real) (97), afirmando que se trata de una monarquía constitucional de talante moderado, aunque hace recaer en el rey el poder ejecutivo, que ejerce bajo el control del Parlamento. Mayores reservas suscita en la autora la vigencia del principio de igualdad en la abolición de feudos y foros sicilianos. Concluye sosteniendo que el texto constitucional siciliano se hace eco del constitucionalismo francés, pero también, a la vez, queda clara en el mismo la inspiración anglosajona (el bicameralismo adoptado y directas invocaciones dispositivas).

Francisco Javier SANZ LARRUGA (Catedrático Acreditado de Derecho Administrativo): La Unión Europea y la estrategia comunitaria sobre gestión integrada de las zonas costeras. Núm. 43 (pp. 1631-1692)

El autor, especialista en el tema (98), se propone dar cuenta de todos los pasos que se han dado en la génesis y el desarrollo de lo que hoy puede considerarse *Estrategia europea para la gestión integrada de las zonas costeras* (GIZC), basada en la Recomendación 2002/413/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, así como de la Directiva 2008/56/CE, de igual origen. En 2001,

(96) Así ROMANO: "Codice come modello costituzionale per l'Europa liberale e antinapoleonica. Nota introduttiva", en el vol. *Costituzione politica della Monarchia spagnola* (Messina, 2000), pp. XVII y ss.

(97) *Op. cit.*, pp. 1615-1623.

(98) SANZ LARRUGA: "La Unión Europea y la Estrategia sobre Gestión Integrada y sostenible del litoral", en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 217, 2003, pp. 117-132.

la UE había advertido ya que *las regiones costeras están sometidas a una presión constante. Hoy en día, prácticamente la mitad de la población de la Unión reside en una franja de 50 kms. en torno a la costa; los recursos de las zonas costeras, además, generan buena parte de la riqueza económica de la Unión. Las industrias de los sectores pesqueros, del transporte marítimo y del turismo compiten por encontrar un espacio vital en los 89.000 kms. estimados del litoral europeo, a lo largo del cual se encuentran, también, algunos de los hábitat naturales más frágiles y valiosos de Europa.* El autor pasa revista a la preocupación por las zonas costeras despertada en los años setenta en los primeros Programas de acción ambiental, a la fundamental Carta Europea del Litoral de 1981, al Acta Única Europea de 1986 con la inclusión del título VII relativo al medio ambiente, al Tratado de 1992, al V Programa de acción en materia ambiental con la publicación del *Informe Dobris sobre medio ambiente en Europa*, y a las conclusiones del programa que desembocaron en la propuesta de Recomendación de 2000, de naturaleza no vinculante. El VI Programa comprende el periodo 2001-2010 y plantea una *nueva estrategia*, basada en las siguientes líneas directrices: 1) mejorar la aplicación de la legislación medioambiental vigente; 2) profundizar la integración de las preocupaciones medio ambientales en las demás políticas; 3) trabajar con el mercado para contribuir a una producción y unos modelos de consumo más sostenible; 4) facilitar el acceso de los ciudadanos a la información medioambiental; y 5) promover las mejores prácticas en las decisiones sobre planificación y gestión de los usos del suelo. La Recomendación de 2002 sobre la aplicación de la gestión integrada de las zonas costeras concreta las bases de actuación de los Estados miembros, entre las que destacan: a) protección del medio ambiente costero y de la gestión sostenible de los recursos naturales; b) reconocimiento de la amenaza que representa para las zonas costeras el cambio climático (aumento del nivel mar y frecuencia creciente de los temporales); c) protección de las costas adecuada y ecológicamente responsable; y d) en las zonas costeras aisladas el mantenimiento o el fomento de su cohesión. Se constituyó un Foro de alto nivel sobre la gestión de las zonas costeras en Europa, que emitió la Declaración de Villajoyosa de 2002, que dio origen a los Grupos de expertos, que han elaborado diversos documentos de interés. En 2007 la Comisión presentó al Parlamento y al Consejo un informe de evaluación sobre la aplicación de la recomendación de 2002, cuyos resultados no resultan, a su juicio, muy optimistas, pues siguen siendo muy pocos los casos en que se observa una GIZC madura y realmente operativa en la que participen todos los niveles pertinentes de gobernanza, resultando un proceso lento y a largo plazo (99), ofreciendo orientaciones para el futuro. También se ocupa con detalle de la respuesta española a la Recomendación de 2002. El desánimo que podría deducirse de lo hasta aquí expuesto se ve

(99) *Op. cit.*, pp. 1670 y s.

superado por la nueva política marítima de la UE establecida por la Directiva 2008/56/CE, a cuya exposición dedica las últimas páginas del trabajo, que finaliza con una conclusión moderadamente alentadora (100).

Francisco José ARANGUREN URRIZA (Notario): Persona y Derecho (Acerca de la vocación jurídica). Núm. 44 (pp. 1695-1716)

Consideraciones personales surgidas de algunos hechos notorios, de la lectura de determinadas obras y de la experiencia profesional, evocando su formación universitaria junto a ilustres maestros de la Universidad de Navarra, expuestas conforme al siguiente esquema: 1. Justificación. 2. Oficio universitario. 3. El uso de la palabra. 4. Diálogo para tiempos de crisis. 5. Una cristalización de valores: 5.1. La justicia de la mujer adúltera. 5.2. La legítima de Cela. 5.3. La penetración ética. 6. Para esta sociedad: 6.1. Una moderna poliorcética. 6.2. Guardianes de la diferencia. 7. La huidiza justicia: 7.1. El tiempo y lo jurídico. 7.2. Iguales pero diferentes.

Antonio-Carlos PEREIRA MENAUT (Profesor Titular de Derecho Constitucional): Religiosidad, democracia, laicismo. Núm. 45 (pp. 1717-1742)

Aportación a la actual discusión sobre religión, catolicismo y democracia –y también a la reciente propuesta de la nueva evangelización de Benedicto XVI–, destacando algunos errores en que a veces incurren los católicos admitiendo fácilmente un *meaculpismo histórico*, siendo poco críticos con el Estado actual, tratándolo de perfecto en su género, olvidando el *europocentrismo* e infravalorando ciertos factores de riesgo, y olvidando tres perspectivas importantes, a saber, la autonomía e índole específica de la política, el *agreement on fundamentals* y la masa de reglas y principios jurídicos universales y naturales. ¿Cómo organizar una población heterogénea étnica, cultural y religiosamente? Según una primera concepción de origen romano, medieval y británico, reserva al poder central lo más básico, prohíbe lo más intolerable, y deja el resto en manos de los diversos grupos y comunidades sociales o territoriales. La segunda es de raíz estatista: se define desde arriba una identidad o cultura y, a continuación, se extiende o se impone a los diversos grupos. Cabe preguntar: ¿entiende el laicismo más a la multiculturalidad (solución primera) o a la uniformidad (solución segunda)? Entiende el autor que nuestros críticos hablan como si nosotros tuviéramos necesariamente que traducir los preceptos católicos directamente al Derecho positivo. La realidad es que entre el principio divino y la disposición legal o reglamentaria existen una masa de principios y reglas naturales y humanas que los católicos, como todos los que tienen sentido común jurídico, hemos aceptado siempre, y su menosprecio sería fundamentalismo. En materias opinables, ninguna opción debe presentarse como la *solución católica*. Algunos preceptos religiosos (*no matar, no robar*) son traducibles

(100) *Op. cit.*, pp. 1688-1690.

al Derecho secular porque coinciden el nivel religioso, el jurídico-natural y el jurídico-positivo, concluyendo el autor que en esa hipotética sociedad recristianizada por la *Veritas Splendor* y por las instituciones de la Iglesia dedicadas a la nueva evangelización, el Derecho secular reflejaría, antes que los preceptos divinos, los preceptos y reglas jurídicas elementales y la cultura jurídica del país (101). Cita a Tomás DE AQUINO (102): *Los principios comunes de la ley natural no pueden ser aplicados del mismo modo a todos los hombres, por la gran variedad de asuntos humanos*, distinguiendo en este punto los preceptos humanos en su relación con la ley natural, pues unos lo son por vía de derivación y otros por vía de determinación. Mirando a la historia cree que los católicos no debemos reconocer ni más ni menos limitaciones, fallos y errores, que los justos; pero también el Estado, las confesiones protestantes, y hasta los clubes de fútbol [*sic*] deberán reconocer los suyos. La crítica no debe ser más dura con unos que con otros, ni tenemos nosotros una particular obligación de autoinculparnos que no tengan otros, afirmaciones que abren un capítulo dedicado a comentar opiniones de RHONHEIMER, WEILER y Sir Bernad CRICK sobre relaciones entre política y moral. Aunque inconscientemente muchos católicos damos por supuesto que en la relación Dios-César lo hemos hecho históricamente mal, procede que desde un punto de vista no religioso, sino democrático, liberal y constitucional, nos interroguemos: ¿qué reproche merecería el catolicismo?, ¿más o menos que otras confesiones cristianas?, ¿más o menos que las principales ideologías políticas?, ¿merecería el propio Estado algún reproche? Cita al profesor WEILER, de religión judía: *La democracia no es un fin, es un medio aunque indispensable. El fin es intentar y reintentar vivir una vida de decencia para honrar nuestra creación en la imagen de Dios, o el equivalente secular. Una vez que todo se ha dicho y hecho, una democracia es tan buena o tan mala como las personas que pertenecen a ella. Una democracia de personas viles será vil* (103). Pero, concluye (104), ¿qué hacer si no hay orden del mundo, acuerdo fundamental y derecho natural, o no están en el espacio público? Consta el autor que los responsables de esa situación no somos los católicos, ya que hay pocas confesiones más favorables a ello; habría que discriminar culturas y zonas del mundo, pues los latinoamericanos no han llegado aun a la etapa *posmetafísica* y, al ritmo histórico actual, quizá la salten. Si no hubiera acuerdo fundamental alguno (lo que aun no es indiscutible) nos queda la razón: a base de razonar honradamente quizá acabáramos descubriendo, como HABERMAS, los *potenciales de significados encapsulados en los argumentos religiosos*. Nos queda también, al menos, tomar el acuerdo procedimental en serio; para empezar, un acuerdo sobre la igual naturaleza humana de todos y el respeto que todos nos debemos, ya no sería poco.

(101) *Op. cit.*, p. 1723.

(102) *Suma Teológica*, 1-2, q.93.a-3 *in fine* (ed. BAC 1956, t. VI, p. 96).

(103) *Op. cit.*, p. 1735.

(104) *Op. cit.*, p. 1742.

A PIE DE PÁGINA

Por Víctor Manuel Garrido de Palma

I. El homenajeado dio las gracias durante la presentación del libro homenaje en el acto que tuvo lugar en el Ilustre Colegio Notarial de Madrid el 3 de marzo de 2011. Ahora, con la autorización de D. Gabriel GARCÍA CANTERO, recensiono el estudio que en aquél figura con el número 19: "Notas sobre la *addenda* introducida en el artículo 68 CC por la Ley 15/2005" (págs. 703 a 711).

"Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo". *Coda* añadida –dice su autor– al artículo 68, tratando de "averiguar el sentido de este *corpus extraneus* injertado en un cuerpo clásico que procedía literalmente del artículo 56 CC de 1889".

1. De sorprendente califica tal *addenda* por trasladarnos a los imprecisos contornos de una inusitada e inesperada familia ampliada o extensa (incluso amplísima) que parecía haber olvidado definitivamente ya nuestro legislador en las reformas del siglo xx (puede ocurrir, dice más adelante, que ambos cónyuges, o alguno de ellos, aporten, además, descendencia propia anterior menor de edad, originando así el fenómeno de las llamadas *familias recompuestas*).

2. El análisis de su problemática lo realiza a continuación, tratando de aclarar a qué sujetos se refiere la norma, ya que "los trazos con que se describen los beneficiarios son muy gruesos", para a continuación concretar esta nueva responsabilidad que la reforma ha puesto sobre los hombros de los cónyuges, dada "su indefinición", considerando que "la noción básica parece ser la de *dependencia*, concepto sobre el que en realidad pivota el precepto".

3. ¿Qué significa "compartir el cuidado y atención de una persona dependiente"?, se pregunta, afirmando que ello exige poner en relación el texto con la obligación legal de alimentos, lo que lleva al autor a considerar que "el *anclaje* más probable de la *addenda* se deriva inmediatamente del artículo 2.º de la Ley 39/2006, de 1 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia" (en dicho precepto, afirma, se establecen las definiciones que en adelante servirán para interpretar el texto legal: autonomía, dependencia y actividades básicas de la vida diaria).

4. "Si hubiera conclusiones...".

Es el epígrafe último del estudio que recensiono. Resalta el autor cómo

"El legislador quiere que si el directamente obligado por la legislación social está casado, su cónyuge comparta como deber jurídico civil tales obligaciones. Y si la Comunidad Autónoma competente abona alguna *prestación económica vinculada al servicio* (art. 17 Ley 39/2006), parece razonable que la comparta también con el cónyuge".

De "bien intencionada puede calificarse –afirma– y por ello laudable, la finalidad de la ley; ya no lo es tanto la elección del legislador recaída sobre los instrumentos jurídicos susceptibles de ser utilizados, dada su indefinición y la escasa seguridad jurídica que suministran".

5. Tengo que destacar ante todo cómo la sensibilidad del autor se pone una vez más de manifiesto, mostrando su atención a la viva realidad para tratar de poner orden, fundado en Derecho, en el maremágnum a que puede llegar la redacción de la norma (más propia de la época que describía el autor de *Los Episodios Nacionales*): pluralidad de situaciones familiares y su repercusión en cuanto "a las responsabilidades, cuidado y atención... personas dependientes a su cargo".

Realidades familiares que en extensión e intensidad proliferan cada vez más. A mi mente vienen dos recuerdos recientes: uno, cuando la esposa le dice al marido "pon orden, tus hijos y mis hijos se están peleando con los nuestros". El segundo, cuando al comentar a un empleado de una notaría en la que había servido en mis primeros años, cuánto había crecido la villa, antes semiurbana, me decía: "en estas poblaciones-dormitorio en medio o cercanas a urbes importantes, muchas familias viven con estrechez, pero entre la pensión del abuelo, el salario del hijo, lo que del paro cobra el padre, lo que la esposa aporta y la hija mayor que colabora, más la hipoteca...".

II. Doy las gracias a Gabriel GARCÍA CANTERO por su espléndida aportación al libro homenaje y por la recensión que de los estudios que contiene ha realizado, profunda y rapidísima por el tiempo empleado. Invito también a leer con calma su estudio ahora comentado y no solo el texto *de arriba*; las notas a pie de página son imprescindibles para percatarse del calado real de las situaciones que aborda ante la *addenda* legal.

En último término, atiendo dos puntualizaciones de Gabriel GARCÍA CANTERO (fui su profesor ayudante durante breve tiempo en la Cátedra de Derecho Civil de Santiago de Compostela). Una, la relativa al listado de obras del homenajeado: soy incapaz de aportarlo si pretendo que sea completo. Sinceramente, no tengo archivado, guardado... lo anterior (sigo escribiendo con plumafuente y carezco de ordenador). La segunda: una fotografía mía más digna, no el *daguerrotipo* que sale en el libro homenaje. Culpa mía al proporcionarla, pero trato de enmendar el fallo, plasmando ahora la que puede verse: al homenajeado con el libro homenaje; algo así como a "un niño con lo que los Reyes Magos le han dejado en el balcón de su casa". Gracias a todos.

RUDIMENTOS DE LA SUCESIÓN Y EL TRÁNSITO SUCESORIO (Introducción al Derecho de Sucesiones del Código Civil)

Domingo Irurzun Goicoa
Editorial Hélice, Madrid, 2010
208 páginas

Por Víctor Manuel Garrido de Palma

El autor se confiesa –a modo de introducción–: “se trata de una obra elemental para estudiantes de la Carrera de Derecho”. Y a continuación dice: arranca la obra con la distinción entre la *sucesión mortis causa* en sí, como resultado, y el procedimiento civil a través del cual se logra tal objetivo, es decir, el tránsito sucesorio. Veamos tanto aquél como éste.

I. ¿Qué es la sucesión por causa de muerte? (pág. 15)

La muerte abre la sucesión: no se extinguen todas las relaciones jurídicas que creó y mantuvo el finado (la motivación no es exclusivamente económica; la protección de la familia, por ejemplo, prima sobre las razones de pura economía).

Consecuencia: la sucesión *mortis causa*; la genuina es la sucesión universal, que se extiende a todo el patrimonio del causante (pág. 18). El heredero es el genuino sucesor universal; los sucesores singulares, los legatarios. Y cuando los legados no llegan a tener efectividad la expansividad propia de la sucesión universal le lleva a absorber o fagocitar el contenido del legado (pág. 19).

II. Quién puede suceder *mortis causa* y por qué

Para suceder al causante ha de haber mantenido con él algún tipo de relación que fundamente jurídicamente la sucesión. Estamos ante los *títulos sucesorios* (pág. 24).

III. Sistemas sucesorios

El anglosajón o del patrimonio líquido, depurado del pasivo y el romano: la herencia, como una *universitas*, con su activo y su pasivo, pasa, sin intermediarios, a sus sucesores.

Nuestro sistema es el romano respecto a lo anteriormente dicho (página 29), pero en lo que se refiere a la adquisición de la cualidad de suce-

sor: si es universal, se necesita la aceptación; para ser legatario no, la adquisición es *ipso iure*, con posibilidad de renunciar.

IV. La sucesión *mortis causa* es un modo de adquirir

Así lo reconoce el CC en su artículo 608 (pág. 31). Y si es universal, se adquiere y se asume la titularidad de situaciones jurídicas, activas y pasivas, *uno actu*, de un solo golpe y de modo simultáneo. La razón para justificar la singularidad de tal situación es porque estamos ante una sucesión que tiene su causa en la muerte (pág. 20; y es que –como dice en la pág. 16–, al morir no se extinguen todas las relaciones jurídicas que creó y mantuvo el finado, no se evaporan sus derechos, los bienes no pasan a ser *nullius*, y sus deudas incobrables. No). Lo que lleva al autor a exponer, en síntesis, el sistema español de la responsabilidad del heredero por las deudas del causante, según la aceptación sea pura o a beneficio de inventario, resaltando que no le parece justa la respuesta legal –art. 1003– si se acepta la herencia pura y simplemente (poniendo de manifiesto cómo la responsabilidad *intra* –no *ultra*– vires del heredero es la establecida en Aragón y Navarra; pág. 36).

En la *confesión* introductoria el autor habla del procedimiento civil o tránsito sucesorio para llegar a la sucesión *mortis causa*, como resultado. Toca ahora entrar en aquél.

I. El dinamismo hacia la sucesión

Arranca el tránsito –dice en la pág. 51– de un hecho básico, la muerte de una persona, y le sigue la apertura del tránsito o procedimiento civil dirigido a determinar los sucesores, la designación o llamamiento de éstos, la fijación de su individualidad y el ofrecimiento de la herencia, la atribución del derecho a aceptarla o repudiarla, la aceptación y adquisición de tal herencia.

II. Sus fuerzas creadoras: la ley y la voluntad (pág. 52)

En el régimen del Código Civil –aparte concretos supuestos de pactos sucesorios (que detalla, para rechazar en algunos casos el pretendido carácter contractual, así en el art. 1056.1.º, el 1057...)– señala los cauces sucesorios, los del artículo 658. La norma –dice en la pág. 62–, columna vertebral de este estudio, es clara, aunque no deja de sorprender en varios sentidos (los que analiza a continuación).

III. Alcance real de los cauces: testamentario y legal

El primero es el preponderante. Es “a falta de éste”, cuando la sucesión se defiere por disposición legal (art. 658).

Y ambos cauces son compatibles: “con valentía y acierto (pág. 68) el tercer párrafo del artículo 658 así lo establece” (contra la tradición romana, seguida por las legislaciones de Cataluña, Mallorca y Menorca; pág. 67).

Destaca el autor las consecuencias de seguir uno u otro sistema, con los conceptos de suplencia parcial y su función correctora (págs. 68 y 69).

IV. Criterios diferenciales entre ambos cauces

1. En el cauce intestado los criterios en que se concreta la relación o vinculación entre el causante y los llamados a la sucesión son tres: parentesco, matrimonio y ciudadanía. Analizando a continuación el sistema legal (págs. 75 y ss.; destaco el cuadro de la pág. 74, con el orden de suceder dentro del parentesco, y la distinción de sus líneas y grados).

En el cauce testamentario todo es bastante más sencillo: la elección del sucesor en un testamento otorgado con todos los requisitos legales y la identificación de la misma, evitando cualquier posible confusión (págs. 80 y 81).

Para tratar a continuación de la capacidad y de la indignidad para suceder.

2. Nombramiento de eventuales sucesores: hay diferencias, parcialmente, en cuanto a la naturaleza y clases; son muy notables –dice en la pág. 85– en materia de tramitación en el momento inicial de la eficiencia del nombramiento. Así lo muestra a continuación poniendo de manifiesto el concepto, naturaleza y clases de nombramiento.

La fase ejecutiva del cauce intestado, o tramitación, exige que se acredite la falta de testamento (certificación acreditativa del Registro General de Actos de Última Voluntad) o la ineficiencia del mismo (con cita del art. 912). Con lo que se comienza la fase ejecutiva: proceso jurisdiccional o acta notarial de notoriedad se estudian en la página 91 y ss. (deplorando la errónea terminología del art. 209 bis, regla 6.ª, del reformado Reglamento Notarial: Juez y Notario a nadie “declaran heredero”, dice en la pág. 95).

En el cauce testamentario, la causa o razón para heredar es el testamento, título sucesorio material; el formal, su copia autorizada, si acredita que expresa la última voluntad del testador.

3. Efectos del nombramiento según el cauce

Son siempre los mismos, pero no así en cuanto al momento en que tales efectos se producen: es evidente el momento si el cauce es intestado, pero si es el testamentario, mientras viva el testador “*ambulatoria est... voluntas... ad vitam supremum exitum*”, lo que no quiere decir que en vida del testador sea irrelevante el nombramiento contenido en el acto testamentario (pág. 98).

Los efectos, con todo, tienen su clímax: llegado el momento culminante en el tránsito sucesorio se produce su efecto básico, en una doble dirección: *vocación*, que da opción a quien fue nombrado eventual sucesor para que se pronuncie sobre si quiere ser sucesor actual y efectivo; y *delación*, puesta a su disposición de la herencia (*delata*) para que opte por aceptarla o no (“*ius adeundi vel repudiandi hereditatis*”). Páginas 98 y 99.

4. “*Ius vocationis vel delationis*”

Materia de auténtico experto, confirma el autor el calado de sus conocimientos –ya demostrados en ocasiones precedentes–, por lo que es imprescindible su lectura reposada (pág. 100 y ss.). Lo mismo cabe decir de: la frustración del nombramiento, por no aceptación de la herencia por el nombrado, con las causas y los efectos (pág. 105 y ss.), así como de las diferencias entre cauces por la sucesión en sí, con el estudio de la sucesión pura y la modalizada (el término inicial, la condición suspensiva y el modo; sin olvidar el término final y la condición resolutoria). Página 108 y ss.

V. Un causante, una sucesión. Sucesiones simultáneas y acrecimiento

Nombrados varios eventuales sucesores que sobreviven al causante –supongamos que han sido tres, dice en la pág. 117–, puede ocurrir que al menos uno de ellos acepte la herencia y haya otro, otros... que no lo hagan. La *porción vacante*, ¿qué destino tendrá?, se pregunta en la página 118.

1. Si el cauce es intestado, la naturaleza universal de la sucesión y la fuerza expansiva que la caracteriza, produce automáticamente el acrecimiento: los dos aceptantes son herederos por mitad (pág. 119).

2. En el cauce testamentario, cuando el testador instituye varios herederos, auténticos herederos universales y se da el supuesto contemplado como generador de una porción vacante, el acrecimiento es su efecto natural y automático, tal como acaece en el cauce intestado. Ahora bien... la voluntad del testador no siempre ha sido correctamente expresada; es lo que pone de manifiesto en las páginas 120 y 121, para destacar el supuesto del artículo 891. “Banco de pruebas” para decidir el contenido si la voluntad del testador es clara, y si no, aceptar el nombre que el testador empleó con todas sus consecuencias (esa “distribución de la herencia en legados” del precepto implica, conforme al mismo, la asunción de deudas distintiva de la sucesión universal. En puridad, por tanto, “distribución de la herencia en cuotas”; pág. 121).

Para terminar el profundo razonamiento así: obsérvese que cuanto se acaba de decir es independiente de que se pueda dar el acrecimiento de que se ha hablado: la diferencia estriba en que entre sucesores singulares, colegatarios, el acrecimiento tiene el límite del objeto sobre el que recae la propia sucesión singular, es decir, el del bien o derecho legados (pág. 122).

VI. El régimen legitimario

La posible existencia de un tercer cauce, el legitimario –decía el autor en su autoconfesión–, le exige entrar en el estudio de las legítimas, lo que acaso –reconoce– deje en entredicho la buscada elementalidad de la obra.

1. Los cauces por los que el tránsito sucesorio discurre, según el sistema binario que el CC acoge, excluye hablar de un *tertium genus* en mate-

ria de cauces: aunque aquél identifica herederos y legitimarios y denomine a éstos "herederos forzosos"; no es así, como se estudia a continuación.

2. El legitimario es sucesor, ¿universal o singular?

Después de informar acerca de quiénes son legitimarios y en qué consisten las legítimas, así como su defensa y protección (intangibilidad; pág. 128 y ss.), el interrogante del epígrafe lo responde: los legitimarios participan en el activo de la herencia, pero una vez pagadas las deudas (art. 818). Lo que revela que no asumen las deudas como los genuinos herederos, están solo afectados por ellas, al modo en que las deudas afectan a los legatarios (pág. 131). En conclusión: los legitimarios son sucesores singulares (pág. 133).

3. Fijación de la legítima global

Con base en el artículo 818 –del que depura la voz "colacionables", y al que añade la dicción del artículo reformado en 1981, 1045, ahora sí en materia de colación técnica–, se llega al total (*donatum más relictum*) sobre el que hay que aplicar la cuota de los dos tercios que constituye la legítima global de los descendientes o la cuota que corresponde a la legítima individual de cada uno de ellos (para fijar éstas hay que añadir luego la "imputación de donaciones"; pág. 136).

VII. El testamento y el régimen legitimario

Había advertido el autor que, dada la escasa repercusión del régimen legitimario en la sucesión intestada, lo examinaría desde el punto de vista del testador y su testamento para ver cómo se han de comportar ambos en el tratamiento que den a los legitimarios y sus derechos (pág. 124).

1. La legítima "se puede dejar por cualquier título" (art. 815). *Mortis causa* o *inter vivos* (donación u otra liberalidad), pero puede el testador omitir u olvidar al legitimario en la parte dispositiva del testamento y puede privarle de la misma desheredándole (pág. 142 y ss.).

En el primer caso: la preterición errónea total causa la nulidad del testamento, si afecta a todos los hijos o descendientes del testador (art. 814, núm. 1). Si no afecta a todos, se anula la institución de heredero y en lo que perjudiquen a las legítimas, los legados "inoficiosos". Solo se anula, con todo, la institución de heredero a favor del cónyuge en cuanto perjudique a las legítimas.

Si existe desheredación por causa legal, expresa y cierta, impuesta en el testamento (arts. 852, 853 y 854, así como causas que se extraen de las de indignidad ex art. 756), produce el efecto de privar totalmente de la legítima al justificadamente desheredado (además de efectos sobreañadidos; pág. 145).

2. Si el causante deja legitimarios en el momento de abrirse la sucesión y éstos, primordialmente, pertenecen a la línea recta descendente:

2.1. Son sucesores singulares del causante.

2.2. Sus derechos son de naturaleza sucesoria, por lo que no son exigibles en vida del obligado: constituyen un deber jurídico para él, que puede cumplir "por cualquier título" (págs. 149 y 150).

3. El testamento puede ser irregular. Su remedio

Además de causas que pueden dar lugar a la irregularidad total o a la parcial (págs. 150 y 151), existen irregularidades que se deben a la preterición y a la desheredación injustificada. El autor las estudia, en combinación con lo ya expuesto al tratar de ambas figuras y en relación a la reforma básica del artículo 813 (págs. 152 y 153).

VIII. Conclusión sobre los cauces sucesorios

1. El título sucesorio de los legitimarios

La causa por la que pueden justificar derecho a la legítima es su parentesco o su relación matrimonial con el causante (pág. 156).

2. El derecho de representación

Este mecanismo –regulado en el cauce intestado– se utiliza por la ley también en materia de legítimas, pero no solo si un hijo ha premuerto al testador y tiene descendencia, también si es indigno para sucederle, ha sido justificadamente desheredado o ha sido preterido por el testador (arts. 701, 857 y 814 respectivamente). Página 157.

3. Adquisición de las legítimas

Por su naturaleza de sucesión singular, las legítimas se equiparan a los legados salvo en la necesidad de nombramiento: la aplicación del artículo 881 –sistema germánico aquí– implica solo si la voluntad del legitimario es contraria, puede renunciar a la legítima, pero no exige ser aceptada (pág. 158).

4. El acrecimiento en la legítima

Debe haberlo al ser los legitimarios simples sucesores singulares, legatarios de cuota, ello partiendo de que se den los presupuestos necesarios que se vieron en su momento (págs. 159 y 160).

Lo anterior, a pesar de la confusión legal (art. 958) y el criterio de los primeros comentaristas apegados a la literalidad del precepto. Confusión que, a juicio del autor –y como ya puso de manifiesto en ocasión anterior–, el artículo 985.2, tratándose de la legítima estricta, lo que quiso contraponer fue derecho propio y de representación, que son los incompatibles de verdad (pág. 161).

5. Resumen final: no hay un cauce legitimario en el CC

El artículo 658 contiene los dos únicos cauces. No parece conveniente crearlo, al carecer de la potencialidad necesaria en sede del tránsito sucesorio y de la sucesión. Y es innecesario en cuanto a cauce: a las alteraciones que suponen dentro del régimen general (título, nombramiento, adquisición, representación y acrecimiento), les pasa lo mismo que se acaba de apuntar. Bastaría un estrecho cauce –dice en la pág. 163– derivado del cauce testamentario que recogiera el pequeño caudal de esas diferencias a que da lugar el régimen legitimario.

Termina la obra con la exposición de unos *esquemas*, en los que, a modo de fichas, resume los conceptos e ideas más significativas. Por ejemplo, en la página 204, el esquema XLV, precisa: "El título de los legitimarios mediatos, en el derecho de representación y su aplicación en la legítima". Y al esquematizar

el acrecimiento separa los tercios hereditarios, poniendo un interrogante "en el tercio de libre disposición". Todo ello aclara y precisa la exposición del autor.

A modo de resumen del comentarista

La obra que recensiono habla de: "Rudimentos... Introducción... He querido hacer una obra elemental para estudiantes de la Carrera de Derecho, en general".

Para su autor estos términos serán exactos, para el que ha tratado de introducirse en la obra, a fin de comentarla, llega a la conclusión de que ante un libro *básico* del Derecho de Sucesiones del Código Civil nos encontramos. Y es que siempre que alguien domina, conoce en profundidad y aplica lo que está tratando para luego decidirse a ponerlo por escrito, lo elemental en básico se convierte.

¿No ha acaecido así con el *Panorama de Derecho Civil* de –quien ha poco *abiiit*– Juan VALLET? Si a él acudo con frecuencia, seguro estoy que desde ahora vamos a acudir a estos "Rudimentos", porque sin lo básico claramente sabido, desengañese el que pretende enseñar, explicar y aplicar o profundizar en Derecho: torcido y no recto será lo que salga de su pensamiento.

Obras originales como ésta hacen falta. Gracias al autor por su ejemplo, de sencillez y de buen hacer intelectual. Espolea a seguirle.

