

REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO



Número **104**
octubre-diciembre 2017

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

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: M-8652-2012

Impreso en España - *Printed in Spain*

Maquetación: ZONA IMPRESA, S. L. zona@zonaimpresa.com
Impresión: GRAMADOSA, S. L.

CONSEJO DE REDACCIÓN

PRESIDENTE

D. Antonio Rodríguez Adrados (†)

DIRECTOR EN FUNCIONES Y 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. 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

SUMARIO

IN MEMORIAM. HOMENAJE A D. ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS	
Necrológica de Antonio Rodríguez Adrados (Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Madrid. 27 de noviembre de 2017)	11
José Ángel Martínez Sanchiz	
Antonio Rodríguez Adrados, también notario rural	23
María Victoria Rodríguez de Prada	
Visión panorámica de los protocolos notariales	27
Antonio Rodríguez Adrados	
Intervención, el 20 de febrero de 2008, en la recepción ofrecida por el Ilustre Colegio Notarial de Madrid a los opositores a notarías de la academia "Columela" aprobados en las oposiciones de Valladolid, 2008	51
Antonio Rodríguez Adrados	
Borrador para la intervención en la presentación de la versión española, traducción de Antonio Fernández de Buján, introducción de Federico Fernández de Buján, del libro "El proceso contra Jesús", a cargo de Francesco Amarelli y Francesco Lucrezi	55
Antonio Rodríguez Adrados	

Antonio Rodríguez Adrados, el notario y el instrumento público	71
Antonio Linage Conde	

¿Fue nulo el testamento del Rey Católico?	139
Alberto Sáenz de Santa María Vierna	

ESTUDIOS DOCTRINALES

José Bono y Huerta y la historia del Notariado	161
Antonio Linage Conde	

La evolución social como justificación de la legislación civil de fuente autonómica	225
José María Endemaño Aróstegui	

“Nuevos patrones de familia y desvinculación de la verdad biológica en la determinación de la filiación: hacia una reformulación del estatuto del <i>concepturus</i>”. A propósito de la Resolución de la DGRN de 8 de febrero de 2017 y la admisión –no tan velada- de los reconocimientos de complacencia	277
Carolina del Carmen Castillo Martínez	

Soluciones prácticas en materia de legítimas	317
Víctor Manuel Garrido de Palma	

RECENSIONES

“Sobre la Codificación holandesa, el Derecho y la Codificación europea” (Ensayos en honor del Prof. Hartkamp)	341
Gabriel García Cantero	

“El ordenamiento jurídico de las aguas y la agricultura como campo de batalla”. J. A. Navarro Fernández, Ed. Reus, Col. Derecho Agrario y Alimentario, Madrid, 2017	377
José María de la Cuesta Sáenz	

<i>“El archivo de Vicente Aleixandre”</i>, de Alberto Sáenz de Santa María Vierna, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Extremadura, Cáceres, 2017	381
Manuel de Peralta Carrasco	
<i>“Retos y tendencias del Derecho de la Contratación Mercantil”</i>. Miranda Serrano, L. M. / Pagador López, J. (dirs.), Marcial Pons, Madrid, 2017	385
José Miguel Embid Irujo	
<i>“Responsabilidad Civil por vulneración del Derecho al Honor en las redes sociales”</i>. Herrera de las Heras, R., Reus, 2017	393
Esther Muñiz Espada	
<i>“La propiedad compartida y la propiedad temporal”</i>. Vol. col. dir. S. Nasarre Aznar, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017	395
Esther Muñiz Espada	
<i>“Tratado de Derecho Agrario”</i>. Esther Muñiz Espada y Pablo Amat Llombart, Editorial La Ley, Wolters Kluwer, 2017	401
Begoña González Acebes	


COMENTARIOS A SENTENCIAS Y RESOLUCIONES

<i>“La personalidad latente de la sociedad extinguida”</i>. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (sala de lo civil, pleno) 1991/2017, 24 de mayo	407
José Miguel Embid Irujo	
<i>“Contratos de compraventa, figuras afines y «contratos mixtos» en el marco de la reforma del Derecho Contractual europeo”</i>. A propósito de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 10.^a), de 7 de septiembre de 2017 (asunto C-247/16)	427
Luis Hernando Cebriá	

IN MEMORIAM

¿Cómo homenajear a José María Castán Vázquez?	457
Gabriel García Cantero	

**IN MEMORIAM.
HOMENAJE
A D. ANTONIO
RODRÍGUEZ ADRADOS**



NECROLÓGICA

DE ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS

(Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.
Madrid, 27 de noviembre de 2017)

José Ángel Martínez Sanchiz
Presidente del Consejo General del Notariado

El Pleno de Numerarios de esta Real Academia me ha confiado la necrológica de nuestro querido compañero Antonio RODRÍGUEZ ADRADOS. Es un deber y un honor que asumo con gratitud, ante la oportunidad de recordar la excelsa figura del maestro. *"Solo el sabio vive"* observaba nuestro Seneca en su tratado *"De la brevedad de la vida"*; vive en nosotros, en nuestro recuerdo, y nos alienta a seguir viviendo: *"Puesto que la naturaleza nos permite de este modo recorrer todas las edades, ¿por qué no entregarnos con toda el alma, desde este breve y caduco tránsito en el tiempo, a aquellas cosas inmensas, eternas, que nos reúnen con los mejores de los hombres?"*

Y Antonio RODRÍGUEZ ADRADOS se encontraba entre ellos. Era un notario ejemplar –no dejó de serlo nunca– un magnífico notario por ser una bellísima persona, que sumaba a su prudente sabiduría su acción generosa en los distintos ámbitos a los que se aplicó; además del ejercicio notarial: en la enseñanza, la elaboración doctrinal, la formación de las leyes en la Comisión de Códigos y, destacadamente también, su entrega para con esta Real Academia de la que fue Bibliotecario y Vicepresidente bajo la égida del Excmo. Sr. D. Landelino LAVILLA ALSINA.

Fue, en efecto, por encima de todo un hombre honesto, en el sentido reclamado por Cicerón en *"De officiis"*: *"Todo lo que es honesto surge de una de estas cuatro virtudes: o bien consiste en el diligente y exacto conocimiento de la verdad; o en la defensa de la sociedad humana dando a cada uno lo suyo y observando la fide-*

dad en los contratos; o en la grandeza y vigor de un alma excelsa e invicta; o en el orden y medida en cuanto se hace y se dice". Su vida concuerda con estas cuatro virtudes: "*Veritas*", "*Iustitia*", "*Auctoritas*" y "*Moderatio*". Y por eso mismo desarrollaré este discurso a partir de las mismas.

La verdad constituye la aspiración y el oficio de todo notario. Antonio RODRÍGUEZ ADRADOS, mientras daba clases en Salamanca de Derecho Hipotecario, dedicó el resto de su tiempo a la preparación de notarías.

Esa honestidad que le caracterizaba era inconciliable con las prisas, no apresuró su presentación, sino que esperó a las oposiciones del año 1953, y con veintinueve años ingresaría directamente por Cangas de Narcea, plaza de segunda categoría, lo que acredita su extraordinaria preparación, pues para ello se requería en aquel entonces una puntuación cualificada.

Aquel mismo año casó con Gloria, que le acompañaría y ayudaría en todas sus empresas, provista de una clara inteligencia que asomaba en su fino sentido del humor. Estaban muy unidos, tanto que Antonio, con el pesar de sus cuatro hijos –y de todos nosotros– corrió a reunirse con ella en esa otra vida que los cristianos esperamos llena de paz y felicidad.

No era un hombre ambicioso. Siguió siendo un notario rural durante muchos años. En 1958 concursaría a la notaría de Villanueva de Córdoba en la que sirvió durante siete años, hasta su llegada a Madrid, mediante oposición restringida que ganó con el número uno.

De aquellos tiempos en Villanueva de Córdoba, he sabido por medio de su hija María Victoria, que descubrió un poblado romano, llamado Baedro; a raíz de ello, se afanó en un trabajo de investigación, que, entre otras cosas, ubicaba en dicho sitio el origen de la población del valle de los Pedroches, lo que motivó su designación como Académico Correspondiente de la Academia de Bellas Artes de Córdoba. Se sentía muy orgulloso de su descubrimiento, pero el velo de su humildad lo mantuvo entre sus círculos más íntimos.

La justicia fue para él un objetivo primordial. Es natural, habida cuenta de su compenetración con la profesión notarial. "*Para un notario –decía GONZALO DE LAS CASAS– verdad y justicia son una misma cosa*".

Ciertamente, el antiguo juramento de fidelidad que prestaban los notarios medievales abarcaba explícitamente tanto la "*Veritas*"

como la "*Legalitas*", lo que no es de extrañar por cuanto tengo para mí que estaba inspirado por el que resucitó Justiniano para los jueces (C. 3.1.14) "*¿quién ignora –se preguntaba el emperador– que los antiguos jueces no conocían de una causa sin haber antes prestado juramento de juzgar con entera sujeción a la verdad y a las leyes?*"

El notario se debe a la legalidad, o con mayor exactitud, como gustaba de precisar Juan VALLET a la juridicidad, predicado de la justicia, que extravasa la ley positiva; incluso, en alguna ocasión ponía por ejemplo la denominación de esta Real Casa, primero de Jurisprudencia y luego de Legislación, orden sucesivo –agregaba– que no fue fruto de la casualidad.

Antonio RODRÍGUEZ ADRADOS compartía este planteamiento. Se trata de una aspiración presente en todos sus escritos, hasta en los más técnicos.

Así, defiende, desde luego, la legalidad en su ponencia en el Congreso de la Unión Internacional que se sucedió en Atenas el año 1971 acerca del delicado asunto de la influencia de la fiscalidad en los contratos. El notario debe observar obligadamente la legalidad, pues su asesoramiento está siempre circunscrito a los medios lícitos, sin perjuicio de recurrir a los más económicos, para conseguir el propósito práctico de las partes. Las leyes fiscales no son, en este sentido, leyes de segunda categoría

Pero, en el seno de la autonomía de la voluntad, si hemos de creer al artículo 1255 de nuestro Código Civil, no hay legalidad sin moralidad. Se trata de una idea fuerza en toda su obra. Así por ejemplo, en ese delicioso trabajo que publicó en el libro homenaje a Don Federico DE CASTRO, "*El dolo del poseedor de buena fe*", al que pone fin con palabras de éste, que hace suyas, sobre la necesaria moralización de los contratos.

Preocupación que le llevaría a estudiar el fraude de ley, al hilo del nuevo título preliminar del Código Civil. Impresiona su habilidad para deslindar brillantes disquisiciones doctrinales y expurgar la posible utilidad de las mismas. Con difícilísima facilidad separa el fraude a la ley del "*agere contra legem*" y de los conflictos de leyes; advierte que la ley defraudada puede ser la misma ley de cobertura; adopta un moderado subjetivismo en cuanto a la acción fraudulenta; y, finalmente, considera que no hay fraude, si lo que se persigue no es un resultado idéntico al prohibido, sino semejante; la

semejanza, si no está excluida en la ley, no es repudiable, lo que le lleva a delimitar con precisión quirúrgica el alcance de esa identidad.

Fue un paladín de la legalidad. En una conferencia pronunciada en Granada el 8 de noviembre de 1979 sobre *"El notario función privada y función pública. Su inescindibilidad"*, al tratar de la función notarial y su acoplamiento con la Ley, impulsará la doctrina de la adecuación a la legalidad, que en Italia había propuesto D`ORAZI FLAVONI: *"El notario –decía éste– surgió por la exigencia de una satisfactoria adecuación del paradigma negocial concreto al paradigma legislativo"*. Este pensamiento adquirió un desarrollo impecable en nuestro querido compañero, que propuso sustituir la palabra *"adaptar"* contenida en el artículo 147 del Reglamento Notarial por la más precisa de *"adecuar"* al ordenamiento jurídico, lo que se llevó a efecto en la reforma de 8 de junio de 1984, precedente incuestionable de la nueva disposición contenida en el artículo 17 bis de la Ley del Notariado, directamente inspirado por esta doctrina, cuando proclama que *"el notario deberá dar fe... de que el otorgamiento se adecua a la legalidad"*. Precepto en el que se adivina su influencia y que abordó en su conferencia de la Matritense el 14 de noviembre de 2002 con el título *"Incidencias en la seguridad jurídica preventiva de la ley 24/2001."*

En esta conferencia declararí: *"Esta exigencia de legalidad del negocio documentado se inicia ya respecto del documento tabeliónico mediante prohibiciones concretas cuando existían ciertas ilegalidades que el legislador consideraba de especial relevancia; la construcción general se formula en los siglos XIII y XIV, especialmente por Juan ANDRÉS Y BALDO, que consideraban como tercer requisito de la actuación notarial la "iuris permissio" o permisión del derecho al acto documentado. Pero la primacía de la función notarial impidió el natural desarrollo del principio, sobre todo cuando la fe pública vino a ser entendida, sensorialmente, de manera que el notario solo podía dar fe de lo que ve, oye o percibe por sus sentidos, de visis et auditus sui sensibus. La reacción contra este estado de cosas es el principal mérito del artículo 28 de la Ley Notarial Italiana de 1913."*

La justicia es exigente. Repugna la pasividad. Desde luego, ADRA-
DOS, no se dejó nunca arrastrar por ella. Daré sólo dos ejemplos.

El primero de ellos remonta a la Resolución de la Dirección General de 8 de febrero de 1977 que fue dictada a instancias de un recurso suyo, siendo Director General, José Luis MARTÍNEZ GIL.

La reforma de 2 de mayo de 1975 había suprimido la licencia marital. Hasta entonces no había problema para que la mujer comprara individualmente bienes gananciales, bajo la cobertura de dicha licencia. Sin embargo, una vez suprimida, los artículos 59 y 1412 del Código Civil que, siguiendo inspiraciones napoleónicas, atribuían la administración de la sociedad conyugal al marido, aparecieron como un obstáculo, aparentemente insalvable: ¿Cómo iba a comprar sola si no era administradora de la sociedad conyugal?

Sin embargo, la negativa era evidentemente injusta por discriminatoria. Antonio con su habitual pulcritud se alzó en contra y consiguió una resolución favorable, que reforzaría luego con un trabajo en el que aclaraba las diferencias entre actos de administración y de adquisición; doctrina plenamente vigente y ratificada en el artículo 1370 del Código Civil tras la reforma de 13 de mayo de 1981.

Fui testigo del segundo ejemplo que quería traer a colación: Simposio de Barcelona, año 1983, en un especioso silencio, el de las grandes ocasiones, Antonio toma la palabra en presencia del Ministro de Justicia, Fernando Ledesma, y defiende con cartesiano razonamiento su profundo sentimiento de justicia: el notario a la hora de informar y asesorar no debe ser neutral, sino proactivo en beneficio del contratante débil o más necesitado, porque su imparcialidad exige que equilibre las asimetrías de información y de formación existentes entre las partes. Su propuesta fue acogida en el mentado artículo 147, gracias a la reforma reglamentaria de 1984.

Recuerdo perfectamente su verbo sereno y sus palabras tan sabias y precisas, que han sido el norte que ha inspirado la propuesta alumbrada por el Consejo General del Notariado de un acta obligatoria y gratuita que recoja y explique en la fase preliminar del contrato las condiciones generales pendientes de incorporación a los préstamos destinados a financiar la adquisición de vivienda.

La justicia, razonaba Cicerón en "*De officis*" es la más espléndida de las virtudes, propia de los hombres de bien, estrechamente unida a la beneficencia, que puede llamarse también bondad y generosidad. No en vano, advertía Aristóteles en su "*Ética Nicomáquea*" que es la virtud perfecta porque se presta a los demás. Y Antonio RODRÍGUEZ ADRADOS, tal vez porque la cultivó en la práctica diaria de su profesión, agradecido como era, trasladó también a ella su amor por la justicia, y se entregó al Notariado en cuerpo y alma, llevado por su afán de mejorar el servicio prestado a la sociedad.

Y esa generosidad, entrega a los demás, le granjearía el reconocimiento de su autoridad, gracias a su dedicación y a una obra inmensa, reunida por el Consejo General del Notariado en seis volúmenes, publicados poco antes de que fuera recibido en el año 1996 como miembro de esta Real Academia.

No rehusó nunca su compromiso para con la corporación notarial, fue sucesivamente, Tesorero, Vicedecano y Decano del Colegio Notarial de Madrid, así como Presidente del Consejo General del Notariado. Poco antes de su jubilación fue distinguido con la Gran Cruz de San Raimundo de Peñafort.

Pero su desprendimiento no se agotó en los cargos corporativos que prudentemente sirvió.

Había en él una indudable vocación por la enseñanza, su padre don Juan Francisco Rodríguez Rodríguez era catedrático de Geografía y Director de la Escuela Normal de Salamanca, y su madre doña Victoria Adrados Iglesias, Inspectora de Enseñanza primaria en esa misma ciudad donde nació el 15 de enero de 1925, en cuya universidad estudió y obtuvo el Premio Extraordinario de Licenciatura y el Premio Fin de Carrera.

Allí inició su andadura como profesor de Derecho Hipotecario. Fue igualmente profesor de Derecho Civil en la Cátedra de quien fuera Presidente de esta Academia Don Antonio HERNÁNDEZ GIL. Asimismo, sucedió a Rafael NÚÑEZ LAGOS en la Cátedra de Doctorado de Derecho Notarial de la Universidad Complutense de Madrid.

Sucedió igualmente a su querido maestro en la dirección de la Revista de Derecho Notarial, que se benefició de muchísimos de sus trabajos, así como de otros estudios de arte menor, destinados a figurar humildemente en letra pequeña como comentarios de resoluciones o recensiones y reseñas, que redactaba con el exquisito cuidado y atención que destinaba a sus escritos mayores.

Pero el gran legado de Antonio fue su grandiosa obra, que concilia a la perfección ciencia y experiencia, teoría y práctica, presentada como dice nuestro Reglamento Notarial, con palabras tomadas del Ilustre Morcillo, en estilo claro, puro y preciso, pese a la dificultad y enjundia de las cuestiones planteadas y el amplísimo abanico de datos y argumentos utilizados, en los que se entremezcla su condición de romanista con la de historiador del derecho y un vastísimo conocimiento del Derecho Privado en todas sus ramas.

Antonio RODRÍGUEZ ADRADOS despuntó en todos esos campos, hubiera podido, sin la menor duda, haber centrado su atención en cualquiera de ellos, pero sacrificó su originaria inclinación a favor de otras disciplinas de mayor reconocimiento científico para dedicarse al cultivo del Derecho Notarial, tras los pasos de Rafael NÚÑEZ LAGOS, que abrió ciertamente un camino muy abrupto ante la inmensidad del trabajo por hacer. Hoy podemos decir que su aportación marca un antes y un después para el Derecho Notarial al que prestó desinteresadamente su propia dignidad científica, la del mejor notarialista contemporáneo.

Decía Juan VALLET en su contestación al discurso de ingreso: *"El hecho de que sea el primero entre los grandes notarialistas de hoy, se debe principalmente a que es mucho más que esto, como ha mostrado en sus estudios de Historia del Derecho y de Derecho Civil y Mercantil."*

Cumple, pues, hacer una breve referencia a su decisiva contribución en esta sede.

Estaba plenamente convencido que para comprender las cosas era necesario conocer su pasado. Sus trabajos históricos poseen un altísimo valor, cabe citar: *"El Derecho Notarial en el Fuero de Soria"*; *"La Pragmática de Alcalá entre las Partidas y la Ley del Notariado"*; *"Las actas electorales en su perspectiva histórica"*; *"El Derecho Notarial Castellano trasplantado a las Indias"*; y *"Registro Notarial de Madrid"*. Todos ellos aparecen publicados en el primer tomo de sus obras editadas por el Consejo General del Notariado. Juan VALLET en su contestación resaltaría los dos primeros, que son verdaderamente impresionantes.

Por mi parte, me limitaré a referir una comunicación posterior a la *"Societe Fernand de Visscher pour l'Histoire des droits de l'Antiquité"* acerca de *"La dogmática del instrumento público en la Glosa Accursiana"*, donde es dable constatar la aparición del instrumento público.

Es bien conocida la Decretal *"Scripta Authetica"* que derivaba la fe pública o la firmeza del documento de la credibilidad a la que se hacía acreedor el notario a raíz de su juramento de fidelidad.

Ahora bien, paralelamente, se iba gestando una versión secularizada de la fe pública mediante la conversión del notario en persona pública; así ya con antelación a la citada Decretal, cita Bussi del *"Ordo iudiciarius"*, escrito en París en 1170, un pasaje en el que se dice que instrumento público *"est quod publica persona conficitur"*.

Esta idea, sin embargo, habrá de esperar a su consolidación en la Glosa Ordinaria, merced a la identificación entre nuestro antepasado el "Tabelio" y el "Tabularius", funcionario bizantino que redactaba algunos documentos de particulares y recibía asimismo los redactados por otros, sobre todo testamentos, afectos al interdicto de "tabulis exhibendis" (D. 45.5.3.3). La intencionada identificación entre ambos facilitaría el tránsito del instrumento tabeliónico al instrumento público. El punto de inflexión se encuentra en esa calificación del notario como persona pública.

La condición de persona pública se entremezcla ya entonces con la función meramente profesional que venía prestando el escriba, que en adelante se denominará oficial público. Algunos siglos después vendrá la preocupación por depurar esa doble condición que ostenta el notario como funcionario público y profesional del Derecho.

El problema, en nuestro caso, adviene por el planteamiento de una hipotética funcionarización de los notarios, escasamente meditada y consecuencias funestas para la buena prestación del servicio, conforme advertiría en un esclarecedor trabajo, en línea con las ideas expuestas en su fundamental conferencia sobre el "El notario, función pública, función privada. Su inescindibilidad".

Esta conferencia es una auténtica monografía de algo más de ciento cincuenta páginas, que sienta cátedra en cuanto a la naturaleza de la función notarial, abordada, no de manera abstrusa, sino deteniéndose en el concreto quehacer del notario y su repercusión en el instrumento público.

Su discurso de Ingreso en esta Real Academia que versó sobre "La persistencia de la oralidad en la escritura pública" viene a demostrar que la función notarial no es un freno a la autonomía de la voluntad; la escritura pública no es una formalidad que restrinja la libertad contractual, sino expresión de la misma.

Asumía como premisa la establecida por Rafael NÚÑEZ LAGOS en "La estipulación en las Partidas": la libertad contractual, contra el común parecer, existía con antelación al Ordenamiento de Alcalá a través de las cartas notariales, que investían de eficacia al contrato, objeto a su vez de una estipulación superpuesta; "stipulatio interpósita", que hoy tan solo conserva su nombre para referirse a las cláusulas escriturarias. Tenía razón el bueno de Ihering: "La forma es hermana gemela de la libertad". En Alcalá lo que se vino a or-

denar fue la eficacia del "*nudum pactum cum causa*" huérfano de estipulación notarial.

La idea, entreverada en Rafael NÚÑEZ LAGOS, viene a ser la premisa de la que parte RODRÍGUEZ ADRADOS, que se vale de un arsenal romanístico e histórico impresionante, para asentar sobre su base el corolario de que la escritura pública no es un aditamento de la declaración, sino misma declaración de voluntad, su manifestación.

No hay documento notarial que no haya estudiado: la escritura pública, las actas, las pólizas, los testimonios. Y sus escritos no han perdido actualidad ni hay riesgo de que la pierdan, porque, más allá de su originalidad, han adquirido por su valor intrínseco la condición de clásicos; a ellos acudimos constantemente para resolver los problemas que nos acucian diariamente.

Me limitaré a entresacar alguna de la materias tratadas.

En primer lugar, su histórica conferencia en la Academia Matritense del Notariado, el día 12 de mayo de 1978, titulada "*Escrituras, contraescrituras y terceros*".

En ella acredita que en el artículo 1218 del Código Civil "*el hecho que motiva el otorgamiento*" es el negocio documentado, que, congruentemente, al igual que la fecha, será oponible, contra terceros. La aparente contradicción con el artículo 1218-2 al limitar la eficacia probatoria de las declaraciones a los contrayentes, se explica porque se refiere, no a las genuinas declaraciones de voluntad (las que conforman el negocio jurídico), sino a las enunciativas, alusivas a hechos anteriores, que solo guardan una relación incidental con el hecho jurídico que el documento constata.

Esta interpretación entronca directamente con la tradición jurídica, representada por DUMOULIN, COVARRUBIAS, y el profesor de la Escuela de Notariado José Ignacio MORENO, que , enseñaba con idéntica terminología a la utilizada luego por el Código Civil, que: "*los hechos que sirven de objeto a los instrumentos son los contratos y las disposiciones testamentarias.*"

Defendería este mismo planteamiento el 9 de abril de 2002 mediante una luminosa conferencia en esta Casa en torno a "*La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. (Prueba documental)*". En ella ponía de manifiesto la completa concordancia entre el artículo 1218 del Código Civil y el artículo 319 de la nueva Ley.

La oponibilidad del documento, tal como se deduce de estos preceptos, desbanca la angosta teoría sensorial de la fe pública, ya que,

en realidad, ésta comprende no solo los hechos percibidos por el notario con sus sentidos, sino juntamente con estos juicios apodícticos, otros asertorios que incluyen determinadas calificaciones notariales contenidas en el documento. Por lo demás, para obviar ciertas objeciones, Agradados se ha ocupado de explicar con toda nitidez de qué manera funciona la fe pública, sintéticamente o en bloque en el plano extrajudicial y analíticamente en la esfera judicial.

Me siento obligado a recordar una comunicación suya a esta Academia realizada el 10 de diciembre de 2007, relativa a *"La nueva póliza intervenida"*. En ella corrige certeramente un parecer mío con un tacto exquisito, fruto de su galanura intelectual, de esa *"Moderatio"* que le adornaba; literalmente:

"MARTÍNEZ SANCHIZ, el autor que más ha profundizado en esta materia ha distinguido, antes de la reforma notarial 2006/2007 y después de ella un "otorgamiento integral" propio de la escritura y un "otorgamiento instrumental" correspondiente a la póliza, al que yo prefería denominar "otorgamiento parcial". Pero si partimos de un concepto estricto de otorgamiento como "la asunción de una declaración de voluntad previamente inscrita", en palabras de CALVO SORIANO, el otorgamiento de la póliza por las partes comprende la totalidad del negocio, es integral.

La diferencia no puede encontrarse, pues, en la actuación de las partes, sino en la actuación del notario. El nombre genérico de autorización con que esta se conoce no implica uniformidad; la autorización de una escritura pública no es idéntica a la autorización de un acta, de una copia, de un testimonio; tampoco es idéntica a la autorización de una póliza, hasta el punto de que ésta se conoce desde siempre con un nombre distinto, el de intervención. La intervención de la póliza no es, pues otra cosa que la autorización propia de las pólizas.

Los diferentes tipos de autorización vienen determinados para decirlo con el artículo 1218-1 del Código Civil, en el hecho que las motiva que el caso de las pólizas está establecido en el artículo 95-1 del Código de Comercio, por el que es obligación de los agentes colegiados –hoy de los notarios– "asegurarse de la identidad y capacidad legal para contratar de las personas en cuyos negocios intervengan, y, en su caso, de la legitimidad de las firmas de los contratantes". Este precepto legal está vigente, y a él responden

los actuales artículos 197 bis 2, 197 quater y 197 sexiens del Reglamento Notarial. La intervención de la póliza resulta una autorización que más que de parcial, debe calificarse de "limitada".

Su afán investigador no conocía fronteras. Tampoco pese a su edad, las tecnológicas. Todavía nos sorprendería con una monografía sobre la firma electrónica, que es lo mejor que se ha escrito acerca de su verdadera naturaleza, la propia de un sello. Y no dudó en acometer en aquella conferencia de la Matritense en torno a la Ley 24/2001 la problemática de los documentos electrónicos a la luz del artículo 17 bis de la Ley del Notariado, declaraba:

"No hay dificultad teórica para la admisión de los instrumentos públicos electrónicos, conforme al 1216 del Código Civil, siempre que reúnan los mismos requisitos y garantías que los documentos escritos en papel y el notario pueda desarrollar en cuanto a ellos la función notarial en toda su amplitud".

Creo que los pasajes de su obra, a los que nos hemos asomado, hablan por sí solos. Antonio RODRÍGUEZ ADRADOS ejercía y ejerce una autoridad indiscutida sobre todos nosotros. Nos ha dejado sin duda un sentimiento de orfandad, echaremos en falta su infatigable búsqueda de la verdad y su penetrante inteligencia para hallar soluciones a los nuevos problemas que nos depare el porvenir.

Su ausencia me lleva a evocar los versos de Horacio, lamentando la pérdida de su amigo Quintilio Varo:

*"...Cui Pudor et Iustitiae soror
incompacta fides, nudasque Veritas
quando ullum inveniet patem?"*

"... La Modestia, la incorruptible Lealtad, hermana de la Justicia y la Verdad desnuda, ¿cuándo darán con alguien semejante?"

Tenemos el consuelo de que su espíritu está con nosotros, su ánimo como su ánimo. Sabemos que las estrellas desaparecen, mas no dejan de iluminar nuestra noche, su luz, resplandeciente en su obra, su ejemplo, su estela son guías seguras que han de alumbrar por siempre nuestro camino.

ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS, TAMBIÉN NOTARIO RURAL

María Victoria Rodríguez de Prada
Notaria

Quiero empezar, como no podía ser de otra manera, expresando mi gratitud a todos los notarios, que con motivo de la muerte de mi padre han mostrado su afecto y su agradecimiento por la gran labor que hizo en beneficio del notariado. Y especialmente al Colegio Notarial de Madrid y al Consejo General del Notariado por el reconocimiento de su labor. Pero he de decir que si bien aportó mucho también él recibió mucho.

Desde la Dirección de la Revista se me ha pedido que escriba una reseña sobre mi padre y después de muchas dudas me he decidido por hablar de su etapa de notario rural porque creo que es desconocida para casi todos.

Siempre que he oído presentar a mi padre o escuchado su currículum veo que se dice "fue notario de Cangas del Narcea y de Villanueva de Córdoba, y después, por oposición, notario de Madrid" y a partir de ahí se exponen sus publicaciones, cargos, etc. Hay una especie de "vida oculta", la etapa de notario rural, que duró nada menos que doce años.

Para empezar por el principio desvelaré que mi padre fue un mal opositor. No sé si debido a un exceso de autoexigencia, o a que no tuvo preparador y no sabía si tenía suficiente nivel, el caso es que dejaba pasar una convocatoria tras otra sin presentarse. Esta actitud causó no poca preocupación en su familia, que no concebía que para ser notario de un pueblo fuera necesario acumular tanta ciencia.

Por fin, en 1953 se presentó en el colegio de Oviedo y aprobó con el número tres. Tomó posesión de la notaría de Cangas del Narcea y, tras casarse con su novia de toda la vida, se fue a vivir allí.

El mundo rural no le era en absoluto desconocido pero Asturias, verde, húmeda, rica y alegre era bien diferente de su Castilla natal. Alquiló un piso grande dedicando las mejores habitaciones al despacho, y el resto al domicilio familiar. Hasta los oídos de mi madre llegaba casi a diario el "adiós y que tarde en cumplirse" con que el oficial despedía a los testadores.

El ejercicio de la profesión era duro por las salidas. Las carreteras no llegaban a todas partes, y con frecuencia tenía que hacer el camino a lomos de un mulo para levantar acta. Otras veces le llamaban para autorizar el testamento de moribundos, y compartía taxi con el párroco que iba a administrar la Extremaunción. Contaba de una vez que empezó por la señora, por si el marido mejoraba un poco y tuvo que salvar la tachadura, porque la buena mujer empezó a hacer su testamento de casada y lo terminó ya viuda. Estas experiencias terribles quedaron muy gravadas en el alma de aquel notario, aún tan joven.

De esta época no tengo constancia de que hiciera ningún trabajo jurídico ni colaboración con el Colegio Notarial. El objetivo fue, desde el principio, hacer oposiciones entre notarios e irse a Madrid. Para ello siguió estudiando, o más bien intentando estudiar, pues la llevanza de la notaría sumada al nacimiento de su primer hijo y el anuncio del segundo lo hacían difícil. Por ello mis padres tomaron una decisión no muy frecuente en la época: él pidió la excedencia y se marcharon a vivir a Salamanca. Mi padre estudiaba y mi madre trabajaba en el Ministerio de Trabajo, donde tenía su plaza de funcionaria.

Las cosas no salieron como esperaban. La convocatoria de las oposiciones se retrasó y el nacimiento inminente del tercer hijo les hizo tomar la decisión de pedir el reingreso. Concurrió y tomó posesión de la notaría de Villanueva de Córdoba en 1958.

Nunca me he explicado cómo a mis padres, prototípicos castellanos viejos, Andalucía les pudo cautivar de esa manera. Siendo ya mi padre octogenario, en una intervención en la Universidad Complutense resumió su paso por Villanueva diciendo: "allí fui feliz".

Repitió la fórmula de Cangas: alquiló una casa muy grande, dedicando las habitaciones de entrada a la notaría y resto a domicilio familiar. La notaría era muy cómoda y dejaba mucho tiempo libre. Enseguida hizo amistades, se aficionó al flamenco y no se perdía ni un día de la feria. Se integró en la vida local, participando sobre todo en las actividades culturales.

Trabó amistad íntima con Don Juan Ocaña Torrejón, Maestro Nacional jubilado, gran conocedor de la historia local y cronista oficial del Valle de los Pedroches. Por aquel entonces Don Juan estaba escribiendo sobre la historia de la villa de Pedroche y su comarca y mi padre le llevaba en su Seat 600 por todo el Valle de los Pedroches para que completara o confirmara sus datos; pero pronto le contagié de su entusiasmo y terminaron escribiendo juntos un estudio sobre El yacimiento de Majadalaiglesia-Virgen de las Cruces. En una de esas excursiones arqueológicas tuvieron la suerte de que les mostraran una lápida funeraria encontrada hacía años cerca de El Viso, y de ella resultaba la existencia de un nuevo municipio romano, Baedro, que por el lugar de la aparición y algunos argumentos etimológicos identificaron con Pedroche. El hallazgo tuvo un amplio eco entre los mejores arqueólogos y lingüistas de España y tanto Don Juan como mi padre fueron nombrados Académicos Correspondientes de la Real Academia de Córdoba, de Ciencias, Bellas Letras y Nobles Artes.

Quedó vacante la notaría de Pozoblanco y la sustituyó mi padre durante más de un año. Allí redactó su primer testamento, que tenía una particularidad: lo escribió a mano para que se pudiera convertir en ológrafo si adolecía de algún defecto formal.

A pesar de llevar las dos notarías seguía teniendo tiempo para sus aficiones y para su familia. No era un padre que jugara con sus hijos, pero sí le gustaba llevarnos con él a todas partes y enseñarnoslo todo. Lo mismo ha hecho después con sus nietos.

Pero el objetivo seguía siendo Madrid, así que continuó con la preparación de las oposiciones y profundizando en temas concretos. Ya en este periodo publicó varios estudios en la Revista de Derecho Notarial sobre temas tan dispares como la disposición onerosa de bienes gananciales, la prohibición del interlineado en las matrices mecanografiadas y la patria potestad de la madre binuba en el derecho transitorio. Ahora me intriga de dónde sacaría la bibliografía, probablemente de la biblioteca del Colegio Notarial de Sevilla.

Un buen día, en 1963, cuando se encontraba en el Círculo Recreativo de Villanueva de Córdoba jugando al dominó, recibió una llamada telefónica que cambió su vida. Era José María DE PRADA quien había propuesto su nombre, desconocido por todos, para redactar la ponencia española del VII Congreso Internacional del Notariado Latino que se iba a celebrar en Bruselas. Le llamaba para encargár-

sela. El tema era "La naturaleza jurídica del documento auténtico notarial". Así comenzó su carrera de notarialista.

La ponencia causó un gran impacto, no sólo dentro del notariado español sino también de todos los países participantes. Recibió por él el prestigiosísimo premio Negri, del Notariado Argentino.

Por fin, en 1965 se presentó a las oposiciones entre notarios y aprobó con el número uno. Ya era notario de Madrid. Empezaba una etapa brillantísima de su carrera. Mis padres estaban felices. Pero de Villanueva salieron llorando.

Muchas veces he oído a mi padre comentar la importancia del notariado rural: por un lado, porque lleva este servicio público tan importante y tan personal hasta el último rincón de la geografía española. Y por otro, porque a los notarios, que en una gran mayoría proceden del mundo urbano, les da la oportunidad de conocer el campo y las personas que lo trabajan y lo habitan.

Y también lamentar que la facilidad de las comunicaciones esté haciendo desaparecer el arraigo del notario en los pueblos. (No es ese mi caso, pues llevo 34 años en mi notaría de entrada, Los Navalmorales, un pueblo de tres mil habitantes en Los Montes de Toledo).

Espero, ya para finalizar, que esta pequeña reseña haya completado la pieza que siempre he echado en falta en las presentaciones de mi padre y sirva para conocer un poco su lado humano. Fue un sabio, pero no un sabio distraído. No estaba "en su mundo", sino en el de todos los que le rodeábamos.

Por último, agradecer a la dirección de la Revista Jurídica del Notariado la publicación de un número-homenaje a mi padre. Gracias.

VISIÓN PANORÁMICA DE LOS PROTOCOLOS NOTARIALES (*)

Antonio Rodríguez Adrados
Notario Honorario

Son muchas las veces que he oído a una persona comenzar su intervención en un acto público con la “protesta” más solemne por haber sido calificada su disertación de “conferencia”, cuando no iba a ser otra cosa que una “charla”; aunque con frecuencia terminara dando una conferencia. Y por más que quiera huir del tópico, ésta es la situación en que me encuentro; el programa habla de conferencia, pero en estas horas del atardecer de un día de finales de julio no está para conferencias nadie, ni el presunto conferenciante ni los oyentes. Por esta naturaleza de mi disertación, y para tener más libertad en el desarrollo del tema, elegí un amplio título para mi charla, “Visión panorámica de los protocolos notariales”, y aquí quien se equivocó fui yo, pues desde este Parador no puede haber más “visión panorámica” que la de Toledo.

El traslado a su nueva sede del Archivo de Protocolos del Distrito de Toledo, que aquí nos reúne, bien merece, sin embargo, que todos nos esforcemos un poco.

“Se entiende por protocolo –dice el artículo 17.4 de la Ley del Notariado– la colección ordenada de las escrituras matrices autorizadas durante un año, y se formalizará en uno o más tomos encuadernados...”; el protocolo es, pues, una colección; y es una colección encuadernada, de documentos notariales, originales y extensos, precisión esta última importante desde el punto de vista histórico.

(*) Palabras pronunciadas el 22 de julio de 1997 en el Parador Nacional Conde de Orgaz de Toledo, con ocasión del traslado a su nueva sede del Archivo de Protocolos del Distrito de Toledo.

En todos los países de Notariado latino es esencial la conservación de los documentos originales por el Notario; pero los ordenamientos europeos suelen detenerse en esta conservación, acompañada de un repertorio; la obligación de encuadernar, que asegura al máximo aquella conservación, es en realidad una peculiaridad española, que desde Castilla pasó prontamente a América, incluso con mayor rigor: en Méjico, por ejemplo, los libros de protocolo tienen que estar previamente encuadernados, y en la Argentina las escrituras deben extenderse en cuadernos previos de actuación protocolar; entre nosotros, por el contrario, las matrices se extienden en hojas o folios sueltos, que deberán quedar encuadernados en los dos primeros meses del siguiente año.

Empecemos nuestra visión de estos protocolos por el examen de la palabra misma y –estamos en la patria de San Isidoro, y de Alfonso el Sabio– de su etimología, que nos servirá de punto de partida para trazar una breve introducción histórica (1).

“Protocolo” es, evidentemente, una palabra griega, que nos ha trasmitido la Novela 44 de Justiniano, año 537. La Novela 44, como la gran mayoría de las Novelas, estaba íntegramente redactada en lengua griega; en Constantinopla, en aquella época, el uso del latín estaba en franca decadencia. Casi seis siglos después, hacia el año 1100, la Novela 44 se traduce del griego al latín en Bolonia, formando parte, como constitución 45, de una colección de 134 Novelas a las que se denominó *Authenticum* por creer que era el texto original; y por suerte, dentro de esta versión latina, se conservó en griego el término de “protocolo”.

“Protos”, todos lo sabemos, quiere decir “primero”. Pero en aquel punto de partida este “primero” se refería al inicio de cada documento, en su materialidad física, y después en su contenido expresivo. En la Edad Media, al partirse por gala en dos el documento notarial, “primero” no es ya el inicio del documento, sino el documento inicial, en toda su integridad; el primero de los dos documentos. Y en los albores de la Edad Moderna, puesta la atención en el conjunto de esos documentos iniciales, por protocolo pasa a entenderse la colección de documentos notariales iniciales, y no el documento aislado.

(1) Conf. mi “La Pragmática de Alcalá, entre las Partidas y la Ley del Notariado”, en “Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo”, VII, p. 517-813, y en “Escritos Jurídicos”, I, p. 123-396.

“Protos” nos ha proporcionado la línea de la evolución semántica, según ha quedado simplificada.

El significado de “kollon”, el segundo componente, no es tan claro y las opiniones, al menos entre los juristas, no han evolucionado mucho desde el siglo XVI. Antonio de NEBRIJA, nuestro gran gramático, el máximo representante español del “*mos gallicum*”, en sus “*Aenigmata*” o “*Lexicum Iuris Civilis*” dedicado a combatir “los insignes errores de ACCURSIO”, entiende que “*kollon*” procede de “*kolon*”, que significa miembro; de manera que protocolo sería el primer miembro o primera membrana del documento (2). El toledano Diego de COVARRUBIAS, Presidente del Consejo de Castilla con Felipe II, Obispo de Segovia y designado de Cuenca, quizá el mayor jurista español de todos los tiempos, y también gran notarialista, en su “*Practicarum quaestionum Liber Unus*”, se inclina por “*kolla*” (3), que significa “pegar”, “encolar”; la primera pegada.

A mi manera de ver, ambas etimologías vienen a proporcionarnos un significado coincidente, porque los libros, y los documentos, adoptaban entonces la forma de “rollo” o “volumen” (del latín “*volvere*”), esto es, de larga tira enrollada alrededor de una varilla de madera, hueso o marfil, denominada “*umbiculus*”, ombligo; y esas tiras se formaban encolando sucesivas hojas obtenidas del papiro. La Novela 44, alegando razones de autenticidad, y callando razones fiscales, dispone que en Constantinopla la primera hoja de los documentos tabeliónicos, a la que se irán pegando las demás, sea de las expedidas, con expresión de la fecha y otras menciones, por el Conde de las Sagradas Larguezas, que es como se denominaba, sin saberse bien por qué, al encargado de la Administración fiscal. Protocolo era, pues, la primera membrana de la tira documental, a la que se iban pegando las otras, y que Justiniano prohibía cortar.

Pronto dejó de tener esa primera hoja, incluso en Constantinopla, caracteres de signo oficial, para volver a ser una hoja blanca, igual que las demás; y “protocolo” pasó a significar sencillamente el comienzo de la escritura, aquellas expresiones iniciales en que el

(2) NEBRIJA, Elio Antonio de: “*Léxico de Derecho Civil*”, textos latino y castellano, notas y prólogo de Carlos HUMBERTO NÚÑEZ, CSIC, Madrid, 1944, p. 583, voz “Protocolo”. La primera edición del “*Lexicum*” de NEBRIJA es la de Salamanca, 1506.

(3) Cáp. XIX.2; conf. “*Opera omnia*”, Genevae, 1782, p. 579.

Notario solía resumir, a manera de epígrafe, el contenido del instrumento.

La estructura del documento tabeliónico se caracterizaba por su unicidad; existía un sólo documento para cada acto notariado. Los problemas de seguridad jurídica originados por la pérdida (u ocultación) y por la falsificación de los documentos, que actualmente se resuelven con toda sencillez mediante la expedición de nueva copia, o el cotejo de la copia con su matriz, obrante en el protocolo, eran entonces de muy difícil solución; recuérdense que los títulos "*De fide instrumentorum*" del Digesto (22.4) y del Código (4.21) llevaban a su misma rúbrica el problema de la pérdida de los documentos, "*De fide instrumentorum et amissione eorum*"; que los borrados, añadidos y tachados en los testamentos son objeto de otro título del Digesto (28.4: "*De his quae in testamento delentur, inducuntur vel inscribuntur*") y que los mismos problemas, y ya con carácter general, reaparecen en el título "*De fide instrumentorum*" de las Decretales (2.22), especialmente en los capítulos 3, "*Ex litteris*" y 6 "*Inter dilectos*".

Desde un punto de vista práctico esta unicidad obligaba a la improvisación, a una repentización imposible de lograr ante un documento complejo, y daba lugar al documento "sucio", lleno de correcciones, y por tanto sospechoso. Por ello, aunque Justiniano, en su ley "*Contractus*" del año 528 (CJ, 4.21.17, IJ, 3.23.pr.) había quitado todo valor para los instrumentos "*in scriptis*" a las cédulas ("*schedae*") que los tabelios solían extender, la práctica continuó, o resurgió, en la Edad Media, y acabó teniendo carácter jurídico según aparece en el *casus* y en la glosa "*Scriptura conficiuntur*" al texto de las Instituciones de Justiniano 3.23.pr, en el que se recoge, según hemos citado, la doctrina de la ley "*Contractus*": la costumbre (una costumbre que se hace retrotraer a BÚLGARO, el primero de los Cuatro Doctores discípulos de IRNERIO) es que primero se hace la *imbrevisatura*, y después de hace la *munda*, la "limpia", que es una "*nova scriptura principalis*", una escritura principal nueva; el sistema se ha tornado bi-instrumental, puesto que para cada acto notariado hay dos documentos, y lo que es también muy importante, un sistema de doble redacción, porque el primero de esos dos documentos es sucinto y el segundo extenso; es el sistema alfonsino, del Fuero Real (1.8) y de las Partidas (3.18-19) con su distinción entre la nota y la carta. El protocolo ya no es la parte inicial del documento, sino que

en el Derecho común se denomina protocolo a todo el documento inicial, el que el escribano redacta cuando las partes le manifiestan su voluntad, esto es a la nota, "las notas primeras" del Fuero Real.

El sistema distaba mucho de ser perfecto; porque en el segundo documento, en la carta que se entregaba al interesado, había que extender, que "alargar", aquel breve contenido de la nota, conservando, claro es, la sustancia del hecho; bien se comprenden los riesgos que encerraban los "*etcéteras*" ("Dios te libre de *etcétera* de escribano") con que los escribanos hacían en la nota la llamada a estos añadidos, sobre todo cuando había pasado tiempo hasta la expedición de la carta, o ésta tenía que expedirse por escribano distinto. El Derecho común evolucionó en el sentido de exigir la tempra "extensión" o "alargamiento" de la nota en un libro o cuaderno del escribano, y ello se recibió en los territorios españoles de la Corona de Aragón, a mediados del siglo XIV (Aragón, Fuero *Statuimus* de 1348, Pedro IV el Ceremonioso en Cortes de Zaragoza; Cataluña, Pedro III en Cortes de Perpiñán, 1351; Valencia, Fuero de Pedro II, el Pedro IV el Ceremonioso de Aragón), con lo que el sistema pasó a ser tri-instrumental, porque entre la nota y la carta se había intercalado un asiento en un libro, llamado en general "cabreo", "manual" en Cataluña, "notal" en Valencia, y denominado también con frecuencia "protocolo" por contener la primera redacción extensa, aunque, claro es, no se trataba de la verdaderamente "primera" redacción; es más, en Valencia el sistema llegó a convertirse en cuatri-instrumental al desdoblarse el libro de notas en "rebedor" y "protocolo", a los que seguían el notal y el instrumento o carta.

El perfeccionamiento del sistema instrumental no estaba, sin embargo, en su complicación, sino en su simplificación: mantener la bi-instrumentalidad, para que el documento inicial quedara en poder del escribano; pero terminar con la doble redacción, instaurando una redacción única, de manera que el documento inicial, la nota, contenga ya el texto completo del documento y del negocio; y esto es una de las cosas que hace la Pragmática de Alcalá, dada por Isabel la Católica (no por los Reyes Católicos) en Alcalá de Henares el 7 de junio de 1503: "ordeno e mando que cada uno de los dichos escribanos haya de tener e tenga un libro de prothocolo encuadernado de pliego de papel entero; en el qual haya de escribir e escriba por extenso las notas de todas las escripturas que ante él passaren". La gran innovación de la Pragmática de Alcalá en el punto que tra-

tamos fue precisamente éste, que las notas fueran "extensas", de manera que al expedir las cartas, las "escrituras signadas" según las denomina, los escribanos "ni quiten ni añadan palabra alguna de lo que estuviere en el registro, salvo la suscripción"; y esta novedad arraigó, a pesar de los intentos de reintroducir los "minutarios". La colección, la llevanza del libro de notas, no supone, por el contrario, verdadera innovación, pues ya está en las Partidas, 3.19.9: "primeramente, que debe haber un libro por registro, en que escriban las notas de todas las cartas"; pero sí implica un mayor rigor (libro "encuadernado") y una denominación técnica, la de "protocolo", que tardaría en abrirse paso en secular lucha con la de "registro" de las Partidas y que al fin triunfaría en la Ley del Notariado. Lo cierto es que la antigua denominación de "registro", de *res gesta*, cosas hechas, resultaba inadecuada incluso en las Partidas, ya que su contenido estaba constituido por documentos iniciales, aunque abreviados, y no por asientos de actos anteriormente realizados. Recordemos la fecha de la Pragmática de Alcalá, 1503; cuarenta años antes de que, entre 1540 y 1545, se inicie la gestación del Archivo de Simancas, el primer ensayo logrado de organizar en Castilla un depósito de documentación oficial (4).

Resumamos la historia ulterior, bien conocida. La Ley del Notariado de 1862 atribuyó al Estado la propiedad de los protocolos (art. 32), aunque reconociendo indemnizaciones a favor de los particulares que tuviesen en su poder depósitos de escrituras (DT 2.^a), con lo que se ponía fin a la corriente, procedente del Derecho común, que atribuía la propiedad de los protocolos al Notario autorizante. El Decreto de 8 de enero de 1869 (con fuerza de Ley, pues todavía no estaban reunidas las Cortes Constituyentes ulteriores a la Revolución de Septiembre), siendo Ministro de Justicia Don Antonio Romero Ortiz, ejecutó lo dispuesto en la Ley del Notariado, y creó, junto a los Archivo de cada Notaría, los Archivos de Distrito. El Decreto de 12 de noviembre de 1931 (ratificado por el de 12 de enero de 1939), siendo Ministro de Justicia Don Fernando de los Ríos, y de Educación Don Marcelino Domingo, creó los Archivos Históricos

(4) Conf. PLAZA BORES, Ángel de la: "Archivo General de Simancas. Guía del Investigador", 4.^a ed. corregida, Ministerio de Cultura, Dirección General de Bellas Artes y Archivos, Dirección de Archivos Estatales, Madrid, 1992, p. 380+Índice de láminas y láminas.

de Protocolos con los de más de cien años de antigüedad, a cargo de Funcionarios del Cuerpo Facultativo de Archiveros, sin perjuicio de las facultades de los Notarios para la expedición de copias. Y el Decreto de 2 de marzo de 1945 organizó las Secciones Históricas en los Archivos de Protocolos.

Las Comunidades Autónomas han conseguido en la generalidad de los casos la "gestión" de los protocolos notariales históricos, que es lo más que podía transferir el Estado de unos Archivos de clara titularidad estatal; y una vez obtenidas estas competencias, han ayudado a la conservación y puesta a disposición de los investigadores de sus fondos protocolares, y han promocionado los Archivos en variadas maneras; la Comunidad de Madrid, por ejemplo, editó en 1991 un libro, sobre el Archivo de Protocolos de la capital, magníficamente presentado (5). Los estudios locales o regionales proliferan actualmente, tomando como base con mayor frecuencia cada día los protocolos notariales, que se prestan sobre manera, en efecto, a la localización geográfica.

Sin embargo, en cuanto a su naturaleza, es preciso tener bien presente que los Archivos de protocolos no son Archivos Administrativos, sino que como dijo Joaquín DE PRADA, constituyen "un archivo privado en manos públicas" (6), porque el contenido de los documentos que los forman es de índole privada. Hay que matizar, a su vez, esta afirmación en atención a los aspectos públicos de la función notarial; por ésto tienen derecho a copia, además de los otorgantes, cuantos tengan interés legítimo en el documento; salvo la incidencia del derecho a la intimidad garantizado por el artículo 18 de la Constitución.

(5) "Madrid en el Archivo Histórico de Protocolos, que contiene la Guía del Archivo Histórico de Protocolos de Madrid, además de ciertas noticias sobre el pasado de la Villa y Corte de Madrid y su Comunidad, con algunos documentos de los siglos XVI, XVII, XVIII y XIX de interés para el erudito y curioso lector"; 'Introducción (p. 3-7) por Ana DUPLÁ DEL MORAL; Dirección y coordinación Ana DUPLÁ DEL MORAL; Comunidad de Madrid, Centro Regional de Archivos, Madrid, 1991, p. 246+1.

(6) PRADA GONZÁLEZ, Joaquín de: "La función notarial y el protocolo", AAMNot, XXIX, p. 197-239 y RDNNot, XXXIX, enero-marzo 1988, p. 183-225.

Las finalidades jurídicas del protocolo no podrían conseguirse sin asegurar su conservación. Precisamente a esta mejor conservación está encaminada la introducción del protocolo, la colección encuadernada de las escrituras.

No vamos a detenernos en el examen de los textos legales que han venido imponiendo a los escribanos la obligación de custodiar el protocolo, a partir del Fuero Real, y de aquellos otros que regulan el momento crucial, la recogida de los protocolos del escribano muerto, o que por cualquier otra causa ha cesado en el oficio, y su entrega al escribano sucesor: Partidas, Pragmática de Toledo de 12 de julio de 1502, Ordenamiento de Cortes de Segovia de 1532 y Recopilaciones Nueva y Novísima. Nos limitaremos a decir algo sobre los resultados obtenidos por el legislador, en los tiempos anteriores y en los posteriores a la Pragmática de Alcalá.

A) Suele afirmarse que los territorios de la Corona de Aragón nos han conservado algunos protocolos notariales a partir del siglo XIII, mientras que hay que esperar a principios del siglo XIV para que tengamos protocolos en los territorios castellanos.

Ciertamente, en 1200 comienzan a aparecer los más antiguos, los fondos notariales del Archivo de Gerona; y a lo largo del siglo XIII surgen Vich, 1230; Baleares y Barcelona, 1232; Valencia, 1285; a comienzos del siglo XIV, en 1315, Zaragoza, donde están perfectamente instalados y clasificados en el Colegio Notarial, etc. Téngase en cuenta sin embargo que, aunque con modalidades, en estos territorios regía según hemos dicho un sistema tri-instrumental, de manera que entre la nota y el instrumento había una redacción intermedia, en los cabreos, manuales o notales, y son precisamente estos libros los que han llegado a nosotros; no se trata, por tanto, de verdaderos protocolos, aunque a veces se les dé esta denominación, porque sus documentos no son los iniciales, no son los documentos consentidos por los otorgantes, sino extensión o alargamiento de los documentos iniciales. Los protocolos, en estos territorios, no existen hasta que la Pragmática de Alcalá se fue extendiendo a ellos, en sí misma o en sus principios: Navarra, Ordenanza de 1527, del Obispo de Tuy; Valencia, Decreto de Felipe V de 1707; Cataluña, Reales Ordenanzas de 1736; Baleares, Instrucción de 1753; y Aragón, en fecha no determinada, al ser su introducción consuetudinaria, posterior al Fuero de 1528 y muy anterior a la Guerra de Sucesión. An-

tes de tales fechas, no pueden haber llegado a nosotros protocolos de estos territorios, porque en ellos no existía el protocolo.

La otra afirmación, la de que en los territorios castellanos no se había conservado protocolo alguno hasta comienzos del siglo XVI, es cierta si se concreta a los verdaderos protocolos, creados en 1503; pero es errónea si se la refiere, como suele hacerse, a cualquier colección de documentos notariales. La Fundación Matritense del Notariado lo ha demostrado mediante la publicación, en su colección "*Acta Notariorum Hispaniae*", de registros notariales castellanos de los tiempos medios, encontrados en sitios a veces inverosímiles, y que nos ha transcrito el Catedrático de Historia del Derecho Don Rogelio PÉREZ BUSTAMANTE. Se trata, insistamos, de colecciones de verdaderos documentos iniciales, los otorgados por las partes; no de extensiones de los documentos iniciales, pero tampoco de documentos iniciales extensos (protocolos), sino de documentos iniciales abreviados. El siglo XV ha quedado en alguna forma cubierto:

— El Registro Notarial de Dueñas (Palencia), comprende 52 notas, entre los años 1412 y 1414, y apareció en el Archivo de los Duques de Alba fichado como "Contratos y varios procesos ante Alcaldes. Treguas entre particulares, inventarios, tutorías, particiones, poderes, testamentos, 1414-1418" (7).

— El Registro Notarial de Santillana (Santander), es un cuaderno de papel en cuarto, sin foliar, que comprende 271 notas, de los años 1419-1420, que fue encontrado en el Archivo de Simancas, por haber sido aportado en 1503 en el "Pleito de los Valles", en que fué parte el Duque del Infantado (8).

— El Registro Notarial de Madrid contiene 1587 notas o asientos correspondientes a los años 1441 a 1445; apareció en el Archivo de Villa, en el Centro Cultural Conde Duque de Madrid, donde quedan sin editar otros cuatro libros, hasta 1558; yo colaboré en su tras-

(7) PÉREZ-BUSTAMANTE, Rogelio: "El Registro Notarial de Dueñas", Diputación Provincial de Palencia-Fundación Matritense del Notariado; Madrid, 1985, p. 146+1.

(8) PÉREZ-BUSTAMANTE, Rogelio: "El Registro Notarial de Santillana", Fundación Matritense del Notariado, Madrid, 1984, p. 249+1.

cripción con el Prof. PÉREZ BUSTAMANTE, en poca medida por no saber Paleografía, aunque fui familiarizándome con la letra, pero sobre todo porque los conocimientos histórico-jurídicos me hacían suponer en muchos casos lo que allí podía decirse; y redacté, además, un "Estudio documental" (9).

— Esta labor ha sido completada por José BONO y Carmen UNGUETI-BONO con la publicación, con motivo del V Centenario, de "Los protocolos sevillanos de la Época del Descubrimiento" (10) obra de gran interés histórico que contiene mil sesenta extractos de documentos notariales, debidamente catalogados, de los que se transcriben cientos, comprendidos entre los años 1441 y 1500, con notas de los registros notariales, a veces muy sucintas, cuando se trata de documentos de tipicidad muy acusada y difundida, mientras otras notas son extensas, o incluso contienen el texto íntegro del negocio.

Hemos llegado así desde 1412 a las vísperas de la Pragmática de Alcalá, y además hemos comprobado que la innovación de la Pragmática de Alcalá estaba en alguna medida preparada por la práctica notarial; y también por la teoría notarial, en cuanto a los instrumentos *in scriptis*.

B) ¿Y en la Castilla del siglo XIII? La Fundación Matritense del Notariado ha publicado también la obra de Pilar OSTOS y María Luisa PARDO, "Documentos y Notarios de Sevilla en el siglo XIII" (11), que comprende 134 documentos notariales de la Sevilla castellano-leonesa entre 1253, a bien pocos años de su conquista, y 1300; la mayor parte de estos documentos pertenecen al Archivo de la Catedral de Sevilla; y a pesar de la vinculación sevillana a Alfonso X, simbolizada en el "No madejado", no se trata de notas de un registro, sino de instrumentos públicos, de cartas.

(9) "Los Registros Notariales de Madrid. 1441-1445", Madrid, 1995; "Transcripción y Panorama histórico" por Rogelio PÉREZ-BUSTAMANTE, "Estudio documental" por Antonio RODRÍGUEZ ADRADOS, p. 155-214 y "Escritos Jurídicos", I, p. 509-61.

(10) BONO, José y UNGUETI-BONO, Carmen: "Los protocolos sevillanos de la época del Descubrimiento", Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España-Colegio Notarial de Sevilla; Sevilla, 1986, p. 459.

(11) OSTOS, Pilar, y PARDO, María Luisa: "Documentos y Notarios de Sevilla en el siglo XIII", Fundación Matritense del Notariado, 1989, p. 463.

Son muchos, por otra parte, los instrumentos públicos de dicho siglo que han llegado a nosotros, y que con diversos motivos se han ido publicando en los Apéndices Documentales de las obras del más variado contenido; incluso de antes, de los tiempos prenotariales o protonotariales. Y han sido objeto de interesantes estudios, sobre todo desde el punto de vista diplomático; citemos especialmente el VII Congreso Internacional de Diplomática, celebrado en Valencia en 1986 sobre el tema "Notariado público y documento privado: de los orígenes al siglo XIV" (12). Como vemos por esta rúbrica, para la Diplomática los documentos notariales son documentos privados, al ser documentos de particulares; tampoco están exentos de confusionismos terminológicos los estudios de los historiadores del Derecho, proclives en exceso a la influencia francesa; de manera que, por ejemplo, llaman "actas" a las escrituras públicas, "minutas" a las matrices, y "gruesas" a las primeras copias.

Los peligros que presentan para la investigación histórica estos instrumentos públicos sueltos, no integrados en una colección, son el anverso de las ventajas que la colección proporciona:

— Son muchísimos los documentos perdidos; a veces porque se han hecho desaparecer; hasta el punto de que las Iglesias, Monasterios, Concejos, Comunidades y los miembros de la Nobleza reunían, con sus privilegios reales, las escrituras de su pertenencia, bien originales o sencillamente copiados a la letra, en sus tumbos, becerros o cartularios.

— Estas transcripciones simples, y por parte interesada, incrementaba el riesgo de falsificación, de alguna parte de los documentos y de documentos enteros; de manera que el primer problema con que se encuentra la crítica histórica es el de determinar si son falsos o genuinos.

Tomemos como ejemplo, entre tantos posibles, de los riesgos de los documentos sueltos la colección diplomática del Monasterio

(12) "Notariado público y documento privado: de los orígenes al siglo XIV. Actas del VII Congreso Internacional de Diplomática. Valencia, 1986", p. 1330, distribuidas en dos tomos; Generalitat Valenciana, 1989. Destaquemos el Discurso de Apertura de Ángel CANELLAS LÓPEZ: "El notariado en España hasta el siglo XIV: estado de la cuestión", I, p. 99-139.

de Belmonte publicada por FLORIANO; “de los 118 documentos estudiados –concluye FLORIANO– 103 son auténticos, originales o copias; 10 están interpolados; uno es refacción; y tan sólo 6 son notoriamente falsos” (13). Ello sólo quiere decir, claro está, que han de ser utilizados con cuidado; pero en manera alguna que no deban ser utilizados.

Los registros notariales, al formar colección, ofrecen una base mucho más firme; pero al estar abreviados, en el *tenor negotii* y en sus publicaciones, tenían que ser “extendidos”, por el mismo escribano autorizante e incluso por su sustituto o sucesor –según algunos–, en el instrumento público que se entregaba a las partes, con evidentes riesgos para éstas y para el historiador posterior.

No cabe, pues, duda de que, lo mismo desde el punto de vista jurídico que desde el punto de vista histórico, la mayor seguridad nos la ofrece el protocolo, con la redacción extensa de las matrices que constituyen el libro.

C) La entrada en vigor de la Pragmática de Alcalá fué un éxito; en la primera década del siglo XVI ya encontramos verdaderos protocolos a todo lo largo y ancho del territorio castellado-leonés; en Madrid capital, por ejemplo, el primer tomo conservado es de 1504; aquí en Toledo, hay un protocolo, del escribano Antonio FLORES, del mismo año 1503; aunque tampoco pueda generalizarse y afirmar que el cumplimiento de la Pragmática fuera instantáneo, pues según SAN ROMÁN en Toledo “desde 1503 hasta el año 1540 próximamente,... se conservará a lo sumo la décima parte de los protocolos..., y una tercera parte habrá de los años 1540 a 1560; desde 1560 hasta el final del siglo están casi todos, es decir, los del periodo cuya custodia, en realidad, pertenece ya a los escribanos del siglo XVII” (14).

(13) FLORIANO, Antonio C.: “Colección diplomática del Monasterio de Belmonte. Transcripción y Estudio”; Instituto de Estudios Asturianos, Oviedo, 1960, p. 457+1; las palabras citadas, en que por cierto no coincide la suma, en p. 22.

(14) SAN ROMÁN, Francisco de B.: “Los protocolos de los antiguos escribanos de la Ciudad Imperial. Notas e Índices”, Madrid, 1934, p. 174; las palabras citadas, en p. 35.

Puede suceder también que muchos protocolos se formaran y no se conservaran. Son desde luego muchos los protocolos que se han perdido, por las más variadas circunstancias, por la falta de medios, por incendios o por acontecimientos bélicos; y también, hay que reconocerlo, por la incuria de los escribanos respecto de los protocolos que habían dejado de tener interés jurídico, en alguna medida explicable por el desconocimiento, incluso por los historiadores, de su importancia como fuente histórica; y también aplicando el antiguo “examen de comparación” estudiantil, pues no cabe desconocer que parte de la importancia histórica de los protocolos se debe a la destrucción prácticamente total de los documentos de orígenes no notariales.

La mentalidad al respecto hace mucho tiempo que ha cambiado. Recordemos, como símbolo, la construcción en los años 1885 y 1886, con materiales incombustibles, del Archivo de Protocolos de Madrid, obra del arquitecto Joaquín de la Concha Alcalde; como anécdota, la de Joaquín COSTA, al exigir en el proyecto de Ley de Bases de su “Reorganización del Notariado” la instalación de “un depósito de agua y una bomba” en las proximidades del Archivo (15); y como simple detalle anecdótico, el dorso de las carpetas de las escrituras de un Notario de Lima de nuestro tiempo: “Notaría Pública-Oficina que conserva su Archivo en bóveda incombustible”.

La utilización de los protocolos para los estudios históricos, salvo supuestos esporádicos, no se remonta más allá de la segunda mitad del siglo XIX (16).

A esta falta de utilización contribuyó, desde luego, la mala instalación de los archivos, en lamentables locales, en que se amontonaban los tomos de protocolo sin orden ni concierto. La situación ha cambiado radicalmente, y sigue mejorando todos los días, como bien nos muestra el motivo del acto que celebramos.

La labor de los investigadores se ve facilitada también por la catalogación de los fondos existentes, y de otra documentación complementaria.

(15) COSTA, Joaquín: “Reorganización del Notariado, del Registro de la Propiedad y de la Administración de Justicia”. Obras Completas, vol. XIII, 2.ª ed., 1917; había aparecido como libro en 1893.

(16) Conf. BARREIRO FERNÁNDEZ, Xosé Ramón: “Los protocolos notariales y el historiador”, p. 23-27 de “El Notariado” citado infra, nota 23.

— Muchos de los índices, catálogos e inventarios están incluso publicados. Ya hemos citado los del distrito de Toledo, que publicó en 1934 el benemérito Francisco de Borja SAN ROMÁN, el primer Director del Archivo Histórico, a raíz de la Ley de 1931, con interesantes notas sobre el antiguo Colegio Notarial de Toledo, que subsistió hasta la Ley de 1862 (17). Más modernamente, Mercedes MENDOZA ha publicado el de la provincia de Toledo, con notas, esta vez, del antiguo Cabildo de Escribanos de Talavera de la Reina (18). Y tengo que citar, naturalmente, al Archivo de Protocolos de Madrid, que gracias a la continua labor del que fue su Director, Antonio MATILLA TASCÓN, cuenta con un "Inventario General" (19) y otros sectoriales: "de testamentos y documentos afines" (codicilos, memorias testamentarias, poderes para testar, particiones, etc.), "de testamentos y documentos afines de Nobles", de los referentes a la "Iglesia y Eclesiásticos", o a las "Cédulas y provisiones reales" que figuran como documentos unidos a las escrituras que, claro es, también son protocolos, y de "Papeles sueltos", que ya no lo son (20).

(17) SAN ROMÁN, *op. cit.*, en nota 14.

(18) MENDOZA EGUARAS, Mercedes: "Catálogo de escribanos de la provincia de Toledo (1524-1867)-Poblaciones y años en que ejercieron"; "Introducción" (p. VII-XXXVIII); Instituto Provincial de Investigaciones y Estudios Toledanos, Toledo, 1968, p. 236+1.

(19) MATILLA TASCÓN, Antonio: "Archivo Histórico de Protocolos de Madrid -Inventario General de Protocolos Notariales (años 1504 a 1879)", Subdirección General de Archivos, Madrid, 1980, p. 225.

(20) MATILLA TASCÓN, Antonio: "Archivo Histórico de Protocolos de Madrid -Índice de testamentos y documentos afines (Primera Serie)", Subdirección General de Archivos, Madrid, 1980, p. 209. "Índices de testamentos y documentos afines de Nobles", Madrid, Hidalguía, 1984, p. 109. "Iglesia y Eclesiásticos en la documentación notarial de Madrid - Catálogo", Fundación Matritense del Notariado, Madrid, 1993, p. 424. "Cédulas y provisiones reales en la documentación notarial de Madrid (Catálogo)", Fundación Matritense del Notariado, Madrid, 1994, p. 263. "Archivo Histórico de Protocolos de Madrid-Papeles sueltos-Inventario", Dirección General de Bellas Artes y Archivos, Madrid, 1987, p. 184.

— También favorece la investigación la publicación de documentos, sobre todo aquellos que tienen unidad temática, o temporal y local, algunos de los cuales aparecen a lo largo de mi disertación (21).

— Finalmente, contribuyen a formar opinión exposiciones, como la que tuvo lugar en Madrid en 1950, con motivo del II Congreso Internacional del Notariado Latino y libros como el que, con el mismo motivo, publicó el Colegio Notarial de Madrid, con un estudio preliminar de G. DE AMEZÚA (22), o el que modernamente ha publicado el Colegio Notarial de La Coruña (23), y algunos otros que hemos citado o citaremos a lo largo de esta intervención.

Pero una razón fundamental para “huir” de los protocolos ha sido, a lo que me parece, su enorme mole, los miles y miles de tomos, los millones de documentos, escritos en letra enrevesada (pues aquí fracasó la Pragmática de Alcalá al querer que los documentos se escribieran “en buena letra cortesana, y no procesada”, cap. 7), y con una redacción reiterativa, redicha, monótona; documentos, a su vez, en gran medida repetitivos y de carácter disperso y fragmentario.

En la utilización como fuente de la Historia de los documentos notariales suelen distinguirse dos épocas, debidas a dos diversas concepciones de la Historia.

En la primera época, de la Historia interesaban sobre todo los grandes acontecimientos, los grandes personajes: las guerras, los descubrimientos, los Reyes, los nobles, los capitanes, las personali-

(21) Añadamos algunos ejemplos más: ‘Testamentos de 43 personajes del Madrid de los Austrias’, Selección y Transcripción por Antonio MATILLA TASCÓN; Instituto de Estudios Madrileños, Madrid, 1983, p. 276. MATILLA TASCÓN, Antonio: “Noticias de escribanos y notarios de Madrid”, Fundación Matritense del Notariado, Madrid, 1989, p. 583. MORENO TRUJILLO, M.^a Amparo: “Documentos notariales de Sante Fe en la primera mitad del siglo XVI (1514-1549)”, Fundación Matritense del Notariado, Madrid, 1988, p. 368.

(22) “La vida privada española en el protocolo notarial. Selección de documentos de los siglos XVI, XVII y XVIII del Archivo Notarial de Madrid, publicada con ocasión del II Congreso Internacional del Notariado Latino con un estudio preliminar de Don Agustín G. DE AMEZÚA Y MAYO”, Ilustre Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 1950, p. 442.

(23) “El Notariado. Una necesidad de ayer y de hoy. Exposición documental”, Ilustre Colegio Notarial de La Coruña, Santiago 1993, p. 173.

dades también del mundo de la cultura y de las artes, con sus creaciones, sus libros, sus monumentos, sus esculturas, sus cuadros.

La documentación notarial aparece en esta primera época como complementaria de otras fuentes históricas principales, a las que aporta el dato preciso descubierto en un documento singular; no se estudian, pues, los protocolos en sí, en su conjunto, sino que se trata de “cazar” la preciosa pieza del documento relevante por las personas de sus otorgantes, y más todavía si el contenido del documento se refiere, precisamente, a la actividad en la que han obtenido su relevancia. La búsqueda consistía en un sondeo trabajoso y dependía un tanto de la suerte, aunque las otras fuentes históricas podían proporcionar algunas pistas; así Dámaso ALONSO nos cuenta que para orientarse en el “mar”, en el “maremagnum” del Archivo de Protocolos de Córdoba, al que había acudido en busca de documentos para la biografía de Góngora, hizo “una selección de momentos de la vida de Don Luis que debían haber dejado huella documental” y procuró “predecir o atisbar el escribano a quien se habría acudido” (24).

Las aportaciones que, en esta dirección, han hecho los protocolos notariales han sido inmensas. Sin los protocolos no se habrían podido escribir las vidas de nuestros grandes literatos, de Cervantes, de Lope, de Quevedo, de Góngora, ni de nuestros arquitectos, pintores, escultores, orfebres, de manera que nuestra Historia del Arte aparecería empobrecida (25).

Me limitaré a poner un ejemplo muy toledano, muy universal. El “Entierro del Conde de Orgaz” de El Greco, se solía fechar en 1584 hasta que SAN ROMÁN descubrió en el protocolo del escribano de Toledo Juan SÁNCHEZ DE CANALES la nota extensa –la matriz– de la escritura en la que El Greco se obligó a pintar este cuadro para la capilla de la Iglesia de Santo Tomé; la escritura lleva fecha de 18 de marzo de 1586, pero esta diferencia de dos años es escasa; lo importante es la descripción del cuadro que se le encarga: “Lo primero, que se ha de pintar desde arriba del arco hasta abajo, y todo se ha de pintar

(24) Prólogo, p. XIX, al libro “Para la biografía de Góngora: documentos desconocidos”, publicados por Dámaso ALONSO y Eulalia GALVARRIATO DE ALONSO; Madrid, Gredos, p. 631.

(25) Conf. GOY DIZ, Ana: “El notario como testigo de la actividad artística”, p. 29-37 de “El Notariado”, citado supra, nota 23.

en lienzo hasta el epitafio que está en la dicha pared, y lo demás abajo al fresco y en ello se ha de pintar un sepulcro; y en el lienzo se ha de pintar una procesión de cómo el cura y los demás clérigos que estaban haciendo los oficios para enterrar a Don Gonzalo Ruíz de Toledo, Señor de la villa de Orgaz, y bajaron Santo Agustín y San Esteban a enterrar el cuerpo deste caballero, el uno teniéndole de la cabeza y el otro de los piés, echándole en la sepultura; y fingiendo alrededor mucha gente que estaba mirando; y encima de todo ésto se ha de hacer un cielo abierto de Gloria” (26); casi parece un acta notarial de presencia del cuadro ya pintado. ¿Estamos ante una escritura primordial, o ante una *renovatio contractus*?; la explicación quizá no sea jurídica, de tipo de documento, sino que haya que buscarla en el *status* o condición social del artista en aquella época, que tendía a ser “artista”, pero que en gran medida era “artesano”, incluso en su sumisión a los encargos del cliente; algo de lo que expuso Ortega respecto de Velázquez (27), más interesado en los cargos burocráticos de la Corte y en la obtención del hábito de la Orden de Santiago que en su excelsa labor artística.

La segunda época comienza, como hemos dicho, en la década de los cincuenta de nuestro siglo xx, en que se produce un cambio en la concepción de la Historia; ahora va a interesar más la “historia social”, en sus múltiples aspectos, de la que fue portavoz LABROUSSE en el Congreso de Roma de 1955.

Nos corresponde destacar especialmente al Notario de París, POISSON, pionero en este tipo de trabajos; más de sesenta han sido recogidos en 1985 en un volumen que lleva por título “Notarios y Sociedad. Trabajos de Historia y de Sociología notariales” (28).

Como consecuencia de las nuevas ideas, la utilización histórica de los protocolos notariales adquiere un sentido distinto: ya no se trata de buscar el documento singular, que puede darnos un dato puntual, sino de manejar el conjunto de datos que nos proporciona

(26) SAN ROMÁN, Francisco de Borja de: “El Greco en Toledo”, 1910, Apéndice, Documento 8.º, p. 156-60; las palabras citadas, en p. 156-57.

(27) ORTEGA Y GASSET, José: “Introducción a Velázquez”, en “Papeles sobre Velázquez y Goya”, Madrid, 1950 y “Obras Completas”, vol. 8.º, Madrid, 1962, p. 457-87.

(28) POISSON, Jean Paul: “Notaires et société. Travaux d’Histoire et de Sociologie Notariales”, Economica, París, 1985, p. 736.

una masa de documentos y su tratamiento cuantitativo, actualmente potenciado por la informática. Los protocolos dejan de tener, por tanto, un papel complementario de las otras fuentes históricas, para ocupar un lugar primordial, debiendo ser considerados como una fuente autónoma, que ensancha la temática de la historia social y que tiene peculiaridades metodológicas en su tratamiento. Y así, cuando las nuevas corrientes penetran en España, como siempre que algún retraso, se celebra en Santiago de Compostela, en 1982, un II Coloquio de Metodología Histórica Aplicada que tiene como tema "La documentación notarial y la Historia" (29). Sus "Actas" se abren con un trabajo fundamental del Profesor Santiago EIRAS ROEL, especialmente centrado en estas materias metodológicas (30).

El Coloquio de Santiago agrupa sus trabajos en cuatro Secciones, Historia social, Historia rural, Historia de las Mentalidades e Historia económica, precedidas, cada una, de un estudio introductorio (31); antes de referirnos brevemente a ellas, advertamos que los protocolos han sido utilizados para otras numerosas investigaciones históricas, sobre la demografía, la historia urbana, a que repetidamente nos referiremos, la historia del ocio, actualmente tan trascendente (32), e incluso la metodología.

La historia social, aparte de su carácter genérico, y por tanto residual, estudia especialmente las estructuras sociales y los grupos socio-profesionales, las élites sociales, el artesanado, los inmigrantes, los matrimonios, las familias, etc. Recordemos un libro de BRAVO

(29) "Actas del II Coloquio de Metodología Histórica Aplicada. La Documentación Notarial y la Historia" (Santiago de Compostela, 1982); Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España. Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Santiago; Salamanca, 1984; I, p. 460; II, p. 446.

(30) EIRAS ROEL, Antonio: "La metodología de la investigación histórica sobre documentación notarial: para un estado de la cuestión. Introducción General", en *op. cit.* en la nota anterior, I, p. 13-30.

(31) Conf. MEYER, Jean: "L'apport notarial à l'histoire sociale de l'époque moderne en Europe", I, p. 33-73; JACQUART, Jean: "Sources notariales et histoire rural", I, p. 245-67; VOVELLE, Michel: "Minutes Notariales et Histoire des Cultures et des Mentalités", II, p. 9-26; y VÁZQUEZ DE PRADA, Valentín: "Protocolos notariales e Historia Económica: crédito, comercio, industria", II, p. 189-218.

(32) Conf., por ejemplo, MATILLA TASCÓN, Antonio: "Toros y otras fiestas en Madrid, según la documentación notarial (siglos XVI a XIX)", Instituto de Estudios Madrileños, Madrid, 1985, p. 30+18 láminas.

LOZANO sobre el problema de la vivienda en el Madrid de finales del siglo XVII, quien declara que su "fuente principal de información, casi exclusiva en este trabajo, es el Archivo Histórico de Protocolos de Madrid" (33). BRAVO LOZANO ha estudiado también un grupo de emigrantes de interesantes características, el de los indianos: la selección del emigrante, el viaje (costos, agencias), actividades económicas en Indias, y el regreso de los triunfadores, cómo colocan su dinero, cómo intentan subir en la escala social (34).

La historia rural comprende las transmisiones de tierras, las crisis agrarias, etc., en que son fundamentales las escrituras de compraventa y de arrendamiento. Añadamos que también la historia urbana cobra, dentro de la historia social, una nueva dimensión; ahora interesan también aquí los grupos sociales, por ejemplo, los gallegos en Canarias o los genoveses en Toledo en el siglo XVI (35); en la misma dirección, el libro de Juan Luis BLANCO MOZO que creo va a salir a la luz este otoño en Madrid: "La Colonia Vasca en Madrid en el siglo XVIII (Estudio sobre los protocolos notariales madrileños)".

La historia de las mentalidades presenta el mayor interés; se trata de la visión y comportamiento de las gentes sobre la religión, la ética, la cultura, el mundo, la vida, la muerte, en una época y zona determinadas; son fundamentales los datos contenidos en los testamentos, con sus profesiones de fe y disposiciones sobre entierro y sufragios, mandas piadosas, etc., y también los de los inventarios de bienes, entre vivos o *post mortem*, esenciales para conocer las bibliotecas de los particulares.

(33) BRAVO LOZANO, Jesús: "Familia busca vivienda. Madrid, 1670-1700", Fundación Matritense del Notariado, Madrid, 1992, p. 269; las palabras citadas, en p. 11.

(34) BRAVO LOZANO, Jesús: "De indianos y notarios", Segunda Parte (p. 79-238) del libro del mismo título editado por los Colegios Notariales de España, Madrid, 1995.

(35) Conf. LOBO CABRERA, Manuel: "Los gallegos en Canarias a través de los protocolos notariales en el primer tercio del siglo XVI", y MONTEMAYOR, Julián: "Quelques affaires génoises à Toledé au XVIe siècle"; ambos en *op. cit.* en nota 29, I, p. 211-23 y II, p. 287-93, respectivamente; y con mayor amplitud temática, MORENO TRUJILLO, María Amparo, OBRA SIERRA, Juan María de la, y OSORIO PÉREZ, María José: "Varia Notariorum. La otra historia de los granadinos del siglo XVI", Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada, noviembre de 1993, separata número 22, p. 410.

BRAVO LOZANO nos da cuenta del indiano que encargó en su testamento se le dijeran 22.000 misas; bien es verdad que sólo 10.000 eran por su alma; yo pensaba que era un caso de soberbia, y no precisamente de jactancia económica, sino por creerse tan gran pecador; pero no me quedó duda alguna de su exquisita espiritualidad –teresiana– cuando reparé en el inicio de su testamento, “enfermo en cama de enfermedad con que Dios N. Sr. ha servido *regalarme*”, en lugar de “mandarme”, que es la fórmula habitual (36).

También la muerte, “siempre viva” en expresión de POISSON (37), ha dado lugar a trabajos de interés, como el de GONZÁLEZ LOPO sobre la nueva historiografía de la muerte (38), o el libro de Soledad GÓMEZ NAVARRO concretado a la Córdoba de los años 1790 a 1814 (39), periodo de tiempo, por cierto, bien elegido.

La historia económica encuentra en los protocolos numerosos datos en materia de sociedades, del crédito (hipotecas, cartas de gracia, protestos de letras), de coyuntura económica. Aparte de los trabajos que se reúnen en las Actas del Coloquio de Santiago, citemos el libro de Jesús BRAVO LOZANO, “Montes para Madrid”, sobre el abastecimiento de carbón vegetal a Madrid en los siglos XVII y XVIII (40), con gran contribución, por cierto, de los montes de Castilla-La Mancha.

La separación de ambas épocas no es, sin embargo, tan radical; porque la segunda época coexiste con la primera, y siguen interesando los temas de siempre y utilizándose, no sólo el documento singular, según se la critica, sino la masa de documentos, como también antes se hacía; así ocurre por ejemplo en las biografías,

(36) BRAVO LOZANO, *op. cit.* en nota 34, p. 125-26.

(37) POISSON, “La mort est toujours vivante. Les dispositions testamentaires aux XXe siècle”, *op. cit.* en la nota 28, p. 619-22.

(38) GONZÁLEZ LOPO, Domingo L.: “Los protocolos y la nueva historiografía de la muerte: El documento notarial como reflejo de las actitudes colectivas”, en *op. cit.* en nota 23, p. 39-47.

(39) GÓMEZ NAVARRO, Soledad: “El sentido de la muerte y la religiosidad a través de la documentación notarial cordobesa (1790-1814)”, Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada, separata número 6, octubre 185, p. 131+1.

(40) BRAVO LOZANO, Jesús: “Montes para Madrid. El abastecimiento de carbón vegetal a la Villa y Corte entre los siglos XVII y XVIII”, Colección Marqués de Pontejos, Caja de Madrid, 1993, p. 302.

para las que hay que buscar además los documentos relativos a parientes, amigos y colegas del personaje biografiado; con la historia urbana al estilo clásico (41), o con los trabajos de Historia del Derecho (42), en que para nada interesa el documento genial, sino la acumulación de documentos en un mismo sentido, que puede significar una interpretación generalizada o la formación de una costumbre jurídica; y también el desprestigio de una ley.

Pero hay, ciertamente y según hemos tenido ocasión de comprobar, nuevos temas, y también una nueva metodología histórica aplicada referida a los protocolos notariales.

Antonio PÉREZ SANZ, en una comunicación al Congreso de Santiago (43), insistía en que los investigadores debían tener presente “el carácter jurídico del documento”; y por ello también los juristas, y especialmente los Notarios, que somos los que mejor conocemos los documentos, tenemos algo que decir sobre la metodología de la aplicación de nuestros protocolos a la investigación histórica.

El investigador deberá tener, ante todo, algunos conocimientos del Derecho vigente en el lugar y tiempo a que se refieran sus estudios; sin ello corre el riesgo de descubrir mediterráneos, e incluso de cometer grandes errores; hasta en la transcripción de los documentos, cuando su letra resulta confusa, según me demostró mi corta experiencia en la materia, a que ya hice referencia.

Deberá utilizar también las otras fuentes históricas que tenga a su alcance, y de una manera especial servirse de los formularios y de la literatura jurídica difundida entre los escribanos de los tiempos

(41) Conf. MORENO TRUJILLO, María Amparo: “1569. Un año en la vida de Huelma a través de su Notaría”, Granada, 1988, p. 225.

(42) Conf. MORENO TRUJILLO, M.^a Amparo: “De la práctica notarial en el siglo XVI: tutorías, particiones hereditarias e inventarios (Santa Fe, 1514-1549)”, Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada, diciembre 1987, separata número 11, p. 162+1; o mi “Estudio documental” citado en la nota 9.

Lo mismo ocurre con otros estudios, como los lingüísticos; conf. para una época anterior al protocolo, REIDY FRITZ, J.: “Documentos notariales aragoneses, 1258-1495. Estudio lingüístico”, Institución Príncipe de Viana, 1977, p. 328.

(43) PÉREZ SANZ, Antonio: ‘Dos precisiones en cuanto a la documentación notarial histórica’, Intervención en el II Coloquio citado en la nota 29, que no aparece en las Actas publicadas.

de que se trate, RIBERA, MONTERROSO, MELGAREJO, FEBRERO, la CARTILLA REAL, etc.

Hay que tener en cuenta las características socio-económicas y culturales de las personas que en cada época utilizaban preferentemente los servicios de los escribanos y, para detectar y rectificar todo resto de subjetivismo, el tipo de clientela de cada uno de los Notarios, y hasta sus ideas, en materia jurídica y no jurídica, que inconscientemente puede haber trasfundido al documento; hay sobre estos temas interesantes trabajos de POISSON (44).

La libertad de crítica del historiador respecto de los documentos notariales es evidente. CALAMANDREI, en su trabajo "*Il Giudice e lo storico*" (45) mantenía una cierta semejanza inicial entre la actividad del historiador y la del juez en la investigación de los hechos pasados, aun señalando una serie de diferencias, entre las que a nuestros efectos destaca la existencia de las "pruebas legales", valoradas directamente por la ley, con carácter vinculante para el juez, pero no para el historiador, que es ajeno a todo problema de seguridad jurídica y de especial eficacia probatoria.

Sin embargo, bueno será que el historiador, al manejar los documentos notariales, esté al corriente de distinciones que, en una consideración analítica, para nosotros son evidentes: si el que declara en cada parcela del documento es el Notario, o son las partes, o una de ellas; si las declaraciones se refieren a la esfera de los hechos, sensibles o no, que serán verdaderos, erróneos o falsos; o bien a juicios de legalidad o de otro tipo, acertados o equivocados; a declaraciones de voluntad, verdaderas o simuladas, etc. Y aunque sea cierto que las narraciones del Notario relativas a hechos sensibles, que él mismo realiza o percibe por sus propios sentidos, no están cubiertas para el historiador por ninguna fe pública, será prudente que tenga en cuenta que la fe pública no es una creación arbitraria de la Ley, sino que tiene su fundamento en la realidad de la vida, en

(44) POISSON: "Pour une statistique sociologique de la clientèle des notaires" y "L'analyse du contenu des formulaires juridiques. L'Ancien Régime", *op. cit.* en nota 28, p. 445-55 y 73-79 respectivamente.

(45) CALAMANDREI, Piero: "Il giudice e lo storico", en sus "Studi sul processo civile", V, Padova, Cedam, 1947, p. 27-51.

la que esos hechos que el Notario relata prácticamente son siempre verdaderos; sin esta veracidad la fe pública no hubiera podido sobrevivir; prontamente habría perecido.

Es propia de los protocolos notariales, y con ésto termino, una gran objetividad, que no puede reconocerse ni a los historiadores del pasado; objetividad que se debe no sólo a la actuación del Notario, que ha hecho de la verdad su profesión, sino a que los interesados, al otorgar un documento notarial, están defendiendo unos intereses privados muy concretos y son ajenos a toda consideración política o ideológica.

Esta objetividad asegura la permanencia de los protocolos notariales como fuente histórica para el conocimiento de nuestros días en un mañana en que la información será infinita, pero que siempre en alguna medida se encamina en una determinada dirección, es etimológicamente tendenciosa. Ahora mismo estamos asistiendo a una manipulación de la historia en algunos sectores de ciertas Comunidades Autónomas, y de la misma Unión Europea; aunque también a veces se proceda de buena fe, porque si, como dijo CROCE, toda historia es historia contemporánea, viene siempre a implicar un proyecto de vida en común, y por tanto una política. Los protocolos notariales constituyen, por su amplitud y por su objetividad, la principal fuente de conocimiento de nuestra realidad pasada; al fin y al cabo la superioridad de Sánchez Albornoz sobre Américo Castro –y sobre el ORTEGA Y GASSET de la “España invertibrada”– radicaba en eso, en que Don Claudio había leído millares de documentos notariales.

INTERVENCIÓN, EL 20 DE FEBRERO DE 2008, EN LA RECEPCIÓN OFRECIDA POR EL ILUSTRE COLEGIO NOTARIAL DE MADRID A LOS OPOSITORES A NOTARÍAS DE LA ACADEMIA “COLUMELA” APROBADOS EN LAS OPOSICIONES DE VALLADOLID, 2008

Antonio Rodríguez Adrados
Notario Honorario

Mis felicitaciones; felicidades de todo corazón a todos vosotros, que respecto al Notariado estáis en el amanecer, de parte de este compañero que está en el ocaso, aunque no me dejen ocultar definitivamente. Y perdón, Sr. Decano, por haber omitido los habituales saludos a la presidencia del acto, porque la alegría que yo traía se ha visto acrecentada por la alegría que desbordan los nuevos compañeros, y me ha hecho comenzar mis palabras *ex abrupto*, forma que al fin y al cabo también admite la retórica.

Me ha parecido oportuno dedicar el turno que se me ha encomendado a decir cuatro palabras sobre nuestra querida profesión notarial porque quizá no todos tengáis de ella una idea lo bastante clara. Sin culpa vuestra, porque poco ha podido enseñaros la Ley del Notariado, dedicada a temas orgánicos y a la función pública del notario; algo más, aunque no suficiente, el Reglamento, con sus arts. 1 y 147; y no mucho más los libros de Derecho notarial dedicados a la preparación de oposiciones, cada vez más delgados. Y aunque los notarios preparadores de la Academia Columela, a los que nunca daréis ni daremos suficientemente las gracias, hayan intentado suplir tales deficiencias, siempre convendrá insistir en tema tan fundamental: saber en qué consiste ser notario aquí y ahora; aunque lo que la sociedad espera de vosotros sólo vuestros clientes

acabarán enseñándoos, porque es un conocimiento de aquellos que se basan fundamentalmente en la propia experiencia y bajo la personal responsabilidad.

La dación de fe de los hechos que suceden en su presencia suele considerarse como la función típica del notario; la que le diferencia de aquellos otros documentadores privados, que no son notarios. Pero dado ésto por sentado, voy a referirme a la actividad profesional del notario, que hoy parece infravalorada, pero que es también función notarial.

Aquella función típica del notario, la dación de fe, se refiere en efecto a hechos presentes, coetáneos a su dación de fe, especialmente al otorgamiento o prestación del consentimiento negocial, que el Notario autentica mediante la autorización de la escritura pública. Pero tales hechos 'presentes', son en la autorización notarial son hechos 'futuros' cuando comienza la actuación del notario, y como tales hechos futuros pueden no llegar a existir, o serlo de una manera o de otra, porque nada es irreformable; y ello puede ocurrir precisamente en virtud de la labor profesional del notario que se inserta en su fe pública, en su labor de su información, asesoramiento, asistencia y consejo. Esta posición del notario ante la *quaestio facti* es radicalmente contraria a la del juez, con la que tantas veces se compara; porque el juez actúa respecto a hechos pasados, que han sucedido de una determinada manera o de otra, o no han tenido lugar, sin que quepa alteración alguna en el juicio.

Esta distinta posición del juez y del notario ante los hechos confiere también al notario –a los otorgantes asesorados por el Notario–, una mayor libertad respecto de la *quaestio iuris*, en la aplicación del Derecho; el notario puede, con mayor facilidad que el juez, llenar las lagunas de la Ley o eliminar las hojas secas que pueda conservar; pero puede, además, corregir interpretaciones jurisprudenciales o doctrinales; sustituir el régimen dispositivo articulado por el legislador, por otro más adecuado a la relación concreta que se va a escriturar; elegir el camino, el itinerario jurídico, más idóneo para conseguir las finalidades empíricas perseguidas por las partes; y hasta crear, en uso de la autonomía de la voluntad, figuras contractuales nuevas.

También nuestra función pública de control de la legalidad resulta afectada por la labor profesional del notario, que muchas veces logra superar el carácter negativo del control-rechazo, para colaborar positivamente en el hallazgo, dentro de la ley, del medio jurídico

más adecuado de lograr la satisfacción de los legítimos intereses empíricos de las partes. La denegación de funciones es, llegado el caso, una obligación ineludible para el notario; pero significa en ocasiones el fracaso del notario en su profesión; habréis oído decir que el documento del que nunca se arrepiente uno es aquél que no llegó a autorizar; pero yo todavía me acuerdo con pesar de algún documento que me negué a firmar por deformaciones legalistas.

Lex est quodcumque notamus; el lema de la Unión Internacional del Notariado se podrá tachar de pretencioso, pero nunca, por tanto, de enteramente falso.

En consecuencia de cuanto antecede, el conocimiento por el notario del Derecho en sus diversas dimensiones -de las leyes, de la jurisprudencia, de la doctrina-, tiene que ser bien distinto del que corresponde al abogado. En ello radicaba la esencia del *ars notariae* de nuestros orígenes, que no consistía en la exposición del Derecho notarial formal, sino en la del mismo Derecho sustantivo, pero enfocado hacia la redacción de los instrumentos públicos, y no a la actividad litigiosa, como el de los letrados.

Traía el decidido propósito de no daros ningún consejo, pero aun sin darlo éste deriva lógicamente de cuanto antecede; vuestro estudio del Derecho, al que debéis abrir ya un hueco, debe tener presente vuestras funciones; estar orientado al instrumento público, y a las funciones que el notario realiza en él.

El mismo título de notario, que se os entregará en el acto, que deseo próximo, de vuestra toma de posesión, os concede una última ocasión para evitar el incumplimiento de vuestras obligaciones, al facultaros para elegir signo, con el cuál, 'recordando vuestra fe y obligaciones, daréis carácter formal de instrumento público a los documentos que autorizárais'; recordando, pues, todas vuestras obligaciones y no sólo la dación de fe.

Me despido, como empecé, con una felicitación; pero ahora os felicito por haber elegido esta bonita profesión que, junto a importantes funciones públicas, tiene también las interesantes dimensiones jurídicas que he intentado bocetar; además de otras ineludibles realidades humanas, al tratar directamente con hombres y mujeres, con sus necesidades, sus ilusiones o sus deseos más íntimos.

Muchas gracias por vuestra atención.

BORRADOR PARA LA INTERVENCIÓN EN LA PRESENTACIÓN DE LA VERSIÓN ESPAÑOLA, TRADUCCIÓN DE ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN, INTRODUCCIÓN DE FEDERICO FERNÁNDEZ DE BUJÁN, DEL LIBRO “EL PROCESO CONTRA JESÚS”, A CARGO DE FRANCESCO AMARELLI Y FRANCESCO LUCREZI (*)

Antonio Rodríguez Adrados
Notario

I. PALABRAS INICIALES

Tras las intervenciones que me han precedido, creo que la versión española de ‘El proceso contra Jesús’ está más que suficientemente presentada, y el Sr. Presidente podía perfectamente haber levantado la sesión. No obstante, voy a intentar una visión general del libro, que anime a leerlo y suponga una ayuda inicial para esa lectura. Siempre, en lo posible, procurando evitar repeticiones, puesto que, incidiendo en lo que proyectaba decirles, la orientación general de la obra está ya explicada, resumiendo su epílogo, por uno de sus autores, Don Francesco AMARELLI; su presentación desmenuzada por Don Gustavo VILLAPALOS; y los subterfugios ideados por Poncio Pilato para eludir sus responsabilidades expuestos por Don Antonio FERNÁNDEZ DE BUJÁN. No entraré, claro es, en la introducción a esta versión española, cuyo contenido ha sido magníficamente expuesto por su autor Don Federico FERNÁNDEZ DE BUJÁN.

(*) Acto celebrado el 10/04/2003, en la Academia de Jurisprudencia y Legislación, organizado por la Pontificia y Real Congregación de la Purísima Concepción.

El proceso y muerte de Cristo pueden contemplarse, y han sido examinados, desde los más diversos puntos de vista: religiosos y, en concreto, teológicos; históricos; literarios; artísticos (música, pintura, escultura, y dentro de ésta recordemos, y más en estos días, a nuestros imagineros...) y también desde variados puntos de vista jurídicos, sean los elevados de la filosofía jurídica, o los más modestos del Derecho positivo –Penal y Procesal Penal– entonces vigente, que es el adoptado por el libro que presentamos. El núcleo de este libro se encuentra, por tanto, en el Capítulo V, 'las acusaciones y las pruebas', del que es autora Bárbara FABBRINI.

II. LOS CAPÍTULOS INTRODUCTORIOS

Hay antes una serie de Capítulos, que pueden considerarse introductorios a ese núcleo, a los que vamos a referirnos.

A) Las circunstancias de lugar y tiempo en que los hechos se produjeron están fundamentalmente contenidos en el Capítulo I. "Y Jesús llegó a Jerusalén y entró en el templo (Marc. 11,11): posición socio-política de Jerusalén y función institucional del templo", por Alfredo MORDECHAI RABELLO, completados con datos aportados por otros capítulos, especialmente el III, de Bernardo SANTALUCÍA.

En los tiempos objeto de nuestra consideración –hacia el año 30 de nuestra era –de la era cristiana– Judea pertenecía a un reducido grupo de provincias imperiales que pudiéramos llamar de segunda categoría, porque no estaban gobernadas por legados de Augusto, *legati Augusti*, de rango senatorial, sino por simples prefectos, *praefecti* (a partir de Claudio *procuratores*) escogidos por el príncipe entre el orden ecuestre. En realidad, Judea ni siquiera era una provincia, sino parte de una provincia, pues estaba agregada a la provincia de Siria, gobernada por un legado de Augusto. El prefecto de Judea era entonces Poncio Pilato.

En aquellas ocasiones, la capital de Judea, Jerusalén, recibía decenas de millares de forasteros, dispuestos a celebrar la Pascua. Flavio JOSEFO estima en dos millones y medio las personas que con ese motivo podían acercarse a Jerusalén, aunque para algunos estudiosos modernos la afluencia podía calcularse solamente en 125.000 ó 180.000 personas, frente a los 60.000 u 80.000 residentes en Jerusalén.

Esta población forastera estaba muy dividida; allí se encontraban fariseos, saduceos, esenos, zelotas; allí, ante la previsión de disturbios, había tropas romanas, y en nuestro caso el mismo prefecto Poncio Pilato abandonando su tradicional residencia de Cesaréa, se encontraba en la Torre Antonia, al lado del Templo de Jerusalén; también estaba a la sazón en Jerusalén el tetrarca de Samaria y Perea, Herodes Antipa.

Y allí, en Jerusalén, estaba el Templo, reconstruido y ampliado por Herodes el Grande, con el Santuario, identificado con el que había edificado Salomón. El Templo era el centro de la vida hebraica; allí se reunían sacerdotes, levitas, Maestros de la Torah, predicadores, profetas, y también no hebreos. Allí se desarrollaban actividades de estudio y de enseñanza de la Torah. Allí tenía también su sede el Sanedrín.

B) Las fuentes para nuestro estudio están sobre todo expuestas en el Capítulo II. "Lo llevaron ante Caifás, summo sacerdote (Matth, 24,57): la jurisdicción del Sanedrín', por Daniela PIATELLI".

Estas fuentes están fundamentalmente constituidas por los cuatro Evangelios canónicos, generalmente atribuidos a San Mateo, San Marcos, San Lucas y San Juan, cuya historicidad ha quedado expuesta por Don Gustavo Villapalos. Sólo San Juan fue testigo personal de los hechos que narra. Pero los autores de los tres primeros Evangelios, los sinópticos, aunque no fueran testigos de la predicación de Jesús, estuvieron muy cerca de ella; el Evangelio según San Marcos, quizá el más antiguo, recoge la predicación de San Pedro, a quien estuvo especialmente vinculado, y su disposición para decir la verdad, toda la verdad, queda demostrada al no omitir la triple negación de Pedro, suprema autoridad de la naciente Iglesia; San Lucas, por su parte, está vinculado a San Pablo, y él mismo nos dice que lo que escribe le ha sido transmitido por los "testigos oculares", y que se ha informado de todo "exactamente", a fin de escribirlo 'ordenadamente' (1,2-3); y San Mateo fundamentalmente escribía para los hebreos, buenos conocedores de lo sucedido.

El jurista que estudia las fuentes evangélicas tiene una magnífica guía científica para su utilización e interpretación en la Encíclica '*Divino afflante Spiritu*' de Pío XII, pues es claro que la Revelación no vino a enseñarnos Historia, ni Astronomía, ni ninguna ciencia particular, y que sin perjuicio de su veracidad esencial, los autores

sagrados –que no tenían por qué dominar los delitos, los procesos y las penas–, estuvieron influenciados por los géneros literarios que seguían y por las vicisitudes de los tiempos en que escribían. La crítica de los códigos que nos han transmitido los Libros Sagrados, y la actividad y posibles errores de los amanuenses que los escribieron no se diferencian de las de otros libros; y desde este punto de vista es de resaltar la preparación de los romanistas, como los que predominantemente han escrito este libro, que se han encontrado con problemas parecidos a los que se presentan en relación con el Digesto.

Los Evangelios apócrifos también han sido utilizados, especialmente el llamado de Nicodemo; así como las obras de Flavio Josefo; pero insistamos en que las principales fuentes de nuestro conocimiento históricos de los hechos frente a los que nos vamos a encontrar son los cuatro Evangelios.

C) La jurisdicción romana. Como tal provincia romana, Judea estaba sometida al Derecho romano. Es especialmente instructivo, respecto de éste, la “Nota introductoria: la jurisdicción criminal en Italia y en las provincias en el primer siglo”, por Carlo VENTURINI. Constituye un importante estudio del Derecho penal romano, que actualiza el clásico de MOMMSEN. En la época del Principado, “entre la continuidad y la innovación”, el sistema se caracterizaba por una subsistencia de las *quaestiones perpetuae* del Derecho republicano tardío, con su principio acusatorio, junto a la nueva *cognitio extra ordinem*, de tipo inquisitivo, que opera incluso dentro del ámbito de aquellas, con la carencia, al menos en sus orígenes, de reglas de procedimiento, y con la apreciación de la prueba y la imposición de una pena inspiradas en criterios discrecionales. Se produjo, por tanto, una minoración del principio de legalidad, que nunca había llegado a las exigencias modernas de que la incriminación y la determinación de la pena sólo pueden tener lugar a base de una preexistente determinación legislativa: *nullum crimen, nulla poena sine lege*. El fenómeno del arbitrio –o de la arbitrariedad– de los juzgadores estaba mucho más acentuado en las provincias que en Roma, y se acentuaba aún más respecto a los inculpados que no eran ciudadanos romanos, pues éstos podían interponer la *provocatio* o llamada a la competencia del Emperador; recordemos el procesamiento de San Pablo (Hechos, 25).

Una competencia especial del prefecto es preciso señalar; la de imponer, y ejecutar, la pena de muerte; en el ámbito militar, en virtud del *ius gladii* que generalmente le era conferido; y fuera de él, como parte integrante de su *imperium*.

D) La jurisdicción del Sanedrín. Pero Roma respetaba en cuanto podía la autonomía y consiguiente organización jurídico-política de los sometidos a ella, en nuestro caso la jurisdicción del Sanedrín, suprema Asamblea, con origen en tiempos de Moisés (Números, 11, 16 y ss.). Su estudio está fundamentalmente contenido en el Capítulo III. "Lo llevaron y lo entregaron al gobernador Poncio Pilato (Matth.27,2.): la jurisdicción del prefecto de Judea", por Bernardo SANTALUCÍA.

El Sanedrín concentraba, pues, los poderes religiosos y civiles, y también los penales, aunque siempre bajo el supremo mando del Prefecto; podía castigar los delitos conforme a la Ley judaica, especialmente los de índole religiosa, pero con una terminante exclusión: la pena de muerte era exclusiva competencia del Prefecto romano.

El procedimiento hebraico era más riguroso que el romano; "un testigo sólo no basta para deponer contra uno y condenarle a muerte" (Números, 35.30.b); "en la palabra de dos o tres testigos se apoyará la sentencia" (Deuteronomio, 19.15.b); testigos que según pone de relieve la historia de Susana, narrada por Daniel (núm.13), tenían que ser contestes.

III. EL TEMA CENTRAL DEL LIBRO

Estamos así preparados para abordar el tema central del libro que presentamos, constituido según hemos adelantado por el Capítulo V: "Los jefes de los Sacerdotes y el Sanedrín buscaban un falso testimonio (Matth. 26,59): las acusaciones y las pruebas", por Bárbara FABRINI, con las ampliaciones, referentes a los episodios de Herodes y de Barrabás, de los que en su lugar nos ocuparemos.

A) Consideraciones generales. De conformidad con la doble jurisdicción existente en la materia, Jesús fue sometido primero a las autoridades judías, al Sanedrín, presidido por Caifás, y seguidamente a la autoridad romana, al prefecto Poncio Pilato. Unos

entienden que existió un sólo proceso, con dos fases, hebraica y romana; para otros fueron dos procesos consecutivos distintos; señalemos de momento que frente a la morosidad con que se ha descrito siempre la *Vía Crucis* de Jesús, camino del Gólgota, suele pasarse por alto este *Vía Judicis*: Anás, Caifás, el Sanedrín, Poncio Pilato, Herodes Antipa, de nuevo Poncio Pilato, interrogatorios, vejaciones, flagelación.

Bárbara FABBRINI defiende con vigor la legalidad del proceso ante el Sanedrín: la frase de Mateo sobre la prueba falsa "significa no ya que el Sanedrín buscara pruebas falsas (una prueba falsa era en efecto inatendible, sobre ésta no se podía formular ningún cargo), sino que buscaba testimonios contrarios a Jesús, y logró encontrar sólo testimonios contradictorios" (p. 133); "no hubo irregularidades en el proceso hebraico, al contrario de lo que piensan muchos..." (p. 143). Muchas de sus posiciones son combatidas por Federico FERNÁNDEZ DE BUJÁN en su Introducción: "Las autoridades judías, que buscan una causa de condena, son la causa de la condena" (p. XXXVI). Como se ve, los diversos autores de la obra, en uso de su libertad, mantienen opiniones diferentes, y aun opuestas. Ya adelantábamos que no íbamos a exponer las doctrinas de Federico FERNÁNDEZ DE BUJÁN, puesto que ya lo ha hecho él mismo, en la medida en que ha juzgado conveniente. Por consiguiente resumiré la posición de FABBRINI.

B) La duración del proceso. Uno de los argumentos contra la regularidad del proceso radica en su extremada celeridad, que asusta aun a los que actualmente claman por los procesos rápidos; ello habría exigido sesiones nocturnas del Sanedrín, expresamente prohibidas; la ejecución de la condena –de una condena irreversible, como la de muerte– sería en el mismo sentido inmediata.

De una lectura atenta de los textos evangélicos –expone FABBRINI, pp. 143-44–, resulta que 'el proceso hebraico no se desarrolla ni de noche ni en una sola jornada'. Retoma FABBRINI, para demostrarlo, las investigaciones de Annie JAUBERT a partir de la duplicidad de calendarios religiosos; el calendario oficial, que era lunar, situaba aquel año la Pascua en el 15 de Nisán (sábado), pero el calendario bíblico antiguo, que era solar –"seguido por los Esenos y con toda probabilidad también por la comunidad de Jesús"– situaba la Pascua en el 12 de Nisán (miércoles). La Santa Cena no se habría celebrado, pues, el jueves, sino la tarde del martes, que ya era miércoles 12

de Nisán, porque el día comenzaba con la puesta del sol; a continuación se produciría el arresto de Jesús en Getsemaní y ya por la noche el interrogatorio informal de Anás; en la mañana siguiente, todavía miércoles, tendría lugar –de día–, el proceso ante el Sanedrín; el jueves por la mañana recaería la sentencia del Sanedrín y se iniciaría el proceso ante Pilato, y por la tarde tendría lugar el interrogatorio de Herodes; y el viernes la sentencia de Pilato y su ejecución. A pesar de estos esfuerzos, que no tenemos preparación para juzgar, sólo se habrían podido añadir dos días, y el juicio seguiría siendo apresurado; sin que se intente probar que los esenos no se acomodaran a las celebraciones oficiales, ni tenga base alguna la adhesión de Cristo a la comunidad de los esenos.

C) La apertura de la investigación y el acopio de pruebas. Entiende FABBRINI que el procesamiento de Jesús no fue impremeditado. Los Evangelios relatan una serie de debates entre Jesús y los fariseos que, lejos de toda intención malévolas, como se presentan por muchos autores, suponían en opinión de FABBRINI, una indagación del Sanedrín sobre Jesús y su doctrina, un acopio de pruebas e incluso un procedimiento de advertencia. La investigación se abriría a raíz de la primera Pascua celebrada por Jesús en Jerusalén, cuando echó a los mercaderes del templo y anunció, "Destruid este templo, y en tres días lo reedificaré", y termina al día siguiente de la resurrección de Lázaro, según resulta del Evangelio de San Juan: "Convocaron entonces los príncipes de los sacerdotes y los fariseos una reunión, y dijeron: ¿Qué haremos, que este hombre hace muchos signos?"; CAIFÁS nos da la fórmula perfecta de la razón de Estado, mediante un proceso de resultado prejuzgado: "¿no comprendéis que conviene que muera un hombre por todo el pueblo, y no que perezca todo el pueblo?"; "desde aquél día tomaron la resolución de matarlo" (San Juan, 11,47,49 y 53). Aquí tenemos, según FABBRINI "el verdadero y propiamente formal decreto de arresto" (p. 138), y como consecuencia "un bando de captura, con probable indicación de recompensa", al que respondió "la traición de Judas" (p. 139).

D) El prendimiento de Jesús, en el huerto de Getsemaní, fue realizado por orden del Sanedrín y por el Cuerpo armado que tenía el Sanedrín para realizar arrestos y mantener el orden público, en virtud de sus propias competencias; la participación de soldados

romanos en la detención de Cristo, indicada por muchas opiniones, debe considerarse inverosímil.

E) Primer interrogatorio de Jesús: ¿Anás?, ¿Caifás?. Jesús fue entonces llevado al palacio de Anás, suegro del Sumo Sacerdote Caifás, que también lo había sido con anterioridad (años 6 al 15), y al que probablemente debía Caifás su cargo; así resulta del Evangelio según San Juan, sin que nada nos digan los sinópticos; “no hay razones de carácter jurídico en la entrega de Jesús a Anás”, reconoce FABBRINI; parece que se trata de una inadmisibile oficiosidad de Caifás.

Allí se produce el primer interrogatorio de Jesús: “El pontífice preguntó a Jesús sobre sus discípulos y sobre su doctrina” (San Juan, 18.19); se trataba de “indagar mejor sobre la doble naturaleza de los delitos que se le imputan: por una parte, la cuestión de la ortodoxia para completar el *dossier* acerca del delito de blasfemia; por otra parte, además, la cuestión de la sedición, para comprobar si Jesús pertenecía a los movimientos sediciosos armados que tenían el epicentro en Galilea” (FABBRINI, p. 141-42). El interrogatorio concluyó sin éxito.

¿Quién llevó a cabo este primer interrogatorio de Jesús? FABBRINI, sin plantearse la cuestión, da por bueno que fue Anás; pero ya San Cirilo de Alejandría pensó que lo habría hecho el mismo Caifás, por una defectuosa colocación del versículo 24, “Anás le envió atado a Caifás, el pontífice”, puesto al final de la narración por error de un amanuense. Quizá existieran dos interrogatorios, el de Anás y el privado de Caifás, antes de reunirse el Sanedrín; los dos de contenido semejante.

F) Jesús ante Caifás y ante el Sanedrín. Del palacio de Anás fue llevado Jesús al contiguo de Caifás; en el gran patio central existente entre ambos, donde se encontraban los soldados y las criadas, tuvieron lugar las negaciones de Pedro. Caifás debió recibir a Jesús privadamente, mientras se reunían los sanedritas, y hacerle un segundo interrogatorio, en la misma línea que el atribuido a Anás. Y al entrar la mañana se reunió formalmente el Sanedrín, según nos cuenta San Lucas (22.67): “Cuando fue de día se reunió el consejo de los ancianos del pueblo y los príncipes de los sacerdotes, y los escribas”; constituido con estos tres estamentos el Sanedrín, condujeron ante él a Jesús.

Ante el Sanedrín tiene lugar la prueba testifical. El único objeto de testimonio, o al menos el único digno de tenerse en cuenta, pues sólo a éste se refieren los evangelios, es el concerniente a la destrucción del templo. "Éste ha dicho: Yo puedo destruir el templo de Dios y en tres días edificarlo" (San Mateo, 26.59); "Nosotros le hemos oído decir: Yo destruiré este templo, hecho por mano de hombre, y en tres días levantaré otro que no será hecho por manos humanas" (Marcos, 14.55); podía tratarse de una sedición, contra el orden religioso establecido, e incluso de una blasfemia, al atribuirse Jesús poderes sobrehumanos; pero los testigos no fueron concordes, y la prueba fracasó.

Señalemos la ausencia total de testigos de descargo, que lleva a pensar en el ambiente intimidatorio en que se desarrolló el proceso.

Ante el fracaso de la prueba testifical surge el segundo interrogatorio de Caifás a Jesús, en la forma más perentoria posible: "Te conjuro por Dios vivo; dí si eres tú el Mesías, el Hijo de Dios". Díjole Jesús: "Tú lo has dicho. Y yo os digo que un día veréis al Hijo del Hombre sentado a la diestra del Poder y venir sobre las nubes del cielo". Entonces el pontífice rasgó sus vestiduras diciendo: "ha blasfemado. ¿Qué necesidad tenemos de más testigos? Acabáis de oír la blasfemia. ¿Qué os parece?". Ellos respondieron: "reo es de muerte" (Mateo, 26.63-66, con el que coincide Marcos, 14, 61-64; recuérdese la visión de Daniel, 7,13-14: "13. Seguía yo mirando en la visión nocturna, y ví venir en las nubes del cielo a un como hijo de hombre, que se llegó al anciano de muchos días y fue presentado a éste. 14. Fuéle dado el señorío, la gloria y el imperio, y todos los pueblos, naciones y lenguas le sirvieron, y su dominio es dominio eterno que no acabará nunca, y su imperio, imperio que nunca desaparecerá"). También Lucas: "Si eres el Mesías, dínoslo". Él les contestó: "Si os lo dijere no me creeréis, y si os preguntare no responderéis; pero el Hijo del Hombre estará sentado desde ahora a la diestra del poder de Dios". Todos dijeron: "¿Luego eres tú el Hijo de Dios?". Díjoles: "Vosotros lo decís, yo soy". Dijeron ellos: "¿Qué necesidad tenemos ya de testigos? Porque nosotros mismos lo hemos oído de su boca" (22,67-71). No habría confesión por el inculpado de un hecho anterior, sino comisión de un delito delante del mismo tribunal. Habría una "aseveración" "de su cualidad personal", "de la que los jueces derivan el más grave de los delitos, la blasfemia, puesto que él se ha hecho igual a Dios" (FABBRINI, p. 153).

El delito de blasfemia estaba penado con la muerte por lapidación: "Saca del campamento al blasfemo; que cuantos le han oído le pongan su mano sobre la cabeza y que toda la asamblea le lapide" (Levítico, 24.14). Pero la pena de muerte era de la competencia exclusiva de Roma. Por ello, Jesús es llevado ante el prefecto romano, Poncio Pilato.

G) El proceso ante Poncio Pilato. Como los delitos religiosos, y en concreto la blasfemia, no podían alegarse ante Pilato, ahora al cambiar de juez y de procedimiento se cambia también de delito; Jesús había sido condenado por el Sanedrín por blasfemia, y es presentado a Pilato como autor de un delito de sedición (contra Roma), por *perduellio* o *crimen majestatis*. La acusación contra Jesús que se presenta a Poncio Pilato es triple: "Hemos encontrado a éste pervertiendo a nuestro pueblo, prohíbe pagar tributo al César y dice ser Él el Mesías Rey" (Lucas, 23.2); es esta tercera acusación, la única que toma en cuenta Poncio Pilato.

El procedimiento –romano– es ahora más libre; y empieza con un primer interrogatorio de Pilato sobre la realeza de Cristo, "¿Eres tú el rey de los judíos?. Tú lo dices" (Mateo, 27,11; Marcos, 15,2; Lucas, 23,3). La respuesta de Jesús es más amplia en Juan: "Mi reino no es de este mundo; si de este mundo fuera mi reino, mis ministros habrían luchado para que no fuese entregado a los judíos; pero mi reino no es de aquí". Le dijo entonces Pilato: "¿Luego tú eres rey?" Respondió Jesús: "Tú dices que soy rey. Yo en esto he nacido y para esto vine al mundo, para dar testimonio de la verdad; todo el que es de la verdad oye mi voz". Pilato le dijo: "¿Y qué es la verdad?" Y dicho esto, de nuevo salió a los judíos y les dijo: "Yo no hallo en éste ningún crimen" (Juan, 18,36-38).

No hubo aquí prueba alguna, como viene a reconocer FABBRINI: "Él (Pilato) quizás había interrogado a los testigos que los sanedritas habían presentado, pero puede también asimismo haberse fiado de la fundamentación de las pruebas ya recogidas por los delatores-informadores" (p. 163). "Comienza por tanto, después del primer interrogatorio de Jesús, una búsqueda por parte del gobernador de los elementos que puedan prestarle ayuda para comprender la situación real, así como una búsqueda de expedientes para llegar a la liberación de Jesús" (p. 165). Repitamos: no hubo pruebas ni antes ni después del primer interrogatorio de Pilato; éste se conforma con

la explicación de Cristo, puesto que al no ser de este mundo su reino, nada puede importar a Roma.

H) El envío de Jesús a Herodes Antipa. Empiezan entonces, en efecto, una serie de expedientes o de subterfugios utilizados por Poncio Pilato para resolver el problema sin tener que condenar a muerte a un inocente. El primero de ellos está ampliamente tratado en el Capítulo IV del libro que presentamos: “Preguntó si el hombre era galileo y, cuando supo que estaba sometido a la ‘potestas’ de Herodes, lo hizo conducir ante Herodes (Luc. 23,6-7): el envío al tetrarca de Galilea y Perea”, por Massimo MIGLIETTA.

Los príncipes de los sacerdotes y la muchedumbre no se conforman con la conclusión de Pilato –“ningún delito hallo en este hombre”– sino que insisten diciendo “subleva al pueblo enseñando por toda la Judea, desde Galilea hasta aquí” (Lucas, 23,4 y 5). Y al oír esta referencia a Galilea pregunta si Jesús era galileo y lo envía al tetrarca de Galilea y Perea, Herodes Antipa, que en aquellos días estaba también en Jerusalén.

Presenta esta intervención de Herodes una dificultad inicial, la de su historicidad, puesta por muchos en duda a causa de que sólo la narra San Lucas (23,6-12), guardando silencio los otros tres evangelistas. Sin embargo, en el Evangelio de San Lucas aparece Herodes Antipa con mucha más frecuencia que en los otros Evangelios; se le menciona nada menos que trece veces, y dos más en los Hechos de los Apóstoles, obra muy posiblemente del mismo Lucas, lo que parece indicar unas posibles fuentes próximas a Herodes, que podían estar al alcance de San Lucas y no de los otros evangelistas; en los Hechos de los Apóstoles (13.1) se nos cita entre las personas importantes de la primitiva Iglesia de Antioquía, a Manahém, hermano de leche o amigo de la infancia del tetrarca Herodes, y en el mismo tercer evangelio (8,2-3), al referirse a las mujeres que acompañan a Jesús se nos habla de “Juana, mujer de Cusa, administrador de Herodes”. El episodio aparece también en algunos de los evangelios apócrifos, a los que tampoco cabe atribuir una absoluta falta de historicidad.

La remisión de Jesús por Pilato a Herodes era también posible jurídicamente en el Derecho romano, por el que Pilato se regía, según textos de Celso y de Ulpiano, recogidos en el Digesto (D, 48.3.7 y 11, y 48.2.7.4). Pero no parece que se tratara lo que hoy denomi-

naríamos una “declinatoria” de Pilato en favor de la competencia de Herodes, sino de un deseo de obtener el parecer de Herodes para formar mejor su propio juicio, aparte de propiciar políticamente un acercamiento a Herodes, del que Pilato estaba distanciado. No hay, pues, un tercer proceso de Jesús, un proceso galileo junto al judío y al romano.

Herodes hizo a Jesús bastantes preguntas –nuevo interrogatorio a Jesús– pero Él no le contestó nada. “Herodes con su escolta le despreció -nos dice Lucas- y por burla le vistió una vestidura blanca y se lo devolvió a Pilato”. Esta vestidura blanca parece indicar que el interrogatorio había versado precisamente sobre la realeza de Cristo.

I) Un segundo subterfugio es examinado en el Capítulo VI: “¿Quién queréis que sea liberado, Barrabás o Jesús? (Matth., 27.17): el privilegium pascual”, por Lucio BOVE.

El episodio está narrado en los cuatro evangelios. “Era costumbre –nos dice San Mateo, 27,15– que el procurador, con ocasión de la fiesta, diese a la muchedumbre la libertad de un preso, el que pidieran”, privilegio, o mera costumbre, de la que no hay razones para dudar. Pilato les dió a elegir entre Barrabás y Jesús, y el pueblo eligió a Barrabás. Barrabás estaba encarcelado por sedición, y según San Marcos (15,7) y San Lucas (23,19) por homicidio, y según San Juan era un ladrón (18,40); quizá estos delitos de homicidio y robo los hubiera cometido con el pretexto de la sedición.

En manera alguna cabe deducir algún paralelismo entre las incriminaciones de Jesús y de Barrabás, pues Jesús jamás acudió, ni aludió, a procedimientos sediciosos para imponer los posibles cambios que en la relaciones humanas se derivaran de su doctrina, ni hay prueba alguna de su vinculación con los zelotas, que en aquel tiempo ponían en entredicho el dominio de Roma en Palestina; en otro caso, Poncio Pilato hubiera procedido contra él con todo rigor.

Bien conocida es la postura de KELSEN que ha visto ‘un trágico símbolo de la democracia’ en esa elección; pero más bien sería símbolo de la democracia tumultuaria, de la calle, y de su manipulación por los demagogos, así como de la pusilanimidad de los que ostentan el poder y no se atreven a tomar por sí mismos las medidas procedentes.

J) Una tercera vía utiliza Poncio Pilato para eludir la muerte de Jesús, la flagelación, esperando que los acusadores de Jesús se con-

formaran con ella: "Tomó entonces Pilato a Jesús y mandó azotarle. Y los soldados, tejiendo una corona de espinas, se la pusieron en la cabeza, le vistieron un manto de púrpura y, acercándose a Él, le decían: «Salve, rey de los judíos»; y le daban bofetadas. Otra vez salió fuera Pilato y les dijo: «Ahí tenéis al hombre»" (San Juan, 18,1-5).

No estamos aquí ante un tormento para obtener la confesión del acusado, ni ante una pena accesoria de la de muerte, como según MOMMSEN la consideraba el Derecho romano; la flagelación se emplea con la intención de pena sustitutiva de la de muerte, aunque no lograra su objeto.

La flagelación, en su aplicación práctica, era una pena terrible; ULPIANO reconoce que 'muchos suelen morir al ser sometidos a tormento' (Digesto, 48, 19.8.3); y quizá la flagelación a que fue sometido explique la debilidad de Cristo que ponen de manifiesto sus tres caídas, la necesidad de acudir al Cirineo, y hasta la no larga duración de su Crucifixión.

K) A los gritos de "crucifícale, crucifícale", dice Pilato a los jefes de los sacerdotes: "Tomadle vosotros y crucificadle, pues yo no hallo crimen en Él"; en este pasaje del Evangelio de San Juan (19,6), puede verse un nuevo subterfugio de Pilato; encomendar al Sanedrín el conocimiento del asunto, con la finalidad –aunque hable de crucificar– de evitar la condena a muerte, para la que el Sanedrín no tenía competencia.

Claro es que los judíos rechazan tamaño endoso: "Respondieron los judíos: «nosotros tenemos una ley y, según la ley, debe morir, porque se ha hecho hijo de Dios»" (San Juan, 19.7), refiriéndose ahora al delito de blasfemia, en el que se había basado la condena del Sanedrín; Pilato procede entonces a un nuevo interrogatorio a Jesús, "dijo a Jesús: «¿De dónde eres tú?»", y como Pilato "buscaba librarse", fue interpelado amenazadoramente por los judíos: "Si sueltas a ése, no eras amigo del César; todo el que se hace rey va contra el César" (San Juan, 19.12). Y viene la sentencia: "Cuando oyó Pilato estas palabras sacó a Jesús fuera y se sentó en el tribunal, en el sitio llamado *litóstrotos*, en hebreo *gabbata*. Era el día de la Parasceve, preparación de la Pascua, alrededor de la hora sexta. Dijo a los judíos: «ahí tenéis a vuestro rey». Pero ellos gritaron: «¡quita, quita!, ¡Crucifícale!». Díjoles Pilato: «¿a vuestro rey voy a crucificar?» Contestaron los príncipes de los sacerdotes: «nosotros

no tenemos más rey que al César». Entonces se lo entregó para que lo crucificasen” (San Juan, 19, 13-16).

IV. LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA

A la ejecución de la sentencia dedica el libro que presentamos un Capítulo VII: “Hecho flagelar Jesús, lo entregó a fin de que fuese crucificado (Matth.27-26)”, por Eva CANTARELLA, en que estudia la flagelación, a que ya nos hemos referido, y la muerte de Jesús.

La muerte típica del Derecho hebreo, como la de otros pueblos orientales, era por lapidación, ya prevista en el Deuteronomio. El Derecho romano conoció, por el contrario, la decapitación, primero mediante el hacha o *secur* (de aquí la denominaciones de pena *capital*, de cortar la cabeza, y de *supplicio*, por la posición genuflexa, a manera de súplica, en que tenía que ponerse el reo), más tarde con la espada, *jus gladii*, especialmente en el ámbito militar. Pero en los tiempos de Cristo, el modo romano de ejecutar la pena de muerte era la crucifixión, con un significado infamante, propia de esclavos o de provinciales, no de ciudadanos romanos, según comprobamos en el episodio de San Pablo.

Expone CANTARELLA lo que era esta pena de crucifixión en términos generales, que lógicamente serían aplicables a la Crucifixión de Cristo; pocas veces aventura consideraciones especiales sobre ella; por ejemplo, que el tramo vertical de la Cruz, el *stipes*, tenía que ser de los de mayor altura (*sublimis*), pues el soldado que atendió a su palabra “tengo sed”, debió colocar la esponja encima de una caña (Juan, 19,28-29; Marcos, 15-36).

V. CONCLUSIÓN

Frente a la postura de FABBRINI, que en el caso de Jesús ve un sólo proceso, con dos fases, la judía y la romana (conf. p.154), nos hemos inclinado por la existencia de dos procesos distintos, uno ante el Sanedrín y otro ante el prefecto romano de Judea; y no solamente por la diversidad de jurisdicción y de procedimiento, sino porque se juzgan delitos distintos: el Sanedrín condena por un delito religioso, la blasfemia, en el que habría incurrido Cristo al declararse “Hijo

de Dios”, lo que vendría a afectar a la unidad de Dios; Poncio Pilato condena por un delito político, en el que habría incurrido Jesús al declararse Rey de los judíos, aunque personalmente no crea en la existencia de tal delito, convencido por las palabras de Cristo de que su reino no es de este mundo. Por ello me inclino a pensar que Pilato condenó a muerte a Jesús, y no se limitó a conceder una especie de *exequatur* a la sentencia dictada por el Sanedrín. ¿De quién es la responsabilidad? Creo que de ambos; los jefes de los judíos, buscaron la condena a muerte de Jesús, la promovieron por todos los medios a su alcance, y le condenaron; sin Poncio Pilato esa condena a muerte hubiese sido ilusoria.

TEXTOS

— *Crimen maiestatis, crimen maiestatis imminutae o crimen maistatis populi romani imminutae* (dentro del cuál estaba incluido el delito de *perduellio*): “Como la ley appuleya de majestad, del año 651-103, parece que fue transitoria... es preciso referir a la época de Sila los comienzos de altos tribunales especiales permanentes para los delitos de majestad. Parece que el dictador César no estableció ninguna organización particular para este juicio; la ley Julia, que fue la que sirvió de norma en los tiempos sucesivos, fue dada reinando Augusto”.

(MOMSEN, 2, p. 23).

— En tiempos de Jesús regía, pues, la *lex Julia maiestatis* (conf. D, 48.4.1-11, y C, 9.8.1-6). El título del Digesto comienza con un texto de ULPIANO: “*Proximum sacrilegio crimen est, quod maiestatis dicitur*” (D, 48.4.1).

— KELSEN: “¿Qué es la justicia?” pp. 35-63 de la recopilación de trabajos del mismo título recogida en la bibliografía: “Cuando Jesús de Nazaret fue conducido ante Pilatos y reconoció que era rey, dijo: «Nací para dar testimonio de la Verdad y para ello vine al mundo». Y Pilatos preguntó: «¿Qué es la Verdad?». El procurador romano esperaba una respuesta a esta pregunta y Jesús no se la dio, ya que dar testimonio de la Verdad no era la esencia de su misión divina como rey mesiánico. Jesús había nacido para dar testimonio de justicia,

la justicia del reino de Dios, y por esta justicia murió en la cruz. Por tanto, tras la pregunta de Pilatos, «¿Qué es la Verdad?», se plantea, a raíz de la sangre derramada por Cristo, otra pregunta de mayor importancia, la eterna pregunta de la humanidad: ¿Qué es la Justicia?» (p. 35).

— “Absolutismo y relativismo en filosofía y en política”, en el mismo libro, p. 113-25. Vuelve sobre la misma escena; p. 124: “Pilatos le preguntó con ironía a Jesús”; “Pilatos, que era un escéptico relativista”; Barrabás: “No cabe duda de que este plebiscito es un argumento de peso en contra de la democracia para los que creen en el hijo de Dios y rey de los judíos como testimonio de la Verdad absoluta. Nosotros, científicos de la política, debemos aceptar este argumento con una sola condición: que estamos (sic) tan seguros de nuestra verdad política que la imponemos si es necesario con sangre y lágrimas, que estemos tan seguros de nuestra verdad como el hijo de Dios lo estaba de la suya” (p. 124-25).

ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS, EL NOTARIO Y EL INSTRUMENTO PÚBLICO

Antonio Linage Conde
Notario

Antonio RODRÍGUEZ ADRADOS, el año 1981, elogió en la Academia Matritense del Notariado la tónica dominante en las conferencias de la misma, por conjuntar “una apología tácita, y a veces expresa, de la formación práctica notarial, incluso a nivel de formulario, con una formación teórica de igual o mayor intensidad (1), y además una envidiable formación histórica, pero prevaleciendo siempre, caso de romperse el equilibrio, la teoría sobre la práctica (2)”. Tanto que

(1) Citó al infatigable redactor de formularios, José GONZALO DE LAS CASAS, quien declaró “no ser preciso saber formulario alguno para saber bien el cargo de Notario”, y al belga Adolphe MATON, opinante de que el Notario teórico sin práctica ofrecía más seguridad al público que el Notario práctico sin teoría. Escribimos entre guiones el primer apellido compuesto de Gonzalo DE LAS CASAS para contribuir a desterrar el error de confundir el primero de sus componentes con un segundo nombre de pila. En un caso equivalente pero a la inversa, el de José Amador DE LOS RÍOS, recuerdo haberlo yo observado al intervenir en un tribunal de tesis, pero tan arraigada estaba la confusión, que otro miembro del tribunal me llevó la contraria.

(2) Si se me permite un inciso, a propósito de esta apreciación de conjunto de las conferencias de la Academia por Antonio, querría atraer la atención en torno al significado de sus ciclos, de interés para calibrar el estado de la ciencia jurídica desde 1943 hasta hoy, pero a veces incluso exponentes también del momento histórico sin más y su impacto en quienes le vivieron. Recuerdo por ejemplo las reflexiones de dos ex ministros, el historiador Prieto Bances en torno a los avatares del Derecho desde 1914; el notario Diego HIDALGO sobre los rumbos de las mentalidades tras la segunda guerra mundial. Y tremendamente significativo es el caso de don Federico DE CASTRO. Su intervención en la Academia fue tardía, pero no por falta de invitación, y cuando acudió a ella, lo da a entender con claridad, fue a la

para él, el Notariado español contemporáneo, tenía su origen más y antes que en la Ley de 1862, en el Real Decreto de 1844 que creó cátedras de Notariado en las capitales de audiencia (3).

Nosotros podemos afirmar que estos ideales estudiosos se dieron igualmente cita en la magna obra de Antonio (4), lo que vale tanto como en su unidad argumental, la función notarial y el instrumento público (5). No cabe duda de haber sido el continuador de Rafael NÚÑEZ LAGOS (6), pero volando con alas propias desde el principio, más inmerso en la realidad profesional en torno, acuciado a veces por un ambiente extraprofesional inquietante (7), ante el que

búsqueda de un apoyo en el Notariado a lo que creía el deber de conciencia de un civilista, alarmado por cierto rumbo jurisprudencial favorable a la teoría del doble efecto en el negocio fiduciario. Díez PASTOR confesó en su conferencia la honda emoción que esa tribuna le causaba, tras las consecuencias de la tragedia nacional.

(3) Siendo Subsecretario del Ministerio el autor de la *Biblioteca de escribanos*, Manuel ORTIZ DE ZÚÑIGA.

(4) En algunos de sus trabajos se podría desglosar el apuntalamiento histórico como bastante para una aportación historiográfica separada, y otros son exclusivamente de historia, como *El Derecho Notarial en el Fuero de Soria y en la legislación de Alfonso X el Sabio*, "Revista de Derecho Notarial" (=RDN) 44, 1964, 29-160, y *El Derecho Notarial castellano transplantado a Indias*, en "Escribanos y protocolos notariales en el descubrimiento de América" (Madrid, 1993, 47-70); sus introducciones a las *Noticias de escribanos y notarios de Madrid* de Antonio MATILLA TASCÓN (1989) y al *Registro notarial de Madrid* (transcripción de Rogelio PÉREZ BUSTAMANTE; Madrid, 1995) son estudios extensos. En 1992 presentó a don Antonio DOMÍNGUEZ ORTIZ en las Jornadas sobre *Historia y documentación notarial en el Madrid del siglo de oro*. Tanto más chocante por eso que se dirigiera coloquialmente al inolvidable José VALVERDE MADRID y a mí, como cultores del pasado, cual si para él fuera un campo no trillado.

(5) Véase su entrada *Documento* en la "Gran Enciclopedia Rialp" 8 (Madrid, 1984) 49-50.

(6) Al presentar el año 1986 en la Academia los *Estudios de Derecho Notarial* de éste, recordó que su conferencia allí en 1943, *Estudios sobre el valor jurídico del documento notarial*, cuando era un desconocido todavía ágrafo, llevó consigo el nacimiento de un Derecho Notarial nuevo. Recordó el panorama anterior, tal y como coetáneamente le resumiría GIMÉNEZ-ARNAU, y la novedad introducida en esa disertación, la eficacia que respecto del negocio produce el documento público, al cual las partes prestaban un consentimiento nuevo, no las consecuencias en los pactos previos anteriores si el documento público no llegaba a otorgarse.

(7) En 1979 definió la situación entonces planteada de futuro incierto,

siempre fue un centinela en estado de alerta, en la vida corporativa siempre activo y disponible (8).

Hay que mirar con una lupa poderosa su extensísima bibliografía para encontrar algún título que incluso parcialmente se ocupe de otras cuestiones jurídicas, y son muchos, sin tener un reflejo notarial (9). Recuerdo la respuesta de VALLET DE GOYTISOLO a quienes le comentaban dubitativamente su opción del notariado para el desarrollo de su personalidad de jurista integral; ningún observatorio le parecía más fecundo (10).

en la cual "los Notarios, encargados de proporcionar a los demás seguridad, se encuentran inseguros, ellos y sus empleados, y los empleados de sus Colegios, y los mutualistas –jubilados, viudas, huérfanos– todos ellos y sus familiares, y los opositores y los que van a serlo, y los Colegios, que no saben si subsistirán, y las Juntas Directivas, sinceramente empeñadas en la reforma de todos los aspectos que en el Notariado lo merecen"; *Sobre las consecuencias de una funcionarización de los Notarios*, RDN, núm. 859, 303-409.

(8) Sin perjuicio de ocuparse continuamente de problemas prácticos, de detalle pero acuciantes, tal nada menos que *Firma electrónica y documento electrónico*, (Madrid, 2004); *La prohibición de interlineados en las escrituras mecanografiadas*, RDN, (1959-2), 269-284; y *La consignación en los documentos notariales de la aplicación del arancel y de su dispensa*, "Revista Jurídica del Notariado" (=RJN, 2005-4), 233-251. De su preocupación por el impacto de las nuevas técnicas fue un indicio decisivo, ya en una manifestación embrionaria de las mismas, su extenso y concienzudo tratamiento de *La autenticación de fotocopias* ("Revista de Derecho Notarial" (=RDN, 1974-2), 357-423, concluyendo naturalmente en su admisión, pero sin que ello lleve a inventar una especie documental nueva, ni a su identificación con cualquiera de los documentos notariales típicos; teniendo un valor sustitutorio o subrogatorio en las esferas administrativa y del tráfico, salvo cuando lo trascendente sea la posesión del documento original, o las autoridades retiren o limiten su eficacia, y no produciendo nunca esos efectos la fotocopia de la copia autorizada de la escritura matriz.

(9) Los tomos V y VI de sus "Escritos jurídicos", publicados en 1995-1996 por los Colegios Notariales de España, tratan de Derecho Civil y Derecho Mercantil respectivamente.

(10) Incluso mucho más allá de la esfera jurídica. Del poeta Salvador Espriú, hijo del notario Francesc Espriú y Torres, además oficial en la notaría de éste y en la de su sucesor, se ha escrito que esa experiencia notarial le dio un conocimiento profundo del alma humana y sobre todo de la concepción y actitudes en torno a la vida y la muerte, que se manifiestan amplia y agudamente en su obra; S. SOLÉ Y COT y P. VERDÉS Y PIJOAN, *L'aportació dels notaris a la societat catalana en els camps del dret, la història, la literatura*

Antes de entrar en materia se nos vienen a las mentes ciertos títulos y episodios. Al inaugurarse la nueva sede del Archivo de Protocolos de Toledo dijo que "la superioridad de Sánchez-Albornoz sobre Américo Castro y el Ortega de la *España invertebrada*, radicaba en que don Claudio había leído miles de documentos notariales (11)". Un año después, en la sesión quincuagésimo-segunda de la *Société Fernand de Visscher pour l'Histoire des Droits de l'Antiquité*, celebrada en el Colegio Notarial de Madrid, disertó sobre *La dogmática del instrumento público en la glosa accursiana*, una contribución al esclarecimiento de la acuñación del notariado latino por los Glosadores, y sus precedentes justinianeos en el documento tabeliónico, público pero no notarial (12). En un curso sobre "La Encuadernación. Historia y Arte", trató no de la encuadernación sino de lo encuadernado que es su objeto, *El documento y la práctica documental* (13).

De la Roma arcaica a Alcalá de Henares

Una introducción pintiparada a su obra puede ser su discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, contestado por Vallet, el 22 de abril de 1996, con un título a primera vista chocante, *La persistencia histórica de la oralidad en la escri-*

y la política, en las "Actes del I Congrès d'història del notariat català, 1993" (Barcelona, 1994) 130; y Josep PLÀ, HOMENOTS. *Quarta série*, en las "Obras completas" 29 (Barcelona, 1975) 203-242.

(11) *Visión panorámica de los documentos notariales*, RJN 26 (1998,2) 381-407. En la provincia y diócesis de Segovia se han publicado dos notables historias locales, la de Cuéllar por Balbino VELASCO y la de Cantalejo por Francisco FUENTENEbro. Cantalejo es un lugar con vigorosa personalidad etnológica pero sin ninguna huella en la historia evenemencial. Escribir su historia parecía imposible. Pero FUENTENEbro consiguió reconstruir en profundidad y con extensión y detalle el pasado de sus gentes gracias en una buena medida a los protocolos notariales. La de Balbino VELASCO fue propuesta universitariamente como modelo, pero en ella se cha de menos la falta de consulta de los mismos.

(12) "Seminarios Complutenses de Derecho Romano" 9-10 (1997-1998) 63-100. Sobre una posible influencia romana en el Notariado musulmán y la significación de éste en España, trató ADRADOS en *Documentos y documentadores en el formulario notarial de Ibn Al'Attar*, "Boletín de la Real Academia de Córdoba de Ciencias, Bellas Letras y Nobles Artes" 80 (2001, 2) 209-226.

(13) RJN 33 (2000,1) 181-205-.

tura pública. Y lo decimos por resultar paradójico que un Notario, creador de protocolos de escrituras matrices, cuyas copias expedidas se consignan en un apéndice de notas breves (14), autor de documentos investidos de fe e iluminados por los fulgores de Bolonia, desde luego que sin ninguna nostalgia de la doble redacción como la llamó Raimundo NOGUERA, eligiera por argumento de aquella solemnidad la contratación oral y sus reminiscencias en el propio oficio. Pero las etapas de su evolución, hasta consumarse en un estado de cosas demostrativo de que cualquier tiempo pasado no fue mejor, además de un formidable recorrido intelectual, desde las palabras predeterminadas que fueron la forma de la *mancipatio* y el intercambio de preguntas y respuestas del contrato general y abstracto que fue la *stipulatio*, alumbrando ya en su oralidad una documentación precursora de la escritura pública, a pesar de su preterición en los manuales de Derecho Romano, ese recorrido con su paralelo local en el cambio de la historia de Roma sin más, de pueblo agrícola a capital del Imperio, se nos acaba revelando en sintonía con los ideales documentalistas del autor, en una apertura a las influencias llegadas de Grecia y Egipto que, insensiblemente, dieron lugar en el emperador Justiniano, sin más que el añadido de unas interpolaciones mínimas, al documento ya imperante, *cautio, instrumentum, chirographum*, expresivo de los únicos requisitos relevantes, el consentimiento y la causa (15).

Todo lo cual no priva de realidad a las palabras iniciales del recipiendario en aquel acto, de que “en el principio, fue la oralidad, y esta oralidad originaria de los actos jurídicos hizo que los documentos, cuando aparecen, estén limitados a la prueba de unos actos que ya se habían celebrado verbalmente, mientras que, por diversas

(14) En los arcaicos documentos en tablillas enceradas, como en ellas había una escritura interior, con el sello, y un texto exterior. Núñez Lagos vio una intuición del protocolo, con su dualidad de matrices y copias, menos en los testamentos, por su índole secreta (aunque sea un testamento la primera mención que nos ha llegado de su país de procedencia, Grecia –*Iliada*, 16.169–). La época postclásica es ya la del papiro y el pergamino.

(15) El mismo Justiniano manifestó su preocupación por evitar la nulidad derivada de requisitos de forma –aunque en su caso derivada de *un vitio tabellionis vel alterius qui testamentum scribit*– al admitir que los legados se ordenaran antes que la institución de heredero, pese a ser ésta *caput totius testamenti*.

causas, la oralidad penetra en la misma estructura del documento, documento que apareció y sigue navegando por los mares de la oralidad, la cual conserva su primacía en él aunque domesticada (16)".

Que el testamento tuviera un tratamiento distinto, también a lo largo de esta cronología, es algo que nos podíamos esperar. La oralidad –y no todos están de acuerdo en cuanto a ella–, “profunda o superficial” que ADRADOS dice, del acuñado *per aes et libram*, desapareció en el testamento pretorio, llamado así porque se abría ante el pretor, para terminar siendo sellado –*aperiantur, inspiciantur et describantur*–. Era pues esencialmente escrito, a diferencia del testamento civil.

El derecho postclásico mantuvo su *nuncupatio*, sin escritura, ante siete testigos. El emperador Justino, por su *Hanc consultissima*, admitió esa forma para los ciegos, siempre con un *tabularium* redactor, o sea que el escrito era un requisito formal, no un mero medio de prueba. Un caso pues de oralidad previa a la escritura definitiva. Regulación que las *Constituciones* confiaban que adoptaran también los videntes.

Mas la presencia de los tabeliones no puede pasar desapercibida. DONELLO habló de una vía media entre los documentos públicos y los privados. Y Mario AMELOTTI afirma que aquéllos llenaban el espacio que quedaba entre esas dos especies. Sus documentos, *publice confecta* –a veces en sus *stationes* o despachos–, tenían una eficacia mayor que Justiniano reconoció –*de his qui sibi adscribunt in testamento* (Código 9, 33). No eran jurisconsultos, sino una de las especies de los *ius studiosi* (17). Ulpiano enumeró sus menesteres –*instrumentum formare, libellos concipere, testationes consignare, testamenta ordinare* (18)–. El documento firmado por las partes tenía que ser completado, –*completio, complevi*–, por el tabelión, único para todo el proceso. El siguiente y último requisito era la

(16) Cfr., A. GOURON, *Dynamisme et continuité sur l'histoire des Notaires français et de leurs actes*, RDN (1985,2) 385-403. Todavía el año 528, en la ley *Contractis* del Código, y aunque no del todo coincidentes en las *Instituciones*, se puede hablar de un indiferentismo dualista, aunque con tendencia a la normalidad ya general del documento.

(17) Había especialistas en testamentos. Documentar no era entonces compatible con asesorar, igual que ocurre hoy en el mal llamado *notary* norteamericano.

(18) Es el primero que emplea esta palabra.

absolutio o *dimissio* por las partes –*ab ipso completa et postremo partibus absoluta* (19)–. En Occidente era la entrega de una parte a otra, en Oriente la entrega por el tabelión, la *traditio chartae* con la que se concluía el proceso (20).

Un ordenamiento que en la Edad Media fue adoptado y siguió siendo elaborado por el Derecho Común. Las *Partidas* hicieron suya la *stipulatio*; la *Pragmática* de que diremos exigía nada más el consentimiento sin sujetarse a forma alguna. En cuanto a la compraventa, las *Partidas* admitieron la *sine scriptis* junto a la escrita. Lo mismo que el Fuero Real guardaron algún paralelismo con los Códigos de Teodosio y Justiniano, el *Corpus iuris civilis* en definitiva.

Y lo que resulta más interesante a efectos notariales, ya proa a la actualidad, en Ravena, capital que fue del Imperio de Occidente pero sin perder el contacto con Constantinopla, partiendo de los documentos *publice confecti* justinianeos, los Glosadores escribieron que *nunc facit transitum ad publica instrumenta* (21). Las Luces de Bolonia pues (22). Pero con cierto abolengo romano, pues como hemos visto aquel derecho había ido evolucionando hacia el documento dispositivo, no mera prueba de la oralidad; es más, el escrito, que penetraba en la entraña de la declaración de voluntad, llegaba a hacer parte de la oralidad misma.

Es curioso que el Notario decimonónico de Barcelona, Félix María FALGUERA, en sus escritos iniciales, se refirió de paso al Derecho Romano como el fundamento del Derecho Notarial que tenía en torno. Después, al ensanchar sus conocimientos históricos, tanta trascen-

(19) *Novelas* 44 y 73, y la citada *Lex contracti*.

(20) BRUNNER sostuvo que luego fue sustituida por fórmulas simbólicas y religiosas. BONO opina que la *absolutio* de las partes tenía que ser previa a la *completio* del notario.

(21) Los cultores del decisivo *ars notariae* están entre ellos y los Comentaristas o Postglosadores.

(22) Recordó ADRADOS que antes de ellas, el notario era un testigo privilegiado, siendo la fe de él, subjetiva (estando tasada la prueba), y valiendo el testimonio del escribano por dos testigos en las esferas judicial y testamentaria, una norma que pasó del Derecho Canónico al Común. Después se trata ya de la fe objetiva del documento público. ADRADOS dijo que “la concepción puramente probatoria del documento resultaba demoledora, y no sólo del documento sino del mismo derecho sustantivo, que tendía a convertirse en derecho judicial”. Pero después ya no había duda de los efectos sustantivos de la escritura pública.

dencia le pareció habían tenido los fulgores boloñeses, que en pos de los recuerdos de Rolandino hizo a esa ciudad una genuina peregrinación (23). Lo que no quería decir una negación de la mediata prosapia romana e imperial del notariado posterior, como él mismo tuvo ocasión de demostrar en una búsqueda bibliográfica de la constitución notarial de León el Filósofo.

Por estos caminos, el que se ha llamado notariado románico, estaba ya en condiciones de reflexionar en profundidad sobre el significado de su misión en el ordenamiento jurídico y en la sociedad. Cada fase de la formación del documento público resultaba acreedora de un encuadramiento en el sistema. Así, la lectura era inevitablemente oral, pero no entraba en la estructura de la escritura. Sólo llegaba al documento a través de la narración contenida en ella. E incluso podía ser sustituida por la lectura silenciosa hecha por las partes.

Un notario que hay que seguir teniendo presente, *NOVOA SEOANE* subrayaba que el negocio jurídico nacía una vez que el consentimiento se prestaba, pero para que surgiera el instrumento público hacían falta la firma y la autorización del fedatario. Lo cual planteaba el problema de la calificación de la situación intermedia. ¿Toda escritura notarial sería la elevación de un contrato verbal a público? Y si habían firmado las partes pero no el notario, ¿el que se elevaría a público sería un documento privado?.

Es instructiva la denominación de audiencia notarial para el acto del otorgamiento. En ella, la percepción del notario es intersensorial, no sólo de la vista y el oído separadamente. Su objetivo era la expresión total, de la que llegaban a hacer parte el crujir de las monedas al ser contadas, el tenue ruido que hacía la pluma al impregnar el papel.

Se ha llegado a discutir el papel de cada uno de esos dos sentidos principales en juego. NÚÑEZ LAGOS insistió en el oído; "cuando el compareciente habla, su hablar es un hecho visible y audible para el notario. O sea un hecho auténtico (24)". Adrados subraya el mante-

(23) Sobre ella hemos escrito *La fe pública viajera*, en "Viajar por Segovia", núm. 26 (2017) 6.

(24) Las partes hablan y el Notario oye, y la voz es un instrumento de la mente. Recordó CELSO en el *Digesto* (33.10.7) que *prior atque potentior est quam vox mens dicentis*; la voz es un instrumento para Tuberón, *nam vocis ministerio utimur*.

nimiento de la primacía de la vista como productora de evidencias (25). La oralidad podía ya relegarse a la fase preparatoria. La declaración quedaba objetivada en el documento, al que se había llegado por los actos de visión del fedatario. Es más, paradójicamente “la seguridad exigía que, en el acto del otorgamiento, a las palabras pronunciadas se las llevara el viento”.

En uno de sus últimos trabajos, *El brocardo notarial "de visis et auditis suis sensibus (26)"*, señaló su precedente mediato en la *Novela 44*, invirtiendo los Glosadores el orden de los sentidos, o sea anteponiendo el oído, y siendo la formulación expresa obra de los Comentaristas, Juan ANDRÉS y BALDO. Un peligro de la exaltación de esta ineludible exigencia era darla la exclusividad explicativa de la intervención notarial, pues dejaría fuera el resto de la actuación jurídica del Notario. Ampliada a los demás sentidos y a los actos del Notario, *de inspiciis et exauditis*, tiene trascendencia para la prueba, por su mayor resistencia a la impugnación, sólo admisible la fundada en su falsedad.

Otro tema es la distinción entre el negocio jurídico y el documento. Ello una realidad evidente y fecunda, que a CARNELUTTI le parecía lógica, pero con tal de no perder de vista esa otra realidad de que en el documento dispositivo estaba la declaración de voluntad del negocio mismo. Si la separación se hacía de manera tajante, habría que admitir la oralidad total de la declaración.

En este contexto llegó la teoría representativa del propio CARNELUTTI. Según él, la declaración es un acto, el documento es una cosa material. El documento es al negocio como el hecho representativo al hecho representado. El documento notarial se forma después de haber consentido las partes, y es un hecho representativo, pero no

(25) De ahí el patronazgo de Santa Lucía como en la cofradía de los notarios de número de Zaragoza, según sus ordenanzas de 1310. Por otra parte la primacía del oído –por la cual empezó el brocardo hasta su enmienda–, era una herencia del abolengo de la oralidad romana; “el ver aparece como complementario del oír, porque ninguna eficacia puede reconocerse a las palabras sin saber quien las pronuncia, y fue introducido por el Decreto de Graciano, generalizando exigencias concretas de la *Novela I.*^a de Justiniano, pero con una base deletérea, la conceptualización del Notario como un testigo”.

(26) “Homenaje al profesor Juan Antonio Escudero” I (Madrid, 2012) 1127-1145.

de la actuación de las partes sino de la intervención del Notario. Antes de volver sobre ello recapacitemos en que el negocio está en el documento.

Alfredo GARCÍA BERNARDO (27) afirmó que en el documento notarial, las partes no declaraban nada, pues lo único que hacían era firmarlo si sabían y podían. Todas las declaraciones eran del funcionario autorizante. Las declaraciones de los comparecientes eran anteriores, una anterioridad incluso en la audiencia notarial, pero en el documento notarial sólo declaraba el Notario, el cual refleja las declaraciones como el espejo la imagen. “La escritura es una representación de ciencia que hace el Notario de la representación de voluntad hecha por las partes (28). Lo cual nos recuerda la crítica que Falguera hacía desde Barcelona, cuando se gestaba la Ley del Notariado, crítica que luego recogió SANHAUJA SOLER, de “la costumbre de algunas provincias”· de dejar en tercera persona las declaraciones de las partes como si el Notario fuera un mero transcriptor.

Del arrumbamiento de la tesis probatoria es el mejor síntoma que, a la inversa, se plantee el problema de si una escritura meramente probatoria es posible. Por la misma vía de la diferenciación de documento y testimonio, subrayada por CARNELUTTI, y BETTI (en su *Teoría general del negocio jurídico*), el documento requiere la presencia del hecho documentado, mientras que el testimonio versa sobre “hechos ausentes”. Pero sin perder nunca de vista la advertencia en su día de BALDO, de que el tabelión no puede hacer una escritura de cosas pasadas, sino de lo que ve. En otro caso, el documento sí sería un medio de prueba, y la escritura se habría convertido en un acta, aunque no en nuestro derecho positivo, porque éste no admite en las actas declaraciones de voluntad; y claro está que el documento se puede alegar como prueba, pero directa. Sin perder de vista que los documentos notariales son ellos mismos la declaración de voluntad, expresada de esa manera por tal medio permanente (29).

(27) RDN (1962-2) 15-195, y (1968-2) 55-214.

(28) Eduardo COUTURE, *El concepto de fe pública* (Montevideo, 1947).

(29) Alfredo CANDIAN, *DOCUMENTO E NEGOCIO GIURIDICO* (Parma, 1925).

En cuanto a la trascendencia jurídica de cada fase del proceso de formación de la escritura, o sea de cada momento sucesivo, se trajo a colación por los tratadistas a propósito del testamento, viéndose involucrado en su solución un grave problema de conciencia.

Así, el día 29 de diciembre de 1927, el Tribunal Supremo casó una sentencia que había declarado un testamento falso por no estar los testigos presentes a la manifestación de voluntad del testador, aunque sí lo habían estado a la lectura. Fue el decano de Madrid, Mateo AZPEITIA, el abogado defensor del recurso.

Febrero opinaba que, cuando el escribano formaba la minuta con las disposiciones del testador, debían estar a solas, sin permitir la presencia de nadie más, ni siquiera del confesor, salvo mandato expreso del testador mismo, para de esa suerte evitar toda sugestión en su ánimo. La misma postura era la de LÓPEZ FANDO, ROS en su *Cartilla real*, y ORTIZ DE ZÚÑIGA. Ya en nuestros días, el citado Novoa llamó a esa entrevista "confesión jurídica". En contra se manifestó, en su *Práctica de escribanos y modo de suceder* (1729), Juan DE LA RIPIA, sugiriendo que "en caso de estar el testador muy gravado de enfermedad, el escribano propondrá al paciente algunas cosas opuestas al intento de que se debe testar, pues si él las enmendare y corrigiere con sus respuestas claramente, se reconocerá estar capaz para testar".

El único caso en que FEBRERO recomendaba la presencia de los testigos era el peligro de muerte, para que si ésta sucedía antes de haber el testador firmado, el testamento valiera como hecho oralmente ante los testigos, con tal de que ellos hubieran firmado la toma de razón. Después del Código Civil, el Tribunal Supremo rechazó la conversión de un testamento iniciado de esa manera en el cualificado por dicho peligro. ADRADOS en su discurso puso de relieve el refuerzo de lo escrito que esa decisión jurisprudencial significaba.

Sin embargo, a pesar de tan profundo cambio hacia el imperio documental, insistió en que "la oralidad, como el agua, se filtraba por todas partes, aunque a veces pasara desapercibida". Se puede hablar incluso de una representación sucesiva del negocio oral. Habiendo de tenerse en cuenta que las partes manifestaban su voluntad dos veces, primero en la declaración del negocio, luego en la de su documentación pública, o sea en su fase escrita (30).

(30) Natalino IRTI, *La ripetizione del negocio giuridico* (Milán, 1970).

Parece que a los libertos les endulzaba aún más su nueva condición el recuerdo de la esclavitud anterior. Yo confieso que ciertos aspectos de la función notarial en su regulación hodierna –¡pero nada más que ellos!– me proporcionan un alivio suplementario al compararlos con los que sufrieron nuestros predecesores. Concretamente la situación precedente a nuestro protocolo de matrices originales, si bien el sistema que instauró el Ordenamiento de Alcalá el año 1503 ya había arrumbado los inconvenientes más graves, siendo su diferencia del actual más técnica que otra cosa. Por eso, habiendo asistido a través del sapiente discurso de ADRADOS a la evolución que condujo hasta la conquista decisiva de Bolonia, me parece oportuno proseguir aquí con su *Valoración de la pragmática* en cuestión (31).

Recordemos que en aquella disposición fue creado el protocolo, con el nombre de registro, no de las escrituras con sus textos íntegros cual desde 1862, pero sí con todos los datos concretos de las mismas, dejadas pues únicamente las fórmulas constantes y los preámbulos y cláusulas de esa misma índole, y todo ello consignado en un libro encuadernado previamente (32). Fuera de él quedaban

(31) En la sesión conmemorativa de la Academia Matritense; (Anales=AMN) 43 (2005) 517-646. Subraya ADRADOS que el tratamiento allí de la firma convertía ya el acto en totalmente escrito. Un extremo que no quedó claro a la postre si afectaba al terrible problema de la fe de conocimiento. En la tradición textual no resulta indiscutida la exigencia de que cuando el escribano conociera a los otorgantes, tenía que dar fe de ello, pues no es evidente si estaba en el original o fue interpolada. De lo que antes había que dar fe era de la falta de conocimiento. De la historia de este problema, el más difícil de la intervención notarial –no del Notariado– (MONASTERIO Y GALÍ sostuvo su “imposibilidad”, naturalmente con matizaciones), hizo un recorrido denso a través de nuestro derecho, el mismo ADRADOS: del Derecho Romano a la *Pragmática*, textos tardíos forales, en la Edad Moderna castellana de los “prácticos” o formularistas, hasta Gonzalo (*Ejecución de la Ley del Notariado*, en la “Gaceta del notariado”, 1862, 504); *Identificación de los sujetos jurídicos, especialmente en el Derecho medieval y en sus documentos notariales*, RJN 46, 2003-2, 181-210.

(32) Ésta sigue siendo la práctica de Méjico, mientras que en otros países hispanoamericanos se encuadernan posteriormente hojas remetidas en cuadernillos. En Argentina hay escribanos llamados de registro, junto a otros, como los “referencistas” no protocolares. ADRADOS recuerda que el sistema de la *Pragmática* estaba entre el del Derecho Común (copias extensas) y el de las *Partidas* (originales abreviados). El sistema actual quedó

los llamados testimonios, equivalentes a nuestras actas. Eso determinó la omisión de éstas en la Ley de 1862, lo cual hizo a la postre surgir la creencia errónea de haber sido una creación de los reglamentos (33).

Y si la justificación de la fe pública es ante todo la seguridad jurídica, no puede resultar más extraño que se insertara en el sistema anterior la cuña de inseguridad de la doble redacción, doble en Castilla, por las minutas, sustitutivas de las escrituras originales en los archivos de cada escribano, y más espinosa aún en Aragón y Cataluña, donde por la agravante tri-instrumental había notas además de las minutas (34). Incluso COMES en su *Viridarium* menciona otro cuatri-instrumental, por el apunte que el escribano tomaba cuando era requerido fuera del despacho, *in folio volante*, o sea una nota previa escrita *in foro, in via, seu extra scribaniam*.

Pocos años después de la *Pragmática*, el día 8 de octubre de 1512, el emperador Maximiliano I, yerno de Felipe el Hermoso, firmaba en Colonia su constitución sobre el ejercicio del oficio de escribano. La norma es decisiva para el Derecho Notarial moderno. ADRADOS notó que tiene más contenido que la *Pragmática*, pues se ocupa de la práctica profesional, expresamente de la función y de los testamentos, pero en conjunto resulta inferior, en cuanto al protocolo sobre todo.

El mayor defecto de la *Pragmática* le parece su ámbito reducido, pues regula los instrumentos públicos pero no a sus autores. A ello habían provisto las Cortes de Toledo el año 1480, pero sin entender la tipificación de esos funcionarios, incluyéndoles en la regulación de los demás. Para ADRADOS ello llevó consigo la decadencia del notariado castellano. La compensación estuvo en su concepción del instrumento público, superior aunque sólo en ese extremo a los forales y a todos los ordenamientos europeos coetáneos. Y la mejor justifica-

entonces promulgado para los documentos emanados de los organismos públicos (cancillería real, concejos, juzgados).

(33) De interés para la situación y la práctica precedentes es la *Nobleza de escribanos*, de Juan José SÁNCHEZ (1797), II y IV, 43 y 66.

(34) La *Pragmática* autorizaba a los escribanos a tomar la escritura por registro, por memorial o de otra manera, lo que dio pie para resucitar las notas, en uso en Valencia hasta el proyecto de Ley del Notariado de 1859. Adrados llama la atención sobre la monstruosidad jurídica de romper la nota después de pasada al registro.

ción de tal valoración es el título de la colaboración del mismo ADRADOS a la miscelánea dedicada por la Junta de Decanos a VALLET, *La "Pragmática" de Alcalá entre las Partidas y la Ley del Notariado* (35).

Antes de pasar al resto de su obra, nos parece adecuado referirnos aquí a un trabajo representativo de su otra vertiente, la problemática del día a día de nuestros despachos, en algunos casos del tipo de las cuestiones que, cuando nos surgían, sobre todo en los tiempos iniciales del ejercicio, echábamos de menos que no hubieran constituido uno de los temas del programa de las oposiciones aún recientes. Es un campo en que sentimos a Antonio incluso paternalista. En 1981 disertó en la Academia de las *Escrituras, contraescrituras y terceros*, problema "de una gran importancia práctica, pavoroso porque no es otra la sensación del Notario que, habiendo autorizado una escritura, se encuentra con que parte del negocio le ha sido sustraída, y ha sido llevada a otros documentos, sabe Dios por quién aconsejados y por quién redactados. Porque puede tratarse de pactos secundarios, de vida efímera, o con vida propia, que no se ha considerado prudente llevar a la escritura, pero también puede resultar de tales documentos que, detrás de la escritura mejor trabajada, no hay otra cosa que la más absoluta nada jurídica, o que el negocio realizado es totalmente distinto por ser distinta su causa".

La definición del *Diccionario de legislación y jurisprudencia* de Escribano no ha perdido actualidad; la contraescritura es "el documento otorgado para protestar otro anterior, y suele ser un papel secreto o reservado, por el que se deroga en todo o en parte lo expresado en una escritura ostensible". Una corruptela a la que ADRADOS sigue la pista desde la Edad Media, hasta el Código Napoleón y el italiano de 1865 negadores de sus efectos contra terceros, y la mucha tinta gastada por las doctrinas italiana y francesa.

Los ejemplos que puso en su conferencia eran abrumadores, tomados de la jurisprudencia sobre el artículo 1230 del Código Civil, y no solamente "porque lo que aparece como compraventa sea una donación, sino porque se trate de una operación de garantía mas o

(35) Sobre el sistema instrumental, la nota o registro, la fe de conocimiento, el acto del otorgamiento, el protocolo, las escrituras signadas y los testimonios. Detenernos más aquí implicaría ocupar todo el espacio de que disponemos.

menos atípica, de una sociedad particular civil, o de la constitución de una renta vitalicia; o que se han omitido cláusulas de tanta importancia como la reserva de usufructo a favor del vendedor o del donante; se han manipulado escriturariamente elementos esenciales del contrato, como el precio en la compraventa, bien disminuyéndole, especialmente por razones fiscales, y llevando su cumplimiento a un documento privado, o aumentándole, sobre todo en previsión de retractos; o, en fin, el que nosotros creíamos verdadero sujeto es degradado a la condición de persona interpuesta, que no nos deja ver ni la identidad ni la capacidad del *dominus negotii*".

Una almoneda de pícaros pues, contra la cual el Tribunal Supremo, en torno al "formalista" artículo 1230, pretendiendo hacer una justicia individual, la había hecho individualista aunque no fuera injusta, "dejando indefenso al ordenamiento, al dañar el documento público y al notariado, al que luego muchos le echarán las culpas, y originando muchas más injusticias que la del caso concreto que se ha intentado remediar", obligando a replantearse temas centrales del Derecho Notarial (36)".

Ejemplificando, cita los casos de que "al retrayente, que es tercero, se le obliga a pagar el complemento de precio que figura en un documento privado si quiere ejercitar el arrendaticio rústico, o se le niega de plano la posibilidad del retracto porque lo que aparecían como ventas o cesiones onerosas en las escrituras públicas eran donaciones disimuladas, o se trataba de una sociedad civil particular (37)".

(36) Hemos manejado el tomo de los Anales de la biblioteca de VALLET, y está muy subrayado por éste, con aquellos lápices de colores de antaño, modestos pero solemnes.

(37) Nos sale aquí al paso una vez más la índole, ante todo de caso concreto, de cualquier sentencia judicial. ¿No serían circunstancias muy poderosas de las situaciones procesalmente a dilucidar, las determinantes de ciertos fallos, lo que en definitiva implicaría una humanización judicial, y en este orden de cosas el correctivo equivalente de los que contrapícaros podríamos llamar? Nada más opuesto a tal benignidad "civil" que el recuerdo personal que yo tengo, de la llamada y cambio de impresiones con un fiscal amigo, para quien no había duda ni paliativos en la aplicación del Código Penal, sin timideces ni escrúpulos de estar invadiendo la vía civil, en algunos de esos ejemplos, y sin detenerse ante cualesquiera personas involucradas.

Desde el punto de vista doctrinal no había tampoco perdido actualidad Escriche, el “efecto de las contraescrituras sólo entre los contrayentes, mas no contra terceras personas. Si las partes, vgr declaran que la venta que han otorgado no es real y verdadera, y el comprador vende luego la cosa a otra persona, esta segunda venta será válida”. Adrados no dudó en sus conclusiones, a saber preferencia de los terceros que traían causa del adquirente de la escritura primordial, e índole ajena a las normas extradocumentales de los conflictos internos entre terceros contradocumentales protegidos, y entre un tercero contradocumental y otro extraño a la contra documentación”.

La persona, la fe, el documento

Si la ponencia de ADRADOS sobre la *Naturaleza jurídica del documento auténtico notarial*, presentada en 1963 al Congreso de Bruselas, hubiera sido un trabajo tardío y no temprano, ya de los días de nuestra revolución tecnológica, tendría algunas páginas añadidas y ciertas matizaciones (38). Pero no se habría tratado de novedades desnaturalizadoras, más bien de corolarios, lo que quiere decir que el ya viejo texto no ha perdido actualidad. Cuando él habló en Bruselas, el mundo había ya cambiado en ese orden de cosas, nada parecido al que rodeó a GONZALO DE LAS CASAS en Madrid, FALGUERA en Barcelona y CELLIER en Rouen, cuando de la que ellos llamaron “filosofía del Notariado” escribieron.

Como era de esperar, ADRADOS distinguió del hecho documentado el documento como cosa mueble, al que la grafía incorporada no convertía en cosa incorporal, (39). Las reproducciones mecánicas, a las que ya el Código Civil italiano consideraba documentos, sacrificando los tradicionales documentos escritos, opinó que más bien

(38) De *Documento público y documento auténtico* habló en la Academia el año 2004. Su sinonimia le parece evidente, sobre todo después de la desaparición del sello que antes se ponía en ciertos documentos auténticos no notariales. El último en postular la duplicidad de acepciones fue FEBRERO, al que criticaron GARCÍA GOYENA, ESCRICHE y JUAN DE LA CRUZ-IGNACIO MORENO MAISONAVE. Adrados prefiere la denominación de público, porque recoge toda la actuación del Notario, no la de fedatario sólo.

(39) La evidente naturaleza de la grafía, como *opus* humano, queda fuera de esta problemática.

planteaban un problema de admisión como prueba, sin perder de vista que su fuerza dependía de la concordancia de lo reproducido y lo producido, no de la imputabilidad a un autor, y si no excluidas del concepto de documentos, eran exigentes en cada caso de un examen comprobatorio de sus requisitos, notando estar ya mencionadas –gráficos, fotografías– en la Ley y el Reglamento Notariales españoles.

Comenzaba saliendo al paso de la tesis apuntada por CARNELUTTI, negadora de ser el hecho documentado objeto del documento, teniendo en cambio por tal la documentación, el proceso de formación del documento, lo que alejaría la intervención del fedatario, sin excluir la audiencia notarial, del documento mismo (40).

Si el documento expresa un pensamiento humano, no deja de serlo porque éste consista en declaraciones de voluntad, lo cual olvidó, siguiendo el camino que acabamos de apuntar, la ya aludida teoría representativa de la fe pública, dominante en Italia tras la toma de partido del mismo CARNELUTTI, quien para cobijar en la doctrina documental anterior las reproducciones mecánicas, desnaturalizó su específico argumento. Él y sus seguidores, tal GUIDI, tenían el documento escrito por inferior, como indirecto, a tales reproducciones, la escritura como la representación –del escribano– no otra representación –de las partes– (41).

(40) Aunque de una manera muy mediata, ese proceso podría llevarse a la confección de la grafía, pero no entendida como el trabajo del amanuense. El Notariado tiene un denso y extenso capítulo en la historia de la caligrafía y la paleografía (ramas de la escritura con un estrecho parentesco entre sí –COTARELO hubo de conceder su puesto a ambas en *Diccionario de Calígrafos*–). GONZALO DE LAS CASAS publicó en 1857 su *Peleografía práctica* (=Tomo I de la parte 1.^a de los “Anales de la Peleografía Española,” o “Colección de obras escogidas de Diplomática y antigüedades, publicadas en España y en el extranjero”, por cierto obra a la vez caligráfica, como era ineludible en todas ellas hasta la difusión de la fotografía). El escribano Joaquín Tos había publicado a principios de siglo en Barcelona una *Paleografía para inteligencia de los manuscritos antiguos de este Principado*. Ese era el motivo de la exigencia de Paleografía en las oposiciones, la lectura de los documentos antiguos, a los efectos de expedición de copias sobre todo.

(41) CARNELUTTI, en su vasta y polifacética obra, no se ocupó primariamente de la función y el documento notariales. Ello hace más valiosa su conferencia en la Academia Matritense del Notariado –presentada muy literariamente por Palomino–, tan audaz en el fondo como brillante en la

Con lo cual, al mismo tiempo que la función documental del Notario perdería categoría, su actividad profesional recibiría un daño irreparable, pues es imposible perder de vista el marcado signo documental del asesoramiento. La tajante separación entre negocio y documento convertiría esas actuaciones en injerencias en campos extraños, y a un buen Notario habría que exigirle no calidades jurídicas sino calidades representativas.

La distinción ontológica entre el acto y la cosa, pilar de esa teoría, olvidaba la identidad esencial entre los lenguajes escrito y oral, postulada por la tan densa y fecunda lingüística moderna, por más que el escrito tuviera la primacía como vehículo de declaraciones jurídicas (42). Forma escrita en la cual CARNELUTTI distinguió los documentos autógrafos y los heterógrafos –en los que el autor del documento–no en el sentido material de escribiente –no es el del hecho documentado, aunque siempre hay un elemento autográfico en todo documento–. Siguiendo tal tesis, el negocio jurídico se perfeccionaría con la firma de las partes u otorgamiento, lo que sería un documento autógrafo privado, el cual a su vez se perfeccionaría con la ulterior autorización notarial, la que sería siempre elevación de documento privado a público. Pero esto olvidaba un principio notarial esencial, la unidad del acto, la concurrencia simultánea de los consentimientos en el momento final (43).

forma. Del predicamento de CARNELUTTI en la España jurídica de entonces, es un botón de muestra que en mi curso de Derecho –promoción de 1953– llamábamos CARNELUTTI a un compañero curiosamente destacado. Puede verse la entrada sobre el personaje de Manuel PELÁEZ DEL ROSAL en la “Gran Enciclopedia Rialp” V, 162.

(42) “La declaración puede hacerse mediante una forma material, la escritura, que puede, en consecuencia, estar contenida en una cosa también material, el documento, de donde no sólo el contenido de la declaración –cosa evidente que la teoría representativa también desconoce–, sino también la declaración misma, puede estar su vez contenida directa e inmediatamente en el documento”.

(43) Otra consecuencia sería la asimilación de las escrituras a las actas, como autenticación de hechos nada más. No podemos detenernos en exponer las aportaciones a este extremo de PALOMINO, NÚÑEZ LAGOS, GUASP y el citado GARCÍA BERNARDO, de interés como demostrativas de la profundización de ADRADOS. En cuanto al repudio de la concepción del documento como medio de prueba, es algo tan superado que no vale la pena insistir. No perdamos de vista el imperio, a la fuerza decisivo, del tráfico jurídico de todos los días.

Superadas esas posturas, ADRADOS considera el documento notarial como hecho jurídico, por derivarse consecuencias jurídicas del mismo; acto jurídico, por ser un acto humano; negocio jurídico por derivarse sus consecuencias de la voluntad de los otorgantes, y negocio jurídico notarial, por ser ésta la forma de las declaraciones de voluntad en él contenidas, y tener lugar la intervención del notario *ex publico officio*, “lo que le dota de su especial naturaleza y efectos; baste decir que es un negocio literal, que se perfecciona *litteris*, como aquellos viejos contratos del Derecho Romano, y de derecho público aunque su contenido sea de derecho privado, por afectar al ejercicio de una función pública”.

Así las cosas, el ponente dilucidó el problema de la autoría del documento notarial, pasando revista a las teorías de la compilación, la confección jurídica, la causa, la imputación, la ley, el mandato –CARNELUTTI y GUIDI–, y el autor del pensamiento. Sentó que el mandato para la formación del documento público era conferido al notario por la ley, siendo el cometido de las partes excitar al ejercicio de su actividad. Disconforme con la opinión de PALOMINO de la pluralidad de autores, postuló la autoría única del Notario, como la casi unánime doctrina española. Las declaraciones de las partes son moldeadas jurídicamente por ése, que nunca es un mero transcriptor. Como lo expresaba el rey Silo de su “notario” Esperauta, el día 10 de septiembre de 775, en el documento original más antiguo de España, *dono vobis deo atque concedo per nostrum fidelem fratrem Sperautane abatem*.

En cuanto al carácter público del documento notarial, sostuvo que basta para él la índole pública del Notario y de su intervención. La coexistencia en él de partes privadas y públicas que postuló Palomino sólo era sostenible, es más resultaba una consecuencia, de su tesis de la pluralidad de autores, y la objeción de GUASP del contenido documental privado, habría llevado a la negación también de la naturaleza pública de los actos del proceso judicial producidos por sujetos particulares.

En el examen de la autenticidad, al analizar la subjetiva de la autoría, más allá de la simple o material, e incluso de la formal o documental, haciéndola extensiva al documento, a la coincidencia entre autor indicado y autor real, postuló otra autoría llamada expresamente auténtica, derivada del carácter personal del Notario. Subrayó además la coincidencia de la autenticidad corporal y la

ideológica o sea la del pensamiento contenido en el documento, con las declaraciones de las partes, cubiertas por la fe pública como una mera aplicación de los principios generales.

Retornando a la teoría representativa, ADRADOS también volvió sobre ella en una conferencia pronunciada en la Academia Sevillana del Notariado el año 1984, titulada *El Notariado y la Seguridad jurídica* (44). Allí dijo que se trataba de “una nueva y brillante formulación de la tradicional doctrina procesal del documento como medio de prueba”, cuya exclusividad “conduce a una depreciación que lleva camino de aumentar, lo que ocurre es que esa clásica teoría funcional del documento es hoy insostenible. La naturaleza probatoria exige, en efecto, una separación entre la fuente de prueba y el *thema probandum* o hecho a probar, y especialmente en las escrituras públicas esa separación desaparece cuando contienen las mismas declaraciones de voluntad que, al haberse efectuado por escrito han obtenido una permanencia; ya no puede hablarse de que el documento sea un medio de prueba, cuando contiene directamente las declaraciones mismas”.

Como prueba, el documento notarial –oponible a los terceros y utilizable por ellos–, implicando a veces una legitimación formal para el tráfico jurídico, como en el apoderamiento– es autosuficiente; objetiva, porque es una cosa y no una persona; legal, porque excepcionalmente es la misma ley la que hace su valoración, fundándose en las mismas máximas de experiencia de las que, a propósito de las pruebas pericial y testifical, el derecho positivo y la doctrina dicen deben guiar a los jueces, valoración explicada puesto que la fe pública ha tenido su origen en la confianza pública y sólo por ella puede mantenerse; preconstituida, no sólo por haberse formado con anterioridad al proceso en que se utiliza, como dicen los modernos procesalistas, sino en el sentido originario de BENTHAM, en que se opone a prueba casual, porque el documento se ha formado, entre otras cosas, para la eventual prueba del hecho documentado”.

(44) Y en *La seguridad jurídica sustancial de los actos jurídicos* (seguridad sustancial=la producida por un negocio perfecto, que se realiza en un documento perfecto); “Seminario sobre seguridad jurídica”, Santander, 1989 (Consejo del Notariado y Universidad Menéndez Pelayo; Madrid, 1989) 71-102.

Pero es un medio de prueba en juicio y fuera de él, no cual sostienen dichos procesalistas, que consideran la prueba extraprocesal sólo un reflejo anticipado de la que se produciría en un proceso si llegara a surgir. Mas ocurre precisamente lo contrario, la eficacia probatoria del documento notarial y la seguridad que engendra "son superiores en la esfera extrajudicial e inferiores en el proceso, especialmente en los juicios ordinarios, en que la cognición es completa". Es inevitable pensar al llegar aquí en la experiencia cotidiana de nuestros despachos: ¿cuántos otorgantes acuden a ellos pensando en futuros pleitos eventuales?; ¿más bien, no salen de los mismos, con la escritura en la mano, satisfechos ante todo por la sensación de pertenencia, *ad rem*, sobre la cosa, o de claridad definitiva en las relaciones obligacionales?

En cuanto a la seguridad jurídica, ADRADOS sostuvo que ni la función notarial ni el instrumento público a que tiende pueden incluirse totalmente bajo su epígrafe. "*Seguridad* deriva del adjetivo *seguro* y la actuación del notario es sustantiva, crea una realidad, el documento, y colabora a la creación de su contenido, tiene pues una tarea constructora, directiva de la vida jurídica, y si su labor produce seguridad es como consecuencia de los rigurosos presupuestos de su actuación y de la obra bien hecha, que no otra cosa es la que se conoce con el nombre, no muy apropiado, de seguridad sustancial. Tampoco puede olvidarse su colaboración a los valores superiores del ordenamiento jurídico, y en especial a la libertad y a la justicia.

Además, los efectos del instrumento público, base de la seguridad jurídica que proporciona, no son una concesión graciosa del legislador, sino mera consecuencia del constante cumplimiento de las exigencias de su actuación; inmediatez del Notario a los hechos que va a narrar en el documento, asesoramiento imparcial, control de legalidad. Cumplidos con rigor estos requisitos, los efectos jurídicos fluyen naturalmente; la Ley no hace otra cosa que reconocer una eficacia que la sociedad ya había concedido. [...] Y una tercera y última consideración: es, por tanto, evidente que nunca debemos pedir a nuestros documentos, ni en nombre de la seguridad jurídica, una eficacia superior a lo que ellos mismos merecen y, sobre todo, nunca nos dejemos seducir por las posturas extremas que reclaman una fuerza probante absoluta, cerrando el paso a la verdad material, aunque estadísticamente la falta de coincidencia sea mínima, o relegándola sistemáticamente a un juicio declarativo prácticamente imposible".

De la "auscultatio partis" a la audiencia notarial

Éste fue el tema de la ponencia de Antonio al Congreso de Guatemala, el año 1977, *Formación del instrumento público, validez eficacia y libre circulación del negocio jurídico así documentado, incluso en las relaciones de Derecho Internacional Privado*. Fundamental para su tratamiento "la distinción entre las dimensiones acto y papel del instrumento, entre el acto notarial y el documento notarial. Y no solamente, como puso de relieve NÚÑEZ LAGOS, porque el acto notarial, la audiencia, constituye uno de los requisitos intrínsecos o solemnidades del documento, sino porque la formación del documento propiamente dicho, o documento-cosa, tiene lugar a través de la audiencia o acto notarial; la audiencia tiene la exclusiva finalidad de crear el documento, y en ella se agota. El documento no es otra cosa que el acta de ese acto notarial o audiencia, la *narratio* del *actum*, y sus requisitos son en consecuencia coincidentes, pero la adecuación no es ni mucho menos absoluta".

En efecto, "hay requisitos del acto que la ley no exige sean recogidos en el *dictum*, sino que la efectividad de su cumplimiento queda amparada por la presunción general de legalidad del documento, tal la unidad de acto en los negocios *inter vivos*; y por otro lado hay también requisitos del documento que no son requisitos del acto, y no sólo los que se refieren al *corpus*, sino en gran medida aquéllos que se refieren a las dimensiones, temporal, local y personal del acto".

Y "el acto notarial no comienza con la audiencia, sino que existe una fase previa a él, la preparación del escrito que, en el acto notarial, y mediante él, va a convertirse en el documento notarial".

Entrado en detalle, ADRADOS atendió tanto a la doctrina como al derecho positivo, sin descuidar los precedentes históricos y desplegando una bibliografía abundante (45). Creemos que aquí debemos ante todo circunscribirnos al primer aspecto.

Comenzando por la rogación, estima la libertad de elección del público "esencial para el notario y su función, que vería en otro caso perder buena parte de su misión de consejo y desmerecer la misma función autorizante. Y esencial también para el público y la sociedad

(45) Cfr. del mismo ADRADOS, *El documento en el Código Civil*, conferencia en la Academia el año 1988.

en general, cuya libertad civil –y también la política– se verían gravemente amenazadas sin un notario libre”.

Originada la relación jurídica notarial por la rogación, después de exponer las tesis sobre su naturaleza, de GÓMEZ ACEBO –contractualista, un contrato oneroso regulado por la ley– y extracontractual– por la falta de libertad del Notario para rehusar su intervención–, él sostiene que dicha mera rogación origina tal relación *ex lege*, aunque el Notario la niegue por motivo legítimo, porque también entonces está ejerciendo funciones notariales y surge la relación con la parte, postura que había sido la de MOLLEDA y SANAHUJA SOLER, quien en la rogación ve “un derecho de carácter potestativo cuyo ejercicio, a semejanza de la acción en el juicio, tiene la virtud de poner en función a un órgano del Estado, teniendo que comenzar el notario por ella su *auscultatio partis* y demás actividades respecto a la voluntad de los requirentes, poniéndolos en relación la ley, aunque de ello acabe derivando la denegación de funciones (46)”.

Puso en guardia el ponente contra “una visión superficial que podría reservar íntegramente al Notario el *instrumentum* y excluirle totalmente del *negotium*, encomendado al señorío de las partes, pues el Notario ha de desempeñar respecto al mismo una serie de actividades que, a veces, atendiendo a su espíritu, se denominan de asesoramiento, o de consejo como añaden ROAN y CÁMARA, otras se llaman de redacción del instrumento, y dada su repercusión sobre el concepto mismo del Notario, se incluyen en el epígrafe de este como profesional del Derecho”.

Vio la necesidad de mantener el tema dentro de sus justos términos, resaltando que el núcleo de toda la actividad notarial está constituido por el instrumento público, “pero sin desvincular del mismo la función asesora, pues como subrayó quien mejor lo ha estudiado, Figa Faura, el Notario es un funcionario público y su función consiste precisamente en ser un profesional libre del Derecho, pero esa vinculación hay que entenderla en amplios términos, pues si la función asesora estuviera limitada al instrumento que va a autorizar, ni siquiera podría recibir a un cliente sin estar seguro de que su visita iba a concluir en un otorgamiento”. Siendo así que “en esta

(46) Exhaustivamente estudió ADRADOS un caso de legitimación, aparentemente menor pero que pone sobre el tapete el secreto del protocolo, a saber las *Personas con derecho a copia*, RDN 51-52(1978,2) 223-380.

materia no caben exclusividades de ningún género, por ser sagrada la libertad de los particulares para depositar su confianza en quien tengan por conveniente; el primer requisito, incluso psicológico, del consejo es, en efecto, la plena confianza del que lo pide en su asesor, y no cabe poner puertas al campo del consejo, que percibe contribuciones desde los más diversos puntos, y en el que la misma Administración, por medio de sus funcionarios y de sus oficinas de información, colabora más cada día”.

Volvió sobre el tema concreto de la doble función del Notario, privada y pública, en esa otra ocasión para insistir en la última, en el tomo centenario de la bonaerense “Revista del Notariado (47)”, comenzando así: “La ley del péndulo y su continua actuación son sobradamente conocidas, pero en nuestros tiempos esta ley aparece enloquecida por otra ley, y cuando todavía no hemos salido de una época de funcionarización, ya estamos en la etapa contraria de privatización, que se presenta con tal radicalismo que más que movimiento de péndulo se dijera es el de guillotina”. Frente a tal desorbitación, sostuvo que la función pública es constitutiva y está en los orígenes, de manera que la profesional se desarrolló dentro de ella. Mencionó algunas derivaciones de este desarrollo ajenas a la evolución y tradición del Notariado latino, como la colocación de capitales y la administración de patrimonios, incluso la exaltación del consejo jurídico y hasta la función mediadora y arbitral, y la negociación consistente en la puesta en contacto de las futuras partes (48).

Y como la rogación es un requerimiento de prestación de funciones para un asunto determinado, desde el primer contacto del

(47) Núm. 850 (1997) 147-164; *Los componentes públicos de la función notarial*.

(48) Ese desarrollo ha tenido lugar en el territorio francés del *droit coutumier*, que es el del norte del Loire (extendido a Bélgica), con las exclusiones de París y las demás grandes ciudades y de Alsacia. Algunas de esas diferencias saltan a la vista incluso en escenas cinematográficas de producciones francesas, sin una rigurosidad integral en la acotación geográfica, como *Ce qui nous lie* de Cédric KLAPISCH (Borgoña), e *Une vie*, de Stéphane BRIZÈ (Normandía). Notemos que, en el viaje a París del barcelonés FALGUERA, a éste le chocó la manera de intervención notarial en las subastas. Se me vienen ahora a las mientes las palabras que oí en una conversación a NÚÑEZ LAGOS, de que los notarios franceses, pese a su menor formación científica, “sabían más de notaría que nosotros, que estamos demasiado preocupados por el tercero hipotecario”.

Notario con las partes Él empieza a ejercitar su función, escuchándolas en la clásica *auscultatio*. A consecuencia de la cual, en una definición muy feliz de ADRADOS, “completa” la voluntad de aquéllas, traduce al mundo del Derecho y al lenguaje jurídico su voluntad empírica, moldea y configura el negocio, pone en relación las declaraciones de voluntad de los otorgantes con las prescripciones legales”; en la “pedagogía de la voluntad del cliente”, que escribió Palomino, no sólo haciéndole ver cuál es su verdadera voluntad sino también cuál debe ser su voluntad verdadera (49).

Llama a la fe de conocimiento, juicio de identidad de los comparecientes, el acto más trascendental de todos, y le circunscribe estrictamente a la identidad física, excluyendo de su tratamiento específico las otras dos señaladas por MARTÍNEZ SEGOVIA, a saber la identidad civil, y la identidad jurídica resultante de conectar al individuo con el derecho que va a ser materia del contrato, saber si el objeto corresponde al sujeto identificado. Pues este problema es de legitimación y debe reconducirse al juicio de capacidad como había explicado LÓPEZ GARZÓN. En cuanto a su naturaleza, entendió con la unánime doctrina española no tratarse de un hecho *in rerum natura*, sino de un juicio y en concreto de un juicio de notoriedad, aunque se trate de un juicio de tanta trascendencia que la ley le regula cual si fuese un hecho. CARNELUTTI le resolvió en una *comparatio personarum*, y MESSINEO en una “posesión de identidad (50)”. Muy interesante y actual es la postura de ADRADOS sobre el juicio de capacidad, para él una parte del juicio general de legalidad, que el Notario está obligado a formular, en virtud de su vinculación a actuar conforme a las leyes.

Llegado al acto notarial, el que convierte el escrito documental ya redactado, en instrumento público, el ponente le resolvió en un conjunto de presencias. Ve la ineludible del Notario regida por un “deber de intermediación, una concesión directa de la fe, derivada de

(49) Este aspecto fue subrayado por ADRADOS en la inauguración de una cátedra notarial en la Universidad de Granada, el año 1999, dar forma en la escritura a la declaración de voluntad; *La forma notarial de la declaración de voluntad*, RJN 30 (1999) 199-227.

(50) De no conformarse con estos conceptos habría que concluir, con el citado notario de Tortosa, MONASTERIO Y GALI, en tratarse poco menos que de una utopía.

que la función notarial, con sus espléndidas manifestaciones en el mundo del Derecho, no deja de tener su raíz en una visión sensorial directa y propia, y por lo tanto no delegable en ningún otro que carezca de su condición (51). En cambio es naturalmente delegable la presencia de las partes, contando en el trance únicamente la de los comparecientes (52).

En otra ocasión volvió ADRADOS sobre tal intermediación (53). Llama la atención acerca del predominio en la doctrina de la actuación del juez como centro de la metodología jurídica, raramente completada con la del abogado; y la del Notario estimada circunstancial –es la postura de CARNELUTTI–, siendo rara la atención que la dispensó Castán, catedrático y magistrado. VALLET la dio definitivamente entrada en su noción de la “determinación” del Derecho. Los hechos de que el Notario se ocupa son coetáneos a su propia actuación –realidad diferente a la del juez, que opera sobre hechos pasados–, por lo tanto inspirados por los principios de presencia e intermediación, pero debiendo ello tomarse de manera que no lleve consigo un detrimento de su misión de moldear *ab initio* los actos jurídicos.

En cuanto a la conclusión de la escritura, “suele hablarse del otorgamiento en un sentido amplio, equivalente a todo el acto notarial o, en la dimensión papel, a la correspondiente parte del documento que lo narra; y en ambos casos, con la inclusión, inicial o no, de las reservas y advertencias legales, y con la final absorción o distinción de la autorización. Pero en un sentido estricto, conforme a la etimología, consiste en la asunción de la autoría de las declaraciones por aquellos comparecientes que, en su virtud, se conocen por otorgantes. El otorgamiento consiste pues en la prestación del consentimiento, [...] que sin embargo no aparece como tal en la Ley del Notariado, sino solamente su vehículo, la firma, y ello con reiteración, mas siendo la omisión muy relativa porque el consen-

(51) A diferencia de aquellas actuaciones preparatorias que, aunque no deban serlo, en parte pueden ser delegadas o atenuadas, controlándose por el Notario las actividades ajenas en este indelegable acto del otorgamiento.

(52) No así la de los testigos cuando subsisten en la legislación vigente, por exigencia del notario o de las partes, o en los casos excepcionales en que siguen resultando necesarios.

(53) *La realización jurídica del Derecho: los hechos*, RJN 68 (2008,4) 285-303.

timiento a la escritura se presta también por escrito, *litteris*, con dicha firma, o en caso de no ser posible, con la que Aurelio FERNÁNDEZ ANADÓN llamó firma suplida.

Diversos pues los hechos que integran el complejo acto notarial, pero que se reconducen a un hecho único, a la unidad de acto instrumental tradicional en nuestro Derecho, tal el formulario de las *Partidas*. Con una razón de ser, por tratarse del que PALOMINO llamó principio de inmediatividad, y NÚÑEZ LAGOS principio de concentración, esencial para comprender el instrumento público, por la conveniencia, según el primero, de que la percepción del Notario sea directa en el espacio e inmediata en el tiempo de recibirla y de reflejarla, como suprema garantía de los efectos de sus afirmaciones, y de acuerdo con el segundo, cual una endopatía, un sentir los unos delante de los otros, *de visu et auditu*, a la vez, cada uno con los demás, escuchar y percibir la lectura todos a una, –para consentir, co-sentir, *identitas mentis et voluntatis*.

"Unidad de acto instrumental que es unidad de acto contextual; un solo texto leído, un solo texto consentido *simultáneamente* por todos los comparecientes expresados como tales en la comparecencia, todos los comparecientes a una insistimos, en el mismo texto; no una unidad de acto formalista, sino funcional, no un problema de mera forma sino requisito del consentimiento, que como escribió ÁVILA ÁLVAREZ contribuye a la solemnidad, seriedad y coacción psicológica que la exigencia de forma es lo que persigue. Adrados lo matiza con las doctrinas más moderadas de GIMÉNEZ ARNAU y CÁMARA, no sólo en cuanto a las consecuencias de la inobservancia, sino a la unidad de acto en sí, que es la de las tres unidades exigidas por el teatro neoclásico, asunto, tiempo y lugar; con tal de respetar la que GARCÍA BERNARDO llamó unidad de acto en su sustancia, y en las comparecencias no simultáneas reduciéndola a la unidad de data (54).

(54) Cuando los comparecientes optan por la propia lectura y el Notario no reitera la suya, no procede imponerle "el estúpido deber de oír cómo los comparecientes y en su caso los testigos la leen" (GARCÍA BERNARDO); "su deber es controlar que ellos tienen conocimiento de la escritura" (ADRADOS).

El ámbito sin fronteras de las actas

Las actas tienen mala prensa (55). Los requisitos legales de las mismas son propicios a una generosa interpretación extensiva: todos los hechos susceptible de producir consecuencias jurídicas (56). Estimar comprendidas las cosas en los hechos está puesto en razón. Y no parece fácil asegurar de cualquier evento que nada va a tener que ver con el mundo del Derecho (57). Tanto que una discusión a fondo de este extremo sería susceptible de adentrarse en las raíces de la propia noción de lo jurídico y todas sus derivaciones.

Pero salvadas esas exigencias, en la práctica no son tan raras las actas o pretensiones de las mismas capaces de invadir otras competencias, o atentatorias a los derechos de las personas o su intimidad, o conllevando o exigiendo ocupaciones de ciertos espacios no públicos (58). Y hay que reconocer que si la peligrosidad o penosidad sin

(55) No creo que haya ningún notario que no suscriba la alusión de ADRADOS a "las situaciones delicadas, enojosas, violentas que pueden surgir al cumplimentarlas", ello al tratar de las electorales, en las que tales inconvenientes eran "más frecuentes y más difíciles de resolver por el apasionamiento" consabido.

(56) Es significativo que en Italia se admita la competencia general de los notarios para levantar actas.

(57) Concuera con esta estimación ADRADOS, llegando a ella por una vía más reveladora aún, cuando escribe que "el Notario no puede prescindir de esas otras normas, no jurídicas, que también rigen la conducta de los hombres, ni en su función de consejo ni en su función documental. La práctica nos presenta, en efecto, actas de requerimiento al cumplimiento de deberes morales, actas de manifestaciones que solamente contienen consejos, actas de depósito de documentos de mero interés histórico, etc". Y seguidamente apostilla: "claro es que nunca puede asegurarse que no se producirá alguna consecuencia jurídica".

(58) ADRADOS cita dos extrañas actas en Milán, sobre las que recayó condena judicial, y doctrinal unánime. El Notario, sin dar a conocer su condición, llamó a los números telefónicos que le indicó el rogante, y consignó las respuestas; "actuación clandestina, sinuosa, ilegítima, contraria a las buenas costumbres y quizás atentatoria a la intimidad de las personas". Eso en cuanto al fondo. Pero aun habiendo sido éste correcto, el Notario no habría podido identificar al interlocutor sin verle, o sea que habría creado "una apariencia documental desprovista de todo valor". Para colmo, la sentencia de primera instancia basó su condena, no en tan garrafales ilicitudes, sino en haber invadido el notario la esfera judicial.

más no son motivo para rehuir la intervención notarial, al menos hay ocasiones en que plantean la cuestión de los límites del deber (59).

En un terreno serio, las actas se consideran instrumentos de menor envergadura que las escrituras, al no consistir en un negocio jurídico (60). Sin embargo, desde el punto de vista estrictamente notarial, hay que subrayar que es en ellas y no en las escrituras donde todo su contenido hace parte de la fe pública, ya que en las mismas el Notario no emite juicios, y todo lo que narra está percibido por sus sentidos (61). Por eso el fedatario puede sentirse, al autorizarlas, más plenamente en uso y posesión de sus facultades (62).

(59) Recuerdo alguna resolución de la Dirección General recaída en recurso contra la negativa del notario, que parece pieza de literatura humorística. Sé de un compañero que se trasladó porque todos los días debía levantar acta de la llegada del coche de línea. Ciertas extremosidades podrían hacer desmerecer al Notario en el concepto público. Por más que las impertinencias lleven consigo una valoración de la función, una confianza en ella y su presunta eficacia. Yo recuerdo de una a consecuencia de la cual, naturalmente sin pretensiones de invadir la esfera judicial, recayó condena en un juicio de faltas por una cuestión de tráfico, a pesar de que el fiscal pedía la absolución. Recuerdo también la expresión de un cliente que me pedía la autorización sin dar a conocer mi condición de notario: "En cuanto usted tenga conocimiento de algo delictivo"; la consecuencia habría sido la contraria, la inhibición. En la reunión de las bodas de plata de mi promoción en Albacete, se comentó con gratitud el rasgo de un terrorista del Grapo que, al ser detenido, pidió entregarse ante Notario. En cuanto a las confusiones con lo detectivesco, ADRADOS opina que "la indagación de hechos es desde luego ajena a la función notarial, y si se quiere que tales hechos consten en acta, tal investigación deberá hacerla previamente el interesado".

(60) En los casos de duda entre la naturaleza de acta o escritura del documento, se cita a Azpitarte en sus años de venerable autoridad, postular el cumplimiento de los requisitos todos de mayor rigurosidad.

(61) Curiosamente, las actas cuando procedan, en que el notario hace constar que se le ha impedido o dificultado su actuación, Adrados, partidario de su supresión reglamentaria, estima irreprochablemente que como actas sólo lo serían de manifestaciones del notario, por lo tanto no cubiertas por la fe pública, o sea en definitiva con el valor de simples escritos de denuncia. En su día se dio publicidad a un episodio protagonizado por un hijo de notario, Salvador Dalí, que arrebató al notario el acta que llevaba en la mano (otra versión dice que le dio una patada) para requerirle. Cuando se disponía a actuar el Colegio de Barcelona, el pintor declaró que creía tratarse de la copia destinada a él, no de la matriz.

(62) Un caso particular son las de notoriedad, como alguna otra también de calificación jurídica.

Aunque al así opinar estamos pensando sobre todo en las llamadas actas de presencia corrientemente, y oficialmente también desde el Reglamento de 1935, el cual las reconoció expresamente (63), lo que no quiere decir que en la realidad no existieran antes de manera idéntica (64). Son las que PALOMINO caracteriza por documentar una actividad pasiva del Notario, una percepción (65), y en una encuesta que fue preparada pero no enviada al congreso de Roma, por ser referentes a cosas, de inspección ocular o su complemento (66), y son las llamadas por Adrados de mera percepción; los *procès verbaux de comparution* en Francia y Bélgica, *verbali di constatazioni* en Italia, *den Bericht* [del Notario] *über seine Wahrnehmungen* de la Ley alemana de Documentación. Las demás de su clasificación, todas englobadas bajo el epígrafe de especiales, son las de control y percepción, las de hechos propios del Notario, las de calificaciones

(63) Junto a las de referencia, de notoriedad, de protocolización, y de depósito.

(64) ADRADOS critica acertadamente la nomenclatura, “porque la inmediación es de esencia de la función notarial y el notario tiene que estar necesariamente presente, en todo caso, en el acto que motiva la autorización; no hay por tanto ningún acta que no sea de presencia, y de ahí la inseguridad reglamentaria sobre el contenido de la categoría, donde reúne actas muy distintas”. En cuanto a la fluidez de las actas de presencia anteriores a la Ley de 1862, a título anecdótico, recuerdo haber visto en Sepúlveda, con motivo de disputas entre el Ayuntamiento y el Cabildo Eclesiástico, actas en que los escribanos daban fe de ceremonias litúrgicas.

(65) Junto a ellas no admite nada más que las de actividades activas, que serían las de protocolización, notificación y requerimiento. Las demás, que consignan declaraciones que no emanan del notario, no las reconoce como actas. ADRADOS está acertadamente disconforme con el epíteto de la pasividad, “porque alertado por la previa rogación, el Notario tiene que esforzarse, *trabajarse* según la expresión de las *Partidas* referida a la fe de conocimiento, en una perfecta identificación de la cosa y en la exacta captación de su realidad, en cuanto a los extremos comprendidos en el acta”, pareciéndole corto el anteproyecto Miyar (cuyo libro primero, del instrumento público, fue redactado por NÚÑEZ LAGOS), “podrá hacer las indagaciones útiles para la mejor percepción y descripción de la cosa o del lugar exhibidos”; corrige “no podrá, sino que deberá hacerlas”. Acaso Palomino recurrió a la pasividad para insistir mediatamente en el deber de imparcialidad.

(66) Las otras actas de presencia en su clasificación son las referentes a personas, a documentos y a actos jurídicos no contractuales. Los otros grupos serían las de calificaciones jurídicas y las de manifestaciones.

jurídicas, las de manifestaciones, las de manifestaciones de terceros, y las de manifestaciones de la parte.

Esa nitidez integral de la función notarial en este acervo variopinto de documentos es la que llevó a OTERO PEÓN a subrayar que en las actas el Notario es “el principal protagonista del instrumento, mientras que en la escritura los otorgantes son los dueños del negocio en ella contenido (67)”; y a Palomino a sentar que “la verdadera distinción entre escrituras y actas radica en la posición de la persona que declara, el Notario autorizante o no”.

Por su parte ADRADOS dice que, en las actas de percepción, está la más clásica aplicación de la fe pública, mantenido el Notario en la esfera de la materialidad, de la objetividad, o sea sin salirse de la exteriorización de la cosa inspeccionada. Ello fue criticado por GONZÁLEZ ENRÍQUEZ Y CÁMARA, para los cuales en la percepción de hechos hay un elemento subjetivo, pues el Notario es un hombre y no le es posible separar sus facultades sensoriales y sus facultades intelectivas, de manera que su actividad de recepción de un hecho no puede ser simple sino compleja, compuesta de la percepción, la interpretación y la comprensión. A ello objeta ADRADOS que tal teoría afectaría a toda la eficacia del instrumento público sin distinciones, pues cualquier declaración del Notario sobre un hecho a documentar supondría un juicio, consistente en su versión u opinión sobre el mismo (68). Pero en ésta como en tantas ocasiones, el Derecho no parte de las verdades científicas, sino de las realidades humanas o sociales, sin poder prescindir de los juicios que son comunes en la vida social, como subrayó SEGURA ZURBANO, aunque sí, y el Reglamento se lo exige, de los que tienen mayor intensidad en los conocimientos especializados, o sea los periciales.

Antonio, en su notaría de ingreso, Cangas del Narcea, el año 1955, hizo su primera aportación al tema, remitiéndola al benemérito “Boletín de información del Colegio de Granada” –a veces incluso

(67) Afirmación la última sólo parcialmente aceptable en buena doctrina notarial.

(68) Cita a CÁMARA, según el cual, “si no se quiere desmontar uno de los pilares fundamentales en que se asienta la valoración jurídica del instrumento público, habrá que distinguir, de entre los juicios que hace el Notario, éstos dirigidos únicamente a interpretar y describir los hechos que presencia y constata sensorialmente, de modo directo e inmediato”.

un paño de lágrimas de los despachos bajo su sencilla cubierta de muy delgado papel azul—, donde la titularon *Tres casos de aplicación de las actas de notoriedad*, a saber la complementaria del documento fehaciente que acredita la adquisición anterior en la inmatriculación por documento público, el legado de cosa inmueble, y la rectificación de apellidos en el Registro Civil. Treinta y dos años más tarde las *Cuestiones de técnica notarial en materia de actas* fueron el título de su ponencia en la Tercera Jornada Notarial Iberoamericana de Palma de Mallorca (69).

Define las actas notariales como todo instrumento público matriz que no tenga el carácter de escritura pública (70). Esta amplitud de la noción es una consecuencia obligada de la rebeldía de esta materia contra cualquier intento de limitarla, de delimitarla diríamos mejor, y lo mismo ha ocurrido con las clasificaciones que se le han propuesto y con algunos grupos de las mismas. La exclusión de las copias es clara. No tanto los desusados testimonios de hechos, reducidos a las fes de vida y a las fotografías identificadas por el Notario. La doctrina argentina las considera actas extraprotocolares, y Palomino cuasi-actas concentradas. En una reforma legal sería oportuno que se las exigiera la categoría de actas protocolizadas (71).

En cuanto a lo que llama la estructura externa de las actas, sienta naturalmente que el Notario tiene libertad para distribuir sus elementos, de la manera más adecuada al tipo de acta de que se trate y al supuesto concreto sometido a su autorización, aunque el sistema de dos actas, una para el requerimiento y otra para la diligencia, ineludible cuando es remitida por otro notario, no le cree aconsejable sino en supuestos excepcionales. Al acto único con un solo texto, le objeta que no separa con nitidez los tiempos y las personas, por

(69) RDN, 86 (1987,2) 13-282.

(70) O sea un documento procedente de un funcionario que tenga la competencia específica de atribuir fe pública a los documentos que autorice. No a cualquier "funcionario competente por razón de su oficio". Comenta la gravedad del problema que plantearía tal extensión, pues "pondría en penosa situación a los ciudadanos y a su libertad y seguridad; piénsese en la pléyade de inspectores que en todos los sectores imaginables tiene un Estado moderno, por ejemplo en los atestados de la policía gubernativa o la policía de tráfico, respaldados por el artículo 1218 del Código Civil".

(71) A fin de que no pudiese haber actas fuera del protocolo.

lo tanto debiendo quedar preferiblemente circunscrito nada más a los casos de urgencia o supuestos muy simples (72). Por ello prefiere el acto único pero con separación en su interior de los textos. Ello parece subrayar, externamente con más intensidad, esa índole esencial de protagonismo exclusivo del fedatario, en el que desde luego radica toda la eficacia de las actas y su razón de ser.

Sobre la percepción sensorial, insiste una vez más en la superior jerarquía de la vista: “Los cinco sentidos corporales pueden proporcionarle su percepción de la realidad externa; no cabe, en efecto, exclusión alguna, pero es preciso reconocer la primacía del sentido de la vista como fuente de evidencias (*ex videre*), porque ella proporciona la inmensa mayoría, casi la totalidad de las percepciones que el Notario narra en las actas, y porque la vista tiene que estar presente siempre en las percepciones de los otros sentidos, ya que sólo ella permite la captación de la situación y la identificación del objeto (73)”.

En su tratamiento de la materia, Antonio exhibe un casuismo rico y variado, además de útil instructivo en órdenes incluso desbordantes del tema. Por ejemplo en las actas de percepción de actos humanos, cuando el rogante desea que conste la respuesta de la otra parte, ve el problema en su diferenciación de las actas de requerimiento y de ofrecimiento de pago con las que pudiera corresponderse y, en consecuencia, repercutiendo en su admisibilidad. Teóricamente la diferencia es clara. Estas actas tienen que limitarse a narrar los hechos, los actos de una parte y los actos de la otra, sin entrar en pretensiones, interpelaciones ni argumentos y, en cuanto

(72) Defensor suyo fue NOVOA SEOANE: “La comparecencia en las actas no es lo mismo que en las escrituras, ni el Notario debe usar la fórmula *ante mí*, porque en realidad es el requerimiento el que la suple. La parte principal es la exposición de los hechos, narrados por el Notario. No tienen otorgamiento porque éste es el acto de consentir y en las actas no se presta consentimiento, ni es necesario que el requirente esté conforme con los hechos consignados por el Notario”.

(73) Cita concordantemente a NÚÑEZ LAGOS: “La perceptibilidad por la vista ha primado siempre en materia documental. El Notario, por ejemplo, puede dar fe de lo que le dicen, de lo que escucha, pero siempre que vea al que se lo dice; no puede por tanto recibir declaraciones de voluntad por teléfono, porque el Notario da fe *de visu ET auditu suis sensibus*; no *de visu VEL auditu suis sensibus*. Podrá faltar en algún caso el de *auditum*, pero nunca el de *visum*”.

no sea posible guardar tan estrechos límites, debe denegarse la actuación, pues siendo las actas de mera percepción las primarias y habiendo nacido de ellas otras más especializadas, como las de requerimiento y ofrecimiento de pago, no es posible que, alterando el sentido de la marcha, se intente llenar las funciones de esas clases especiales acudiendo a la figura genérica del acta de presencia, sino que hay que proclamar el principio de respeto a los tipos específicos de actas notariales”.

Ese casuismo también se presenta de parecida variación, no ya en el contenido de las actas, sino en los requisitos mismos exigibles para la actuación notarial y su índole obligatoria, y ADRADOS le concede una atención equivalente, tal en la espinosa cuestión de la licitud de la rogación, e incluso en la documentación de la misma, teniendo que aceptar esa índole empírica del caso concreto, cuando no haya preceptos legales impeditivos: “hay rogaciones de carácter urgente, hay hechos a percibir de naturaleza fugaz, o que es preciso captar en el momento de su máxima virtualidad, hay en suma inmensa variedad de circunstancias a las que el Notario se tendrá que atemperar (74)”.

Lo cual se manifiesta con la misma escrupulosidad y riqueza de ejemplos en las actas especiales, de las cuales hace parte un grupo muy nutrido, denso y ordinario, nos atrevemos a decir que más monótono aunque ello resulte un tanto frívolo, y son una parte de las actas de hechos propios del notario, las de notificación y requerimiento. Son las otras las de ofrecimiento real, de remisión por correo, de protocolización y de depósito. En las de control y percepción distingue las de sorteo y de muestreo, las de publicidad comercial, las de determinación de saldo, las de juntas y las de subastas. Las de manifestaciones de terceros las divide en testimoniales o de referencia, y periciales. Las de manifestaciones de la parte, en manifestaciones de voluntad, y otras [las por mí y ante mí, en las cuales

(74) Cita un ejemplo truculento descrito por GONZALO DE LAS CASAS, una reunión en la que surgió una disputa y un concurrente sacó un puñal y amenazó de palabra a otro con él en la mano. Había un notario por casualidad y fue requerido para dar fe de ello. GONZALO admite la validez de su actuación, por ser un testimonio de hecho que precisamente por la innecesariedad de la rogación previa se diferenciaría de las actas. ADRADOS comenta la indefendibilidad actual de esa postura, por ser la rogación necesaria para toda actuación notarial.

el notario es a la vez rogante (75)], las de verdad, las protestas, y las sustitutivas del acta de notoriedad o de otros documentos (76).

Esta minuciosidad, para caracterizar en conjunto la labor de Adrados, hemos de ponerla en relación con la elevación doctrinal de otras aportaciones suyas, tal la indagación de la persistencia tácita de la oralidad en el instrumento público, siendo esa dualidad su nota más tipificadora y más "notarial".

Las actas de calificación jurídica las agrupa en expedientes probatorios, actas de subsanación, y certificados notariales, además de las de notoriedad (77). Escribe que "es imposible encerrar la función notarial en el mundo de los hechos sensibles; partiendo de su actividad sensorial, la actividad del Notario se expande hasta la esfera del Derecho, donde ya no puede emitir afirmaciones, sino juicios, calificaciones". Lo cual ocurre siempre en las escrituras, y también en estas actas, por eso de una diferenciación muy particular en el acervo de todas ellas.

Define las actas de notoriedad por su contenido, la narración por el notario de un juicio suyo acerca de la notoriedad de un hecho. No se refiere a los hechos indiscutibles según el conocimiento humano general, de que antes dijimos, sino a los notorios sólo dentro de ciertos territorios o círculos. Tienen algún precedente histórico, la *fama pública*, pero su primera regulación en el notariado contemporáneo está en el Reglamento de Casanueva de 1935, habiéndose ampliado después. Don Casto BARAHONA las creyó susceptibles de una aplicación fecunda, un venero feliz, concedente a la competencia

(75) "Claro es que en la práctica no se da este tipo de actas, y yo solamente he visto alguna que pudiéramos llamar de manifestación de sentimientos; eran el último instrumento autorizado por el notario al cesar por jubilación, y el primer número al ingresar en el notariado".

(76) Además de "otros supuestos", como en defensa de la libertad de expresión, recogiendo previamente las manifestaciones del entrevistado, o en apoyo del exiliado –de haber ido a una embajada para obtener la renovación del pasaporte– o sea una manifestación sustitutiva de una certificación negativa que no se le entregaba, y de un requerimiento que no era posible practicar.

(77) ADRADOS está en desacuerdo con la relegación de estas actas a un caso de las de manifestaciones, como se hizo en la encuesta preparada para el congreso de Roma, que en las de calificaciones enumeró sólo las de vigencia de leyes, certificados de capacidad, y certificados de validez formal de documentos que han de surtir efectos en el extranjero.

notarial de toda clase de actas donde no hubiera contienda, pero tuvieron poco uso, salvo para resolver en la postguerra algunas situaciones anómalas surgidas en la contienda; en parecido sentido se manifestó NAVARRO AZPEITIA. Palomino pensó que no se trataba de una actuación notarial, pues no consistía en los hechos evidentes para el notario a las cuales la misma tenía que circunscribirse, ya que la notoriedad no es un hecho evidente. CÁMARA opinó que no encajaban en una actuación notarial típica y objetiva, sino en un sentido subjetivo, y las facultades que concedía a los fedatarios iban más allá de una aplicación analógica de sus potestades; GARCÍA BERNARDO las calificó de un apéndice extraño y estéril.

En Francia e Italia existen las actas testimoniales, no emitiendo el notario ningún juicio, sino recogiendo sin más las deposiciones de los testigos; en nuestro derecho son parecidas las actas de manifestaciones de terceros, e incluso, en las actas de manifestaciones de la parte se encuentran declaraciones sustitutorias del acta de notoriedad; el francés ZURPELE y el belga DECHAMPS propugnaron que pudieran concluirse con un certificado del notario.

ADRADOS se mostró conforme con las críticas, pero limitadas a sus deformaciones, o sea a su extensión a las declaraciones de derechos fundadas en la notoriedad, mientras que las propuestas de esos compañeros extranjeros le parecían actas de notoriedad encajables en la función, “según demuestra la utilización que se hace de la idea de notoriedad en las mismas escrituras públicas –fecha del documento e identidad de las personas– (78)”. No continuamos con esta materia, pues acaso habría que entrar en el terreno de desarrollos legales actuales en los que podría verse cierto paralelismo con ella, y nuestro argumento e intenciones aquí no se extienden a materias de esa índole.

Terminamos con una referencia a las actas de remisión por correo cuando esta modalidad hace parte de la rogación, o en las de notificación y requerimiento si el notario recurre a ella por estimarlo posible en el caso. Es evidente que la intervención, posterior a la actuación notarial, de los funcionarios postales con los cuales la misma se ha entendido, es un auxilio a ella o si queremos una cooperación a su eficacia. Siéndonos inevitable recordar las palabras de ADRADOS

(78) La misma problemática se da en los expedientes probatorios. A los certificados notariales, de escasísimo desarrollo hasta entonces en nuestro derecho, se les podía acusar de la misma peligrosidad.

en cuanto a la fe pública administrativa, restringida a los funcionarios a los cuales en su esfera se la atribuyera el derecho positivo, no a todos los que en el ejercicio de sus menesteres extendiesen cualesquiera documentos. En ese caso nos parece están los de correos en esta situación concreta.

Citamos a GARCÍA BERNARDO: "Me interesa dedicar dos palabras intencionadas a justificar la fehaciencia de la notificación hecha por correo certificado con acuse de recibo, pues alivia el trabajo del Notario en la notificación personal y los gastos del requirente. El fundamento está, creo, en la eficiencia del Servicio Público de Correos, que traduce el refrán; sólo se pierden las cartas que no se echan en el buzón; cuya eficiencia la hace eficaz, jurídicamente, el domicilio, como lugar de localización de una persona". Una apreciación de una realidad empírica e incluso contingente, pero cuya fundamentación legal se encuentra en el derecho administrativo del ramo. De esa manera el Notariado tiene de hecho un capítulo en la historia postal tan densa y variada, y con tanta trascendencia en el acervo de las relaciones humanas y la vida social (79).

El Derecho Notarial

En 1991 publicó ADRADOS en la Universidad de Comillas una síntesis perfecta de *El Derecho Notarial en la obra de Castán*. En 1931, siendo catedrático en Valencia, éste había prologado el tratado del notario de Oliva, José María MENGUAL; en 1946 publicó en el Instituto Reus su libro *Función notarial y elaboración notarial del Derecho*, dos años después de haber disertado en la Academia, *En torno a la función notarial*, y siete antes de haber inaugurado la "Revista de Derecho Notarial", con el artículo *Hacia una constitución científica del Derecho Notarial. Notas para un esquema doctrinal*.

Pero ya desde 1926 los aspirantes a Notarías y Registros se preparaban merced a su *Derecho civil español, común y foral*, a pesar de no ser una exposición de la materia desde los puntos de vista específicos de la función notarial y de su ejercicio. Era tan magistral sin embargo a esos fines que implicaba la tentación de circunscribirse a él. A don Pablo JORDÁN DE URRÍES le oí yo criticar a un opositor por

(79) Estas actas notariales podrían ser un tema presentable en una exposición filatélica.

demasiado “acastanado”, cariñosamente para el aspirante y para el maestro. Y del propio CASTÁN, contó su hijo CASTÁN VÁZQUEZ que, a algunos que le interpelaban sorprendidos por el motivo de no haberse hecho notario, siendo así que estaba formando desde su libro a todos los nuevos notarios de España, nuevos pero sucedidos a lo largo de varias generaciones, les respondía que “porque no se sabía el CASTÁN”.

Los estudios de Notaría que desde 1795 existían en el Colegio de Barcelona, tuvieron un reconocimiento oficial para toda España en las capitales de audiencia territorial desde 1844 (80), en la Ley de Instrucción Pública de Claudio Moyano de 1857 convertidos en una Escuela Oficial, integrados en la Facultad de Derecho en 1884 por PIDAL Y MON, como una sola asignatura, la *Teoría y práctica de redacción de instrumentos públicos*, luego *Práctica forense y redacción*, y al fin englobados en silencio o sea suprimidos, en el segundo curso de Derecho Procesal. Ello “alevosamente” según CASTÁN, “abandonando a los procesalistas el magno tema de la encarnación en la realidad de las formas jurídicas, como si nuestro sistema no fuera legal sino judicial”.

Subraya ADRADOS que CASTÁN estudió al adentrarse en el tema a todos sus predecesores. Primero, tras el precedente inmediato de RUIZ GÓMEZ, FERNÁNDEZ CASADO, NOVOA SOANE, MONASTERIO, algo COSTA. Después los tratadistas nuevos –LAVANDERA, BELLVER, VÁZQUEZ CAMPO, OTERO–, sin descuidar los autores de contestaciones a la materia en los programas de oposiciones –LÓPEZ PALOP, AZPITARTE, POU RIVAS, AGUADO MERINO, CARUANA–, ni los articulistas –NÚÑEZ MORENO, el primer PALOMINO–, ni siquiera las polémicas en la fecunda prensa profesional entre reformistas y quietistas. Después SANAHUJA, GIMÉNEZ-ARNAU, PALOMINO ya consagrado, y NÚÑEZ LAGOS.

ADRADOS insiste en el acierto de CASTÁN al comenzar su estudio en la función, siendo así que en esa época, la postguerra, se daba primacía al instrumento. Rechazó la simplista equiparación entre función notarial y dación de fe, y aceptó la tripartición de VÁZQUEZ CAMPO en la labor directiva o asesora de consejo e incluso mediación, la formativa y legitimadora o sea moldeadora de los negocios jurídicos, y la documental o autenticadora. Algo pues complejo, lo mismo que los efectos del instrumento público, de un valor sustantivo, al

(80) El germen de una pléyade de docentes, como FALGUERA, ORTIZ DE ZÚÑIGA, MORENO y otros.

margen de toda perspectiva litigiosa y probatoria, con un matiz dispositivo aunque según el ordenamiento no sea siempre constitutivo. Como medio de prueba subrayó los principios de veracidad, integridad, validez, y fuerza legitimadora; la veracidad del contenido-sinceridad de las declaraciones de las partes, y las calificaciones del notario concernientes a la esfera de la legalidad del acto notariado-, una presunción *iuris tantum*. Se muestra conforme con la eficacia reconocida en nuestro derecho positivo al instrumento, sin abogar por concederle un carácter plenamente jurisdiccional; y menos satisfactorio le parece nuestro sistema documental, susceptible de alguna reforma aun sin llegar a la obligatoriedad constitutiva siempre.

Se plantea la definición del Derecho Notarial cual rama jurídica autónoma, rechazando la categoría postulada por Mengual, integrada por el derecho contractual o sea sustantivo u objetivo, y el formal subjetivo, dejando pues la organización del notariado al ámbito administrativo. Su concepción es la formal u objetiva o sea acuñada por el instrumento público. Para su autonomía encontraba bastante base, pero ni en España ni fuera estima haberse aún llegado a ella.

Veía en el notario no un jurista libre, como el abogado, sino un jurista oficial, encargado de la legitimación preventiva en el campo del derecho privado, pero no una rueda más en la máquina burocrática, con un relieve propio, mixto entre el tipo profesional y el funcionario, tan distante del tipo libre o inglés como del administrativo soviético, demasiado ligado a nuestras costumbres como para que pueda pensarse en prescindir de él, y con una función de justicia que no se deja encerrar en el ámbito de la seguridad jurídica (81).

En 1980, en la Academia Granadina del Notariado, comenzaba así Adrados su conferencia sobre *El Notariado: Función privada y función pública. Su inescindibilidad* (82): "El Notariado no ha sido

(81) Otro trabajo de ADRADOS se tituló *Valor y efectos de la escritura pública*, ponencia en 1995 para las Jornadas sobre el documento público organizadas por los Consejos del Poder Judicial y del Notariado.

(82) RDN, 107 (1980,1) 255-409. Diez y siete años más tarde insistió en la misma complejidad, otra vez en el Colegio granadino, ya con la alegación de textos comunitarios, *De nuevo sobre la inescindibilidad notarial*, "Boletín de Información de la Academia de Granada", separata 27 (citó como un ejemplo de la desorbitación publicística la postura de Mezquita del Cacho, al escribir en La Notaría" —=LN, 6 —6 —1996— *Sobre la determinación del marco jurídico propio de la Mutualidad Notarial y aspectos adyacentes*).

trazado, *geométrico more*, por un legislador cartesiano; *fruto espontáneo de convivencia social*, en expresión de Andrea GIULIANI (83), ha nacido biológicamente de la misma realidad social y de sus necesidades, y en consecuencia adolece del desdibujamiento legal de que habló PALOMINO, porque todavía hoy, la esencia de la figura del notario –escribe LOBETTI-BODONI– no se halla tanto en las leyes como en la historia y sobre todo en las costumbres. Y si a todo ello añadimos que, en cuanto a su modo de ejercicio, la actividad notarial –como dijo CARNELUTTI–, *permanece casi siempre en la sombra y es silenciosa, recatada* según la calificó don Federico DE CASTRO en su *Derecho Civil de España*, no debemos extrañarnos de que en ciertos sectores, incluso muy calificados, algunos aspectos esenciales de su función notarial sean desconocidos, o al menos sean infravalorados, con grave riesgo de la función notarial misma (84)".

Su complejidad obedece a la constante confluencia de factores privados y factores públicos, en la persona de un oficial público que es un profesional a la vez, *officium publicum* y *officium civile*, una realidad única en la que sólo intelectualmente podrán distinguirse los dos momentos; no un mero documentador, aunque tenga un destino formal, una vocación documental (85), pero siendo el documento sólo una de las formas de la exteriorización de su función, la cual subsiste aunque el documento no llegue a otorgarse, como había dicho en la Academia el año 1976 José Antonio MOLLEDA (86).

(83) *Postilla* a F. LOBETTI-BODONI. *L'esercizio dell'attività notarile como libera professione*, "Rivista del Notariato (=RN, 1962) 453-462. ADRADOS cita mucha bibliografía italiana y bastante francesa, poniendo de relieve la escasez de la española, a pesar de la cantera que son las resoluciones de la Dirección General.

(84) A. GIULIANI, *Il Notariato, questo sconosciuto*, RN (1949) 336-338.

(85) Rufino LARRAUD, *Introducción al estudio del Derecho Notarial*, RDN 16 (1957.2) 37-186.

(86) Quitarle el papel de redacción jurídica, de intervención en el *tenor negotii*, sería una *diminutio capitis* caprichosa; N. LANSKI y E. CHAMORRO, *Penetración en los países organizados según el sistema latino por normas extraídas o inspiradas en el derecho estadounidense en materia de transmisión y constitución de derechos reales*, "Revista Internacional del Notariado" (=RIN) núm.74 (1977) 41-72; y M. W. MIRANDA, *Estudio comparativo de la transmisión y constitución de derechos reales en Estados Unidos frente a sistemas que imponen la intervención del Notariado de tipo latino*, RDN 91

ADRADOS negó que la función notarial se pudiera aprehender desde el instrumento público, sino al contrario, éste desde ella. Hay que convenir con D'ORAZI FLAVONI (87) en que el documento tiene un *prius* lógico e innegable: el Notario. El *cavere* del que desciende el *interpretar* es por consiguiente el momento puro e ideal del arte notarial. El esfuerzo creador del artista-notario le viene dado para la formación del documento-interpretación jurídica de la voluntad de las partes y de la voluntad contractual. El documento no es una representación segura y completa de su trabajo artístico. El Notario no es una máquina fotográfica, sino un fotógrafo artístico o un pintor, que no documenta lo que cualquiera ve sino lo que él encuentra (88).

“La función notarial no comienza con la escritura sobre el infolio. Empieza en la primera entrevista con las partes (89)”. Recibe la voluntad de éstas, no ya el acto (90). No es un mecánico reproductor de voluntades ya perfectamente formadas (91), sino que es entonces cuando comienza su actividad profesional, pues indagarlas, formarlas e interpretarlas es una de las más típicas manifestaciones de su función. Siendo con frecuencia pobres los resultados de esa indagación, una voluntad concreta y simplista, con muchos defectos (92), que hay que determinar. La actividad del Notario dirigida a formar sus voluntades verdaderas es creadora como toda interpretación, la de un pedagogo de la voluntad que ya dijimos se expresó Palomino, una labor mayéutica como en el diálogo socrático, sin sustituir al cliente pero tampoco dejándolo abandonado a sus fuerzas que puso de relieve FIGA FAURA (93), llegar al conocimiento de

(1976, 1) 83-150. Los textos antiguos llaman al Notario *dominus negotii*; en Alemania, guardián del Derecho o *Rechtswahrer*.

(87) *L'autonomia del Diritto Notarile*, en los “Studi in memoria di F. Vassalli”, 1 (Turín, 1960) 585-615.

(88) G. SCIELLO, *Il Diritto Notarile*, RN (1954) 523-531.

(89) F. MARTÍNEZ SEGOVIA, *Función notarial. Estado de la doctrina y ensayo conceptual* (Buenos Aires, 1961) 120.

(90) E. GRASSO, *La funzione del Notaio e la tutela stragiudiziale del Diritto*, RN (1971) 7-28; cfr., C. VOCINO, *Profilo dell'atto ricevuto da Notaio*, RN (1968) 994-1005.

(91) G. CONDÓ, en “Il ruolo del Notaio nella formazione del regolamento contrattuale” (ed. P. Perlingieri, 1976) 37.

(92) H. MAIGRET, *Conception du Droit Notarial*, RN (1953) 624-642.

(93) *La función asesora*, en las “Jornadas Notariales de Poblet. 1962-1971” (Colegio de Barcelona, 1974) 293-342.

la verdad del querer cual dijo Salvatore Satta (94). El Notario tiene que buscar y ofrecer a las partes los cauces por los que su voluntad debe discurrir para que produzca efectos jurídicos, y precisamente los más adaptados a sus particulares intereses, y sólo después llega el momento de incorporar la grafía a la materia del documento.

Adrados dijo que “la más antigua y la más difundida todavía de las construcciones doctrinales de la función profesional del Notario es la que se mantiene en los términos genéricos del consejo” (95). Siendo reveladora la evolución que tuvo lugar en Francia. La Revolución abolió los antiguos gremios, con los cuales confundió a los colegios notariales, y en cambio exaltó a los funcionarios públicos. Por eso, para salvar al Notariado, sustituyó en la nomenclatura por funcionarios públicos a los notarios reales (96). Y cuando en 1946 se prefirió llamarles oficiales públicos, ya la jurisprudencia había reconstruido, o mejor expresado, la permanencia, de los valores perennes, sentando que su misión no era sólo autenticar los documentos, sino el papel más digno y elevado de consejeros desinteresados de las partes y redactores imparciales de sus voluntades. ADRADOS citó por este camino a ROAN Y CÁMARA (97), quienes reivindicaban la misión del consejo por encima del también necesario asesoramiento, el cual era más frío, técnico, sin comprometerse en la decisión de

(94) *Poesia e verità nella vita del Notaio*, “Rivista de Diritto Processuale” (1955) 264-273.

(95) “Quizás sea la posición francesa la más interesante al respecto, porque parte de una carencia prácticamente absoluta de preceptos legales”; SENAMAUD, *Le devoir de conseil des notaires* (Poitiers, 1924); CHOSSE-GROS, *Du rôle de conseil des notaires* (Lyon, 1928).

(96) La situación en España a la caída del antiguo régimen fue muy distinta. Pero no perdamos de vista la observación de PALOMINO, de que la Ley orgánica no definió al Notario, sino que delimitó el campo de su actuación funcional en razón a las circunstancias históricas que motivaron la reforma. Tanto que resulta raro que solamente algunos –AZPEITIA, ÁVILA, antes RUIZ GÓMEZ– se hayan fijado críticamente en unos términos que literalmente entendidos confinaban al Notario en ese poder certificante. RUIZ GÓMEZ escribió que el Notario era principalmente perito y profesor particular, aun concediéndole el carácter de funcionario público, con las funciones principales de ilustrar, dirigir, perfeccionar y redactar bien, de ejercicio más difícil que las de aseverar, firmar y custodiar.

(97) *Jornadas de Poblet citadas* (1968) 343-318; RDN de ese año, 153-234.

las partes, con menos carga vital y humana, la que va más allá del fondo jurídico, teniendo el más variado contenido posible (98). Tratando del deber de información, subrayó la necesidad de evitar que su exclusiva inserción en la función notarial dejara fuera de ella los estratos superiores del consejo propiamente dicho (99). Resultando natural su desembocadura por esas vías en un papel de conciliador y árbitro (100).

Por donde se llega al entendimiento de la labor asesora del Notario como jurisprudencia cautelar, inserta en ese *iter* formativo del instrumento público, y que tratándose de hechos humanos y sobre todo declaraciones negociales, actúa en la zona de los mismos antes de que ocurran, como sentó PALOMINO, pudiendo y debiendo sugerir para evitar peligros o hacer ver las consecuencias, unas fórmulas que don FEDERICO DE CASTRO, estimó la fuente hoy más fecundada de tal función de cautela –no habiendo ningún verbo castellano aplicable al caso, según el uruguayo LARRAUD; *cavere* la función más específica del Notario, *respondere* común a él y al abogado, *postulare* propia de éste, del defensor, todo según CARNELUTTI–.

Pero pasando ya a la función documental, hay que destacar la ineludible función de adecuación, preliminar, coetánea y sucesiva, “adaptando la redacción a las formalidades jurídicas necesarias para su eficacia”, en palabras del Reglamento de 1935. Adecuación en la que vuelve a salirnos al paso la función notarial de carácter puramente profesional, “en abierta oposición en sí a toda función pública”, pero en otro de sus aspectos, el de la adecuación facultativa

(98) “Desde posibles matrimonios de hijos y su régimen, educación, estudios, premios o castigos, hasta materias políticas, negocios, inversiones...”. Recordamos a FAUS ESTEVE en la Academia exhortándonos a procurar avenir a los cónyuges que iban en nuestra busca para solucionar los problemas consiguientes a una separación de hecho.

(99) A veces se ha recurrido a la noción de asistencia jurídica, cuando el consejo resultara estrecho: L. GIACOBBE, *La funzione notarile oggi*, RN (1977) 920-934. ADRADOS postuló también la asistencia especial a determinados otorgantes débiles.

(100) SAINT-GENIEST, *Le Notaire, conseiller des parties. Son rôle conciliateur* (Congreso de París de 1954; 345-358); “las dos nociones de consejo y de conciliación están tan vecinas la una de la otra que es generalmente difícil distinguirlas. Lo más a menudo están asociadas, llamando o necesitando la conciliación al consejo, y cuando no lo están existe una conciliación muy estrecha entre ellas”.

por parte del fedatario, por ejemplo en la admisión voluntaria de los depósitos con la potestad del notario para imponer condiciones al depositante; y no es el único caso, en ese ámbito del interés jurídico privado, de naturaleza claramente no administrativa.

Otra extensión en esta materia es la autonomía, que está ajena a la actividad documental del menester de consejo, pues el requerimiento de prestación de funciones marca el momento inicial de la actuación notarial solamente respecto de un documento concreto y determinado, pero incluso su misma existencia puede derivarse de la previa labor asesora del Notario, sin necesidad para iniciarse de la previsión de una ulterior actividad instrumental, siendo capaz de extenderse al estudio y consejo de las más variadas situaciones jurídicas (101), ello en la más amplia pero exacta conceptualización del papel social del Notario sobre el que escribió con decisiva clarividencia FIGA FURA.

D'ORAZI FLAVONI estimó que se salía estrictamente de la función notarial, pero no del quehacer del Notario, estando siempre presente la condición *sui generis* de su consustancial imparcialidad, a diferencia del abogado: encontrándose solo entre las partes, sin la posibilidad de un notario *en second* ni a efectos de solemnidad ni menos aún de velar por los intereses específicos de uno de los clientes, sin que quepa enderezar el consejo unilateralmente a la tutela nada mas que de uno, cual recalcó LOVATO.

De la redacción, insistió el conferenciante en la necesidad de distinguirla de una narración, lo cual ocurría en las escrituras pero no en las actas, éstas de entraña sólo narrativa. "En las escrituras no subsiste el hecho nudo como en las actas, se convierte *ex publico officio* –lo hizo ver NÚÑEZ LAGOS–, en un texto documental sancionado expresamente por un hecho final, unitario y definitivo, que es el consentimiento del otorgante, el cual da vida simultáneamente, en un mismo minuto, al contrato y al documento. El orden interno en la narración es un orden natural, como el de cualquier persona veraz que hace una declaración de verdad, un orden de crónica, que es el del notario en las actas, cronista pero con fe pública, mientras que el orden de redacción en las escrituras es más complejo, primero ordenar la voluntad ajena según la ley, luego completar el cuadro

(101) A. LOVATO, *Il Notaio pubblico ufficiale e libero professionista nei Notariati a tipo latino* (Congreso de Florencia, 1955; RN, 155-174).

con los pactos que, según la naturaleza del contrato y los usos del tráfico, aseguren su efectividad, cometidos ambos no de un hombre veraz nada más, sino de un jurista y un técnico.

Señaló algunas orientaciones doctrinales modernas: penetración del notario en la estructura del acto, asegurando la adecuación de su voluntad a la ley y sus principios inspiradores, en la más equitativa ponderación de sus intereses (102); ampliación del consejo desarrollando los tradicionales "mercados" del Notariado, en una expansión de su "mercado del consejo jurídico" (103); incrementando la adecuación, mediante una noción unitaria de la misma, tanto de la necesaria (104) como de la facultativa, con una índole fundamentalmente privatística; búsqueda del llamado *negocio óptimo*, o sea la valoración concreta de las situaciones jurídicas subjetivas, en su contexto social y no sólo de manera formal y abstracta; atención al contratante débil aunque parezca rozar el deber de imparcialidad; cuidado a propósito de las condiciones generales.

De la interpretación notarial del Derecho, hay que tener en cuenta que es cronológicamente –y ahí entra a la fuerza la dimensión cualitativa–, la primera, por el contacto inmediato con los hechos, anterior a la doctrina y la jurisprudencia, lo que pensando en los tabeliones impulsó a Justiniano a introducir una *vacatio legis* (105), una intermediación que implica la mejor situación para detectar las inevitables mutaciones de la realidad, no solo basada en esa proximidad sino también en la intervención y aun dirección de los hechos por el Notario, una tarea conformadora de los actos humanos; la modificación del mundo, que llegó a decir SATTI, porque las partes quieren que se modifique. Elaboración notarial que llega hasta la apertura de un cauce para las nuevas necesidades, evitando en lo posible los daños de un precepto inícuo, y reparando la imprevisión del legislador y del político (106); es la vida "prelegal" de la norma,

(102) G. LAURINI, *Quali strutture per il Notariato?*, RN (1975)1190-1196.

(103) Derechos de familia y sucesorio, inmobiliario y otros; J. L. MAGNAN, *Le Notariat et le monde moderne* (París, 1979).

(104) V. E. CANTELMO, *Profilo costituzionale e tipicità della funzione notarile*, RN (1965)1125-1130.

(105) SABATINO SANTANGELO, *La funzione notarili oggi*, RN (1977) 945-950; y N. LIPARI, *Rinnovamento del Diritto privato e funzone del Notaio*, *ibid.*, (1973) 1033-1042.

(106) MORO, en *Il ruolo del Notaio*, cit., 108.

que de la solución aislada va a la cláusula de estilo, a la tipicidad social, y al reconocimiento jurisprudencial y legislativo.

Al fin, en cuanto a la fe pública en su momento del destinatario, recordemos que fe es creer lo que no vimos, *credere quod non vidimus propter testimonium dicentis*, por lo tanto ella misma y no su imposición, pues no es una creación arbitraria del legislador, sino la consagración de una realidad que los notarios han ido conquistando día a día, como depositarios no sólo de la pública fe sino de la pública confianza (107), la fe del cliente, *su fe* que en el notario pone (108), hasta el grado de la confidencia (109).

Por otra parte, como el Notario ha participado en la confección del acto, tanto instrumental como comercial, va a dar fe no sólo de lo que encuentra sino de lo que él ha contribuido a formar, una incidencia que hace que la fe pública no sea meramente una función pública; en la antigua terminología de profesor de Derecho que usó Mengual en los años Treinta, primero instruye o enseña lo que debe hacer el hombre, y luego autentica lo que primeramente enseñó, o sea una elaboración que es fe-creación notarial, el *crear* lo que no vimos, la cual llega al momento subjetivo puro de la fe-creencia, la definición de fe de don Miguel de Unaumno que recordó PALOMINO, haciendo el Notario la verdad, no sólo reconociéndola y valorándola (110). Estando inserta su función privada en la fe pública, como una consecuencia de su misión antilitigiosa, siendo una exigencia de esa su misma función de documentación pública (111).

En la autenticidad, ADRADOS no sólo mencionó la corporal *–scripta publica probant seipsa–* (112), sino también la interna, del conteni-

(107) MINARELLI, *Il ruolo*, cit., 22; *pubblica fede, pubblica fiducia*.

(108) FIGA FAURA, *La función social del Notario*, RDN (1973) 7-19.

(109) FABRONI MANETTO, *Il ruolo*, 94; *fiducia e confidenza*.

(110) J. PASCUAL DOMINGO, *La verdad en el ejercicio de la profesión*, *Jornadas de Poblet* (1963) 83-105.

(111) "Y es que, aun prescindiendo de las dificultades de delimitación, no puede establecerse a priori qué grado de prestación jurídica –asesoramiento, consejo, asistencia– se precisa para que el otorgante llegue a formar y a expresar una voluntad que de voluntad verdadera pueda calificarse, porque depende de cada otorgante y cada negocio, ya que no estamos ante una voluntad como simple hecho psicológico, sino que precisamente para ser verdadera ha de ser una voluntad jurídica, que encuentre en el Ordenamiento la acogida que las partes buscan".

(112) C. DUMOULIN, *Commentarii in consuetudines Parisienses*.

do o fondo, ideológica, atinente al pensamiento documentado, mas lo hace para apartarse en su tratamiento de la dirección analítica, que valora separadamente cada parcela del texto –la naturaleza, las personas y la dirección respecto a ellas–, por parecerle ese desmenzamiento inadecuado para trazar los límites de la función notarial y sobre todo para regular la eficacia del instrumento público, que es una eficacia en bloque, sintética (113).

Del control de legalidad cita mucha bibliografía de la que llama luminosa doctrina italiana, pero se muestra disconforme con el enfoque procesalista de la misma, por pasar del momento racional del juicio al otro volitivo del mandato, equiparándolo a una sentencia judicial. Mas el Notario nada manda ni decide, ni siquiera juzga a las partes sino su propia conducta en la que sí es soberano, *extra* y no *super partes*. De manera que ese control se lleva a cabo por la vía negativa, del rechazo o control-denegación, sin poderse hablar siquiera como hace una parte de la doctrina española de un poder calificador, pues tales efectos jurídicos se producen *ex lege*. Y a ese control permite dar mayor profundidad la función privada del Notario, porque penetra en el fondo mismo del negocio y le permite detectar defectos que a un documentador de otro tipo hubieran pasado inadvertidos.

Su conclusión de conjunto es la inescindibilidad de las funciones pública y privada del fedatario. El Notario realiza la función típica requerida por el ordenamiento –compatibilidad de función pública y profesión libre– para la realización de su actividad jurídica. Tal función es *a se stante*, su función.

(113) No se puede olvidar la consideración del instrumento público como forma jurídica. Antonio se ocupó detenidamente de ello en su modelico estudio *La fe pública en el ámbito mercantil* (Cuadernos Civitas; Madrid, 1986). Este trabajo ha perdido actualidad, pero conserva su valor histórico. El autor confiesa haberle escrito ante “una tendencia expansiva de la fe pública mediadora, desbordando el artículo 93 del Código de Comercio”. Un corredor amigo me dijo entonces que las transmisiones inmobiliarias próximas a la declaración de obra nueva, u otras similares en que hubiera un evidente lucro para el vendedor, debían ser competencia exclusiva de esa fe pública mercantil. En 1995, ADRADOS habló en la Academia de la *Naturaleza documental de la póliza intervenida*. La conferencia sigue siendo de interés por ayudar a configurar la noción del instrumento público con una ejemplificación concreta.

La inescindibilidad quebraría si el Notariado fuera funcionarizado. Para cuyas consecuencias la mejor visión es la de reducción al absurdo. Los sedicentes notarios encargados pura y simplemente de una función pública (114), no podrían atender los mismos intereses que actualmente tutelan los Notarios; los intereses privados quedarían abandonado. Se asistiría entonces, en expresión de LAURINI, al nacimiento de una segunda función notarial, esta vez privada, a la que las partes confiarían sus problemas personales, patrimoniales y familiares. Estos *notarios privados* llegarían a ser los verdaderos redactores de las convenciones y los únicos consejeros de las partes, que se dirigirían al funcionario público sólo para la certificación de autenticidad. GIULIANI recordó que en ese caso se habría producido un retorno a los orígenes del problema, siendo esos notarios privados lo que habían sido los tabeliones en el Derecho Romano y nuestros *scriptores* en la Alta Edad Media, antes de las luces de Bolonia. Tendrían que ir ganando día a día la confianza del público hasta conseguir, quizás primero en la práctica de los tribunales y finalmente en la consagración legislativa, que esa *pública confianza* se acompañara otra vez de la *pública fe*.

Los principios notariales

Trató de ellos ADRADOS, a lo largo de ocho años, desde 2006, en “El Notario del siglo XXI”, como una presencia de lo perenne en una revista creada para ofrecer y buscar soluciones nuevas a las nuevas situaciones planteadas (115). Divide tales principios en referentes a

(114) En el mismo número de la RDN se publicó una moción de Pietro MICHELI, quien afirmó que el Notariado o es latino o no es Notariado.

(115) Se publicaron en libro, revisados por el autor (Colegio Notarial de Madrid, 2014). Decía en la presentación su presidente, José Aristónico GARCÍA SÁNCHEZ: “La definición universalmente aceptada del Notario como una simbiosis inescindible de funcionario público y profesional del Derecho, es el principio en que con más exactitud cristaliza la función notarial. Y este es el principio que la ha informado y debe informarla en el futuro, por más que puedan cambiar las coordenadas culturales en las que el Notario deba desenvolver su ministerio. Pues en el siglo XXI, como lo fue siempre y como me atrevo a decir lo será en los siglos venideros, la seguridad seguirá siendo el ideal de vida del hombre y una aspiración básica de la persona que la actual Constitución garantiza en su artículo 9. Ciertamente que las revoluciones tecnológicas han cambiado y volverán a cambiar los métodos, los instru-

la función notarial, y al instrumento público, y al margen de la clasificación proclama el principio superior de la inescindibilidad de las dos funciones, pública y privada. A pesar de su índole divulgativa, por lo cual el texto no tiene notas, expone las opiniones, o mejor grupos de ellas, de todos los notarialistas precedentes sobre cada cuestión, por lo cual resulta una ayuda previa ahorradora de muchas horas de labor para los deseosos de conocer el estado doctrinal de cada materia. Acaso se nos objete la extensión que vamos a dedicarlos, pero confesamos que tenemos la tentación de ver en este texto como el testamento doctrinal y profesional de Antonio.

Comienza los principios del primer grupo con el de rogación. El Notario no puede actuar de oficio. Pero la rogación no se extiende al documento completo, como en los tiempos de Baldo, sino que viene a ser un proyecto de la misma, el comienzo de la relación jurídica entre el notario y las partes (116). Sin embargo “conserva su importancia, al poner de manifiesto el primer plano que en la relación notarial ocupan las relaciones y los intereses de los particulares, y que los fines públicos primordiales del Notariado radican en que las relaciones privadas se desenvuelvan en libertad y justicia”.

De la veracidad, recoge la frase de NÚÑEZ LAGOS, de ser la historia del documento notarial la del progreso en cuanto a la verdad del contenido, la de las expresiones de las partes (117), no sólo la formal de los actos del Notario. En su búsqueda éste debe esforzarse, pero sin poder ejercer ninguna *potestas* sobre aquéllas, pues documenta un acto libre de autonomía privada (118); Baldo recordó que no está obligado a conocer su ánimo. Adrados recuerda que el Notario ayuda con su consejo a formar la verdadera voluntad.

mentos y los sistemas, pero no podrán cambiar la naturaleza del hombre, ni eliminar su ansiedad, ni será fácil que aporten para saciarla remedios que suplan con ventaja a los actuales sistemas de seguridad”.

(116) En Italia, la autorización se llama *rògito*. La patrona del Colegio de Madrid es la Virgen del Buen Ruego, y para ADRADOS este título quiere decir contrato bueno, no buen requerimiento.

(117) Debilitada su exigencia al no constituir delito de falsedad en documento público su falta de verdad en la narración de los hechos.

(118) Salvo los casos en que “el instrumento recoge fielmente una realidad jurídica creada al amparo del propio Ordenamiento, suplantando así la realidad material”.

La intermediación o presencia del Notario en el otorgamiento –su *cognitio rei* se obtiene por ella–, es lo que le diferencia del juez, que actúa sobre hechos pasados –comparado por Calamandrei a un historiador–, no presentes. Esta presencia física es tan esencial que su exigencia es un conocimiento humano ordinario, y por eso no fue recogida expresamente en el ordenamiento hasta la Ley de 29 de diciembre de 2000. No bastaría la presencia virtual posibilitada por las nuevas técnicas.

Del máximo interés es el tratamiento, en un anexo a este principio, del brocardo *de visis et auditis suis sensibus*, al que ya nos referimos atrás (119). Antonio rechaza, nos atrevemos a decir que apasionadamente, una interpretación del mismo que implicara la fuerte restricción al principio de intermediación, por la que no sería suficiente la presencia del Notario, sino que se precisaría que, mediante esa presencia, el Notario hubiera percibido sensorialmente el contenido a documentar. “Una antigua concepción, que ni legislativa ni doctrinalmente ha tenido nunca verdadero arraigo (120), pero que ha encontrado una cierta relevancia en algunos trabajos doctrinales impugnadores del juicio notarial de la suficiencia de la representación”. Sin embargo, “hay supuestos en que el Notario tiene una certeza igual y a veces superior a la proporcionada por los meramente vistos u oídos (121)”.

(119) Antonio escribe que, a lo sumo, podría explicar nada más que las actas de presencia.

(120) A pesar de BALDO probablemente siguiendo a MATHARELLI, la constitución imperial de Maximiliano, y Dumoulin. Los notarialistas catalanes la admitieron sólo nominalmente, o de manera interesada (tal MONASTERIO, para librarse de la fe de conocimiento, pues la identidad de una persona no se ve) o deformada (CARDELLACH). Los civilistas franceses para facilitar la impugnación de la validez de los testamentos y contratos por falta de capacidad, sin necesidad de la querrela de falsedad (BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, BEUDANT, LAURENT, COLIN y CAPITANT). Pero los juicios del Notario no son falsos o verdaderos, sino errados o acertados, por lo tanto ajenos a la exigencia del brocardo.

(121) Nada menos que los actos que en las escrituras realiza el propio Notario en el cumplimiento de su función, y en actas como las de requerimiento “que resultaría absurdo convertir en actas de presencia ante Notario de las actuaciones del requirente”.

Pero sobre todo, Antonio confiesa su alarma ante “la suma gravedad que la máxima, interpretada de esa manera, produciría con efectos devastadores en el instrumento público, en la función notarial y en el mismo concepto del Notario, que reducido a los hechos sensibles carecería de toda actuación en la esfera del Derecho, no necesitando conocimientos jurídicos sino finura de vista y oído”. Y que además en su fundamento tendría la concepción, repulsiva tras toda nuestra evolución secular e incluso primera acuñación boloñesa, del Notario como un testigo (122).

La función es indelegable, y ese es el pilar del prestigio de la institución (123). En el derecho francés y sobre todo en los países africanos francófonos, el Notario puede habilitar a unos empleados escogidos llamados *clercs assermentés* para la lectura y la recogida de las firmas. En ese caso, el Notario al firmar más que dar fe recoge la de sus empleados (124).

Del principio de legalidad, o sea la adecuación del documento al ordenamiento jurídico, podría decirse lo mismo que del de veracidad, ser tan evidente que no requeriría consagración legislativa expresa –“condicionador de todas las restantes funciones notariales” según AZPITARTE– cual la del “conforme a las leyes” del artículo primero de la Ley de 1862. Adrados recoge las distintas posturas del derecho comparado en el casuismo del detalle. Tenía redactado su texto cuando recayó la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 2007 que tanto se ha comentado, y le mantuvo por creer posible una interpretación deducida de sus mismas expresiones que continuaba haciendo valedero su contenido.

El principio de imparcialidad le entiende Adrados no reducido a la meramente formal, que resultaría superfluo ante las funciones

(122) “Y como consecuencia, la del instrumento público como mero medio de prueba de unos actos externos al Notario, que se habrían verificado verbalmente, de manera que el artículo 1278 del Código Civil debiera aclarar que los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado... menos en escritura pública”.

(123) Una excepción es la notificación del protesto; también las pólizas otorgadas por representantes de entidades financieras.

(124) Un extremo éste aún necesitado de desarrollo doctrinal. La dación de fe por las sociedades francesas de oficios notariales es una terminología de mal gusto que no afecta al fondo. La fe la da siempre uno de los notarios integrantes de la sociedad.

de dación de fe y control de legalidad, sino sustantiva, a diferencia del que habría sido el de un mero fedatario, referida sobre todo al negocio documentado.

Del principio de profesionalidad, ejercicio por el Notario de una profesión libre, y su compatibilidad con su índole de funcionario público, y el de libre elección del público, ADRADOS ha escrito extensamente como ya hemos visto, pero aun así su exposición en síntesis es útil. Del abolengo de los elementos públicos, vuelve a insistir en que son los constitutivos de la función notarial", de manera que su "inexistencia en el Derecho justiniano y, salvo en tiempos avanzados, en los derechos visigóticos y altomedievales, impide llamar notarios a sus documentadores, como en nuestros días en el sistema documental inglés, desconocedor de la fe pública (125)". Pero ello sin minusvalorar los elementos privados (126), que incluso son tenidos en cuenta por el ordenamiento al regular la relación entre el Notario y el Estado (127) Recoge la afortunada expresión de GIULIANI, "particular e insustituible función pública que no puede mantenerse y desenvolverse hacia sus fines de otra manera que en régimen de actividad libre".

El principio de dación de fe, por ser la clave de la institución notarial, parece que no debería siquiera estar sujeto a discusión, sino

(125) Algo de lo que hay mucho que estudiar y decir sin embargo es de la que podríamos llamar "tendencia anticipadora al Notariado" de los *scriptores* de la Edad Media anterior a la acuñación boloñesa. De ahí el título feliz del libro de Ángel MARTÍNEZ SARRIÓN, *Monjos y clergues a la ricerca del Notariat. Estudis dels documents llatins de l'abadia de Sankt Galle, segles VIII-XII* (Fundación Noguera, Barcelona, 1992).

(126) Recuerda la preferencia de los tabeliones a los tabularios en el derecho postclásico e incluso en el justiniano pero teniendo en cuenta la índole un tanto pre-notarial de éste, y la desaparición como documentadores de los tabularios en el derecho común, como la de los efímeros "notarios públicos" de la Asamblea Constituyente francesa de 1791 en la Ley de Ventoso de 1803, así como el respeto a los componentes privados de nuestro notariado español moderno al suprimirse la propiedad privada de los oficios enajenados. ADRADOS se desprende de las concepciones formuladas en términos propicios a la absorción de una función por otra (publicística de BLANCO MORALES Y MEZQUITA; privatista de FONT BOIX).

(127) Insistió en ello BARATTA en Italia.

a glosas (128). Pero ha surgido en el Notariado una postura que ADRADOS estima de trascendencia no meramente académica, según la cual la tal dación de fe la hace la ley, siendo la misión del Notario exclusivamente la de poner los presupuestos documentales precisos para ella. ADRADOS la contrapone la índole personalísima y subjetiva de la función, que basa toda ella en la persona del Notario, y a la que sin grave riesgo, como notó VALLET, no se puede anteponer el instrumento, desvirtuando lo que ha sido y es esa función notarial cualificada de tipo latino (129). Define en consecuencia tal dación de fe o autorización como la declaración de voluntad por la que el Notario asume la autoría del instrumento, sin adscribirse a la tesis jurisdiccional –“prestación de autoridad” llegó a escribir DÍEZ PICAZO (130)– que tampoco hizo suya SANAHUJA en la frase “poder de dar fe”, ni Cámara en la “potestad de autorización” entendida como “poder-función”. Y si bien la casi totalidad de la doctrina italiana entiende el documento público como un juicio (“profunda esencia jurisdiccional de la función del Notario” en frase de Satta), modera sus consecuencias (“el Juez impone su juicio con el mandato; el Notario también realiza el juicio, pero no manda”, MORELLO, FERRARI, SORGATO).

Pasando a los principios del instrumento público y su eficacia, de los de autoría –el Notario es el autor del documento– y consentimiento –la escritura es la declaración de voluntad de las partes, sin que valga contraponer continente y contenido– ya dijimos extensamente antes.

El principio de la forma escrita radica en la exigencia legal de que “el modo de ser de la manifestación de la voluntad” que dijo CARIOTA FERRARA, tenga lugar por la escritura, incluida la electrónica que es

(128) Referida al total contenido del instrumento público, como subrayó BELLVER CANO.

(129) Lo que predominó en los dos primeros tercios del siglo xx, señalando RIERA AINSA la reacción con su “idea subjetivista”. En una discusión sobre el asunto entre compañeros, uno de ellos recordó la frase de Pío IX hablando con un obispo recalcitrante al dogma de la infalibilidad: “la infalibilidad soy yo”.

(130) Más o menos concordantes en el Notariado, LAVANDERA (función notarial como jurisdicción voluntaria), AZPITARTE, OTERO Y VALENTÍN, OTERO PEÓN, y BELLVER (“sanción prestada por el Notario al acto jurídico sometido a su jurisdicción”).

verdadera escritura aunque no alfabética. La "tendencia doctrinal a considerar natural la comunicación oral y degradar la escrita", aunque pueda citar en su apoyo a Sócrates, Platón y Goethe, tiene un alcance meramente especulativo, y nadie mejor ha expuesto la cuestión y apuntalado el resultado que Adrados en su discurso académico de ingreso de que empezamos diciendo.

La unidad de acto formal del documento-no la sustancial del negocio (131) –fue sintetizada por GIMÉNEZ ARNAU en su expresión feliz del "acto uno", la concurrencia de todos los otorgantes y la simultaneidad de sus declaraciones con la autorización notarial. Adrados la defiende en la escritura, incluso en la nueva póliza intervenida, pese a su rechazo por la corriente que no tiene en cuenta sino la agilidad del tráfico (132).

Define el principio de matricidad como la retención y custodia por el Notario de los documentos originales que ha autorizado, y el del protocolo como la custodia y retención de ellos en su poder; expone las variantes en las distintas legislaciones (133). Él se ocupó en un artículo de su excepcional desglose.

Aun reconociendo que la eficacia del documento queda fuera del Derecho Notarial, trata de los principios de las eficacias sustantiva y mixta y de la eficacia formal. La sustantiva es la de las declaraciones de voluntad de las partes; la mixta, la de las mismas en cuanto declaradas en una escritura pública; una eficacia dispositiva que no era concebible cuando el documento se consideraba mero medio de prueba de unas voluntades declaradas antes y fuera de él. La formal consiste en los efectos que proceden exclusivamente de la forma

(131) La exige el Código Civil para el testamento abierto, pero en ese caso viene ya dada por la unicidad del sujeto negocial.

(132) La cual inevitablemente lleva a tener los oídos atentos a "las sirenas anglosajonas" como han denunciado los compañeros franceses ante las posturas amenazadoras.

(133) "El protocolo comprende, según vimos, el desarrollo y perfeccionamiento práctico de la matricidad de forma que, salvo en cuanto a esa matricidad que incluye, el principio de protocolo no pertenece a la esencia del Notariado Latino". Si ya distante en el tiempo mi jubilación, una confesión se me permite, diré que los sistemas no protocolares me producen horror! En todo caso hay que recordar la advertencia de Joaquín DE PRADA, al hablar en la Academia sobre la relación del protocolo con la fe pública, de que "cualquier duda sobre la integridad del documento privaría de toda eficacia a la propia función notarial".

documental, “más allá de las dos manifestaciones a las que, por influencia francesa, se reducía, la fuerza probatoria o fe pública y la fuerza ejecutiva”, y exige sendas delimitaciones objetiva y subjetiva –ésta integrada por la oponibilidad y la utilizabilidad–. ADRADOS sostiene que la cobertura de la fe pública al hecho que motiva el otorgamiento, se refiere a la convención que encierra, no sólo al otorgamiento en sí, como parte de la doctrina notarialista ha defendido, y que sería de consecuencias destructoras para el Derecho Notarial, “de las que NÚÑEZ LAGOS reiteradamente ha intentado escapar”. Tampoco está de acuerdo con Palomino en que las declaraciones de las partes en el documento público sigan siendo declaraciones privadas, uno o varios documentos privados que hacen las partes en el documento público que hace el Notario.

El notario Joaquín COSTA entre luces y sombras

El notario de Tortosa, Antonio MONASTERIO Y GALÍ, publicó en 1901 su libro, de estimulante título, *Biología de los derechos en la normalidad*. En él decía que el único estudioso de la materia notarial planteada desde su enfoque había sido su “sabio compañero” Joaquín COSTA, y continuaba en estos tremendos términos: “Se advierte que ha escrito en odio a una institución a la que quiso tomar por madre y tal vez le resultara en los orígenes madrastra”. Por eso, a pesar de la sabiduría del autor, piensa que habían tenido sus libros dedicados al tema “escasa trascendencia”, por “inspirados en odios y no engendrados con amor, pues el odio es estéril y sólo el amor es fecundo”. A la vista salta lo atrabiliario de este juicio. Pero hay que convenir en que no es integralmente caprichoso. Ciertamente que hay que tener en cuenta el contexto notarial en que COSTA escribió, y que su feroz crítica de ciertos ámbitos sólo afectaba a su postura ante la organización del Notariado, no a la función notarial, si bien hay cuestiones organizativas que en la función penetran; pensemos por ejemplo en el tan distinto alcance de los traslados por permuta, y la retribución por arancel (134). ADRADOS puso las cosas en su punto

(134) No olvidemos el gusto del autor por “las más violentas orquestaciones verbales”, que escribió FERNÁNDEZ ALMAGRO, y “su terrible lógica” de que habla su estudioso Alberto GIL NOVALES. Una de sus propuestas fue reducir las vacaciones exclusivamente a los domingos.

al ser encargado de intervenir en el homenaje que al ilustre colega dedicó la Academia Matritense en 1986.

Costa escribió dos libros a ese propósito, la *Reorganización del Notariado, del Registro de la Propiedad y de la Administración de Justicia*; y la *Reforma de la fe pública*. La introducción del primero había ya aparecido el año 1883 en el "Boletín de la Institución Libre de Enseñanza", y desde 1890 empezó a salir por capítulos en la "Revista General de Legislación y Jurisprudencia"; en libro es de 1893. El problema abordado es casi exclusivamente el Registro, pues de las grandes ideas de COSTA sobre el problema nacional y su contexto popular y consuetudinario hacía parte la expansión del crédito territorial, para el que postuló el sistema australiano del acta Torrens.

El autor aprobó las oposiciones y tomó posesión de una notaría de la ciudad de Jaén en 1888, una semana antes de la promulgación del Código Civil, sucediendo a don Eufrasio BONILLA, predecesor que había ejercido en ella misma desde 1835.

En cuanto a la función notarial, sus ideas son irreprochables. Naturalmente no le fue muy difícil asañear la contratación oral y el documento privado. Ni elogiar el documento público, que prueba por sí, sin necesidad de ser probado, goza de una presunción de legitimidad, y es eficaz *erga omnes*. El documento notarial es el público más perfecto, fuera de las sentencias ejecutorias, por la intervención de un fedatario especial y su conservación a perpetuidad. Pero, además de fedatario, el notario debe ser jurista, y para acreditarlo le parecen puestas en razón las oposiciones. COSTA valora su intervención en la elaboración del documento en unos términos concordantes con la buena doctrina notarialista.

La situación del Notariado en esos finales de siglo no era de color de rosa. En esa generación hubo "grandes del Notariado", y en la mayoría había un afán de perfeccionamiento, como los concurrentes asiduos a la Academia, donde se discutían los problemas del día a día, pero la situación de muchos era calamitosa (135); era la "teratología notarial" en frase del mismo COSTA, llegando a la infidelidad en la redacción y en la unidad de acto de los que llamaba "notarios eléctricos, ubicuistas, polimorfos", aunque acaso no todos por necesidad sino habiéndolos también por codicia. Había además surgido

(135) Hay que tener en cuenta la valentía de la reforma de 1862. Ni Francia ni Bélgica se atrevieron a una parecida.

el que denomina “notariado consuetudinario”, el de los prácticos y zurupetos, junto a cierto intrusismo oficial –juzgados municipales, secretarios de ayuntamiento, incluso párrocos también en los territorios de derecho común no sólo en los forales donde actuaban legalmente–; y no estaba totalmente aclarada la competencia de los Registradores.

El Notariado estaba dividido en quietistas y reformistas. Estos últimos estuvieron a punto de celebrar en Sevilla, el año 1900, una asamblea aglutinadora de todos los que pensaban que había que desterrar la –perniciosa competencia–. Ante este panorama, las propuestas de COSTA fueron explosivas, aunque estaba conforme con que el sueldo repugnaba a la función y era partidario de una subsistencia mínima de la libertad de elección. Postuló la notaría única por distrito, con secciones permanentes o de temporada, y también en las ciudades, con un notario jefe que repartiría el trabajo. La notaría-registro debía unificarse con el juzgado municipal. ADRADOS subraya que ello habría llevado a cabo una absorción de toda la tradición del *ars notariae* por la administración de justicia.

No nos olvidemos por lo tanto de una realidad que ahora es trabajo imaginar. Prueba de ello es que COSTA, fue el “principal heraldo” –la frase es de OTERO VALENTÍN–, de la apertura legal al reformismo, que inició el Real Decreto de 1 de octubre de 1901, según señaló AZPITARTE. Irían llegando el turno de reparto, la congrua, la Mutualidad y demás. Nada mejor que lo novedosas que estas materias resultaron para hacernos idea de la situación precedente.

Notemos un motivo de descontento de COSTA. No se le concedió el traslado de Jaén a Graus, por mor de la rigidez de los turnos de provisión de vacantes. ADRADOS lamentó que en sus grandes obras, tales sobre la ignorancia del derecho y la libertad civil, no se volviera a ocupar del Notariado. Y debemos recordar la profunda estima en que le tuvo un jurista de tan inmenso saber y tanta vocación por el oficio como Juan Berchmans VALLET DE GOYTISOLO.

Accipite librum et devorate illum: la “Librería” de José FEBRERO

Mondoñedo era una de esas felices ciudades que tenían obispado y no tenían gobierno civil, en la feliz frase de Unamuno, cuya desaparición es uno de los síntomas más reveladores del prosaísmo y la inversión de valores del mundo actual. Allí nació don José FEBRERO

BERMÚDEZ Y OSORIO, y la formación consecuente a esa índole omnipresentemente mitrada, resultaría decisiva para su tardía formación jurídica (136).

Escribano Real de Madrid desde 1757, doce años antes de fundarse su Colegio, del que dos más tarde fue nombrado Comisario de Corte. Para su ejercicio contaba con las fórmulas del *Compendio de contratos públicos* (1652) de un escribano del pueblo gaditano de Olvera, Pedro MELGAREJO. A la prueba elemental requerida para el título (137) pudo ayudarle el *Examen y práctica de escribanos* (1641) de Diego GONZÁLEZ VILLARROEL. Enseguida debió consultar también las *Escrituras y orden de partición* (1560) de Diego DE RIBERA, la *Práctica civil y criminal y instrucción de escribanos* (138) (1563), del toresano Gabriel DE MONTERROSO Y ALVARADO, la *Práctica de escribanos* (1587) de FRANCISCO GONZÁLEZ DE TORNEO, el *Tratado de escrituras y contratos públicos* (1621) de Antonio DE ARGÜELLO, escribano de Valladolid y antes de Toro, y el *Estilo nuevo de escrituras públicas* (1645) del escribano de Sevilla, Tomás DE PALOMARES.

Inmediatamente se dio el mindoniense cuenta de la formación deplorable de sus colegas, ignorando lo que permitían y lo que pro-

(136) En Mondoñedo nació también Álvaro Cunqueiro, acaso el escritor de más fecundidad imaginativa de la literatura mundial en el siglo xx, padre del notario César, e íntimo amigo, protegido y editado por el notario Alberto MÉNDEZ RIVAS, hijo y nieto de notarios, ejerciente durante medio siglo en Vigo, del que se ha publicado su epistolario con Cunqueiro, y cuyo consejo fue decisivo para el traslado del escritor de Mondoñedo a Vigo. Haber alumbrado esa ciudad prelaticia el grave legado de FEBRERO y el desbordante de Cunqueiro es la muestra más pintiparada de la fecundidad de esos lugares.

(137) “Y presentados los papeles en el Real Consejo, puede entrar a examinarse en lunes, miércoles y viernes por la tarde, llevando pluma, papel y tinta prevenida, y haciendo una reverencia estará con mucha compostura, obrando como le mandaren los Señores, y mandándole escribir, hincará en tierra la rodilla izquierda, el sombrero pondrá en el suelo, y sobre la rodilla derecha escriba en un papel un renglón de lo que quisiere, y luego se levante en pie, y responda a lo que le preguntaren lo más desenfadado que pudiere, sin apresurarse; y comenzando una Escritura la proseguirá en todo punto hasta ponerla fecha y testigos, fe de conocimiento y si firman o no, todo ello de la misma suerte que si lo estuviera escribiendo en el Registro”.

(138) “Para los escribanos del número y reino y de las provincias, de los Alcaldes de Casa y Corte y de las Chancillerías y los que van con jueces de comisión, y los aranceles que han de guardar”.

hibían las leyes, sin poder explicar nada a los contratantes y testadores ni solucionar ninguna dificultad, “perplejos y confusos, hablando y haciendo lo que ven y les enseñan, sin saber lo que es, lo que el papagayo y mona”. Su reacción fue comenzar a escribir, primeramente para él y luego para los demás, a la búsqueda del remedio; veinte años de estudio, “única diversión y recreo que he tenido, en los que sólo aprendí a dudar (139)”. Empresa de la que comentó ADRADOS: “Una finalidad inicial que puede parecer pequeña, pero que como la historia demuestra es verdaderamente quijotesca: corregir el estilo y las equivocaciones de los formularios y de sus autores los formularistas. Además de otras dos finalidades fundamentales: proporcionar una base jurídica y no meramente rutinaria a la práctica escribanil, y mejorar sustancialmente la calidad del instrumento público”. Esto lo dijo ADRADOS al hablar de *Don José Febrero en la literatura notarial española*, en el homenaje que le rindió la Academia Matritense al cumplirse dos siglos de su muerte, el año 1990 (140). Más de un siglo antes, en 1878, la misma corporación había dedicado a Febrero su sesión inaugural de curso, y fue GONZALO DE LAS CASAS quien disertó *Sobre Febrero y sus obras* (141).

(139) “La fórmula de Melgarejo no me comunicaba las luces necesarias para disolver las dudas que me presentaban, por lo que se me acrecentaban los vivos deseos de salir del inmenso piélago de confusiones en que naufragaba mi ignorancia, a fin de desempeñar mi obligación. [...] Y considerando que el único medio de conseguirlo, era leer con reflexión y cuidado las leyes del Reyno, y expositores que con tanto acierto las interpretaron, dándoles el genuino y verdadero sentido e inteligencia, determiné aplicarme a su estudio y entrar en la médula por lo concerniente a testamentos y contratos”.

(140) *Bicentenario de la muerte de don José Febrero* (Colegio Notarial de Madrid, 1990) 129-136. La efemérides también se conmemoró en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

(141) Ese mismo año se trasladó la sede del Colegio, dejando la de Bolsa 14, en cuya fachada se había grabado el nombre de FEBRERO. Estos merecidos reconocimientos no han evitado que la índole, aunque monumental recatada, de nuestro compañero, le hayan hecho a veces pasar desapercibido injustamente. Pienso en su omisión en la Enciclopedia Espasa, noticia que lamento consignar por mi estimación sentimental de esta obra que yo he visto convertirse en clásica.

Esos persistentes honores rendidos a un escribano del antiguo régimen no podían estar más justificados. Pues a costa de una dedicación infatigable e idealista, hasta el punto de casi olvidársele por el desuso el signo y la firma del oficio "para ganar el preciso diario alimento", dio a luz su *Librería de escribanos, e instrucción jurídico-teórico-práctica de principiantes*, conocida también como *Librería de escribanos, abogados y jueces* (142). De su difusión decimonónica antes de 1862 son buena prueba la aparición del *Febrero reformado* de GUTIÉRREZ, el *Febrero adicionado* de AZNAR, y el *Febrero novísimo* de TAPIA, y proa ya a los nuevos tiempo el *Febrero reformado* de GARCÍA GOYENA, AGUIRRE, MONTALBÁN y VICENTE y CARAVANTES (143), citándole a menudo Goyena en sus *Concordancias, motivos y comentarios* al proyecto de Código Civil de 1851, y también los *Diccionarios* de ESCRICHE y GONZALO DE LAS CASAS, y ya en marcha las cátedras de Notaría, el *Tratado elemental sobre el otorgamiento de instrumentos públicos* de Juan IGNACIO MORENO. Y a FEBRERO le seguimos citando hoy en día. Agradados opinaba que "contribuyó a crear el clima que llevó a la Ley del Notariado", precediendo a la *Nobleza, privilegios y prerrogativas del oficio de escribano* (1794) de Juan José SÁNCHEZ.

Al trazar el deplorable cuadro de los conocimientos de los escribanos de su tiempo, FEBRERO tuvo que reconocer que la condición de "latinos" no implicaba en sí una elevación. Él si que había venido a la Villa y Corte con esa formación latina que le dio su ciudad pontifical. La que le abrió las puertas de las Decretales y el *Corpus iuris* y de la pléyade de tratadistas en esa lengua de que da la mejor idea contemplar los armarios que guardan en el Colegio y su biblioteca los legados de NÚÑEZ LAGOS y VALLET DE GOYTISOLO.

Esa formación previa permitió a FEBRERO escribir, en esa obra, el primer tratado de derecho civil español, surgido "cuando nuestra producción científica en el derecho privado hacía muchos años que parecía abandonada", un tratado excelente por la sistemática del estudio de las diversas instituciones, y el equilibrio entre la teoría

(142) Con una primera parte en tres tomos sobre testamentos y contratos, y una segunda parte en tres libros sobre los cinco juicios de inventario y partición de bienes de difunto, ejecutivo y de concurso, y prelación de acreedores.

(143) Además del *Prontuario de testamentos y contratos* de Juan Manuel LÓPEZ FANDO.

la práctica, lo cual era algo inédito en nuestra literatura jurídica. ADRADOS llamó la atención a este propósito en la aparición tardía de la ciencia española en ese derecho, ya en tiempo de los Reyes Católicos y sin una tradición doctrinal autóctona. A pesar de que en el Derecho Notarial no le pudo merecer Febrero un juicio tan favorable, señalando su manera asistemática y la consideración de la eficacia de los instrumentos públicos como meramente procesal.

Compañeros de antaño

Antonio afirmó más de una vez que la condición de Notario imprime carácter, perceptible incluso en los que han ejercido poco tiempo el oficio o le han simultaneado con otras actuaciones y dedicaciones. De las crónicas de Indias del escribano de Madrid GONZALO FERNÁNDEZ DE OVIEDO, del que en su quinto centenario dio noticia José Valverde, pasado a la otra orilla con Pedrarias Dávila, pondera Valbuena en su historia de la literatura “la veracidad y la exactitud, el valor del testigo de vista, los detalles y circunstancias”. ¿Consecuencias de tal impronta? Al menos no se puede negar doctoralmente. Lo cierto es que uno se siente de alguna manera emparentado con los predecesores en el menester. Ello le llevó a Antonio a trazar *cum amore* las semblanzas de algunos colegas que fueron, en la “Galería de Notarios” publicada en la *Gazeta de los Notarios*, tanto que su evocación nos hace si cabe más viviente la suya propia (144).

Rodrigo DE BASTIDAS, un trianero escribano de Sevilla, suscribió en la Cancillería Real el año 1500 una capitulación que le autorizaba para descubrir islas y tierra firme en dos navíos equipados a su costa, y ese mismo año se hizo a la mar con la nao *Santa María de Gracia* y la carabela *San Antón*. Sus movidas andanzas a la otra orilla son ajenas a su anterior profesión de fedatario. Totalmente distinto y muy significativo por inducirnos a meditar en torno a la sustancia del Notariado es el caso de actuación notarial en Indias del que Antonio llama “escribano del Amazonas”, un vasco de San Sebastián, FRANCISCO DE ISÁSAGA. Formaba parte de la expedición de Francisco de Orellana, que se había unido a la de Gonzalo Pizarro, el hermano

(144) También hizo la de NOVOA SEOANE, otro gran tratadista de Notaría, que pasó toda su vida profesional en Llanes, luego de una estancia inicial en el vecino Tineo, tras la plaza de su destino de ingreso.

menor de Francisco, quien le hizo su teniente general. Adentrados en el Amazonas y en situación difícil, se plantearon la cuestión de la vuelta al real de Pizarro, y decidieron proseguir por su cuenta. Entonces sintieron la necesidad de hacer constar todo ello de manera fehaciente, con vistas al futuro, en busca de una justificación de legalidad cara a sus eventualidades y evolución. Es decir que echaron de menos la presencia de un notario. Y para remediarla, Isásaga fue investido como tal. El episodio es un argumento pintiparado para los defensores de la índole natural de nuestra función y no creada artificialmente por el derecho positivo. “Para que ante él pase todo lo que acaeciére y pasare y para que dé fe de lo que en la dicha jornada aconteciére”, rezaba el nombramiento firmado por Orellana, “en el pueblo de Aparia que es en este río grande que viene de Quixos”, el día 4 de enero de 1542.

Esta *Galería de Notarios* empezó por San Ginés DE ARLÉS. ADRADOS colocó en segundo lugar su noticia de un personaje cuya biografía echaba de menos, el citado José GONZALO DE LAS CASAS, por publicarse en la nueva *Gazeta de los Notarios*, que había sucedido a la *Gaceta del Notariado*, la cual había sido fundada en 1859 por Gonzalo, que la dirigió hasta su muerte en 1894, sucediendo a su *Boletín del Notariado*, relevo a su vez del *Semanario del Notariado*, también fundación suya en 1852; la *Gazeta* duró hasta 1934. También fundó la *Biblioteca del Notariado*. Había nacido en Ciempozuelos en 1826, hijo de Tiburcio José GONZALO DE LAS CASAS, de la administración de la Real Acequia del Jarama. Estudió en la Escuela notarial de Madrid, y sus libros empezaron al mismo tiempo que esas publicaciones periódicas.

En 1851 Bravo Murillo dio un decreto recomendando a las oficinas estatales, municipales y judiciales, la adquisición de un cuadro sinóptico suyo sobre el uso del papel sellado –luego escribió un manual sobre los impuestos del timbre y derechos reales–. Sin embargo, no fue notario hasta 1857, uno de los cuarenta y cinco creados al nacer Alfonso XII, medida caprichosa, inoportuna y dañina, y aunque hubieron de hacer unas oposiciones benévolas –media hora para preguntas extraídas de un temario de cien– él gustaba de atribuir su ingreso a sus méritos literarios. Fueron las primeras oposiciones, un ensayo de las que se preveían en los proyectos de ley del Notariado, y fueron adoptadas en la vigente de 1862. El mismo año de 1857 publicó su Paleografía, en 1861 su comentario a la Ley

Hipotecaria, y en 1870 su tratado de instrumentos públicos, otro a la aparición del Código Civil. Fue dos veces decano (145). Adrados insiste en “su empeño para que fuera realidad la Ley del Notariado, sin dejar un momento de respiro a la administración y a los cuerpos colegisladores, y su continua defensa del Notariado profesional en que creía”.

De los escribanos anteriores a la Ley orgánica, se ocupó de uno que lo era en Valencia, “por la autoridades Apostólica y Real”, Carlos Ros (1703-1773), además un literato muy fecundo, sobre todo festivo y en su lengua vernácula. Como notarialista es el autor de la titulada *Cartilla real*, titulada decimos pues así lo fue a la postre y se popularizó y tuvo varias ediciones, tras unos curiosos avatares bibliográficos del que su autor había dado a luz al principio como *Norte y examen de escribanos públicos*. Más de un siglo estuvo en el mercado, según nota ADRADOS “facilitando con sus preguntas y respuestas la labor de los *manuenses*, de los que preparaban sus exámenes y de los escribanos *cortos* y aun de los *medianos*”.

En el que ya podemos llamar transición al notariado contemporáneo, el de las escuelas anteriores a 1862, dio noticia de Juan-Ignacio MORENO, primo carnal del presidente del Ecuador Gabriel García Mo-

(145) Era de la Junta Directiva que dimitió a causa de los incidentes con el Ministerio –reveladores de los problemas del régimen transitorio de la Ley Orgánica– derivados de la Real Orden de 6 de junio de 1863 que sustituía las oposiciones por un examen de idoneidad, para el ingreso en el Notariado por reversión de oficio, a los alumnos de la carrera con título anterior al 28 de abril de 1862. La Junta pidió que se dejara sin efecto, lo cual no solamente fue desestimado en una de dos Reales Órdenes de 7 de agosto, sino que suprimía el examen, bastando con el título. La otra también hacía caso omiso de una respetuosa protesta contra el encargo de unas visitas extraordinarias en Galicia al Director General, hijo de Notario, Antonio ROMERO ORTIZ, ignorando el precepto de la Ley que las reservaba a los jueces y fiscales. Y se calificaban en esos textos tales peticiones de “impertinentes reflexiones e impropio modo de dirigirse al Gobierno, exagerando las atribuciones de que recientemente han sido investidos los colegios”, advirtiendo a la Junta que “en lo sucesivo se abstenga de aconsejar oficiosamente y de elevar reclamaciones sobre actos futuros”. Romero Ortiz era ministro, aunque de Ultramar, cuando se aprobaron los aranceles y la demarcación, y la segunda Instrucción sobre la redacción de los instrumentos sujetos a Registro. El decano dimisionario fue reelegido por 211 votos entre 355. GONZALO no se presentó a la reelección.

reno, nacido en Guatemala en 1817, hijo de un oidor de la Real Audiencia que volvió a España al independizarse el país y había nacido en Guayaquil donde su padre, capitán español, era Regidor del puerto. MORENO fue el primer catedrático de Notaría en Madrid, el mismo año de la creación de la carrera. Discípulo suyo fue GONZALO DE LAS CASAS. El que modestamente tituló *Tratado elemental sobre el otorgamiento de instrumentos públicos*, publicado en 1847, con una segunda edición en 1856, fue formador prolongado de aquellas generaciones. Ordenado en 1848 fue provisor de Burgos, juez de la Rota de Madrid, obispo de Oviedo en 1857, seis años después arzobispo de Valladolid, cardenal en 1868, y desde 1875 hasta su muerte en 1884 primado de Toledo (146)

De los nuevos notarios, eligió Antonio a Juan Eugenio RUIZ GÓMEZ, “el mejor comentarista de la legislación notarial” de 1862 a 1874, fundador siendo escribano en Málaga de *El Notariado y el Foro*, notario en Madrid en 1884 sólo por tres años pues extrañamente permutó con un compañero de Fuente del Saz; fue también formula-rista. De sus libros, *La Notaría según la legislación y la ciencia* y los *Principios fundamentales de la facultad de Notaría*, dice tienen “una visión plenamente actual, aunque con terminología sobrepasada, la Notaria como *facultad-cargo*, la profesión jurídica que da perfección y garantía de verdad a los actos civiles privados y documentos en que se consignan”. Otra obra suya se titula *El Código Civil a la cabecera del testador próximo a la muerte*. También tuvo otra vida literaria, acérrimo defensor del determinismo, en su libro *El nuevo mundo moral o el hombre mirado con el microscopio*, y en su pieza teatral *Iris de paz*.

De Vicente SANCHO TELLO Y BURGUETE escribe ADRADOS: “Allá por los años Cincuenta, cuando empezaba yo a conocer algunos despachos notariales, me llamaba la atención el que en ninguna biblioteca faltaran sus formularios, los cuales llenaron, en efecto, toda una época en esa labor de iniciación y de apoyo a la práctica notarial”. Nacido en Valencia en 1853, también empezó a publicar de Notaría antes de ser Notario, pues su *Derecho Notarial de España* –“no sé si conocería este título don Federico DE CASTRO”, apostilla agudamente Antonio-, salió en Madrid en 1885, y él ingresó al año siguiente por su ciudad natal, en la que murió ejerciente en 1927. Su obra deci-

(146) Entre los pontificados de Cirilo Alameda y Ceferino González.

siva, *Redacción de instrumentos públicos*, apareció en 1914. Siendo Decano se inauguró la nueva casa-colegio reformada, y coincidiendo con la gran exposición Regional de 1909, inspirado por el notario de Oliva, MENGUAL Y MENGUAL, se celebró en la ciudad el Congreso Nacional Notarial. Fue benemérito en el desarrollo de la Mutualidad y la Congrua, y llegó a pacificador entre los quietistas y los reformistas.

Un novelista y autor dramático popular y fecundo, Rafael LÓPEZ DE HARO (San Clemente de Cuenca, 1876-Madrid, 1967), es una figura interesante de notario que además va a permitirnos terminar esta visión de la obra de Antonio, dando noticia de otra de sus aportaciones magistrales (147). LÓPEZ DE HARO escribió muchas novelas, pero profesionalmente no se limitó a ejercer de manera exclusivamente dirigida a buscarse un sustento al margen de la literatura, sino que participó en la vida corporativa –Decano de Burgos y Zaragoza por ejemplo–, y por si fuera poco intervino en política, muy ligado a Antonio Maura, gobernador civil y candidato a diputado (148). Fue dirigente del movimiento reformista, presidente de la que se llamó Unión Notarial al retirarse del cargo Mateo AZPEITIA, cuando era secretario el marqués de Leis. Un caso por lo tanto de capacidad de trabajo sorprendente (149). Alfredo MARQUERÍE me le señaló en una

(147) En 1903, al año siguiente de ingresar por la notaría de Blanca, ganó las oposiciones al cuerpo de Aspirantes, lo que le permitió pasar a la de Valdepeñas en 1907. Antes de pasar a Madrid en 1936 ejerció también en Pontevedra y Barcelona.

(148) El 27 de mayo de 1962 fue el único notario colaborador en el número del ABC conmemorativo del centenario de la Ley Orgánica (los otros fueron el crítico literario Fernández Almagro, el agustino Félix García, los juristas URSICINIO ÁLVAREZ y PRIETO CASTRO, y el ministro Iturmendi). Allí escribió: “La historia del Notariado empieza apenas el hombre consigue fijar mediante grafías la fonética del habla, esto es desde la invención de la escritura. La conveniencia de conservar relaciones de hechos o convenciones es adquirida inmediatamente. [...] De suerte que el Notariado se instaura por la iniciativa privada, por la precisión particular. El legislador, al regular el valor y la eficacia del documento y darle el carácter de público, opera sobre lo que ya tenía vigencia consuetudinaria. Así, cuando el poder crea al juzgador, ya la costumbre había creado al Notario”.

(149) ADRADOS recuerda que en la galería de *Los españoles pintados por sí mismos*, fue el elegido para encarnar a “El Notario”.

conversación como un ejemplo de la compatibilidad plena de la pluma con otras funciones (150).

Como novelista, se difundió generosamente en las colecciones de novela corta de extraordinario desarrollo comenzadas en 1907 con "El Cuento Semanal", una de las manifestaciones de esa edad de plata de la cultura española. En la historia literaria se le desdeña, al simplemente mencionarle como novelista erótico (151), a la vez que muy escasamente se trata a Felipe Trigo, ignorando su categoría entre los grandes maestros del género (152). Pero al margen del juicio de valor, esa caracterización sólo serviría para uno de los tres grupos en los que él clasificó su producción, "las novelas de la carne", no las de "la vida (153)" y las de "las almas". Valbuena en su Historia de la Literatura, escribe que, "junto a Trigo, en su formación, supera en ambientes y habilidades a la crudeza del maestro, siendo a Trigo lo que Palacio Valdés es a Pereda (154)".

Cuando servía aún la notaría de Blanca publicó en la *Revista Jurídica* la que parece ser su primera aportación novelística conocida, *El Notario de Charcahonda*. El argumento es la vida de un notario rural, desde su ingreso hasta su muerte tumultuaria en unas elecciones. ADRADOS escribe que, a través de esa ficción, LÓPEZ DE HARO "denunció todas las lacras de la profesión". Pues indiscutiblemente, la intervención notarial en esas ocasiones llegaba a unos extremos de peligro pavorosos (155). Antonio se ocupó de ella magistralmen-

(150) Escribe ADRADOS: "Debo ser muy mal Notario y muy mal novelista –comentaba–, pues los Notarios siempre me presentan como un gran novelista y los novelistas como un gran Notario-; y esto indica que además de un gran Notario y un gran novelista era un hombre de ingenio, y un gran conversador, del que se conservan numerosas anécdotas".

(151) Su definición como "novelista rosa" no tiene otro fundamento que la ignorancia.

(152) Un estudio completo, con bibliografía exhaustiva, es el de Joaquín ENTRAMBASAGUAS, que incluyó *Yo he sido casada* en su antología de "Las mejores novelas españolas contemporáneas"; sobre el género, el prólogo extenso de Andrés GONZÁLEZ BLANCO a *La Altísima* de Felipe TRIGO (1907).

(153) A éstas pertenece su obra maestra, *Un hombre visto por dentro*.

(154) Sitúa su obra junto a las de ZAMACOIS y Pedro MATA, destacándole, "especialmente, como el que supera una moda, personal y diverso, abarcando la novela y el teatro".

(155) Así las cosas, la exposición de motivos de un Real Decreto en la materia, el 26 de marzo de 1901, que habla del "egoísmo o la apatía de los

te, desde el punto de vista jurídico por supuesto, pero teniendo a la fuerza que citar los episodios cronísticos penosos que llegaron a la jurisprudencia (156). Se trata de *Las actas electorales en su perspectiva histórica* (157), “un tema no estudiado con la debida atención y profundidad, lo que venía proyectando una evidente penumbra sobre interesantes aspectos generales del Derecho Notarial, o sobre su origen y evolución histórica”.

Llegado a este punto final de un tributo al Antonio RODRÍGUEZ ADRADOS trabajador intelectual y sabio, que no ha podido ser sino recopilatorio, a pesar de la gigantesca extensión de su obra y el óptimo balance de su calidad, no puedo por menos de situarle en un nivel más modesto que es el de Aristónico GARCÍA SÁNCHEZ en “El Notario del siglo XXI”, y es bastante el título: “La grandeza de un hombre sencillo”. Una sencillez que le fue compatible con una lucha encarnizada en defensa de los valores de la función, en el marco de los de la suprema y honrada libertad civil. Lo cual me recuerda la frase de un hombre de iglesia víctima del estado totalitario, la apelación a esa libertad interior a la que ninguna investigación puede llegar. Tampoco los valores que defendió Antonio para todos nosotros pueden aniquilarse, por abrumadora que sea su preterición. Y en esa generosidad hemos de buscar lo consolatorio quienes quedamos ante su desaparición. Al salir del funeral en los Jerónimos oímos a José Manuel GARCÍA COLLANTES expresar la honda conformidad que, ante lo inexorable de la condición perecedera, debe implicarnos el balance de una vida dada a las máximas realizaciones posibles al servicio del deber y la entrega.

Notarios que sin un motivo justificado se negaban a intervenir”, no puede por menos de ser estimada como un abuso de poder, uno de los provenientes de las altas potestades a los que el cuerpo notarial está acostumbrado.

(156) Como el ocurrido en 1883 al Notario de Carabanchel Alto, cuando al presentarse en el Ayuntamiento para levantar un acta, el alcalde, “sin más explicaciones, llamó al alguacil y mandó *encerrarle en el calabozo* de la cárcel, con orden de que se le pusieran *los grillos más pesados que hubiese*, orden que por cortesía no quiso cumplir el alguacil”. El juez municipal se excusó de intervenir en el asunto, escribiendo el Notario en el calabozo al que se había llevado sus papeles y su tintero, el acta de lo que estaba ocurriendo, sobre una lata de petróleo que allí había, haciendo después firmarla a los testigos de que había ido acompañado.

(157) RDN, 95 (1977,1) 297-402.

Lux oritur iusto et rectis corde letitia. Mi colofón personal, si se me permite, es un detalle tan leve como revelador. De una tertulia de Antonio hacía parte un médico de mi tierra y familia, Manuel García en Barbolla (Segovia), en el remanso de Madrid tras toda una vida de fecundo ejercicio rural con esa sapiencia privativa de esos médicos de cabecera de antaño. Cuando se despedían por las vacaciones, si en ellas íbamos a encontrarnos nosotros dos, siempre me transmitía su recuerdo afectuoso, pese a lo breve y cotidiano de la ausencia. Un rasgo definitorio. *Et perducant te in civitatem sanctam Iherusalem.*

¿FUE NULO EL TESTAMENTO DEL REY CATÓLICO?

Alberto Sáenz de Santa María Vierna
Notario

In memoriam.
A Antonio Rodríguez Adrados,
en agradecimiento por tanto aprendido.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN

- I. EL TESTAMENTO DE MADRIGALEJO: LA AVENTURA DE TESTAR
- II. LA DUDA: ¿FUE NULO EL TESTAMENTO?
- III. LA SUPERACIÓN DE LA DUDA
- IV. CONCLUSIÓN

INTRODUCCIÓN

Fernando II de Aragón falleció el miércoles 23 de enero de 1516, en el pequeño pueblo de Madrigalejo (provincia de Cáceres). La víspera de su muerte –el martes 22 de enero– otorgó el que resultó ser su último testamento.

Este último testamento se otorgó en la “Casa de Santa María” (propiedad de los frailes de Guadalupe), ante Miguel VELÁZQUEZ CLEMENTE, Protonotario de Aragón, Secretario del Rey y “notario público en todos sus reynos y señoríos”.

En efecto, Fernando se encontraba camino de Guadalupe, donde proyectaba asistir a un capítulo de la Orden Militar de Calatrava. Había estado primero en Plasencia, visitó luego la Casa-Palacio del Duque de Alba en Abadía (el II Duque de Alba, Fadrique de Toledo, primo suyo). Estuvo unos días en Trujillo, de donde salió el 6 de enero. También pernoctó unos días en el pequeño pueblo de La Abertura, hasta que –sintiéndose verdaderamente mal– se alojó en la “Casa de Santa María” de los Frailes de Guadalupe, en la pequeña villa de Madrigalejo.

Por tanto, claramente no es un Testamento palaciego (como fue el de la Reina Isabel en Medina del Campo) sino que es un testamento otorgado hallándose en viaje, no previsto ni programado en principio. Inesperado y decidido apresuradamente a mitad de camino.

I. EL TESTAMENTO DE MADRIGALEJO: LA AVENTURA DE TESTAR

Este testamento extremeño del Rey es un documento muy interesante desde el punto de vista de la política nacional (tanto para Aragón como para Castilla), de la geopolítica y diplomacia internacional (Nápoles y Sicilia) y también familiar y dinásticamente (1).

(1) Como base para este trabajo, manejamos siempre la edición del Testamento efectuada en 2013 por la editorial Testimonio, que cuenta con un facsímil del testamento, de notable calidad. “Testamento del Rey Fernando el Católico. 22 de enero de 1516”, Original conservado en la Fundación Casa de Alba, Proemio de la Duquesa de Alba, Estudio y transcripción de José Manuel Calderón, Testimonio Compañía editorial, Madrid, 2013.

Pero no menos crucial lo es desde el punto de vista jurídico. Y en este sentido, dos son las características que nos parecen esenciales de este testamento:

1. Es un testamento “in itinere”:

Este carácter “in itinere” del testamento es un dato que al comienzo puede parecer “anécdota”; a mí inicialmente me lo parecía. Pero conforme va pasando el tiempo y sigo estudiándolo y penetrando más en sus circunstancias, me parece que la anécdota se ha acabado convirtiendo en verdadera categoría.

Para comprender esta afirmación, vamos a tratar de ponernos en situación. Imagínese el lector:

1516, en pleno invierno (mes de enero), recorriendo esos tremendos caminos medievales de piedra, tierra y barro, sin señalización ninguna.

Una gran caravana (de cabalgaduras y carruajes, e incluso algunas andas y literas para el Rey) pretende llegar a Andalucía pero nunca en línea recta, sino en auténtico zig-zag, de un sitio a otro, de un pueblo a otro, buscando alojamiento cada día en pueblos y ciudades que acojan a una abundante corte.

A su frente el Rey de Aragón. Atravesando Extremadura, es decir, tierras de Castilla, territorios algunos de realengo, pero muchos otros de señorío, pertenecientes a algunos de esos nobles castellanos que literalmente “se la tenían jurada” (2) a Fernando por haber ayudado a Isabel a ponerles en su sitio después del nefasto reinado de Enrique IV (el hermanastro de Isabel a quien ella sucedió).

Facción de nobles castellanos que constituían –sin exageración– una partida de intrigantes egoístas que ya al morir Isabel dejaron “asomar su venganza” apoyando a Felipe el Hermoso (vistiéndolo de apoyo a Juana la Loca) y expulsándole de Castilla, de la que debía ser Regente por voluntad testamentaria de Isabel.

(2) “... la hipócrita versatilidad de la aristocracia castellana, en la que nunca se sabía del todo quién estaba con quién”, en palabras del historiador Ernest BELENGUER: “Fernando el Católico. Un monarca decisivo en las encrucijadas de su época”, Ediciones Península, Barcelona, 1999, p. 75.

Aunque al final –como es sabido– volvió a ejercer la Regencia de Castilla tras la muerte prematura de Felipe el Hermoso, la incapacidad de Juana para reinar y la imposibilidad de ninguna otra solución razonable.

Al frente de esta comitiva, un hombre ya mayor para la época (63 años), casado en segundas nupcias con una joven francesa de 28 años –Germana de Foix–, cansado y enfermo de hidropesía, afecciones intestinales y otros varios achaques, que pretende llegar hasta Andalucía.

En esta situación límite de salud, se siente definitivamente mal y desiste de llegar a Guadalupe (que constituía su próximo fin de etapa), parando su camino en el pequeño pueblo de Madrigalejo.

¿Dónde? ¿En un Palacio? No, en la “Casa de Santa María”, unas dependencias que los monjes de Guadalupe tenían en el pueblo. La Casa, lejos de ser Palacio, era una Hacienda con alguna estancia más adecentada, desde la que los monjes controlaban la explotación agrícola de las tierras que les pertenecían en la zona.

En esas condiciones llega Fernando a la “Casa de Santa María”, probablemente (3) el día 14 de enero (lunes). Su estado de salud no mejora en toda una semana en la Casa, incluso se le cayó un trozo de la mandíbula, por lo que se tiene conciencia irremediable de que ya no puede mejorar. Por eso, después de hablar con sus Consejeros y consciente de que tiene un testamento vigente (el de Aranda de Duero de 1515) que puede originar problemas sucesorios por no respetar el principio de primogenitura, decide hacer uno nuevo.

Este dato es importante: Cuando Fernando llega a la Casa de Santa María tiene en vigor el testamento que había otorgado en Aranda de Duero (Burgos) el día 26 de abril de 1515, en la Casa de Juan de Acuña y ante el mismo Protonotario, Miguel VELÁZQUEZ CLEMENTE. Por tanto, en ningún caso es un hombre que carezca de heredero o, en general, que fuera a fallecer intestado. No parecía ser urgente hacer un nuevo testamento; y sin embargo, Fernando quiso hacerlo.

(3) Según otros autores, quizá llegó a Madrigalejo el día 20. Así, LADERO QUESADA, Miguel Angel: “Extremadura y Fernando el Católico”, en *XLV Coloquios Históricos de Extremadura*, Asociación Cultural Coloquios Históricos de Extremadura, Trujillo, 2017, p. 26.

El testamento es extenso (14 folios de pergamino español, escritos abundantemente por ambas caras). Se empieza a redactar probablemente el día 21 (el lunes siguiente a su llegada a la Casa) por parte de Miguel VELÁZQUEZ CLEMENTE (Protonotario de Aragón), a quien –como es ardua la tarea– le auxilia en parte su lugarteniente, ALONSO DE SORIA.

Hay dudas de si se llegará a tiempo, pues el trabajo es mucho y la salud del Rey empeora a cada minuto que pasa. Pero finalmente el trabajo se termina el día 22 por la tarde (el siguiente martes) e inmediatamente se firma. No sabemos a qué hora, porque las leyes entonces vigentes exigían hacer constar el día, mes y año y el día de la semana (era martes), pero no exigían que se hiciera constar la hora (como sin embargo y con buen juicio, sí sucede hoy).

Por eso no sabemos la hora exacta, pero sí suponemos que debió ser al atardecer, quizás a las 6 ó 7 de la tarde cuando Fernando estampó su firma. Firma que dice escueta y mayestáticamente "Yo, el Rey".

Para su firma son especialmente llamados y rogados siete nobles y señores que acompañan al Rey formando parte de su comitiva, y que ignoran por completo su contenido. Ellos desconocen lo que dicen las cláusulas testamentarias y sólo presencian el acto del Rey estampando su firma en el documento, y ponen a continuación sus firmas y sus sellos. Y tras ellos, firma y signa el Notario Miguel VELÁZQUEZ CLEMENTE. Son, por tanto, nueve las firmas que lo atestiguan: el Rey, los siete testigos y el Notario autorizante.

Aproximadamente a las 2 ó 3 de la madrugada del miércoles día 23 (es decir, unas 8 ó 10 horas después de testar), Fernando II de Aragón definitivamente expira. Pero ha llegado a tiempo, ya ha testado de nuevo conforme a su nuevo criterio, evitando con este último testamento posibles luchas entre hermanos, entre nobles y, quizás, una guerra civil.

No me negarán Uds. que el relato no es apasionante. Tiene incluso tintes de épica legendaria y sabor a gesta extraordinaria (4). Una auténtica epopeya, un relato épico.

(4) Nada que envidiar a "Juegos de Tronos" y otras aventuras cinematográficas de hoy día. Todo, simplemente para testar.

Madrigalejo es un pequeño pueblo, que ni entonces ni hoy tiene Notario (5). Pero el Rey llevaba consigo a una parte de su Corte y también a miembros de la Cancillería aragonesa, encargada de la formación y cuidado de los documentos de la Corona.

Al frente de esta Cancillería se encontraba el "Protonotario de Aragón" (6), Miguel VELÁZQUEZ CLEMENTE, quien además de ello era

(5) En 1516 Madrigalejo no era más que una de las muchas aldeas pertenecientes al importante municipio de Trujillo. Y lo más seguro es que entonces no hubiera en la villa "escribano del número".

Sólo constan Protocolos notariales en Madrigalejo desde 1602, casi un siglo después del testamento de Fernando. Así se deduce de la "Guía de los Archivos Históricos Provinciales de Extremadura" publicada en 2.006 por la Consejería de Cultura de la "Junta de Extremadura" (pp. 238-283, especialmente p. 242).

Esta escribanía se debió mantener en Madrigalejo hasta 1862, fecha de aprobación de la Ley Orgánica del Notariado.

Y desde esa fecha no ha vuelto a haber Notario en Madrigalejo y así se mantienen las cosas hasta el día de hoy, pues en las sucesivas Demarcaciones Notariales (que son las que fijan el lugar y número de las notarías) no hay demarcada ninguna notaría en Madrigalejo.

En la actualidad, Madrigalejo tiene alrededor de dos mil habitantes que se sirven de los servicios notariales que presta la cercana notaría de Logrosán. Nos da una idea general de la verdadera situación demográfica al tiempo de testar Fernando II de Aragón el siguiente párrafo:

"... Dos de los grandes concejos realengos, Trujillo y Cáceres, no llegaban a los 1.000 vecinos; el primero de ellos ni siquiera a los 500. Otras poblaciones importantes por su carácter administrativo y político, como Llerena, Mérida, Jerez de los Caballeros, Alcántara, Valencia de Alcántara, Zafra o Medellín, tampoco alcanzaban esa cifra. Tan sólo tres poblaciones –Badajoz, Plasencia y Alburquerque– la superaban. Badajoz era ya entonces, como lo será a lo largo de toda la Edad Moderna y hasta el día de hoy, la ciudad más importante y poblada de la región, pero sus 2.000 vecinos –en torno a 8.000 habitantes– la situaban muy por debajo de las grandes urbes del Reino". RODRÍGUEZ GRAJERA, Alfonso: "La Extremadura en la que vino a morir Fernando el Católico", en el libro "Fernando el Católico, Rey", Iberdrola España-Marcial Pons Historia, Madrid, 2016, pp. 155-186 (las palabras citadas, en p. 166).

(6) Sobre la figura del Protonotario, véase en particular BALTAR RODRÍGUEZ, Juan Francisco: "El Protonotario de Aragón 1472-1707 (La Cancillería aragonesa en la Edad Moderna)", El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2001. Del mismo autor: "Los Clemente, protonotarios del Rey", "Ius fugit", Revista interdisciplinar de estudios histórico-jurídicos, número 10-11, 2001-2003, pp. 543-553.

también “notario público en todos sus reynos y señoríos” (7). Él formaba parte del “círculo” o de la “corte” más inmediata al Rey y,

Sobre el Notariado en Aragón:

– ALONSO Y LAMBÁN, Mariano: “Notas para el estudio del Notariado en la Alta Edad Media de Aragón”, Anuario de Derecho Aragonés, tomo V, años 1949-50, Librería General, Zaragoza, 1951, pp. 349-410.

– BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena: “El Notariado aragonés hasta la Ley Orgánica de 1862”, Revista Jurídica del Notariado, número 18, abril-junio 1996, pp. 9-64.

– BLASCO MARTÍNEZ, Asunción: “El Notariado en Aragón”, “Actas del Primer Congreso de Historia del Notariado catalán”, Fundación Noguera, Barcelona, 1994, pp. 189-273.

– RODRÍGUEZ GARCÍA, José Carlos: “Historia del Colegio de Notarios del número de Zaragoza”, en el libro “El Colegio Notarial de Aragón y el Palacio de los Condes de Sobradriel”, Ilustre Colegio Notarial de Aragón, Zaragoza, 2007, pp. 29-103.

(7) Es decir “escribano real” o “escribano del Rey”. La relación entre los “escribanos reales” y los “escribanos del número” siempre estuvo llena de tensiones y conflictos. La teoría parecía clara: los primeros tenían competencia en todo el Reino, pero no podían ejercer allí donde había escribanos del número nombrados por las villas y ciudades. Sin embargo, los escribanos reales podían firmar en las ciudades cuando estuvieren “... quasi transitum faciendum...”. Obvio es decir que ello dio lugar a innumerables disputas. Pero estas disputas no afectaban a los escribanos reales cuando de documentar los actos jurídicos relativos a la Corona se trataba, por lo que nunca cupo duda sobre la competencia del Protonotario para autorizar el testamento del Rey. Como es sabido, la figura del Notario moderno que hoy conocemos es fruto y mérito de la Ley Orgánica del Notariado de 1862, que creó la nueva figura tomando como ingredientes básicos a los “escribanos del número” y a los “escribanos reales”, consiguiendo un acierto pleno mediante la conseguida fusión de ambos tipos en un tipo profesional totalmente nuevo, a base de estas notas fundamentales:

a) la creación de un cuerpo único, de ámbito nacional y estructura interna a base de Colegios notariales. De los escribanos reales se tomó la dimensión nacional de la profesión; y de los escribanos del número la limitación en el número de notarías;

b) la configuración como una profesión jurídica, suprimiendo definitivamente su entendimiento como un oficio patrimonial enajenable;

c) la separación de la fe pública judicial de la extrajudicial, quedando la primera totalmente extramuros del notariado y ocupándose el Notario tan solo de la fe pública extrajudicial;

d) la oposición libre basada tan solo en un exigente nivel de conocimientos como único medio de acceso a la profesión, seguido del ejercicio personalísimo.

precisamente por eso, acompañaba al Monarca cuando decidió en 1515 desplazarse a Andalucía para pasar mejor invierno a mejores climas que la dura Castilla o Aragón.

Y por eso estaba con el Rey cuando se puso enfermo y hubo de detener su camino en Madrigalejo en la Casa de los Frailes de Guadalupe. Y por eso autorizó su testamento.

Pero debe quedar claro: Miguel VELÁZQUEZ CLEMENTE estaba en Madrigalejo el día 22 de enero de 1516 porque era el Protonotario de Aragón, pero autorizó su testamento porque era Notario y como Notario (“notario o escribano público en todos sus reinos y señoríos”).

2. Es un testamento cerrado

Esta sí es una característica jurídicamente importante. Literalmente, podemos decir que definitiva.

Desde el Derecho Romano y hasta el día de hoy se distinguen dos grandes tipos de testamentos: el abierto y el cerrado.

La diferencia fundamental entre ambas clases radica en que el contenido del testamento sea conocido o, por el contrario, ignorado por el Notario que lo autorice (y por los testigos, si los hay y cuando los haya). Es decir:

a) En el abierto, el testador expone y manifiesta su contenido al Notario en el momento de otorgarlo y, por tanto, éste conoce perfectamente su voluntad. (8)

b) En el cerrado, en el momento de otorgarlo, el testador no expone su voluntad ni al Notario que lo autoriza ni a los testigos que presencian el acto de firmarlo o de cerrarlo (que, por tanto, ignoran

(8) Dice el Código Civil vigente: “Es abierto el testamento siempre que el testador manifiesta su última voluntad en presencia de las personas que deben autorizar el acto, quedando enteradas de lo que en él se dispone” (artículo 679).

su contenido). Sólo el testador conoce en verdad su contenido y, sólo si ha querido hacerlo a través de otra persona en lugar de escribirlo él manualmente, conocerá esa persona el contenido, también. (9) (10)

(9) Dice el Código Civil vigente: "El testamento es cerrado cuando el testador, sin revelar su última voluntad, declara que ésta se halla contenida en el pliego que presenta a las personas que han de autorizar el acto" (artículo 680).

(10) Inciso sobre el Derecho español vigente.

Nuestro Código Civil (artículos 676 y 677) pretende hacer una clasificación omnicomprendiva y total de los diversos tipos posibles de testamento cuando dice que los testamentos pueden ser comunes y especiales y, dentro de los primeros, distingue tres tipos: el ológrafo, el abierto y el cerrado.

Esta directriz marcada por nuestro Código Civil para clasificar testamentos es imprecisa y provoca confusión. En efecto, hay un primer criterio clasificatorio (la verdadera "summa divisio") que es el que contrapone el "abierto" y el "cerrado" como los dos grandes tipos de testamentos comunes. Con arreglo a este primer criterio, todos los testamentos deberían ser susceptibles de encuadramiento en una o en otra categoría.

Sin embargo, inesperada y sorpresivamente el Código añade un tercer tipo, una "pieza suelta" que claramente no encaja en esa clasificación bimembre: el testamento "ológrafo". Y es que este nuevo tipo no es en sí mismo un testamento abierto (a nadie se manifiesta y se exterioriza su contenido) ni tampoco cerrado (pues no se cierra el acceso a él de forma segura, de manera que nadie lo pueda conocer hasta después de la muerte).

Sin embargo, de este segundo criterio clasificatorio no deduce el Código todas sus naturales consecuencias, pues para ello el testamento "ológrafo" debiera contraponerse al "heterógrafo" o "alógrafo". Y esta última categoría no aparece por ningún sitio en el Código.

Con lo cual, puede concluirse que la clasificación trimembre parece responder a que se entrecruzan dos criterios distintos (abierto versus cerrado; ológrafo versus alógrafo), el segundo de los cuales queda cojo e incompleto.

A mí me parece que, vista la realidad testamentaria que el Código quiso regular en 1889 (y todavía mucho más hoy en día), el verdadero criterio de clasificación testamentaria que, subyace en el Código Civil (la auténtica "mens legislatoris") sería la que los divide en tres categorías, en razón a un único criterio: la dosis de intervención notarial que se produce en cada uno de ellos.

Con arreglo a este criterio, que a nuestro juicio es el que inspira el Código, sería:

– Abierto, aquel testamento en el que el Notario aconseja, da forma, moldea y configura la voluntad del testador en cuanto al fondo de su contenido; y además, lo autoriza en el sentido de que el acto formal y solemne de firmarlo se produce totalmente ante él (y, en su caso, testigos).

En el siglo XVI (11), al testamento abierto se le llamaba “nuncupativo” (de “nuncupare”, hablar, expresarse) y al testamento cerrado, testamento “in scriptis” o “hecho en poridad” (en secreto).

El testamento abierto tenía que otorgarse ante Notario y 3 testigos vecinos; o sin Notario y ante 5 testigos vecinos.

Y el testamento cerrado debía otorgarse precisamente ante Notario y 7 testigos.

Pues bien, el testamento otorgado por el Rey Fernando de Aragón en Madrigalejo hace 500 años es del tipo cerrado (“en poridad” en romance; “in scriptis” en latín): se otorgó ante el Notario Miguel Velázquez Clemente y siete testigos.

Como fue del tipo cerrado, los testigos no llegaron a conocer la voluntad del Rey hasta que éste murió y se leyó su contenido.

– Cerrado, aquel testamento en que el Notario no moldea la voluntad del testador en modo alguno en cuanto a su contenido, pero sí que se produce ante él (y, en su caso, testigos) el acto solemne y formal de firmarlo y ser autorizado.

– Ológrafo, aquel testamento en que el Notario no moldea ni asesora en absoluto la voluntad del testador y, además, el acto de su firma y otorgamiento no se produce nunca ante Notario (ni testigos), requiriendo –como única garantía– que se escriba y firme personalmente por el propio testador, de su puño y letra y con los demás requisitos.

Resumiendo nuestra opinión: En el testamento abierto la intervención notarial es total (contenido y forma); en el cerrado, es limitada (sólo cubre la forma); y en el ológrafo, la intervención notarial es totalmente inexistente. Por eso, el testamento abierto llega al Protocolo desde el momento mismo en que se otorga por el testador, mientras que el testamento cerrado y el ológrafo no acceden al Protocolo hasta que muere el testador (pues ambos requieren de una adveración y autenticación del documento). Entendida de esta forma, así sí, la clasificación trimembre de nuestro Código Civil es plenamente congruente y puede decirse que responde a un único y acertado criterio de clasificación.

(11) Nos referimos al Derecho vigente en Castilla “en el siglo XVI, a partir de las Leyes de Toro de 1505”, pues éstas modificaron el sistema testamentario hasta entonces en vigor, imponiendo el sistema reflejado en el texto y que se mantendrá durante mucho tiempo. En todo caso, el señalado en el texto es el sistema vigente al tiempo de testar Fernando en Madrigalejo, pues ya habían transcurrido 11 años desde la aprobación de las Leyes de Toro. Por el contrario, el sistema era algo diferente (en cuanto al testamento abierto) cuando testó Isabel, pues ella otorgó su último testamento en 1504, es decir, el año anterior a la promulgación de Toro.

Sin embargo, Miguel VELÁZQUEZ CLEMENTE (el Notario autorizante) sí que conoció su contenido, ya que fue él quien redactó material y ológrafamente la voluntad del Rey testador en las catorce hojas de pergamino de que consta.

Lo dice el tenor literal del mismo testamento:

"De la qual otorgamos, fazemos y firmamos sta dicha presente nuestra carta de testamento y postrimera voluntad, en la forma ya dicha por ante Miguel Velásquez Climente, nuestro prothonotario y notario público por todos nuestros reynos y señoríos, al qual mandamos que presentes los testigos de iuso nombrados, para sto llamados y rogados, lo testifique, y que los dichos testigos vean como Nos lo firmamos de nuestra propia mano. Al qual dicho nuestro prothonotario mandamos que no publique ni lea delante de los dichos testigos ni en otra parte el dicho testamento, fasta que nuestro Señor hubiere dispuesto de Nos y que estonces lo abra y publique en presencia de nuestros testamentarios que se fallaren presentes".

[Folio 13 vuelto del testamento]

Es curioso destacar cómo nuestros Reyes han tenido preferencia notable por la forma cerrada del testamento.

Cerrados fueron los testamentos de los Reyes Católicos, el de Isabel en Medina del Campo (1504) y el de Fernando en Madrigalejo (1516).

Cerrados fueron también los testamentos otorgados por los cinco miembros de la Casa de Austria (Carlos I, Felipe II, Felipe III, Felipe IV y Carlos II) (12).

Y cerrados han sido otros muchos testamentos regios. Quizás buscando precisamente esa nota que destaca en él: su carácter secreto para todos, incluso para los testigos. Y sobre todo, para todos los miembros de la Corte.

(12) "Testamentos de los Reyes de la Casa de Austria", edición facsímil en cinco volúmenes, Editora Nacional, Madrid, 1982. Cada uno de estos cinco volúmenes reproduce el testamento de cada uno de los Austrias y cuenta con una introducción y análisis a cargo de Manuel FERNÁNDEZ ÁLVAREZ (los de Carlos I y Felipe II), Carlos SECO SERRANO (el de Felipe III) y Antonio DOMÍNGUEZ ORTIZ (los de Felipe IV y Carlos II).

Más curioso todavía es el contraste con la situación en el Derecho moderno. En efecto hoy, en el siglo XXI, el dominio del testamento abierto sobre el cerrado es literalmente avasallador. El testamento cerrado es una figura en franco retroceso, casi inexistente en la realidad vivida, en el Derecho vivo (13).

Diré como experiencia personal que yo, que soy Notario hace más de 30 años, no he firmado nunca ni un solo testamento cerrado; y sin embargo, han sido miles los testamentos abiertos que he autorizado.

Pongamos un dato estadístico sobre la mesa: En España se firman cada año unos seiscientos mil testamentos (sí, 600.000). La estadística de la Dirección General de los Registros y del Notariado ("el Anuario") no distingue entre ambos tipos, pero creo no equivocarme si afirmo que no se firmarán en toda España más de 10 ó 20 testamentos cerrados cada año (si llegan a esa cifra siquiera).

Las "Estadísticas notariales" publicadas en la página web notariado.org –dependiente del "Consejo General del Notariado"– nos permiten una aproximación mayor. En efecto, dentro de los Testamentos (grupo 02), en ellas se desglosan varios grupos; uno de ellos corresponde al grupo de "testamentos cerrados, protocolización de testamentos ológrafos y testamentos ante párroco". Las cifras de este grupo 203 desde el año 2010 son las siguientes:

Año 2010	378
Año 2011	313
Año 2012	348
Año 2013	261
Año 2014	287
Año 2015	349

(13) Para completar las "anómalas singularidades" que rodean al testamento cerrado en nuestro sistema de testar hay que resaltar que es el único documento principal autorizado por Notario español en que el original firmado no se incorpora al Protocolo, sino que lo que se incorpora al Protocolo es una copia autorizada del Acta de su otorgamiento, mientras que el original es el que funciona en el tráfico, "adosado" a la cubierta del testamento (artículos 707, 4.º y 710 del Código Civil).

La media de estos seis años, pues, son unos 323 testamentos en este grupo. Teniendo en cuenta que algún testamento ante párroco habrá en Cataluña (pocos, pero algunos); y teniendo en cuenta sobre todo que se firman muchísimos más testamentos ológrafos que cerrados (la experiencia así lo demuestra), nos reafirmamos en lo dicho: creo que en toda España no se deben firmar anualmente más de 10 ó 20 testamentos cerrados (si llegan a esa cifra siquiera).

Estas dos características principales del acto de última voluntad de Fernando nos permiten por tanto definirlo –en síntesis final– como “testamento cerrado *in itinere*”.

II. LA DUDA: ¿FUE NULO EL TESTAMENTO?

Quinientos años después de su otorgamiento, a todos nos consta como hecho notorio e indubitado que el testamento de Fernando en Madrigalejo no sólo se tuvo por válido en el momento de otorgarlo en vida, sino también tras su muerte. Es más, también tuvo plena eficacia “*post mortem*”, ya que fue ejecutado y cumplido en sus más principales disposiciones. Fue, en suma, el testamento que rigió su sucesión.

Sin embargo, algunos estudiosos sostienen que el testamento tenía un defecto insalvable desde el punto de vista jurídico: que no fue protocolizado. Así, José Manuel CALDERÓN ORTEGA y Francisco Javier DÍAZ GONZÁLEZ afirman expresamente:

“Hemos dejado para el final una cuestión importante que merece una consideración especial, la circunstancia de que el testamento no fuera protocolizado, siendo por tanto inválido conforme a la legislación castellana vigente”. (14)

Esta afirmación rotunda la formulan CALDERÓN ORTEGA y DÍAZ GONZÁLEZ refiriéndose al testamento de Aranda de Duero de 26 de abril

(14) CALDERÓN ORTEGA, José Manuel y DÍAZ GONZÁLEZ, Francisco Javier: “El proceso de redacción del último testamento de Fernando el Católico el 22 de enero de 1516”, “Institución Fernando el Católico”, Excma. Diputación Provincial de Zaragoza, Zaragoza, 2015, p. 7.

de 1515 (15), justamente el anterior al de Madrigalejo y que fue revocado por éste.

Pero como las circunstancias jurídicas son idénticas en ambos (puesto que ninguno de los dos fue protocolizado en los términos en que ellos hablan), la afirmación es totalmente trasladable por identidad de razón y circunstancias al de Madrigalejo.

Como puede suponer el lector, esta afirmación –de ser cierta– resultaría dramática para el estudio (pasado y futuro) de la Historia de Aragón y de España; y, por supuesto, demoledor para los propósitos perseguidos con el presente trabajo.

A mí, personalmente, me llevó durante un tiempo a un estado de “shock” sobre mis trabajos y conclusiones acerca del testamento de Fernando, pues parecía tumbar jurídicamente todo el esfuerzo de construcción levantado sobre el testamento de Fernando.

Téngase en cuenta que quienes esto afirman no son unos profanos. Antes al contrario, los dos son Doctores en Derecho y en Historia. Los dos son Historiadores del Derecho y profesores de la asignatura en la Universidad de Alcalá de Henares. Y el primero –además– fue durante años Archivero y Bibliotecario de la Fundación Casa de Alba (que, como se sabe, es la propietaria del original del testamento de Fernando II de Aragón).

En apoyo de tan drástica opinión, citan estos dos autores el Fuero Real, las Partidas, el Ordenamiento de Alcalá de 1348 y la Pragmática de Alcalá de 1503, de cuyas disposiciones transcriben en nota a pie de página los mandatos legales que les conducen a esa conclusión. (16)

Esas disposiciones legales a que ellos se refieren y que transcriben exigen que el testamento cerrado, una vez fallecido el testador, sea abierto necesariamente ante Juez. Esta autoridad judicial, una vez practicadas las pruebas que estime oportunas para determinar que el supuesto testamento cerrado es auténtico, ordenaría protocolizarlo ante Notario para que adquiriera definitivamente la condición de instrumento público.

(15) Parece como si no se atrevieran a formular directamente esta afirmación respecto al testamento de Madrigalejo, dado el consenso generalizado en su plena eficacia tras la muerte de Fernando II de Aragón.

(16) CALDERÓN ORTEGA y DÍAZ GONZÁLEZ: “El proceso de redacción del último testamento...”, nota 19 de las recogidas a pie de página, pp. 33 a 35.

Y esa protocolización –concluyen estos historiadores– no tuvo lugar en el caso del testamento de Aranda de Duero. Y lo mismo sucedió y habría que decir y decimos nosotros respecto al de Madrigalejo.

Consecuencias de esa afirmación:

De ser cierto lo que defienden estos dos historiadores, habría que sostener que el testamento de Fernando en Madrigalejo fue ineficaz. Y no con cualquier tipo de ineficacia, sino con la máxima posible: sería directamente nulo, con nulidad radical o de pleno derecho, que es la que resulta aplicable a los testamentos en cuanto falta alguno de los elementos formales esenciales, alguna de las solemnidades jurídicas imprescindibles para su otorgamiento. Pues no debe olvidarse que el testamento es el acto jurídico formal por antonomasia.

Y sus consecuencias imprevisibles: la sucesión de Fernando habría de regirse por el testamento anterior de Aranda de Duero de 1515 o, si éste fuera también nulo, por el de Burgos de 2 de mayo de 1512, otorgado en la Casa del Cordón ante el Protonotario Felipe Clemente. En cualquier caso, en ambos testamentos de 1515 y 1512 se nombraba Administrador de Castilla a Fernando (el nieto favorito), en lugar de a Carlos (el nieto primogénito, que luego reinará como Carlos I). Con todo lo que ello habría comportado...

III. LA SUPERACIÓN DE LA DUDA

Pero no tenga temor el lector porque –a nuestro juicio– la afirmación de estos dos historiadores es a todas luces errónea desde el punto de vista jurídico y, por tanto, completamente infundada desde el punto de vista histórico. Pero... ¿cómo llegar a demostrarlo?

Un primer intento de solución sería negar la afirmación de esos dos autores por la que podríamos llamar “razón regia”.

En efecto, estamos en el comienzo de la Edad Moderna, ante un Rey como Fernando que es un verdadero Monarca absoluto, en el que confluían los que luego conoceremos como los tres poderes del Estado moderno: el legislativo, el ejecutivo y el judicial.

Siendo esto así, se podría razonar que si Fernando tenía facultades plenas para impartir Justicia desde la cúspide del sistema judi-

cial de la época, al modo de un verdadero Juez último e inapelable, todo lo que ante él ocurre no necesita de otra intervención judicial a cargo de un Juez ordinario, pues él sería el Juez supremo que adveniría todo lo que ocurre en su presencia.

Pero esta "razón regia" tiene un fallo importante en su relato: cuando el testamento habría de ser adverado y ordenada su protocolización, Fernando ya habría fallecido. Por lo tanto, la razón regia, el "poderío real absoluto" ya no existe. No sirve.

Otro intento de solución para salvar la nulidad sería la que podríamos llamar "razón de Reino".

Repárese en la frase de estos dos historiadores:

"... la circunstancia de que el testamento no fuera protocolizado, siendo por tanto inválido conforme a la legislación castellana vigente".

De esta afirmación podría extraerse remotamente la posibilidad de que la nulidad (determinada imperativamente por las Leyes de Castilla), pudiera salvarse conforme a la legislación particular del Reino de Aragón.

Fernando, por su estatuto personal, podía testar sometiéndose al Derecho de Aragón. El es Rey de Aragón y está testando ante el Protonotario de Aragón. Podría por tanto acogerse al Derecho de Aragón, siempre más flexible en las formas que el de Castilla.

El problema, sin embargo, radica en que en 1516 en Aragón no existía la forma jurídica del testamento cerrado ante Notario (que sólo llegará a imponerse en este Reino con la publicación del Código Civil español en 1889).

Por lo que resulta imposible una protocolización notarial del testamento cerrado "al modo aragonés". Segunda posible razón también descartada.

La verdadera solución a la duda planteada no está ni en la razón regia ni en la razón de Reino. El verdadero argumento para superar la duda planteada es la que podemos denominar como "razón notarial".

Y es que los formuladores de esta opinión no han profundizado suficientemente en el dato jurídico importantísimo (repito: importantísimo) de que el testamento de Fernando no era un testamento abierto sino cerrado. Y, además, un testamento cerrado que no fue redactado por el propio Fernando (u otra persona cualquiera a petición suya), sino que fue un testamento cerrado escrito y redacta-

do precisamente, a su orden, por un notario público. Que era, por cierto, un escribano público al servicio del Rey y de la Corona de Aragón, el tantas veces mencionado Miguel VELÁZQUEZ CLEMENTE.

Que esto es así no lo decimos nosotros, sino que lo dice el propio testamento en varios pasajes:

a) Lo dice el Rey en la parte final del testamento, cuando ya ha ordenado todas las cláusulas propiamente testamentarias:

"De la qual otorgamos, fazemos y firmamos sta dicha presente nuestra carta de testamento y postrimera voluntad, en la forma ya dicha por ante Miguel Velásquez Climente, nuestro prothonotario y notario público por todos nuestros reynos y señoríos...".

[Folio 13 v.]

b) Lo dice el mismo Notario Clemente, en la cláusula de suscripción y autorización, de esta manera:

"Signo de mi, Miguel Velásquez Clemente, prothonotario y secretario del dicho serenísimo y Cathólico Rey nuestro señor y por auctoritat de Su Alteza y de la serenísima reyna de Castilla, notario público en todos sus reynos y señoríos, qui al otorgamiento y firma del dicho último y presente su testamento, por el dicho Rey nuestro señor fecho, en uno con los dichos testigos de arriba nombrados presente fuy y lo vi al dicho Rey nuestro señor de su propia mano firmar y assí bien a los dichos testigos y por mandado y requerimiento de Su Alteza lo recibí y testifiqué y parte dél de mi propia mano screví y lo otro screvir fize en estas quatorce fojas de pergamino inclusa la presente y cerré con sta de rassos. [siguen los enmendados]. Dominus Rex mandavit mihi Michaeli Velásquez Climent".

[Folio 14 v.]

Y es que desde el Derecho Común, tras la recepción del Derecho romano, se distinguen dos tipos de testamentos cerrados o *"in scriptis"*:

1. El testamento cerrado escrito de y por mano privada, en el que la intervención del Notario y de los testigos se limita tan sólo a presenciar el acto formal de firmar testador y testigos.

2. El testamento cerrado en el que el Notario y los testigos presenciaron el acto formal de firmar el testador y que –además– es redactado y escrito por un notario público expresamente llamado y rogado para ello por el testador.

En el primer caso, el testamento en sí mismo es un documento privado que no hace fe hasta que no sea publicado por el Juez, que es por ello quien debe abrirlo y ordenar su definitiva protocolización.

En el segundo caso –sin embargo– si además de presenciar la firma del testador, el notario lo ha redactado y acto seguido lo conserva en su poder, es verdadero documento público “*per se*” desde su nacimiento, y hace fe pública sin necesidad de ninguna otra prueba o publicación ante ningún Juez. No es preciso ordenar su protocolización, pues desde su comienzo ha sido protocolizado por el notario redactor.

[Un paréntesis en la explicación].

Esta doctrina del Derecho común fue formulada y sistematizada por el más célebre jurista del Derecho común, el grande entre los grandes: Bártolo de SASSOFERRATO. Pero demostrando que no sólo era grande como jurista sino también honrado intelectual, Bártolo expresamente reconoce que el planteamiento se debe a su maestro BUTRIGARIO.

Todos sabemos quién era Bártolo de SASSOFERRATO, pero ¿quién era BUTRIGARIO?

De él sabemos poco, la verdad.

Se llamaba Iacopo o Jacobo Butrigario; nació en Bolonia en torno a 1274; algún tiempo ejerció como notario y luego fue profesor en Bolonia, donde disfrutó de cierta fama y contó entre sus alumnos con el genial Bártolo. Finalmente murió en 1348. Sus obras más destacadas: “*Lecturae Digestum vetus*” y “*Quaestiones et disputationes*”.

[Paréntesis terminado].

Pues bien: esta doctrina del Derecho Común es la que pasó a Castilla y, en concreto, a Las Partidas y a la Ley Tercera de Toro.

En concreto Gregorio LÓPEZ (el gran comentarista del texto alfonsino) señala que Las Partidas no han previsto que el testamento “*in scriptis*” se haga ante tabelión. Por ello distingue: la apertura

judicial debe observarse cuando el testamento “in scriptis” se hace ante testigos y sin tabelión (notario); pero no se requiere apertura judicial cuando se hace con tabelión, pues en virtud de la propia autoridad del tabelión, la propia escritura desde su comienzo es pública y hace fe.

Antes de seguir, debo rendir aquí homenaje de admiración –una vez más– a nuestro máximo especialista en Derecho notarial, Antonio RODRÍGUEZ ADRADOS. Digo esto porque el íntegro análisis contenido en las líneas precedentes de este epígrafe, tanto del Derecho Común como de nuestro Derecho histórico, es total y literalmente deudor de su aportación en un profundo, agudo y penetrante trabajo (como todos los suyos) que lleva por título “La apertura del testamento cerrado (Notas de Historia)” (17) y que ha sido literalmente crucial para profundizar y entender las circunstancias notariales del testamento de Fernando II de Aragón (18).

Reconocida esta deuda, ya podemos seguir con el análisis histórico: a partir de las Leyes de Toro de 1505 (la Tercera se ocupa precisamente del testamento), todos los autores que se plantean esta cuestión son ya unánimes en afirmar que el testamento cerrado “notarial” no precisa de publicación judicial, a diferencia del

(17) RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: “La apertura del testamento cerrado (Notas de Historia)”, en la obra colectiva “Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez Picazo”, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, 4 tomos. El trabajo de ADRADOS se contiene en el tomo IV, pp. 5497-5512. El trabajo fue reproducido posteriormente en RDN, número 52, octubre-diciembre 2004, pp. 211-230 (con un bree post-scriptum al final de su texto).

(18) Sintetiza ADRADOS (RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, obra citada, p. 5500) la postura de Bártolo de SASSOFERRATO con estas palabras:

“Bártolo plantea la cuestión de si las tablas del testamento prueban antes de que sean publicadas ante el Juez, y distingue: el testamento nuncupativo “hace fe si es publicado por notario público” y en cuanto al testamento in scriptis conviene subdistinguir: “cuando está escrito por mano privada, sellado y suscrito por testigos según la forma de la ley Hac consultíssima... mientras es escritura privada no hace fe hasta que no sea publicada ante el juez... de donde si los testigos entre tanto murieren no valdría aquél, por lo que es peligroso hacer testamento in scriptis... Pero si el notario es rogado por el testador... Pues si se cree al notario en el testamento nuncupativo, en el que es rogado tanto del tenor del testamento cuanto de sus solemnidades, mucho más se le ha de creer en el testamento in scriptis, en el que es rogado solamente de sus solemnidades”.

testamento cerrado "privado" que, cuando se admite, necesita esa publicación ante Juez y su posterior protocolización notarial.

Es decir: después de la muerte del testador, no es necesario publicar el testamento cerrado hecho por escribano público porque desde su inicial confección personal por el Notario era ya instrumento público (19). Lo que implica que no requiere nueva protocolización, pues desde el comienzo estuvo protocolizado.

IV. CONCLUSIÓN

Todo esto, aplicado al caso de Fernando y Madrigalejo, nos conduce a una conclusión segura: no es cierto que ese testamento fuera "inválido por no haber sido protocolizado", ya que al ser un testamento cerrado hecho todo él por Notario, con la ceremonia de testar otorgada ante el mismo Notario y siete testigos y custodiado luego por ese mismo Notario (el Protonotario de Aragón), no necesitaba apertura judicial y protocolización notarial posterior, ya que desde el comienzo fue un documento notarial que, como tal, hizo fe por sí mismo sin ningún tipo de adveración judicial ni ulterior protocolización notarial.

Concluimos, pues, que el testamento de Madrigalejo no sólo no fue nulo, sino que fue plenamente válido y eficaz tras la muerte de Fernando II de Aragón.

Y de la misma forma que Antonio RODRÍGUEZ ADRADOS concluyó su citado trabajo en homenaje a Díez PICAZO afirmando: "Tenía, pues, razón BUTRIGARIO" (20), nosotros queremos concluir este trabajo en honor a ese gran Notario que fue Antonio parafraseándole a él: "Tenía, pues, razón RODRÍGUEZ ADRADOS".

(19) RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, obra citada, página 5505. En el trabajo desarrolla insuperablemente esta doctrina, recogiendo con exhaustividad las opiniones de los grandes juristas teóricos, absolutamente unánimes en el sentido señalado por RODRÍGUEZ ADRADOS.

Aparte de Gregorio LÓPEZ, incluye en esta nómina de nuestros autores clásicos a Juan LÓPEZ DE PALACIOS RUBIOS, Diego DEL CASTILLO, Antonio GÓMEZ, SALÓN DE PAZ, ACEBEDO y MATIENZO.

(20) RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, obra citada, p. 5512.

ESTUDIOS DOCTRINALES



JOSÉ BONO Y HUERTA Y LA HISTORIA DEL NOTARIADO

Antonio Linage Conde
Notario

*Para María-Teresa Díez de los Ríos San Juan,
custodia de los protocolos de Madrid*

Cuando Antonio RODRÍGUEZ ADRADOS me encargó la reseña de la *Historia del Derecho Notarial Español (en la Edad Media)*, del notario José Bono Huerta, me la encomió como la obra de una vida (1). Una evidencia. De una vida, sí, y de una vida notarial. Un epíteto con el que no nos referimos a la circunstancia de que el autor ejerciera la profesión a lo largo de su empresa erudita, sino a la inmersión de ésta en aquélla. Pues su argumento pertenecía a la fe pública que su investigador daba en la notaría. Un paralelismo idéntico al de Rafael NÚÑEZ LAGOS. Dedicado éste a la teoría del notariado, muy enriquecida con el conocimiento de su pasado; Bono exclusivamente a éste (2).

(1) No llegó a publicar el tomo tercero sobre el documento. El primero trata de los precedentes y las fuentes, el segundo de la literatura jurídica y la institución. El libro obtuvo en Ámsterdam el premio Pitio, creado el año 1893 en esa ciudad para el Fomento de la Ciencia Notarial, y en España el Eduardo LÓPEZ PALOP.

(2) Para un caso de posible revitalización de fórmulas arrumbadas, podemos citar la opinión de BONO, de estar en la redacción subjetiva "la composición diplomática más apropiada de la personalísima última voluntad o *lex testamenti*".

LA VOCACIÓN DE JOSÉ BONO

Yo sólo tuve una conversación con BONO, de la cual subrayo dos impresiones. De un lado, algo que se advierte continuamente en la lectura de sus escritos, y es la integralidad de su atención a la materia estudiada, desdeñando cualesquiera tangencialidades ajenas, no por falta de curiosidad sino por el rigor exigente del argumento. De otro la modestia, la humildad, precisamente por ese monopolio del interés y la pasión por el tema de su obra y su vida que no le dejaba espacio a las frivolidades de la puntilliosidad (3).

Nació el 15 de marzo de 1916 en las inmediaciones de Valencia, Torrente. Hijo de magistrado, vivió en Gandía, Murcia, Huelva, Jaén y Sevilla. Empezó muy pronto a leer apasionadamente. "Superada la fase habitual de las novelas de aventuras, desde Salgari a Víctor Hugo y Agatha Christie, con catorce años conoce la *Historia de los heterodoxos españoles* de Menéndez Pelayo", cuando llevaba ya cuatro aprendiendo alemán (4). Muy pronto empezó a estudiar por su cuenta, el latín y sus lenguas derivadas, el inglés y la Paleografía. Era ya una tenacidad por aprovisionarse de las herramientas necesarias para penetrar sin barreras en los dominios de su interés.

(3) El balance de las relaciones de Bono con el mundo universitario es altamente positivo. Todavía se mantiene su memoria, se le valora y se le ha homenajeado. Pero no fue así desde un principio en todos los ámbitos, y cuando él lo aludía era incidentalmente, dentro del relato de su andadura y como explicación accidental de las particularidades de hecho de su labor. Sin ningún sentimiento de preterición. Una manifestación libraria de su modestia es que no amplió el título de su tratado, aunque se ocupa extensamente de notarios extrahispanos. En el homenaje necrológico que le tributó la Universidad de Sevilla en el Aula de Grados Carriazo, dijo Alfonso SÁNCHEZ MAIRENA: "Para quien dice estas palabras, BONO ha sido el referente desde cuando comenzamos nuestros estudios de Historia Medieval y de los documentos notariales en la Universidad de Málaga allá por 1991-1992, lo que se reforzó al adentrarnos en la Diplomática del documento privado cuando preparábamos las oposiciones al Cuerpo Facultativo. En nuestros primeros trabajos archivísticos, el recurso a su obra era obligatorio. Con los años aún seguimos consultando sus libros y artículos cuando trabajamos sobre el notariado medieval en nuestros estudios sobre la catedral de Lugo". Los opositores a Archivos preparan ciertos temas por "el Bono".

(4) M. AGUILAR GARCÍA y J. ÁLVAREZ-SALA WALTHER: *Les grands noms du notariat espagnol: J. B. H.*, en "Le Gnomon. Revue internationale d'histoire du notariat" núm.154 (2008,1) 21-28 (traducido de "El Notario del siglo XXI", 2007).

De los cinco años de la carrera de Derecho, cursó dos en Sevilla como libre asistente, uno en Granada desde Jaén, y oficial los dos últimos en Sevilla. De las asignaturas, le atrajo la Filosofía del Derecho, teniendo contactos con Felipe GONZÁLEZ VICENT (1908-1991), muy conocido en Tübingen para donde le ofreció una beca que las circunstancias le impidieron aceptar.

Terminó la guerra civil como teniente de Intendencia. Hizo las primeras oposiciones posteriores a la contienda, en 1942. Obtuvo la plaza de Coria del Río, en el colegio sevillano del cual nunca saldría. El año siguiente leyó su tesis sobre *La documentación privada en León y Castilla en la Alta Edad Media*. Le dieron *cum laude* los historiadores del Derecho GALO SÁNCHEZ y TORRES LÓPEZ y el romanista Álvaro D'ORS.

Ya quedaba fijado el doble camino paralelo de su dedicación profesional y su actividad intelectual. Desde sus tiempos iniciales en la Biblioteca Nacional tras de las huellas de Nicolás Antonio, hasta las últimas horas, fue un traperero de las referencias documentales, de las fórmulas, de las cláusulas, de las abreviaturas, de las notas, en una labor diseccionadora del instrumento público, tan riguroso en el examen de los pasados como por ley lo había de ser en los que iban formando su protocolo. De extremo a extremo de la Península por su buceo de las fuentes –de la Ciudad de Gibraltar en San Roque a Ripoll y Santes Creus–, y de Europa también por sus inquietudes y bibliografía, precisas para completar su dedicación.

A los dos años de ejercicio se trasladó a Tarifa, y al cabo de casi treinta a Sevilla, donde le alcanzó la jubilación, que disfrutó durante más de un cuarto de siglo. Murió en su ciudad de adopción en febrero de 2013, cuando le faltaban poco más de tres años para cumplir el siglo de edad (5).

Si a lo que BONO llamó Historia del Derecho Notarial nosotros preferimos decir Historia del Notariado, no es con intención de enmendarle la plana, sino para dejar implicada una característica del

(5) Textos suyos ajenos a su dedicación conocemos: *De la sencillez, cercanía y sentido común*, en "El Ciervo", núm.689 (2007) 13-46; *¿Qué España queremos tener en 2020?*, en el volumen "La España que necesitamos, del 20-N a 2020" [coord. Fernando JAÚREGUI (2022)] 52-61; y *Fomentar en la sociedad la conciencia de defensa*, en "Enfoques de España", I (2006) 275-288.

ámbito jurídico de su argumento. Es la esencialidad de la persona del notario, una nota que no puede quedar ausente del mismo. Derecho notarial, y Notariado o Notarios están indisolublemente unidos. Sin el notario dedicado en su función pública a la dación de fe, ésta y el instrumento público, que ella autentica y precisamente por eso es público, son inconcebibles. A la inversa, para representarse a los notarios ajenos a ese menester, habría que hacer un esfuerzo imaginativo, tras el cual nos encontraríamos ante un panorama de meros estados de hecho distintos y extraños.

En otras esferas del Derecho no es corriente que ese protagonismo personal llegue a una coyunda tan íntima. Recuerdo la materia a la que dedicó don Joaquín GARRIGUES el curso en que yo fui su alumno, el Derecho Cambiario (6). Los interesados que en él se mencionan y le constituyen nos resultan fungibles, están en un plano diverso al de las relaciones jurídicas que son su materia, propicias en su evocación incluso a las evasiones literarias, sin que ello implique preterición de la sustancialidad de la condición de comerciante para esa disciplina. Ahora bien, y dicho quede de paso, si no se puede pensar en un Derecho Notarial sin Notarios, es posible que los notarios sean creadores del Derecho en ámbitos jurídicos que van más allá del específico suyo, ramas pertenecientes al contenido de sus escrituras diríamos y no sólo al continente, llenando las lagunas del ordenamiento legal en las materias conexas con su menester, de lo cual serían fáciles los ejemplos, tanto que no es precisa su consignación (7). Sólo vamos a citar la labor secular de los *scriptores* de la Alta Edad Media quienes, en aquel mundo romano-germánico, preservaron tanto en una demarcación como en la otra el conocimiento un tanto oscurecido del Derecho heredado de los mayores. BONO cita

(6) De tanta envidia y posibilidades de desarrollo que recuerdo haberle oído la cita de que para enseñar a discurrir a los niños, las matemáticas podrían sustituirse por el Derecho de la Letra de Cambio. Puede parecer frívolo este cotejo, por la índole de funcionario público del notario, que el comerciante no tiene, pero hay que tener en cuenta ser una clave de la especificidad del Derecho Mercantil.

(7) Una cuidadosa y fina revista a las soluciones técnicas dadas por la práctica notarial a las cuestiones generales del Derecho de obligaciones, de sucesiones y de familia y del procedimiento, según Bono imprescindible, es la extensa introducción de H. von VOLTELLINI, a su edición de *Die Südtirolen-Notariats. Imbreviaturen des 13 Jahrhunderts* ("Acta Tirolensia", 2; 1899).

en apoyo de este aserto, nada menos que la obra clásica de SAVIGNY, aparecida en 1834, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*.

El mismo Bono escribió (8) que "la Historia del Derecho Notarial es la historia jurídica del documento notarial y por tanto la historia de la institución notarial o Notariado y de su función documental: la formación del Derecho, la ordenación negocial o formulación escrita de los *negotia*, el sistema negocial recogido en esa misma formulación escrita, y la doctrina del valor jurídico del documento notarial (9), [mientras que] la Diplomática notarial es la del documento formalizado por el notario, [de manera que] ambas disciplinas pueden imaginarse comprendidas en dos círculos secantes, que determinan un área común (10). Y cada una en círculos tangentes a otras: la Diplomática a la Filología, la Paleografía, la Historia económica, la literatura; la Historia a la del Derecho".

Por eso la historia del Notariado queda ajena a la polémica que se suscitó en Alemania y no ha podido por menos de tener ecos por doquier, de la sustancialidad o no de la Historia del Derecho. Sus negadores, argumentando la mera índole teórica y abstracta de su materia, a su juicio irrelevante por sí misma para el conocimiento de la realidad social, se habrían tenido que detener ante la historia del Notariado, dada la densidad que lleva consigo del Derecho vivo, algo que no requiere demostración.

Thomas Mann, en su novela *Alteza real*, describe una hoja de papel que contiene los cálculos de un matemático. La hoja es todo un paisaje. No sólo las cifras y su disposición sino los variados signos, dan la imagen de un mundo críptico exclusivo. De algunos libros de erudición podría decirse casi lo mismo. Hay ediciones críticas con

(8) *Diplomática notarial e historia del Derecho Notarial*, en "Cuadernos de Historia del Derecho" núm. 3 (1996) 177-190.

(9) Cita entre sus cultores a Roger AUBENAS (1903-1989), Robert LATOUCHE (1881-1973), Richard HEUBERGER (1850-1914) y Fritz KERN (1884-1950).

(10) La Diplomática Notarial reivindica su autonomía frente al pseudoconcepto *-Ur Begriff-* de su encasillamiento en el *Privaturkunde* o acte privé. Insistiendo en los precedentes *-STEIDACKER, REDLICH, BÜARD, GIRY-*, en el VII Congreso de Diplomática de Innsbruck de 1995, Cr. BRÜHL pidió una racional distribución de la materia; seguimos a BONO, *Conceptos fundamentales de la Diplomática Notarial*, en "Historia. Instituciones. Documentos" núm.19 (1992) 73-80.

más espacio para las notas que para el texto –las variantes de los manuscritos colacionados y otras–.

El libro de BONO, por su índole de gran síntesis, no podía llegar a ese panorama pero se le aproxima. Su erudición es inmensa, haciendo necesarias muchas siglas, y las referencias son constantes, con la exigencia de frecuentes y diversas abreviaturas.

Por cierto que su manera de citar es la alemana, que a los latinos nos resulta áspera, y en su caso denota la familiaridad con la bibliografía germánica. Citas cuya abundancia yo atribuyo a la generosidad del autor. No quiere reservarse para sí sus saberes, y por eso entrega al lector los medios de completarlos y ampliarlos, sin quedarse con nada en el tintero.

Su cultura y su dominio de los idiomas, y no sólo los vivos, asoma por doquier. Así empieza un prólogo sobre la que el jurista Niceto ALCALÁ-ZAMORA llamó en el título de un libro “potestad jurídica sobre el más allá de la vida”: “El humano sentimiento de la finitud de la existencia, *Sein zum Tode*, el pensamiento clave de la filosofía existencial de Heidegger ya fue intuido líricamente por Horacio... *fugaces...*”. Y continúa con un *excursus* por sus versos latinos (11).

A veces leyendo un libro se está seguro de tener el autor una cierta y rica biblioteca particular. Por ver citados libros que en el país del autor no se encuentran. Ese es el caso de los que atesoraba Bono en su casa de Barbate.

En la antigua carrera de Escribanos de España, se exigía cursar algunos estudios en la Escuela Superior de Diplomática (12). Luego quedaron reducidos para los notarios a las letras y lectura de los documentos de los siglos xvii y xviii, sin la asignatura de Diplomática. La Real Orden de 1 de septiembre de 1880 concretaba esa obligatoriedad en un examen de Paleografía. Se mantuvo en el Real Decreto de 14 de agosto de 1884, que refundió la Escuela Superior del Notariado en la Facultad de Derecho (13). Parece que BONO, para

(11) *El testamento como “voluntatis sententia”*, su composición diplomática moderna, “Revista jurídica del Notariado” 23 (1997) 215-232; es la introducción a un libro que citaremos sobre la muerte en Córdoba.

(12) Equivalía a la subsistente y prestigiosa *École des Chartes* francesa.

(13) Desconocemos cuando esa exigencia cesó. ¿Acaso al extinguirse la Escuela de Diplomática en 1900, fusionándose con la Facultad de Letras?

entregarse a la pasión de su vida, tuvo que examinarse a sí mismo, pero si así fue no aprobó por recomendación.

De paso, incluye en su libro la bastante bibliografía para iniciarse en la historia de los notariados italiano, austríaco y alemán, suizo, húngaro, belga y holandés, francés, polaco, e incluso inglés, además del eclesiástico. Nos recuerda con ese motivo, y a esta hora de Europa es más acuciante la cuestión, que "el estado actual de la investigación no permite trazar una historia del Derecho Notarial europeo, aunque existe suficiente bibliografía por países para suplir la falta de una exposición conjunta". Humildemente pedimos a Bruselas una atención a esta asignatura pendiente.

BONO ha escrito la historia del notariado español desde los días de Roma (14), pues para las anteriores apenas si quedan fuentes y escarbar en ellas no habría sido propio del plan de una obra general (15). Lo que nos plantea la cuestión de los requisitos mínimos precisos para que una institución, sea cual sea la denominación que

(14) Naturalmente, una parcela del notariado de todo el Imperio. Para precedentes no estrictamente occidentales, H. STEINACKER, *Die antiken Grundlagen der frühmittelalterlichen Privaturkunde* (1927). Las citas que tomamos de BONO las hacemos tal y como éste las consigna.

(15) Los alude Alfonso GARCÍA GALLO, Los documentos y los formularios jurídicos en España hasta el siglo XII, en el "Homenaje a Núñez Lagos" (=Anales de la Academia Matritense del Notariado =AAMN, XXII,1 (1977) 115-177. "Hay en el libro de BONO un significativo lapsus o mejor apariencia de él. Dice que la Historia del Derecho Notarial español "abrazaba desde el siglo XIII, término inicial en que se instaura legal y fácticamente el *notarius publicus* y se reconoce al instrumento público plena pública *fides*". Pero sin embargo, él trata del documento romano y de los siglos intermedios, las centurias de los precursores. Acaso en un principio pensó limitarse a esa época, que ya es la de nuestro notariado y sus protocolos. A este propósito recordamos un curioso episodio de la historia de nuestra Unión Internacional. A falta de un santo patrón, se adoptó el día Dos de Octubre como celebración equivalente a la que habría sido la festividad del mismo, un "santo no canónico" que dijo NÚÑEZ LAGOS. Pero cuando siguiendo la tradición se decidieron a sustituirle por un santo de "los que están en el calendario", encontraron en Roma un "notario", San Ginés, con las salvedades que veremos al tratar de la fe pública allí; puede verse nuestro libro *Los santos patronos del Notariado y de los Notarios* (Consejo del Notariado, 2017) .

haya recibido, merezca ser considerada notarial y llevada a cabo por notarios aunque se la dé otro nombre (16).

Notemos la opinión de una enciclopedia ya clásica: “En todas las legislaciones se ha impuesto y reglamentado la mediación de ciertos funcionarios como testigos cualificados para dar autenticidad a actos graves e interesantes”; “Notaría, notariado, Notario (17)”.

Nuestro propósito aquí es dar a conocer la obra de BONO, por una parte como merecido tributo a su memoria, por otra para señalar a los investigadores futuros los caminos a seguir para continuarle hasta llegar a la luminosa historia de nuestro pasado en esta hora de Europa, una parcela inmersa en su variada unidad.

LA DEFINICIÓN DEL ARGUMENTO

Es evidente que para atraer un documento a la historia notarial ha de aparecer en él un tercero, persona distinta de sus interesados y partes, y la presencia e intervención suyas han de añadir algo a su valor jurídico, por reconocimiento legal o incluso de hecho, un atisbo de fe pública de alguna manera, aunque no se llegue a la transformación del documento convirtiéndole en público. Y el documento ha de pertenecer al Derecho privado.

En otro caso se nos llevaría a instituciones distintas, a las que para sacar de nuestra parcela hay que aludir, reconociéndolas algún parecido con ella pero desde fuera. Se trata de la fe pública de los funcionarios integrados en el mismo organismo que crea el documento de Derecho público. Es la judicial que tienen a su cargo los secretarios de los juzgados o tribunales –ahora Letrados de la Administración de Justicia–, la de los entes locales en su caso, e incluso los de otros ámbitos en el Derecho Administrativo. Otra cuestión es la planteada, en la esfera del Derecho Canónico, por los notarios

(16) Evidentemente ni siquiera es posible aludir aquí a la historia universal de la documentación jurídica y en su caso de la fe pública o sus atisbos. Un notario, el ex-ministro de la Guerra, Diego Hidalgo, no pareció haber vuelto muy bien informado de la realidad notarial de la Rusia soviética, sobre la que escribió un libro de viaje.

(17) *Diccionario de la Administración Española XI* (dir. Marcelo MARTÍNEZ ALCUBILLA; 6.ª ed., Madrid, 1923), 692.

eclesiásticos, pues éstos han desempeñado a veces menesteres genuinamente notariales de Derecho privado, como autorizantes de documentos pertenecientes al mismo en que uno de los otorgantes es una persona eclesiástica o derivados de actuaciones de su competencia, dando incluso lugar a conflictos de ésta (18). No hay que perder de vista la índole un tanto absorbente de la canonística (19). Dejadlos éstos casos aparte, no es notarial el documento emanado de una autoridad, al servicio de cuya misión está el funcionario que le conforma, muy lejos del documento creado por una persona privada que recurre al fedatario buscando la impronta que, directa o indirectamente, da al documento su intervención.

La cuestión más decisiva en este orden de cosas es la planteada por el llamado notariado sajón, o de tipo inglés, que NÚÑEZ LAGOS definió como la negación del Notariado (20). A la vista de tantos millones de personas que viven ajenas a la fe y el documento públicos o casi, podría pensarse que el notariado carece de sustantividad, siendo una creación artificial y contingente en la historia y en el presente. Pero si reflexionamos nos damos cuenta de que, aunque resulte paradójico, esa situación sirve para la demostración contraria.

Pues el notariado sajón no deja de ser notariado. Sus notarios legitiman las firmas de los autores de los documentos, aunque en el Reino Unido sólo los destinados a surtir efectos en el extranjero. Que en los Estados Unidos se hayan extendido al ámbito interno, es un dato revelador. Ni más ni menos que un exponente de la necesidad del notariado también allí donde está reducido a la mínima expresión, o sea cuando el documento público consiste sólo en esas legitimaciones, pero no es todo el documento firmado por los legitimados, que sigue siendo documento privado. Por otra parte, esa capitidisminución del notariado allí se explica porque en su sistema

(18) Cfr. H. BRESSLAU, *Handbuch der Urkundenlehre* (3.^a ed., 1958).

(19) Recordemos que el Derecho Canónico ha sido supletorio de algunos derechos forales en España hasta el umbral de nuestros días. De ahí la presencia de títulos canonísticos en las bibliotecas de NÚÑEZ LAGOS y VALLET DE GOYTISOLO. Véase J. A. SCHMIDT, *De notariis ecclesiae orientalis et occidentalis* (Helmstadt, 1715).

(20) Véase Vicente FONT BOIX, *El notariado en los sistemas de Derecho latino y anglosajón*. El notariado latino en Inglaterra, AAMN XXII,2 (1978) 59-228; en el V había tratado Diego HIDALGO de *El Notariado en los Estados Unidos y especialmente en el Estado de Nueva York*.

jurídico va mucho más lejos, afecta al documento escrito en sí, en buena parte sustituido por la prueba testifical que a la postre se escribe (21). Pero no vamos a entrar en más detalles, pues lo que nos ocupa es nuestro notariado latino que ya se ha hecho universal.

Siendo esta ampliación la mejor respuesta a nuestra aprensión (22). La pronta entrada en la Unión de los países germánicos se explica. Precisamente fue Alemania una de las tierras de promisión del Derecho Romano, más allá sobre todo en el tiempo del motivo de la pertenencia al Imperio de alguno de sus territorios. Aun así, su recepción del notariado latino, y más lejos, en una hipertrofia de la significatividad, la extensión del sistema hasta el Extremo Oriente, en países más relacionados con la cultura anglosajona que con la romano-germánica, da qué pensar.

Otro extremo a tener en cuenta, es que el Notariado lleva consigo un reconocimiento por el Estado de la esfera jurídica legítima de los particulares, dotándola de una investidura pública a cuyo servicio pone a los notarios, los cuales actúan rogados al requerimiento de los ciudadanos. En definitiva es un ámbito de libertad que surge mediante la protección del desenvolvimiento del individuo y sus asociaciones en sus relaciones jurídicas. Saltan a la vista en cambio los ámbitos excluidos y que no la precisan, materia en la que no entramos pues hemos de volver al pasado.

LOS *TABELLIONES* Y LA FE PÚBLICA EN ROMA

Comienza pues BONO tratando del documento en el Imperio Romano, los *tabelliones* y el *instrumentum*. Define al *tabellio* como "un escriba profesional, dedicado a la escrituración de los negocios jurídicos de los particulares", un profesional libre, aunque "bajo la

(21) Un menester que tuvieron a su cargo los *tabelliones* romanos, aunque no desnaturalizaba el suyo escriturístico. Sin embargo, por Ulpiano sabemos que los *praesides* de las provincias se le solían prohibir.

(22) François DE TINGUY DE POUET, dijo en el Colegio Notarial de Madrid: "Con vocación tardía, he elegido y justificado mi elección para ejercer como notario. Mi convicción profunda de su misión para permitir las más adecuadas relaciones entre los hombres"; AAMN, XXIII (1981) 241-261.

vigilancia bastante rigurosa del Estado (23)". Es evidente por tanto su labor de asesoramiento, y presumible la confianza de las partes al recurrir a él (24).

NÚÑEZ LAGOS escribe que el *tabellio* era un jurista paralelo al abogado, pero no intervenía en lo contencioso, sino únicamente en el asesoramiento de los contratantes y en la redacción de sus negocios jurídicos. Desempeñaba la misma función de consejo y redacción que hoy tenemos los notarios latinos (25)". Pero como "sus documentos sólo posteriormente se convertían en públicos, por la solemne formalización ante el magistrado", no ve "el menor indicio de que esos documentos redactados por ellos tuvieran ninguna de las notas características de la fe pública, que en Roma, lo mismo que hoy día, únicamente emana del funcionario público".

Efectivamente, según BONO nos dice "el documento del *tabellio* no tenía *fides publica*, que estaba reservada a la escrituración *in actis* de las autoridades que tenían el *ius actorum conficiendorum*", las cuales eran los gobernadores de las provincias, los magistrados ora municipales ora superiores, y los obispos.

Ahora bien, la labor del tabelión antes de que sus documentos recibieran la investidura de la fe pública, era muy parecida a la de los notarios actuales hasta el momento de la llamada audiencia notarial, o sea el otorgamiento y la autorización del documento. Un dato relevante es que no había una incomunicación integral entre esa escritura del tabelión y el momento de la fe pública, pues "cuando ése testimoniaba la legitimidad del mismo, en el proceso en que se adujera el documento, y aseveraba sobre las circunstancias del acto de la escrituración" tenía prácticamente mucho peso.

Ello nos induce, sopesando el factor humano y el legalista desde el punto de vista de la continuidad entre los tabeliones de Roma y

(23) Insiste en que su labor era de rango jurídico, participando del *scribere* de los juristas prácticos postclásicos. Parece que su retribución era muy baja. Pero ello nada quiere decir. Yo he conocido en mi larga vida muchos cambios sociales, y en todos ellos el lucro no ha estado en proporción a los méritos, el prestigio y la trascendencia de la tarea.

(24) Sobre la "actividad dictaminadora, escrita y asesora del jurista", cita la entrada de KLINGMÜLLER en la "Realenziklopädie der klassischen Altertumswissenschaft" de PAULY-WISOWA-KROLL, (1894) 2.^a 857-8.

(25) *El documento en Roma*, "Revista de Derecho Notarial" 68 (1970) 51-84 (y en sus "Estudios de Derecho Notarial"; Madrid, 1986; 2, 85-105).

los actuales notarios latinos, a tenerlos como precursores cercanos. Por otra parte, la investidura de la fe pública recaía sobre los documentos que ellos habían elaborado, y con vistas a la pretensión de la misma. Eran la materia dispuesta para recibir esa forma (26).

Sin que esto quiera decir que las escrituras de los tabeliones no fueran formales. Pues exigían la consignación de la *completio* del mismo *tabellio* –*teléiosis* en Oriente–, que era el equivalente de la autorización; y la *absolutio* o “entrega de conformidad” del documento entre las partes, muy cercana, si no equivalente, a la *traditio chartae* (27). La *completio* era la cláusula de perfección que cerraba el documento (28). La fórmula del perfeccionamiento era el *complevi* y *absolvi*, donde estaba “el germen de la cláusula de autorización del notario público medieval”.

Además, y esto bastaría para valorarlos muy alto, los tabeliones en Oriente se mantuvieron sin modificaciones durante el Imperio bizantino, y en Occidente conservaron durante los siglos de la antigüedad tardía y el tránsito al medievo, “las tradiciones profesionales y documentales antiguas”.

Fueron estos últimos los que entonces empezaron a utilizar en su práctica el título de *notarius*, usado antes sólo en la cancillería imperial, donde los así llamados tenían a su cargo la formación de los expedientes (29), si bien ese título no llevaba consigo el perfeccionamiento legal y doctrinal de la función, lo cual vendría después.

Estamos tan habituados a llamarnos y que nos llamen notarios, que en la percepción corriente perdemos de vista la etimología de la palabra, la cual es nítida. Se trata de algo genérico, habiendo por lo

(26) Los *tabularii* eran funcionarios subalternos de la autoridad que confería la fe pública. A veces desempeñaban funciones notariales típicas, como el testamento del ciego ante siete testigos. Pero recordemos que también nuestra legislación admite algunos testamentos no notariales.

(27) Antes de escribir el *complevi*, el tabelión leía el documento o le daba a leer a los otorgantes.

(28) A veces, pues hay variantes territoriales, la *completio* era posterior a la *absolutio* y la exigía.

(29) Llamando con ese vocablo la atención hacia esa clara etimología, *notarius*=el que nota o anota. Primeramente, los llamados notarios equivalían a los antiguos tabularios. En la cancillería había un *primicerius* de los notarios, y una *schola* (no para su formación, pues esta acepción es la colegial). El vocablo empezó a usarse más tarde por los notarios eclesiásticos.

tanto podido quedarse con la denominación otras profesiones, como con el nombre de escribanos que simultaneaban nuestros inmediatos predecesores y le tienen aún los compañeros de algunos países. La palabra fedatario habría tendido ya más a lo específico. Pero ahora nos fijamos en que el uso de la palabra notario no implicó un hito decisivo en la evolución del oficio hacia el parentesco más próximo con el notariado latino de hoy (30), cercanía que se fue abriendo paso en las llamadas *Scripturae Romanicae* de los territorios occidentales del antiguo Imperio.

La consumación se produjo en el renacimiento del Derecho que tuvo lugar durante el tránsito de la Alta a la Baja Edad Media. Pero un renacimiento es una vuelta a nacer, exigente de una gestación. Y ésta fue la de los largos siglos intermedios, antes y después del breve renacimiento carolingio (31). De ahí la atención que hay que prestar a los anticipadores de la metamorfosis (32).

De los siglos VI a VIII, BONO se ocupa de la Italia romano-bizantina, la longobarda, la franca occidental o merovingia al norte y el sur del Loire, la alamana o franca oriental, y la visigoda. En los siglos IX a XII, de la ordenación carolingia y los notarios del reino itálico, Roma y los territorios pontificios, la Italia meridional, los territorios franceses y alemanes, además de los hispánicos de su argumento.

LA EUROPA DE LA ALTA EDAD MEDIA

Aborda inmediatamente el estudio del notariado en estos siglos. Queremos decir que no se detiene en consideraciones abstractas, teóricas o propicias al ensayismo aunque éste pueda ser bello. Ello no implica que su mentalidad y la parte expositiva de su empresa sean

(30) En el exarcado de Ravena notarios se llamaban sólo los eclesiásticos. Para los demás se seguía usando el vocablo de tabeliones. También en Roma, durante el pontificado de san Gregorio Magno, había *notarii sanctae ecclesiae Romae*.

(31) Es significativa la valoración del historiador Vicens Vives. La tuvo muy alta de la cooperación del notariado en la acuñación de la Cataluña contemporánea. Pero también estimó la de los escribas pre-notariales.

(32) Para la evolución del desenlace negativo en Inglaterra, es muy interesante el libro de Cheney, *Notaries public in England in the 13th and 14th centuries* (1972).

de un positivismo seco, pues en la urdimbre de noticias que da, cabe que cada lector inserte su tejido polícromo. De esta manera, el autor ni siquiera menciona la cuestión que ha hecho correr tanta tinta del elemento germánico en el Derecho español (33). Ahí está la sustancia jurídica que nos deja para que cada uno saque sus conclusiones.

Además de la supervivencia de los tabeliones en algunos territorios, advertimos en esta época un predominio de la escrituralidad sobre la oralidad. Ello salta a la vista en el Derecho procesal del que a la fuerza habían de llegarnos más testimonios, y es evidente que tenía que reflejarse en el estadio de las relaciones jurídicas anteriores a la esfera contenciosa cuando ésta surgía.

Por la fuerza misma de las cosas se mantuvieron los escribas profesionales, del Derecho queremos decir ino de la caligrafía! En cambio decaen los efectos de la *insinuatio*, la veste de sus documentos con la fe pública conferida por la intervención de las autoridades. Para ello podía haber un obstáculo añadido, la falta de identidad de las instituciones administrativas entre una y otra situación. Sin embargo, la adaptación no hubiera sido difícil, incluso tampoco una instauración *ex novo*.

Hasta el extremo de que nos hace reflexionar, y en esto queremos insistir porque confirma esa sustantividad notarial de que decíamos y que no ocultamos vamos buscando, nos da qué pensar en si el mantenimiento de la escrituración a cargo de los precursores de los notarios y el debilitamiento del recurso a unos funcionarios ajenos a ellos para su refrendo, no estaba presagiando la solución definitiva de la puesta de la fe pública a cargo de los mismos (34).

(33) Tengo a ese propósito un recuerdo del primer congreso de historia medieval al que asistí. Era sobre San Fructuoso en Braga, el año 1966. Un desconocido religioso portugués presentó una comunicación sobre el supuesto germanismo de la regla monástica del santo. Glosó y divagó. En el coloquio, un conocido catedrático español de Historia del Derecho, por cierto también religioso, le dijo que no veía por ninguna parte tal germanismo. El interpelado no pudo contestar sino, resignadamente, que había reconocido desde el principio la dificultad del tema.

(34) Pedimos perdón por hacer una cita que puede parecer frívola y literalmente nos aleja de nuestro tema, pero *servatis servandis* puede elaborarse con vistas a él, sin perder de vista su género desenfadadamente literario: "Si refiriéndonos a Dios pudiéramos suponerle necesidades, creeríamos que la primera que experimentó sobre este triste mundo fue la de crear el cargo de Notario. Suele estimarse que en la expulsión de nuestros

Por otra parte, esa situación coincide con el desenvolvimiento de las formas documentales.

En la Italia romano-bizantina bajo el dominio ostrogodo continuaron los tabeliones, manteniendo la ordenación justiniana (35), "dedicando su actividad profesional indistintamente a los romanos y a los germanos y luego a los bizantinos". BONO afirma que "ellos fueron a su modo, tanto entre las unas como entre las otras poblaciones, los que conservaron y extendieron el conocimiento del Derecho", algo que en el notariado será permanente junto a esa su aludida labor creadora cuando resultaba necesaria.

En Ravena esos tabeliones estaban colegiados ya en el siglo VI, en una *schola forensium civitatis*. Se llamaban pues forenses, lo que denota que tenían su despacho en el foro, y no una connotación procesal. Esa fidelidad al pasado determinó que en su ámbito sí se mantuviera la protocolización de sus documentos en los *gesta municipalia*.

En Roma también hubo los *tabelliones urbis* los cuales, mucho más adelante, en el siglo X, fueron llamados *scriniarii ecclesiae Romanae*, que no debemos confundir con los notarios eclesiásticos del Papa, *notarii sanctae ecclesiae Romanae*, cuyas funciones aquí no nos interesan. Ese vocablo para designar a los notarios aparece bastante. Se deriva del escriño o arca para guardar papeles, el protocolo que llegará a ser (36).

Primeros Padres del paraíso se manifiesta la función judicial, pero ése es otro error mantenido por la Jurisprudencia. En aquel atardecer profundo, en aquel ocaso del buen vivir, no se dictó una sentencia contra Adán ni hubo juicio ni proceso. Simplemente, se procedió a una rescisión de contrato por incumplimiento de condición, y de esa rescisión y ese incumplimiento interesaba al Señor un testimonio como base de nuestra responsabilidad, como antecedente, en lo humano de su justicia"; Gregorio DE ALTUBE, *Sentido reverencial y valor literario del Notariado*, conferencia en la Semana Notarial de Santander (Madrid, Reus; 1953; y AAMN, V). Recordemos esa "tendencia al notariado" que había antes de que surgiera el notariado mismo, como la estudiada por MARTÍNEZ SARRIÓN en los documentos del monasterio de San Gall.

(35) "La carta del tabellio ravenatense muestra unos rasgos muy conservadores, con terminología tomada de las compilaciones teodosiana y justiniana".

(36) BONO cree que esa palabra significa despacho. Puede ser sólo de manera indirecta.

En el reino longobardo no hubo en cambio una clase profesional de escribas, pero forzosamente sí *scriptores* ocasionales. También consta que los notarios eclesiásticos, que se llamaban *notarii* y expansionarían definitivamente el vocablo por todo el Occidente, a veces prestaban su ministerio de redacción jurídica a los particulares (37). Sin embargo, en cuanto a la forma documental, el modelo longobardo coincidió con el romano-ravenate. Tuvo el carácter de prueba preferente en juicio, lo que llevaba consigo una restricción del uso del juramento. En el camino de la futura fe pública notarial pues donde cada vez esa actuación longobarda se valora más.

En la Francia merovingia hubo escribas judiciales, *notarii*, en algunos territorios *cancellarii* (38) que escrituraban los negocios jurídicos ante el juez, y también se mantuvo el requisito del refrendo por la *insinuatio* ante las *gesta municipalia*. Pero además había *scriptores* particulares que actuaban a requerimiento de las partes, aunque con el escollo de que el documento privado no servía de medio de prueba (39).

En las tierras ostfránicas o germánicas, el panorama es coincidente, por la dualidad de los *cancellarii in iudicio residentes* y los *scriptores* privados. Pero no debemos perder de vista que la actuación de estos *cancellarii* judiciales, en el orden de cosas que nos ocupa era siempre rogada. Sin embargo, en cuanto a la prueba, el documento privado tenía mejor trato que entre los merovingios, pues se admitía sin exigírsele ningún requisito especial (40).

La escrituralidad, la conformación de los negocios jurídicos a través de una *scriptura*, es la norma en la España visigoda. Sus correspondientes *scriptores* eran en la práctica equivalentes a los longobardos. Es interesante el testimonio de san Isidoro, que incluye en el *ordo curiae* al *scriba publicus* o *tabellio* o *exceptor*, cuyos documentos se protocolizaban en esa misma curia municipal. Concordantemente, se restringía la prueba oral ante testigos, y más aún

(37) Por eso estaba justificado el recurso, como patrón, a San Juan Nepomuceno que tuvo ese oficio.

(38) Se les llamó también amanuensis, palabra que sin proponérselo rebajaba su categoría hacia *der freien Erbleiben in den Rheingegenden*.

(39) Estaba en cambio previsto para ciertos casos el duelo judicial.

(40) Salvo el requisito de *ponere super altare*, exigible para la *traditio chartae* en las enajenaciones a favor de la Iglesia.

el juramento. Si bien “las *scripturae* podían ser formalizadas bien por un escriba bien por el propio otorgante, *auctor, conditor*, con la intervención de testigos instrumentales”. En todo caso “el documento constituía la prueba plena del negocio escriturado”.

La ordenación carolingia instituyó el nombramiento oficial de los notarios por los *missi* o el *comes* local. El sistema se extendió al reino longobardo, al ser conquistado por los francos; antes sus *scriptores* se llamaban *scribae publici* o *notarii*, por la función, no por el origen. En uno y otro territorio coincidían en tener sus auxiliares o *discipuli*; *ex dictato magistri* era la fórmula de éstos.

Lotario I exigió a los *scriptores* la competencia jurídica, *notarii legibus erudiri et bonae opinionis*. Casi siempre eran clérigos, a diferencia de los de Ravena y la Romaña.

Los notarios eclesiásticos también a veces actuaban a requerimiento de los particulares (41). No en Roma, como antes apuntamos, los notarios papales, por lo cual los *tabelliones urbis*, que luego fueron llamados *scriniarii ecclesiae*, acabaron cambiando el título por el más acorde a su menester de *scriniarius et tabellio urbis Romae*.

En el ducado de Nápoles, desde el siglo x los únicos escribas autorizados eran llamados curiales, por su organización colegial en una curia jerarquizada. El mismo régimen había en los ducados de Gaeta y Amalfi; en este último innovaron cuando resultaba preciso en la contratación mercantil allí copiosa y dinámica. Mientras que en los territorios bizantinos del sur itálico se impuso el neohelenismo y se contrataba en griego, aunque los escribas no mantuvieron la organización imperial corporativa de Oriente.

Hasta que en la Lotaringia y las tierras germánicas tuvo lugar una siniestra reacción contra el documento o el escrito sin más. Apenas tenía más valor que el de los testigos intervinientes si es que lo corroboraban, o como preparación para demostrar materialmente su legitimidad (42).

(41) No serían raros en el antiguo régimen los notarios con titulación profesional eclesiástica y civil; por ejemplo, de la entrega al sacristán del mobiliario de la parroquia de San Bartolomé de Sepúlveda, en 1754, da fe Juan DE VITÓN, “escribano del Rey Nuestro Señor (que Dios guarde), notario público, apostólico y ordinario por ambas potestades”.

(42) A veces se les sustituía por una consignación extractada en libros

Los *scriptores* ocasionales a veces ni mencionaban su nombre, a no ser que figuraran como testigos. BONO habla de amanuenses ocasionales también, a veces llamados *clerici*, pero no en sentido canónico sino en el de alfabetización (43). Así hasta que llegó el siglo notarial, la centuria luminosa del Doscientos.

En España, BONO no se ocupó del notariado de Al-Andalus. No debió acomodarle la necesidad de conformarse con las fuentes secundarias (44). En los Estados Occidentales cristianos, señala a los *scriptores*, casi siempre clérigos, a veces anónimos, pero con indicios de profesionalidad –tal la presencia de los mismos individuos en fechas sucesivas, y el mantenimiento de la terminología técnica visigoda, ambos fenómenos inexplicables de haber sido su ministerio esporádico–.

registros particulares –*Akten* o *Traditionsbücher* en la terminología diplomática alemana–. Ello era un reconocimiento vergonzante de la necesidad de la escritura.

(43) *Clercs* se llaman todavía en francés los oficiales de notaría, y en Inglaterra el *clerk to the Council* es el secretario del ayuntamiento.

(44) El notario VICENTE FLÓREZ DE QUIÑONES TOMÉ se ocupó de ellos: *Pruebas y notarios en el islam medieval*, "Revista de Derecho Notarial" 16 (1957) 213-285; *Formularios notariales hispanomusulmanes*, AAMN, XXII,1 (Homenaje a Núñez Lagos; 1978) 181-226". Antes SALVADOR VILA, y fray JOSÉ LÓPEZ ORTIZ: de éste *Los formularios notariales en la España musulmana*, "La Ciudad de Dios" 95 (1926); Algunos capítulos del formulario de Abensalmun de Granada, "Anuario de Historia del Derecho Español" (1927); *La recepción de la escuela malequí en España*, *ibid* (1930); *La jurisprudencia y estilo de los tribunales musulmanes de España*, *ibid.* (1942); *Derecho musulmán* (Barcelona, 1932). FLÓREZ dice que el Derecho Notarial español "es la labor de nuestros predecesores cristianos y musulmanes", y hace esta afirmación llamativa: "El clásico Rolandino, con todos sus aditamentos y comentarios, aun en su estructura externa, podría pasar como una adaptación del formulario de Abensalmun: No queremos insistir en una semejanza que nada insinúa, pero es extraño incluso la coincidencia de la portada veneciana con la edición de Abensalmun". ¿Habría podido ser una adición de las huellas del Islam encontradas por ASÍN en Santo Tomás de Aquino, San Juan de la Cruz, el monacato y la *Divina Comedia*? A propósito del artículo de JOSÉ MARÍA PIÑOL AGUADÉ, *Documentación cordobesa preislámica de aplicación de Derecho privado*, AAMN, XV (1962) 97-133, hay que notar que LÓPEZ ORTIZ no encontró ninguna huella notarial musulmana en la documentación peninsular cristiana de la Edad Media.

Los escribas de los monasterios también servían a particulares. *Notarius* era una denominación que se usaba poco y por influencia de los eclesiásticos. En el siglo XII ya aparece en castellano la palabra escribano.

En Navarra y Aragón los escribas eran casi todos *presbiteri*. Bono dice que su profesionalidad también se manifiesta por la uniformidad de la redacción, indicativa de la utilización de formularios. Las tradiciones documentales eran las visigodas. Luego esos escribas van siendo sustituidos por seculares. Hay indicios de zurupétos, que a veces eran *clerici*. En Huesca aparece el título de *scriptor publicus*, pero ya en el siglo XIII.

Son de interés sus observaciones sobre Cataluña, donde seguía el mismo cuasi monopolio de los *presbiteri* y los *diaconi*, pero "la tradición visigoda, fuerte y viva, no ahogaba la práctica con formulismos y se desenvolvía en una perfecta adecuación a las exigencias cambiantes del tráfico jurídico en una sociedad de tipo feudal", notándose desde fines del siglo XI la elevación de su técnica, en lo que hay que ver una huella de las enseñanzas monásticas y catedralicias (45). Era una actividad documental intensa, realista y a pesar de las formas poco tradicionalista, que coincidía con la de las ciudades castellanas, aragonesas y navarras (46).

Considera BONO que los escribas de los monasterios y las curias episcopales eran entonces los únicos representantes de la cultura jurídica. A través de sus propios modelos fueron "los centros de irradiación de unas tradiciones documentales", de manera que si la fijación de esos modelos fue un resultado de los formularios, "su unificación y depuración se debe a la labor oscura y anónima pero decisiva de aquellos escribas que, por estar dotados de aptitud técnica, los van paulatinamente perfeccionando".

(45) La redacción documental estaba englobada con la epistolar en la enseñanza del *trivium*, el arte del *dictare*, muy impulsado desde la segunda mitad del siglo XI, a partir del *Breviarium de dictamine* de Alberico de MONTECASINO. Pero la literatura del *ars dictandi* no se difundió en España.

(46) Salvo los territorios aferrados a las tradiciones de Oviedo, ciudad a la que BONO llama la Ravena leonesa. Eran los espacios asturleonés, gallego y de parte de la Cataluña vieja. Sobre la renovación en las tierras del Rin, cita a SCHWIND, *Zur Entstehung der freien Erbleiben in den Rheingegenden* (1891).

Generaliza la conclusión de que "el desenvolvimiento altomedieval del documento de Derecho privado en España, en un claro paralelismo y en ajustada sincronía con los demás países de tradición románica, como Italia y la Francia meridional, muestra la transformación de la *scriptura romanica*, aquí de impronta visigótica hasta el siglo XI, en el documento preboloñés, despojado de formalismos y con una redacción simplificada pero técnica".

Curiosamente, al aproximarse el decisivo cambio, en el Occidente feudal se estaba produciendo la involución de que ya hemos dicho. El documento retrocede, se le relega a prueba de formalidades físicas o declaraciones de testigos, es un símbolo contractual más. Aunque a la postre se acabó siguiendo el camino "de la escritura a la escritura", desembocando en la sustitución de la misma por los resúmenes inscritos de que diremos, esos sí antecedentes del protocolo de hoy (47).

Mientras tanto, en Italia se desarrolló una copiosa práctica redaccional común. Hasta llegarse de esa manera a una diferenciación de largas consecuencias entre los países románicos y los germánicos que incluían el centro y el Norte de Francia. Los primeros abrazarían el *instrumentum publicum* con entusiasmo. Los últimos sólo tras "una larga y penosa evolución secular".

Todavía nos queda ocuparnos de la Baja Edad Media y, sin embargo, creemos conveniente referirnos aquí al cambio de las edades y su discusión, pues para la historia del documento notarial y los notarios, la última se anticipó. Mientras tanto hemos visto a Bono pasearse fluidamente por Europa a lo largo de unos siglos de una historiografía más difícil, por dispersa y oscura, que los de la relativa unificación posterior (48).

(47) No tratamos aquí de los procedimientos de prueba sustitutivos, como la carta partida y el sello, pues son más de un ámbito procesal que notarial.

(48) No debe perderse de vista este fenómeno. Aunque apenas interese a nuestro argumento Inglaterra a estos efectos, conviene recordar que no sabe demasiado de su historia anterior a Guillermo el Conquistador.

LA LUZ DE BOLONIA

Todas las divisiones y separaciones cronológicas de la historia son convencionales (49). Antes nos referimos al deslinde entre las edades Antigua y Media, donde ha habido que acuñar la expresión *tardo antico, spät Antike*. Una fecha clave para el correlativo entre las edades Media y Moderna es el descubrimiento de América. A nadie se le ha ocurrido tildarlo de medieval por tener lugar ocho años antes del fin de un siglo que a la Edad Media se adscribe, aunque todos no estén de acuerdo. Pero ese evento no fue casual, como lo habían sido algunos testimonios indiciarios de arribadas efímeras de la una a la otra orilla (50). No habría sido posible sin la previa labor de la náutica y la cartografía. Y así las cosas, ¿con qué fecha quedarnos? Se nos viene a las mientes un libro seductor, *El otoño de la Edad Media*, de Huizinga. Cualquiera de sus páginas nos asoma a un panorama que poco tiene que ver con los días visigóticos y merovingios. Pero a pesar de todo no nos sentimos todavía en la modernidad.

La solución puede venirnos de la otra separación, la interna entre Alta y Baja Edad Media. Entre los comienzos de esta última y los cuadros tardíos de Huizinga ya no se nota una cesura radical. La sustitución del trueque entre cosas por la economía dineraria y de mercado, extendida a productos de una lejanía antes de inconcebible acceso, pues había que esperar a que los caminos tuvieran más caminantes; las universidades suplantando a los centros de enseñanza anteriores de que hemos tenido que decir por su repercusión en el mundo documental; los frailes mendicantes tomando en el protagonismo de la vida consagrada el relevo de los precedentes monjes; la burguesía nueva abriéndose paso en el viejo entramado feudal, todos estos fenómenos son transformadores de la visión del mundo de los hombres que asistieron a su alumbramiento.

(49) Y eso que nos estamos limitando a nuestra historia europea o enfocada desde nuestra óptica. El Extremo Oriente, América precolombina y África no nos brindarían precisamente paralelos demasiado exactos.

(50) Aunque un caso permitiera a don Claudio SÁNCHEZ-ALBORNOZ trocar la historiografía por la novela futurible; el de unos pescadores de la Lisboa musulmana que parece llegaron a la otra orilla y volvieron, por supuesto sin enterarse.

Esa profunda metamorfosis de la sociedad y la economía no podía por menos de reflejarse en el Derecho. Al ser distinto el contenido de las relaciones jurídicas, tenían que variar correlativamente las normas aplicables, su nomenclatura incluso, y las formas de su acuñación. Baste pensar en esa nueva contratación mercantil, y co-tejar panorámicamente los castillos cabeza de tierras feudales con las ciudades acogedoras de las iniciativas de una clase ascendente.

De ahí que, cuando a fines del siglo XI, Bolonia tomó la iniciativa, su armonización con las fuerzas dominantes en curso se extendiera a toda una Europa que a la vez se entregaba a la variedad sin plantearse siquiera la pérdida de la unidad. No siendo su elección una elaboración *ex novo* sino la resurrección del sistema del Derecho Romano (51), derecho que por otra parte no se había olvidado en los siglos intermedios, aunque sin llegarse a esa visión de conjunto (52).

La centuria siguiente fue ya el florecimiento del servicio renovador de los Glosadores (53). Simultáneamente, en la Iglesia, Graciano, un monje camaldulense del monasterio de los Santos Félix y Nabor en la misma ciudad, de cuya vida apenas se sabe nada más que ese dato, recopiló el llamado *Decreto* de su nombre, abierto a las ineludibles novedades que después fueron dando lugar a las *Decretales* (54).

(51) Aunque no conociera el instrumento público. Pero su derecho sustantivo proporcionaba la base para su acuñación.

(52) H. KANTAROWICZ, *Über die Entstehung der Digestenvulgata* (1910); antes en la "Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung", 30. Del vigor del mundo estudioso en los días de esta revista da idea que tuvo otras dos secciones, la germánica y la canónica, junto a esa romana. BONO también cita el prefacio de Mommsen a la edición del Digesto de 1870, y escribe que se trató de "un grandioso movimiento renovador, un nuevo pensar jurídico justiniano que sustituyó al teodosiano-alariciano hasta entonces imperante".

(53) Aquella ebullición de reflexiones, vivencias, sensaciones e incluso sentimientos, manifestada en la fecundidad de tal literatura jurídica, era exigente de un libro completo, de una recopilación unificadora. De no haberse elaborado seguiríamos notando su laguna. Pero tuvo su trabajador, Accursio que fue su *cheville ouvrière*.

(54) De su futuro en la posteridad es el mejor dato que, cuando ya entrado el siglo XX, la Iglesia se propuso tener también su Código, como ya le tenían las legislaciones civiles, y arrumbó formalmente sus recopilacio-

De la impronta del Derecho Romano en la formación de los profesionales europeos del Derecho durante las generaciones sucesivas, de la mía sólo sé decir que su sustitución por otra habría tenido que ser una reeducación integral, imposible una mera adaptación. Recuerdo de un abogado de la Castilla rural, en los tiempos de mi padre, que recordando las aulas romanistas de la Universidad Central, las valoraba como la base de todo el Derecho privado de su práctica (55).

Era el *Corpus iuris civilis*, de cuyo cultivo y culto, escribía en Heidelberg el año 1954 Wolfgang KUNKEL al frente de una décimosexta edición, que *Iuris Romani pervestigandi docendique fundamentum esse Corporis Iuris Civilis editionem sub auspiciis Theodori Mommsen perpetratam inter omnes viros doctos constat*. Hacia 1860, el ayuntamiento de Torrevieja, una población reciente y más aún desde el terremoto de hacía un cuarto de siglo, dio a algunas calles nombres del mundo clásico. Uno, que felizmente pervive, no fue de un personaje de la historia o la mitología en la cresta de la popularidad, pero sí acreedor a la distinción, el del jurista ULPIANO. Esos ediles de nuestra costa mediterránea nos parecen más acertados que las autoridades académicas francesas que han sustituido en los planes de estudio "Derecho Romano" por "Derechos de la antigüedad".

Este era el terreno preparado para el surgimiento de un notariado esplendoroso, cuya continuidad no se ha interrumpido hasta nosotros los notarios latinos de hoy. "La doctrina notarial de los Glosadores –escribe BONO (56)– se forma en la segunda mitad del siglo XII, con las opiniones de los *cuatro Doctores* –MARTÍN, BULGARUS, JACOBO y HUGO–, y de los glosadores de la generación siguiente, como ROGERIO

nes, el tratado clásico de la canonística anterior, y de influencia decisiva en la nueva, el de Franz Xavier WERNZ (1842-1914), se tituló *Ius Decretalium*. Ambas empresas se habían refundido en el llamado Derecho Común, una fraternidad de la que da idea que los dos, el Canónico y el Romano, fueron como del primero hemos dicho, supletorios conjuntamente del propio foral en algunas regiones españolas. Era el *utroque iure*, del cual se decía que los eclesiásticos expertos en la pareja tenían la mejor recomendación para ascender al episcopado.

(55) Para su cotejo con la excepción inglesa del Common Law, ni me siento autorizado ni sería de este lugar.

(56) Su tratamiento de esta materia es modélico, por la cita de las fuentes y la bibliografía y la transcripción de los textos decisivos.

y ALBERICO, y quedó refundida en la Glosa Accursiana. Esta doctrina, aunque en buena parte es expresión de los hechos de la práctica documental, aparece como una construcción sobre los textos justinianos, cuya terminología recoge, y carece de precedentes en la literatura jurídica pre-boloñesa (57)“.

Es decir, que en un tiempo nuevo, exigente de una acuñación jurídica a la fuerza innovadora, en el ámbito documental, la respuesta consistió en un perfeccionamiento que ha resultado definitivo, pero no basado en un Derecho diferente, un panorama que por eso los puristas podrían considerar un segundo nacimiento, a pesar de las deficiencias que en nuestro reducto había tenido en los días clásicos, sólo precursores como hemos visto. Lo cual nos induce a los notarios a reflexionar sobre las posibilidades potenciales de nuestro menester para acoplarse a las nuevas exigencias de las sociedades y también de las técnicas –recordemos la anticipación sugerida y entrevista por CARNELUTTI en nuestra Academia Matritense (58)–. Tanto que, el aparente arcaísmo de ciertos moldes, no es tal, sino un tributo a la perennidad de unos valores cuyo arrumbamiento sería siniestro.

Naturalmente por Conan Doyle, conocemos la aseveración de Sherlock Holmes de que “un hombre observador puede aprender mucho mediante el examen justo y sistemático de cuanto le rodea”. Lo cierto es que un lector observador puede penetrar en los textos antiguos si les empieza por leer despacio. Así la literatura notarial de aquellos tiempos en Bolonia.

En la cual quedó definido el notario como una *publica persona*. Quien tenía por misión los *instrumenta conficere*, es decir autorizar los documentos públicos. Misión que era de interés público, *officium ad publicam utilitatem pertinens*.

Ahora bien, y este extremo es el que debe retener nuestra atención, en este interés público de sus documentos estaba la justificación de la cualificación como pública de la persona del notario.

Sin embargo, en el sistema romano, los tabeliones no investían de públicos a sus instrumentos. Para conseguir esa elevación esta-

(57) A nadie se le ocurre endosar a la imagen de una ciudad cualquier indeseable casualidad relacionada con ella. Para los notarios nos sería, de entrada, imposible en el caso de Bolonia.

(58) *La figura jurídica del Notario*, en el tomo VIII.

ban las autoridades judiciales, políticas o administrativas que antes enumeramos. ¿Por qué pues, en el tiempo de la plétora romanista, no se tomó ese sistema del antecedente romano, sino que se prefirió encomendarlo al notario mismo, que de esa manera unificaba en su sola persona los dos oficios?

Esto da qué pensar. Y nos reconduce precisamente al contexto novedoso de la sociedad de entonces. Ésta era dinámica, ágil, alejada de la anterior tendencia al inmovilismo, pero sin detrimento de su seguridad. Y creyó encontrar una respuesta más adecuada en la atribución de esa potestad al notario redactor. De cuan acertados estuvieron sus juristas portavoces es la prueba decisiva su supervivencia hasta nuestros días, abriéndose incluso paso sobre los escombros del antiguo régimen cuando a éste llegó la hora del ocaso definitivo (59). Quedando unidas ambas etapas tan diversas de la historia en el reconocimiento por el Derecho público de las legítimas conveniencias e intereses de la vida privada de los ciudadanos (60). Ello en la plenitud de la autonomía de su voluntad, llegando hasta esa disponibilidad de una función pública para actuarlo.

Teniendo que notar aquí también el requisito formal que desde ese principio aparece, la exigencia de un resumen del documento inserto en este mismo, la *scheda, breviatura o imbreviatura*, donde estaba además la *rogatio* de las partes al fedatario. El siguiente paso sería la destinación a ese resumen de un folio aparte. Y de su archivo por el notario surgiría ya el protocolo de las matrices, quedando definitivamente relegado de esa manera a la esfera de las copias reproducibles lo entregado a los otorgantes.

(59) Se dijo haber sido la única institución que se salvó de las anteriores a la Revolución.

(60) En nuestro reciente artículo en esta revista, *Rafael Núñez Lagos y el notariado*, sugeríamos que la lectura de la obra de este maestro por algunos notarios sajones podría convertirles al notariado latino. Eso más bien en el plano de los deseos. Para el de las realidades nos acaba de llegar el testimonio mejicano de José Antonio MÁRQUEZ GONZÁLEZ: "La figura del *notary public* en algunos estados de la Unión Americana ha logrado, en los últimos años, una evolución técnica legislativa en buena medida favorable a la función, tal y como ésta ha sido catalogada tradicionalmente en los *Principios del Notariado Latino*"; ¿*Qué es lo que hace un "notary public"*?, en "El Notario del Siglo XXI", núm 71 (2017,1) 156-159.

La aportación de la canonística a esta decisiva elevación del notariado estaba tanto más puesta en razón en cuanto sus notarios tenían ante todo el oficio de dar fe de documentos públicos (61). Por eso no nos extraña demasiado un testimonio que puede verse, por lo terminante de la expresión, como un precedente del nuevo sistema, el anónimo *Ordo iudiciarius*, quizás escrito el año 1170 en París, el cual distingue el instrumento privado, *quod fit privata persona, ut ab aliquo qui non habet officium notarii*, del público, *quod a publica persona conficitur*.

LA IRRESISTIBLE DIFUSIÓN

Era natural que fuera en Italia donde antes se abriera paso la nueva concepción del Notariado. Apareciendo entonces en todo el *regnum italicum* al norte de Roma, los notarios comunales, nombrados por las ciudades y adscritos a ellas. Sus colegios fueron andando el tiempo poderosos, como se manifiesta en las huellas arquitectónicas de sus sedes y en capillas de que se hicieron cargo en las iglesias. Hay que buscar la explicación primera en la fuerza de las ciudades mismas, consecuencia de la falta de unificación del país y del debilitamiento e incluso inexistencia de las potestades superiores. En todo caso sentimos ese panorama más cercano a nuestras actuales demarcaciones notariales.

Más significativo, por entroncarse con la nueva sustancia de la intervención notarial, es su reflejo normal en el documento. El notario ya no es sólo un *scriptor*, sino un fedatario. Es de su aseveración de lo que la eficacia jurídica del documento depende. De ahí que no bastara la fórmula sencilla del *scriptor*, el *scripsi et firmavi*, ni

(61) De no haber otros motivos, reiteramos que éste bastaría, por encima de la mera curiosidad intelectual y jurídica, para explicar la presencia de tratados canonísticos en las bibliotecas notariales; a los efectos de esa significación de los catálogos librarios, cfr., M. NIEDERKORN BRUCK, *Unterricht und Wissenschaftspflege im Spannungsfeld von Universität und Kloster. Neue Erkenntnisse zum Buchbestand und Bücherzuwachs der Melker Bibliothek zwischen 1365 und 1517*, en "Universität und Kloster. Melk als Hort der Wissenschaft im Bannkreis der Universität Wien-fruchtbarer Austausch seit 650 Jahren"; ed. G. Glassner y M. Niederkorn-Bruck" ("Thesaurus Mellicensis" ed. G. Glassner; Melk, 2016, 99-127.

siquiera la de la consumación –o perfección pero del negocio jurídico entre las partes–, *complevi et dedi*–, sino que se imponía dejar constancia de la presencia y percepción sensoriales del *scriptor* ya convertido en fedatario, *interfui, vidi* (62) *et audivi*. Otra modalidad, ya más evolucionada, es subsumirla en la expresión genérica, *in publica forma confectum*, una afirmación del mismo notario que acaba de realizar la *audiencia contractus*.

Se va abriendo paso la idea del protocolo, mediante la conservación regulada de las imbreviaturas o minutas, ya basada en el principio de la matricidad, que llega a ser una doble y aun triple redacción y en algunos casos siendo la literal ya una genuina matriz como las de ahora. Hubo ciudades, como la propia Bolonia y Padua, que crearon en seguida un *registrum memorialium* de las transcripciones de dichos resúmenes, lo cual fue luego la norma común.

Se distinguen con claridad las dos fases del documento notarial, el fondo, o sea el compromiso jurídico, y la forma, o sea la redacción; el acto y el documento, *Handlung* y *Beurkundung*, *actio* y *conscriptio*, *convenientia* o *voluntas* y *scriptura*.

El *ars dictandi* para la redacción, que se desarrolló sobre todo en Italia y Alemania, tenía una índole genérica, no sólo para juristas. Por eso, junto a él surgieron en esta nueva etapa los formularios judiciales y notariales, éstos al principio no separados sino insertos en el mismo *De ordine iudiciorum* procesal y por eso insuficientes.

Hasta que se llegó al *ars notariae*, tratados escritos por los propios notarios, que fueron precedidos por las series del *Formularium tabellionum*, empezando en la recensión toscana de uno boloñés hacia 1205, seguido por los de Conrradino de Padua, el *Formularium Florentinum*, y el veronés de Ventura de San Floriano.

El primer tratadista del *ars notariae* (=arte de la notaría) o *ars notaria* (=arte notarial) fue Rainero DE PERUSA, notario y profesor de la materia en Bolonia, como sus dos sucesores de quien hemos de decir a menudo, SALATIEL y ROLANDINO, éste autor de la *Aurora* (63).

(62) Este verbo explica que Santa Lucía haya sido patrona de los notarios en ciertos lugares, como Zaragoza.

(63) *Meridiana* llamada después de las adiciones de Pedro DE UNZOLA, notario desde 1275. BONO cita la queja de Manuel ALIAGA, en *El escribano perfecto, Espejo de escribanos* (Tarragona, 1782), de que los de ese tiempo se contentaban con la *Cartilla Real* y algunos formularios de memoria, "sin

¿Les podemos considerar precursores de nuestros actuales preparadores de oposiciones? De alguna manera, creemos que sí. Los dos últimos eran niños cuando ya RAINERO ejercía la profesión, no muy entrado el siglo XIII, y llenaron con su vida la mayor parte de la centuria, longevos por lo tanto según la época.

BONO estima que la mayoría de los españoles cultores no sólo de la historia del Derecho Notarial sino también de la materia del notariado mismo –aunque ya hemos visto son inseparables– no han entendido bien la característica del *ars notariae*, y la identifican con una habilidad, siendo así que se trata de una técnica, por eso distinta de la *scientia notariae*. RAINERO se ocupó de ambas, o sea del estudio jurídico o Derecho material de la escrituración, *de iure*, y del estudio práctico, *de facti, in cartis*, condicionado por las circunstancias de cada caso. A mí esta distinción me recuerda, con un colorido inevitable, mis tiempos del despacho, cada uno de los números del protocolo.

Llegó a clásica la tripartición que RAINERO hizo del argumento, a saber los pactos y contratos, los actos de última voluntad, y la fe pública judicial, que entonces estaba atribuida a los notarios (64).

Enjuiciando la obra de los tres, BONO opina que “el *ars notariae* de Salatiel es superior a la de Rainero, y el formulario muestra una sensible modernización del contenido. Pero la densidad y complicación del pensamiento no le hicieron muy apto para el trabajo profesional de los notarios, por lo que fue inmediatamente desplazada por las obras de Rolandino, de inferior nivel teórico pero de mejores características didácticas, y de más amplia casuística, aunque no fue nulo

haber visto ni aun tenido noticia de ROLANDINO, GALÍ, COMES y otros autores clásicos”.

(64) BONO se ocupa también aquí de la aportación de los notarios eclesiásticos, el *stilus curiae*; “los notarios actuantes en todas las curias eclesiásticas tenían no sólo el cometido de la escrituración de las actuaciones procesales, sino también el de la extensión de los documentos extrajudiciales que se formalizaban ante la curia (*vg.*, los *procuratoria*), además de que ocasionalmente actuaran como notarios en negocios de particulares. Esta actividad notarial fue atendida por una propia literatura de formularios y de tratados notariales, en la que podemos distinguir la surgida en relación a las curias episcopales y la nacida para la práctica de la curia papal”.

el influjo de aquél en Italia, pues buena parte de su pensamiento pasó a la obra rolandiana (65)".

Conocida es la monumental edición que NÚÑEZ LAGOS hizo de la *Aurora* para el Congreso Notarial de Madrid el año 1950. De su estudio incluido sobre *Rolandino y el documento notarial*, opina BONO ser "extremadamente dogmático, y precisado de algunas rectificaciones, por ejemplo en lo referente a los conceptos de *exemplar* y *exemplum* y *rogatio*". Dejados aparte estos detalles, ello resulta significativo de la diferencia entre estos dos grandes del notariado a la que nos hemos empezado refiriendo. BONO fue el historiador estricto, NÚÑEZ LAGOS el tratadista del Derecho vigente aunque con una formidable armadura histórica.

A su vez, y seguimos en el Doscientos, "surgen las primeras ordenaciones legales del *officium* y nace la nueva disciplina del Derecho Notarial, sobre una base romano vulgar y consuetudinaria", aspecto este último que no debemos olvidar.

En el reino de Sicilia, tanto en su parte insular como en la napolitana peninsular, tuvo lugar el primer reconocimiento legal del *publicus notarius* posterior al de la Italia Superior. Fue en las llamadas Constituciones de Melfi, promulgadas por Federico II en 1231. Era la nueva legislación del *Liber Augustalis*. Simultáneo fue el de los condes de Provenza (66), donde desde principios de siglo ya recabaron para sí la regalía notarial, o del nombramiento de los fedatarios, y aparecieron los *notarii publici domini comitis*. Temprano fue también el Tirol meridional, o sea el principado episcopal de Trento y territorios aledaños. El de Venecia se extendió a la costa de Dalmacia.

El modelo italiano penetró en Suiza, en una parte adscrita a la órbita germánica –*die geistlichen Richter* del obispado de Chur, presencia del libro de Rolandino en el *Vintischgauer*–. En Bohemia –por lo menos desde 1313: notarios papales que le seguían hubo desde 1317 en la

(65) Influyó en Cataluña, tardíamente en Alemania, y fue reconocida en las *Partidas*; cfr. el artículo de BONO sobre *La recensión catalana de Salatiel*, en "Historia. Instituciones. Documentos" núm.27 (2000) 1-18. El manuscrito 284 de la Biblioteca de Cataluña contiene además del texto de Salatiel, las *Notulae de arbitris*, la *Sumula super compromissus* de Umberto BONACURSO, la *Practica sive usus dictaminis* de Juan BONDI DE AQUILEYA, un formulario gerundense y otros modelos catalanes; se editó su facsímil con transcripción y traducción defectuosas (Barcelona, 1996).

(66) Luego los de Toulouse.

curia eclesiástica de Praga, reconocido su privilegio por Carlos IV en 1358-, y en Polonia –recepción de la *Aurora* y la *Summa* de Juan DE BOLONIA desde el siglo XIII, notarios públicos imperiales en las jurisdicciones diocesanas de Cracovia y Lwow, Lemberg o Leópolis.– (67).

La ordenación más completa de Europa es la castellana del Fuero Real y las Siete Partidas de Alfonso X (68). Pasó a Portugal, donde ambos libros fueron traducidos (69). Jaime I incluyó sus ordenaciones en los Fueros de Valencia (1240) y la Compilación de Huesca [1247 (70)]. Coetáneas se citan las regulaciones notariales de Lorena y Saboya. En Navarra y Cataluña no fueron necesarias por haberse desarrollado bastante la cuestión en las anteriores fuentes locales, susceptibles por lo tanto de ser continuadas, y en el reino de Mallorca las ordenaciones generales resultaron menos completas.

Pero BONO sintetiza con acierto que mientras tanto, en el área del Derecho Germánico, que incluía el centro y el norte de Francia, durante la Alta y Central Edad Media, habían desaparecido los *scriptores* cualificados de origen fránico, teniendo lugar una involución del documento dispositivo que llevó al documento sigilado, el *instrumentum authenticum sigillo signatum*, sellado con el tal *sigillum*

(67) Cfr., R. TAUBENSCHLAG, *Il Diritto Romano nei documenti polacchi medievali*, en las "Acta Congressu iur.intern." (1935,2) 31-67; MIKUCKI, *Remarques sur les origines du notariat public en Pologne*, "Revue Historique du droit français et étranger" 16 (1937) 333-350; y BARDACH, *Le "prawidlnik" personne de foi publique dans le droit polonais medieval*, en "Czasopismo Prawno-Historyczne" 21 (1969) 31-67.

(68) En el *Homenaje a Vallet de Goytisolo* (Madrid, 1989; 2, 63-101) BONO escribió sobre *El poder en causa propia en la práctica notarial castellana y sus precedentes, desde la procuratio in rem suam y la actio utilis del cesionario hasta el siglo XVII*, además de *La legislación notarial de Alfonso X el Sabio: sus características*, en los "Anales de la Academia Matritense del Notariado" 27 (1987) 27-44.

(69) Lo trató BONO en el "Congresso Internacional Bartolomeu Dias e sua epoca"; Oporto, (1989) 145-170.

(70) Hay que tener en cuenta su interpretación auténtica por VIDAL DE CANELLAS, el llamado *Vidal maior*. Posterior al libro de BONO es la edición facsímil (dir. Agustín Ubieta Arteta; Huesca, 1989), en la cual Antonio UBIETO ARTETA se abre paso "en la maraña de fueros existentes a mediados del siglo XIII", o sea el tiempo de su redacción; y DELGADO ECHEVERRÍA le estudia dentro de "la literatura jurídica del renacimiento boloñés".

authenticum, a diferencia del bastante *signum notariae* del área románica.

A pesar de lo cual, el nuevo notariado tenía tal prestigio por doquier, que allá mismo se infiltró a través de los notarios papales e imperiales. Ante ello reaccionaron los afectados –reyes, señores, eclesiásticos, ciudades–, y acuciados por las ventajas fiscales de disponer de un *officium notariae* que se había hecho más rentable, pescaron en río revuelto sacándose de la manga instituciones sucedáneas. En todas ellas –la escrituración se realizaba no por un notario de una manera personal e independiente, sino impersonalmente y de manera subordinada, en un organismo o centro documental-*Beurkundungstelle*–, de manera que la autorización no la confería un fedatario mediante su *completio*, sino la autoridad administrativa mediante la aposición del *sigillum*.

En Francia el protagonismo inicial fue de la Iglesia. La *curia episcopi et capituli*, tribunal colegiado, fue sustituida por el “oficialato”, del *officialis*, juez delegado del obispo bajo el que actuaban los *notarii curiae* y un *signator* encargado del sello; era el *officium recognitionum* con su *notarius* o *clericus curiae rogatus*. La índole judicial se mantenía en la ficción de que la escritura concertada de común acuerdo era una transacción procesal cuya fórmula se adoptaba, *recognitio*, *confessio*, *littera rogationis* o *lettre de reconnaissance*. El sistema fue adoptado por los reyes –Felipe III desde 1272–, los estados territoriales y los señores domaniales (71). En el Noreste y en Bélgica (72), las escrituras se hacían ante la jurisdicción municipal de los jurados o escabinos (73), no siendo a veces ni siquiera un otorgamiento (74), sino la mera ratificación de un documento privado (75), aunque la necesidad de usar el latín coadyuvó a la

(71) Los del ducado de Borgoña influyeron en Navarra.

(72) =Condados de Flandes y Artois, ducado de Brabante, y parte del condado de Champaña.

(73) Apoyados en el precedente altomedieval de la *confirmatio in concilio*.

(74) *Wettelijkte passeringen* en Flandes.

(75) Las escrituras de deuda o *lettres obligatoires* desarrolladas en Ypres, Tournai y otras ciudades, *lettres de foire* en Champaña, son precedentes de la letra de cambio (¿acaso también las de Medina del Campo?); cfr., Vicente L. SIMÓ SANTONJA, Un protesto del siglo xv, AAMN, XXII,1, 405–416.

difusión de la nueva fe pública mediante los notarios apostólicos, algunos de los cuales eran del país y habían ido a obtener la *auctoritas* en Roma (76).

En la parte de Alemania del "notariado sucedáneo", el Norte (77) instituyó los libros municipales, *Stadtbücher*, y el Sur (78) el sello, *sigillum civitatis* o del tribunal local. El rechazo de unos y otros a los *publici tabelliones* llegó hasta la afirmación de su desconocimiento en los tratados allí surgidos del *ars dictandi*, lo que no impidió la presencia de notarios públicos imperiales o papales desde la segunda mitad del siglo XIII en Colonia, Maguncia, Worms y otras ciudades, y desde el XIV en Turingia y Sajonia.

Los registros surgieron desde mediados del siglo XII en Colonia, donde en el pasado inmediato los negocios jurídicos, sobre todo los inmobiliarios, se habían escriturado *coram iudicibus, scabini et civium -nos oficiales testamur esse verum-*, quedando sus resúmenes en unos folios gigantes de pergamino, *Karten*, custodiadas en un arca, *Schreien, scrinium-*, añadiéndose otras hojas cuando se acababan hasta llegar a formarse los rollos o *rotuli, Schreienkarten*, a la vez que se configuraba la figura del secretario o *scriptor* municipal, *Stadtschreiber*.

De ese sistema se pasó a los libros, *Schreienbücher*, que desde 1280 había en cada parroquia de la ciudad (79). Esos libros, en el Oeste y el Sur eran sólo una prueba subsidiaria de la autorización por los jueces o jurados, ora de otorgamientos ora de reconocimientos, mediante el sello del tribunal o el municipio, pero en el Norte y el Este sustituyeron a esas autorizaciones, sobre todo a partir de los derechos locales de Lübeck y Magdeburgo, llegando hasta Praga

(76) A ello respondió el Formulario de Namur de 1382, editado en nuestros días por los medievalistas Genicot y Balon. El fenómeno tuvo unos inicios en Inglaterra y Gales –presencia de algunos notarios apostólicos del continente, contratación de Jacobo de Bolonia por el arzobispo de Canterbury al obtener el privilegio papal de nombrar notarios, presencia de ingleses en Bolonia misma–. Pero no pudo con el *common law*.

(77) Sobre todo Baja Rhenania y Sajonia.

(78) Suabia, Baviera y Austria.

(79) En cada una de las veinte parroquias de Metz el *arche* estaba a cargo de dos *amans*, que redactaban los documentos o recibían los de las mismas partes. El rótulo anual se leía públicamente ante los *maires, maiores communiae*, lo cual era un ban o edicto.

y Budapest. El sistema occidental y meridional tenía un origen curioso en el derecho de Estrasburgo, donde hacia 1200 eran elegidos veinte vecinos intachables, *vitae probabilis bonique testimonii*, de los que se nombrarían dos testigos bajo juramento de los negocios jurídicos. La institución pasó a Viena en 1221, llamados allí *denominati* o nombrados; "testigos cualificados" en Nürenberg y Praga.

En Hungría, la autorización documental en el siglo XIII consistía en el sello, estando el libro municipal a cargo del *notarius civitatis*, pero teniendo también sus sellos, apuestos a las *literae testimoniales* o *fassionales*, además de la cancillería real, los otros *loci credibilia*, a saber los capítulos catedrales y colegiales y los conventos. Todos ellos expedían también las copias, *transsumpta authentica*, ora de los ejemplares que conservaban ora de los asientos en los registros que llevaban (80). Desde principios de la centuria el *sigillum* refrendaba las escrituras otorgadas ante los capítulos eclesiásticos, ello regulado por el rey Luis de Anjou en 1353. Así se desarrolló un estilo propio –curial– de su práctica documental, si bien, desde el punto de vista material en completa identificación con el Derecho patrio. Su idioma era siempre el latín (81). La práctica era la curial de la Iglesia y el *ars notariae*, que no tenían inconveniente en llamar así. El *magister* Juan Uzsaí escribió un formulario de orientación canónica entre 1346 y 1350, *Ars notaria*. Otro formulario, escolar, con treinta y cuatro modelos, fue compilado en 1385 por un estudiante húngaro en la Universidad de Viena, Bartolomeus Tapolczai. En el siglo XVI el fenómeno se había consumado. En 1279, el prepósito Jacobo, esloveno del reino húngaro, *doctor decretorum*, escribió al legado pontificio que *in partibus isti usus tabellionum non est*; cien años después el capítulo de Győr informó de que en Hungría no se conocía el tabelionado. Al cabo de un siglo, donde quiera que per-

(80) "Esta perfeccionada institución hizo innecesaria la introducción [anterior] del notariado en Hungría; sin embargo, ocasionalmente penetraron y actuaron notarios italianos, a través de las legaciones papales y de las curias eclesiásticas; paulatinamente se introdujeron también notarios alemanes y bohemos, y desde mediados del siglo XIV comienzan a aparecer notarios húngaros", siendo todos clérigos.

(81) Ello perduró hasta tiempos muy tardíos en la administración húngara. Se hizo notar que por eso en las intervenciones del Concilio Vaticano Primero, de 1869-1870, los obispos de ese reino eran los de latín más fluido.

maneciera ese arcaísmo, se trataba de una supervivencia a extinguir y no de una particularidad a conservar.

Pero el notario BONO se ha encontrado, en el curso de su investigación, con que el instrumento público era el medio documental más idóneo para la fijación auténtica por la plena *fides* de que estaba revestido, de cualquier clase de estipulaciones y actuaciones, e incluso por su estructurada conformación técnica, *ordo scripturae*, ajustada a los requisitos formales prescritos [en el derecho sustantivo] por la doctrina del *utrumque ius*, y cuando el idioma era el latín añadía a ello la no menos decisiva característica de su inteligibilidad inmediata (82). En todo caso el modelo formal le hacía "válido en todas partes e instancias (83)".

Una demostración típica está en las abreviaturas. Se buscó desde temprano la estilización del documento notarial, el establecimiento de una composición diplomática y negocial fija y uniforme, normalizada –*cursus, stylus*– para cada tipo documental. Una manifestación de ese empeño fue ese sistema de abreviaturas, la suspensión o el corte del texto clausular, que tenía lugar en las notas, *notulae* o *imbeviaturae*, no en el texto definitivo. Ya se encuentran en los protocolos o *libri notularum* más antiguos de Italia, a mediados del siglo XIII. El contenido de la cláusula se indica por el *initium*, suprimiéndose el resto o *pars cetera*. Era la *dictio ceterata* o cláusula truncada; por ejemplo *renunciatis, sub poena dupli* (84). Esos etceterados podían ser formales, especiales, generales y arbitrarios. Los formales indicaban todo el contenido omitido, y consistían en los *verba formalia* u *ordinaria verba*, las palabras corrientes, que lo expresaban, como *ex certa scientia confiteor* (o *et consulte, et credatur*), *exceptis militibus et [locis] sanctis [o clericis]*, *et pro hiis complendis [et attendendis]*. Los especiales lo lograban mediante

(82) La redacción latina estuvo vigente en parte de la Corona de Aragón cuando ya no tenía curso en Castilla.

(83) Complementariamente, recuerda BONO, que "su misma redacción latina le prestaba la preciada cualidad de ser inteligible *ubique*". Enrique de Isernia, *italicus* o *siculus*, notario de la cancillería real de Otokar II de Bohemia, estableció en Praga una escuela de gramática y retórica, con todas las enseñanzas *qui fieri notarii cupiunt vel causarum patroni*. Parece ser redaccional –en este supuesto sobre todo latina– y no jurídica.

(84) Cfr., DUMAS, *Dieu nous garde de l'et caetera du notaire*, en las "Melanges" Paul Fournier; 1929.

tecnicismos, como *renuncia la ley de Alcalá de Henares*. Los generales sólo daban una idea genérica. Los arbitrarios no eran caprichosos, sino tan insustanciales que habrían valido para cualquier acomodo; tal *super quibus, de qua, et generaliter* (85).

La impugnación del documento notarial *a legalitate* había que fundamentarla en ser falsa la condición notarial del supuesto autorizante o la identidad de su persona. Ello nada decía contra la índole privilegiada de la fe pública del notario. Pero para dar a esta valía una eficacia práctica más agilizada, se restringieron los medios de prueba de la autenticidad impugnada, tal a la declaración del fedatario o al cotejo de su letra si había muerto, o sea el *testimonium tabellionis* y la *collatio litterarum* (86).

Para prevenirlo, desde el siglo xv constan las *litterae de legalitate* o *testimoniales*, un *pluris tantum*, materialmente análogas a la antigua *insinuatio*, pues eran un refrendo del juez u otra autoridad, pero ya no para dar fe, pues ésta la había dado el notario y era el único que podía hacerlo, sino para certificar la firma y el sello, o sea la función legitimadora (87). Era en Aragón la *adveratio apud iudicem*. Luego, por ser más práctico y fácil, se introdujo la legalización por otros tres notarios. En el notariado eclesiástico se recurrió a la *insinuatio* o registración en los libros de curia del oficialato. Era un traslado *auctoritate iudici*, sigilado, redactado y autorizado por el *notarius curiae*, el cual imponía en la suscripción su *signum tabellionatus*.

Por esa misma vía preventiva, desde mediados del siglo xvi surgió una tendencia a exigir por el mismo notario la legalización de los documentos autorizados por sus colegas foráneos, *in longinquis regionibus recepto*, comprobación en Castilla; y en las plazas de comercio se implantó una legalización por tres mercaderes. Pero

(85) Hemos seguido a BONO, "*Initia clausularum*". *La abreviación de cláusulas en el documento notarial*, en "Las abreviaturas en la enseñanza medieval y en la transmisión del saber" (Universidad de Barcelona; 1990) 75-96.

(86) BONO escribió *Sobre el origen y desenvolvimiento de la legalización del documento notarial*, en "Oriente e Occidente tra medioevo ed età moderna: studi in onore de Geo Pistarino" (eds. Laura Balleto y Geo Pistarino; Génova, 1997)1, 99-128.

(87) Que yo aún conocí ser judicial a falta de bastantes notarios en el lugar.

ello se había desarrollado antes en la práctica procesal que en la notarial. Para ésta aparece ya en la *Curia eclesiástica*, del curial de la iglesia de Toledo FRANCISCO ORTIZ SALCEDO (1615) , y en el *Compendio de escrituras públicas* de Pedro MELGAREJO (1652). La legalización judicial quedó restringida a las escrituraciones procesales, siendo la más corriente la de tres o dos notarios, y la de los "hombres de negocios", los cuales acabaron siendo sustituidos por escribientes de notaría, y todas de manera muy simplificada, con solas las firmas.

LA ESPAÑA DE LOS REINOS CRISTIANOS

BONO concluye que en la legislación que hemos citado se inicia ya la historia del Derecho Notarial español, dando entrada a la institución notarial y el documento público con las características y significación actualmente vigentes, al transformarse, mediante una sincrónica evolución en todos los reinos cristianos, (88) el escribista profesional libre y la escritura privada en el *publicus notarius* y el *instrumentum publicum*, tal y como habían sido conformados en Italia por las doctrinas legística y canonística. Por cierto un detalle a tener en cuenta para la valoración del europeísmo hispano de entonces, sin perjuicio de las inevitables particularidades determinadas por la presencia islámica en la otra parte de la Península y la empresa de su Reconquista.

A lo que debemos prestar atención es al juicio que BONO hace de las *Siete Partidas*, por tratarse de una estimación de valor para la historia general y con unos fundamentos evidentes. Afirma que, si las alusiones vagas a *los savios antiguos* que hace el texto alfonsino, fueran sustituidas por concretas alegaciones de fuentes y autores, y el expresivo texto castellano se hubiera traducido al latín, entonces lengua profesional de los juristas, hubiera podido circular en todo Occidente como el "más exhaustivo y sugerente *Speculum utriusque iuris*". Es evidente que esto no se conoce en Europa y tampoco en España más que por algunos pocos, poquísimos especialistas.

(88) "De impronta romano-canónica, que sustituye a la teodosianoalárica de la Alta y Central Edad Media, como esta última había reemplazado a la romano-clásica de la Antigüedad".

El establecimiento de los nuevos notarios planteaba el problema de esos *scriptores* o *scrivanos* de antes, profesionales en principio libres, y que escrituraban aunque no daban fe, llamándose incluso *notarios* algunas veces, sin ninguna pretensión reivindicativa sino cual una sinonimia.

En Castilla los había nombrados por el rey, las ciudades, y algunos obispos en sus señoríos, y continuaron ejerciendo. Los demás, ora obtuvieron la confirmación de la autoridad real o comunal ora prosiguieron en el oficio, usando los títulos de escribanos o notarios, incluso el de escribanos públicos, pero a todos se les exigió la prestación del juramento. (89)

En Aragón, de fuerte influencia canonística, los *scriptores* se llamaron notarios –como ya hacían los de la Iglesia–, y pronto *públicos* –así en Teruel *publicus Turolis notarius*–, aunque se nos escapan los detalles de la transición. En Navarra, fue el juramento el que unificó su régimen, desde el tercer decenio del siglo XIII.

En Cataluña el cambio había empezado antes. Pedro III, en 1283, reconoció a la Iglesia –obispos y abades–, los señores y las ciudades, el derecho a establecer *notariae seu scribaniae*, pero su índole de prerrogativa real era la norma general. En Valencia y Mallorca los nuevos notarios fueron instaurados por decisión regia, obteniendo la exclusiva desde el principio, “sin que se originara una clase de *scriptores* no cualificados que compitieran profesionalmente con ellos”.

BONO sostiene que el Doscientos fue en el Occidente románico la centuria de la plena conformación del notariado y el instrumento público, y los dos siglos siguientes los de su desarrollo y maduración. Su constante fue la tensión por el nombramiento de notarios, entre las ciudades de una parte y de otra el rey y los señores episcopales y seculares. Se fijó un número por ciudad, a lo cual los reyes respondieron, por un lado nombrando notarios reales de competencia *en todos los reynos*, aunque respetando los derechos de los notarios de número, lo cual no podía por menos de resultar confuso; y por otro aumentando la cifra de notarios en las ciudades.

(89) BONO se ocupó de *La práctica notarial del reino de Castilla en el siglo XIII: continuidad e innovación*, en “Notariado público y documento privado de los orígenes al siglo XIV. Actas del VII Congreso Internacional de Diplomática; Valencia, 1986” 1 (1989) 481-506.

Éstas alegaban el uso e interpretaban extensivamente sus derechos. Así, en el reino de Castilla, Sepúlveda obtuvo la escribanía en 1335, a pesar del silencio del Fuero. En Galicia y Asturias no parece haber habido notarios de creación municipal. Los obispos del reino con facultad de nombrar notarios fueron los de Santiago, Orense, Lugo, Oviedo, León, Palencia, Segovia y Sevilla; abades los de Celanova, Covarrubias, Oña, Cervatos, Sahagún, Guadalupe, y la abadesa de Las Huelgas- *escribano público por el obispo de Segovia e a la su merced*, era la fórmula en el señorío episcopal de Riaza.

La misma coexistencia de notarios *generales* y locales se dio en Aragón. Hubo notarios generales que, al no conseguir su admisión en los del número, se limitaron a los asuntos judiciales, pues notarios generales privados eran nada más los fedatarios de los asuntos particulares de los funcionarios reales. En Cataluña, Valencia y Mallorca el panorama era el mismo, y los notarios municipales reaccionaron, instaurando la *matricula notariorum* y la colegiación, para defenderse de la intromisión de los otros.

En Navarra los notarios reales aparecieron en el siglo XIV. Carlos II, en el título de uno de ellos, que expidió el año 1365, escribió: *Nos [...] por el proveyto común de nuestro regno, el qual queremos que sea proveído de tantos e tales notarios públicos que nos e el pueblo en podamos ser bien servidos*. En la Corte había notarios que autorizaban escrituras de los particulares si éstos habían obtenido el privilegio de requerirlos, refrendándolas con el sello real, el cual guardaba un funcionario, pero hubo lugares en que los notarios reales actuaban con la aposición directa del mismo. Estas modalidades eran de influencia francesa, y ya conocemos el anclaje arcaico de la Francia de entonces.

Los notarios de las curias diocesanas tenían competencia en las escrituras de particulares derivadas de cuestiones canónicas, como las causas matrimoniales y criminales. Los notarios nombrados *apostolica auctoritate*, por autoridad apostólica, o sea de la Santa Sede, y por los obispos provistos de bulas papales para esa facultad, aparecieron en el siglo XIV, siendo su competencia universal, *ubique loco*, pero procuraban obtener la confirmación real, pues en otro caso les afectaba una legislación muy restrictiva (90), la cual para

(90) En cambio se difundieron mucho en el Norte de Francia, los Países Bajos y Rhenania, donde el nuevo notariado se había desarrollado poco.

los notarios de nombramiento imperial no era limitativa sino taxativamente un veto.

Ni los Fueros de Sepúlveda y Cuenca, como ya dijimos, ni los demás castellanos, con excepción del de Soria, regulan la materia notarial, por su inmersión en la tradición prebolaria (91). Lo hacen las redacciones tardías de algunos fueros aragoneses, navarros y catalanes. Se ocupan de ella ciertas ordenaciones municipales, ordenamientos reales para ciudades determinadas, privilegios señoriales e incluso sentencias o transacciones decisorias de conflictos jurisdiccionales, como entre los señores de Andorra, que eran los obispos de Urgel y los condes de Foix, en 1288, y entre el obispo de Vich y el rey Jaime I en 1315. Por eso aquel panorama jurídico notarial permite viajar sugestivamente a través del país.

El estudio de BONO es bastante exhaustivo en cuanto a estas particularidades locales, de las que podemos hacer algunas menciones ejemplificativas. El Fuero de Soria es una adaptación del Fuero Real de Alfonso X, pero la autonomía municipal repercutió en la ordenación notarial. Era la ciudad la que nombraba los notarios, *sean puestos escrivanos públicos cuantos el concejo entendiere que les conplirá*.

No son un caso único, sobre todo pensando en la Edad Moderna, regulaciones como la dada a Sevilla por los Reyes Católicos en 1492, dirimiendo los conflictos de competencia entre los escribanos reales y los de número, y estableciendo el régimen de éstos.

En Zaragoza "las fuentes notariales locales forman una larga serie de sucesivos privilegios reales y ordenaciones". Las municipales de 1295 atribuyen los nombramientos a la ciudad, reduciendo el número a treinta, reglamentando el examen para ingresar que hacían los jurados y letrados, y organizando su corporación en cofradía. Jaime II en 1302 reguló "la competencia de los *notarii generales* de creación real en pro de los notarios de número". Las fuentes locales de Huesca eran insuficientes y arcaicas, y se completaron con el ordenamiento de Jaca, pero éste a su vez había sido reelaborado

(91) Puede verse nuestro artículo Del Fuero de Sepúlveda a las "consuetudines" monásticas. Notas notariales de una vida, AAMN XXII,1, 387-401.

según la anterior práctica judicial oscense (92). El Fuero de Teruel, del que derivó el de Albarracín, llama al notario *escrivano iurado*, pues su credibilidad se fundaba en el juramento previo; *sea credido por su iuramento* y conforme a su *officio* (93). Bono estima original, aunque defectuosa, esa ordenación turolense, pues carecía de modelo.

El Fuero de Jaca es la fuente de los de Estella y Pamplona, lo cual resulta notable pues en el Derecho Notarial navarro predominaron las ordenaciones locales. La redacción tardía de Tudela (1330) regulaba por ejemplo la sucesión en los registros y notas del notario fallecido.

El notariado de Barcelona en el siglo XII ha sido comparado al de Génova (94). Las particularidades de la ciudad arrancaban de un privilegio de Jaime I datado el año 1258. Veinte después, Pedro III exigía la *auctoritas regia* para ejercer allí, aunque el nombramiento era del veguer. En 1301 Jaime II aprobó las normas del veguer Pere Arnau de Cervera y los *consellers* y *prohomens* locales, y el arancel que éstos habían tasado a su regreso de las cortes de Monzón en 1289. A Juan I, en 1395, se atribuye la carta fundacional del Colegio Notarial barcelonés, al autorizar a los notarios a reunirse para tratar los asuntos corporativos, establecer sus ordenaciones, y fijar tasas y repartos internos. En las *Ordinacions dels notaris* del año anterior se les prohibía, y también a sus amanuenses y *scriptores* jurados, recibir comisiones, *corredures*, *fer companyia sobre guany*. En otras de 1432 se limitaba a dos el número de notarios a crear anualmente, y se exigían para el ejercicio ocho años de práctica notarial previa. En 1485, a instancias del Colegio, se prohibió que los notarios pudieran tener más de un despacho abierto en la ciudad o suburbio; en caso de muerte se les concedió que fueran sucedidos por su hijo o yerno naturales de Barcelona durante ocho años, con

(92) Idas y venidas que de cuando en vez se dan en la historia del Derecho, tal entre el foral de Cuenca y el de Sepúlveda.

(93) Una regulación que como hemos dicho no estaba en su modelo de Sepúlveda.

(94) G. AIRAL DI, *Notariado genovese e notariado catalano*, "Atti del I Congresso Storico Liguria-Catalogna", 1974. *El Liber examinationis notariorum civitatis Barchinonae, 1348-1386* ha sido editado por Josep Hernando Delgado, Jordi Fernández Cuadrench y Jordi Günzberg Moll ("Acta Notariorum Cataloniae", 4; Fundación Noguera Barcelona, 1992).

la exigencia mientras tanto de otro notario aprobado que diera el nombre, teniendo después otros dos años para aprobar el examen.

Para el valle de Arán las provisiones reales se ajustaban a la legislación aragonesa. En Pallars, una carta de franqueza de 1313, concedida por su conde y el delegado regio, prohibía al primero que nombrara jueces o notarios que no fueran oriundos de la tierra. En Urgel hubo constituciones sinodales diocesanas de materia notarial. En Andorra, el nombramiento de los notarios correspondía a los dos señores conjuntos, que hemos citado, siendo obligatoria la mención de ambos en las fórmulas documentales, *auctoritate utriusque* (95).

Las *Costums* de Tortosa contienen una ordenación notarial muy completa. El examen para el cargo tenía lugar en la *Cort*, estando presente el veguer. Se subraya la obligatoriedad de atender la *rogatio*, *non deu rebujar nenguna carta car serveix e deu servir a tot lo poble*. En Tarragona, señorío arzobispal hasta la transacción de 1173 que le hizo conjunto con el de la corona, los notarios eran nombrados por la Iglesia (96). Siguiendo con las felices ciudades que tenían obispado y no tenían gobierno civil, según la feliz frase de Unamuno, dentro del antiguo condado de Ausona, la ciudad de Vich estaba bajo el señorío conjunto del prelado –la parte baja– y la casa de Moncada –la parte alta–. Ésta pasó en 1450 al pleno dominio real, como en 1350 lo había sido la otra, pero precisamente reteniendo el obispo la *scribania Vicensi ecclesiae*. En esa transacción, se le reservó la competencia exclusiva en la *scribania publica et commune*, y el derecho perpetuo al nombramiento de sus escribanos, con la facultad de establecer varios despachos o *stationes*; sólo estaban exceptuadas de su competencia las escribanías del baile real, el veguer, y el baile de la ciudad. Los notarios de nombramiento real residentes en Vich sólo podían ejercer fuera de ella.

En la ciudad de Valencia, Pedro IV aprobó en 1369 los *capitula* redactados por los *majorals et procers* de sus notarios, llamando ya a su corporación *collegium notariorum civitatis*. En 1384 reguló la *confratria* notarial, según los *capitula sive ordinationes noviter*

(95) Hoy las huellas del sistema dual son sólo nominales; no así cuando en la primera mitad del siglo xx las estudió, cual una supervivencia señorial, Fernando de los Ríos.

(96) En la marca tarraconense, BONO señala las peculiaridades de los enclaves jurisdiccionales de las órdenes militares.

factis, incluyendo sus derechos y deberes piadosos. Con vigencia en todo el reino, una provisión de Alfonso IV, acordada en las Cortes de 1329, dispuso que el tribunal de exámenes para las notarías estaría constituido por dos jurados, dos juristas o *savis* y dos notarios, elegidos anualmente por el *consell* de la ciudad donde radicara la notaría en cuestión. Los candidatos tenían que saber *parlar e dictar en latí sens falts* y haber practicado en un despacho dos años.

En este recorrido bajomedieval nos hemos encontrado pues los mismos aspectos del ejercicio profesional de nuestra experiencia personal-tales el arancel, la demarcación, las oposiciones incluso. Únicamente el entramado administrativo del escalafón y aledaños está lejos de la unificación de la Ley de 1862.

EL NOTARIO BONO ANTE SUS PREDECESORES

Hasta aquí hemos acompañado al erudito BONO en su itinerario histórico y geográfico por las fuentes del Derecho, y los sistemas jurídicos de la documentación en la materia y la forma. Ahora vamos a seguir al notario BONO entre sus predecesores, los fedatarios de otrora, en la prestación de su oficio, junto a los otorgantes en la audiencia notarial –la lectura, las firmas, y la suya después del signo y seguida de la rúbrica–, y a través de las fórmulas que nos siguen resonando envueltas en su solemnidad. Un argumento en el que hubo de contar de manera más intensa la impronta de la profesión, al evocar a sus compañeros de carne y hueso en la otra parte del tiempo. Habría seguido desarrollándole en el tercer volumen sobre el documento que no llegó a escribir sistemáticamente, aunque le anticipó en entregas parciales.

En la reseña del primer tomo de su obra, Álvaro D'ORS negó al notario una potestad autenticadora, estimando que sólo la tenía el juez. Esa postura, extraña no solamente en cuanto se refiere a los notarios, es contraria a la significación del vocablo en el Derecho Romano, *potestatis verbo plura significantur*. BONO replica que, "análogamente a la *auctoritas* del juez en la dirección del proceso, el notario dirige la actuación de la escrituración, y la sucesión de sus atribuciones compone una verdadera potestad documentadora, como el que solicita la decisión de un caso litigioso se somete a la potestad resolutoria judicial. Después de la serie de decisiones

que integran los varios elementos de cada documento, el notario decide con su autorización la estructuración definitiva del negocio escriturado, que ha conformado partiendo de lo que informalmente han convenido las partes o ha decidido el otorgante en los negocios unilaterales que solemniza”.

Volviendo a la Baja Edad Media, la enseñanza notarial no era universitaria, sino en escuelas privadas de las que se sabe poco, o en notarías donde se practicaba y en las cuales el notario o *magister* daba también al aprendiz o discípulo la formación teórica. Nos han llegado pocos contratos de aprendizaje, consistiendo éste en la redacción del documento, *iuxta stilum* del notario convertido en didacta, el de su *officium notariae*.

El examen fue instaurado por Jaime I en Aragón, Valencia y Mallorca; en Castilla, de una manera indecisa por Alfonso X, y después en Cataluña. Del siglo XIV nos ha llegado un formulario con los casos prácticos y escrituras propuestos para un examen en Barcelona, tal una de venta de libros, y la venta de un esclavo aprehendido fuera del reino, resolviendo primero la duda de si ese contrato era legal.

Tras el aprobado se prestaba el juramento, y se obtenía la autorización para el ejercicio mediante la investidura y la entrega del título escrito y solemne. La investidura al principio era material, a veces mediante el tintero y la pluma, y después consistió en una mera formalidad documental. Un título episcopal de Vich, el año 1459, se refiere primero a la idoneidad acreditada *regia auctoritate*; concede la potestad *recipiendi, conficiendi et claudendi*, y exige la fidelidad y cuidado en la formación y custodia del protocolo preservado para las generaciones posteriores, *de quibus publicis instrumentis per vos recipiendis, conficiendis et claudendis protocola, notulas et originali facere teneamini et illa custodire ad habendum memoriam in futurum*.

De la entrada en ejercicio, Bono subraya que implicaba la adquisición de la cualidad personal de *publicus notarius*, no simplemente la concesión objetiva de un *officium* sino la constitución del nombrado en *persona publica*. La tasa y las garantías eran formalidades accesorias. La inmatriculación tenía lugar en las cancillerías reales y los registros municipales, alguna vez en una propia *matricula notariorum* como en el reino de Valencia.

Una diferenciación de ese notariado, que se mantuvo durante todo el antiguo régimen, consistía en que la notaría se consideraba

un oficio enajenado por la autoridad con competencia para su creación y venta, distinguiéndose su dominio útil, que era del notario ejerciente que la disfrutaba, del dominio directo que era de su propietario, que a su vez la podía transmitir a título oneroso o hereditario, transmisión que a veces se realizaba mediante el rodeo ficticio de una renuncia. En Castilla ese sistema dio lugar a una situación insostenible a fines del reinado de Juan II, tanto por el excesivo número de despachos, como por el ejercicio valiéndose de excusadores que se toleraba. Los Reyes Católicos pusieron fin a ese caos por una reforma aprobada en las Cortes de Toledo de 1480. La función era personal, pero cabía la delegación en ciertos casos. Además había unos *scriptores* jurados, que no eran simples amanuenses, sino auxiliares con facultad de autorizar y suscribir, aunque necesitando el refrendo de la suscripción del notario. Curiosamente, ese sistema de la enajenación, que visto ahora nos parece de un arcaísmo incomprensible, fue una medida burocratizadora que señaló un paso hacia el Estado moderno.

Lo aranceles estuvieron unificados en Castilla desde su establecimiento en el Fuero Real, siendo reformados por Alfonso XI. En Cataluña la diversidad arancelaria, según los lugares, duró toda la Edad Media. En Aragón hasta 1390. En Mallorca empezaron en 1309 con Jaime II, habiendo regido hasta entonces la costumbre.

De la concurrencia de los notarios generales y los notarios locales ya dijimos antes. Fue la defensa de la competencia preferente de los locales la que determinó su asociación gremial, o sea la colegiación. La palabra *collegium* sustituyó a la medieval de *schola* que ya vimos no tenía en ese caso la acepción de centro de enseñanza. El fenómeno empezó en la Italia Superior; a la *societas notariorum civitatis Bononiae* en 1283, siguieron las de Génova, Florencia, Piacenza, y Bérgamo; una institucionalización que tenía sus precedentes en las originarias asociaciones gremiales. En ciertas ciudades de la Corona de Aragón surgieron a fines del siglo XIII asociaciones de notarios confraternales pías y mutualistas, que llegaron a la colegiación en la centuria siguiente. En Castilla no se pasó de una agrupación estamental, un *capitulum* sin organización corporativa.

Más entrañable nos resulta la reconstrucción que Bono intenta de aquellos despachos notariales, valiéndose de las escasas fuentes disponibles, que casi nunca son gráficas. El llamado *oficio de notaría* o *de escribanía* era necesario para la prestación del servicio y la

custodia de los documentos precursores del protocolo, los registros de testamentos y demás, que se guardaban en un arca o *scrinium*. Ya nos constan las *stationes* donde prestaban su ministerio los tabeliones romanos.

Conjetura que se parecerían a los locales comerciales, por su denominación –*botega* en Italia, *obrador* en Cataluña, *tienda* en Sevilla–. Nos dice que “en las grandes ciudades, el despacho constituía una pequeña cancillería organizada en su natural jerarquía”. A veces había connotarios en una misma oficina, que eran sustitutos o estaban bajo la dependencia del notario principal, en ocasiones a cargo cada uno de partes distintas del documento; no constan en Castilla. Los escribientes suscribían frecuentemente con el notario y eran testigos cualificados en las impugnaciones. Los aprendices adelantados podían llevar a cabo la misma tarea.

Los despachos públicos fueron un motivo de enfrentamiento entre los notarios de número y los de creación real, ya que los primeros pretendían monopolizar esa instalación, y en Castilla lo consiguieron pues se prohibió a los que no fueran del número local la apertura de *oficios de escribanía*. En Barcelona fue prohibido en 1485 que los notarios tuvieran más de un despacho, pero eso no era corriente.

También se escrituraba en la vía pública, generalmente en el llamado *locus negotiationis* de la ciudad, aunque en Barcelona se prohibió en 1465 –la lonja de la catedral en Toledo, frente a la catedral en Salamanca; *una platea notariorum* había en Mallorca–. De esa manera, en la calle se instalaban los escritorios portátiles –en Aragón *caxias seu publicas stationes, stationariae*; en Cataluña *taulells, operatoria, obradors, pergulae*; en Valencia y Mallorca *scriptoria*.–

Grabados únicamente puede citar BONO cuatro: uno en el que se ve al notario tomando juramento a dos *scriptores* (en las ediciones de Augsburgo y Zaragoza, 1478, 1479 y 1491, del *Espejo de la vida humana* de Rodrigo SÁNCHEZ DE ARÉVALO); otro en Estrasburgo, el año 1518, de un contrato de esponsales; uno alemán de un notario de nombramiento imperial hacia 1540; y en el *Formularium instrumentorum* escrito por un notario de Piacenza a fines del siglo xv (edición veneciana de 1540) el notario en su escritorio atendiendo a un cliente, un dependiente entregando un documento, y un *scriptor* escuchando en su *scriptorium*.

EL SOCORRO DE LOS MODELOS

El capítulo de los formularios nos evoca nuestros comienzos notariales, y no nos avergonzamos de habernos sido útiles los nada pretenciosos de LOPERA, sonándonos el SANCHO TELLO a solemne, aunque también algunos antañones eran de bolsillo si bien con tapas duras, tal los del *Vademecum* de Rafael AZPITARTE Y SÁNCHEZ, el notario de Alcalá la Real en el primer cuarto del siglo XX. De los anteriores al nuevo *instrumentum publicum* sólo se han conservado en España uno de Ripoll y otro de Santes Creus.

De la época siguiente hay que distinguir el *ars dictandi* de que dijimos, y los procesalísticos. Éstos también cambiaron, pues el *ordo iudiciorum* tampoco era el mismo, y fueron sustituidos por los del *ars notariae*. Los *ars dictandi* eran de más interés en todas las curias eclesiásticas y en la zona de redacción latina –Cataluña, Valencia y Mallorca– que en el resto –Castilla, Aragón y Navarra–. En estos reinos “la literatura y la práctica notariales discurrieron por cauces más libres, mientras que en aquellos territorios quedaron férreamente sujetas al canon rolandiano”. Hasta el extremo de haber retrasado en Cataluña hasta el siglo XVII la aparición de una literatura notarial propia. No olvidemos que la lengua jugó su papel en la unificación de la fe pública.

Pasando a ella, los inventarios catalanes medievales mencionan formularios. Los ajustados al Derecho catalán que nos han llegado, son uno misceláneo de RIPOLL, otro anónimo de ESPLUGA DE FRANCOLÍ, y el inacabado *Liber instrumentorum* de Guillermo Perelló, de Falset. En Valencia hubo mucha difusión rolandiana, y por una edición incunable se conoce uno magistral, el *Formularium contractuum secundum practicam et consuetudinem civitatis et regni Valentiae*. En Mallorca, de mediados del XIV es una *Summula super tribus partibus Artis Notariae* (97).

De Navarra sólo nos han llegado dos, precediéndoles uno de la cancillería de Carlos III. En Aragón hay algunos oscenses inéditos, y se ha perdido el del notario de Teruel Jayme Dolz, cuyo estilo se puede reconstruir por su protocolo de 1481 y 1482. En Castilla los formularios tuvieron que ser corrientes, pues en otro caso resultaría

(97) BONO publicó *Dos formularios notariales del siglo XV en Mallorca*, en “De scriptis notariorum, s. XI-XVI” (Barcelona, 1989) 11-37.

inexplicable la uniformidad documental. El último de los conservados es la base de la literatura notarial del siglo XVI. Se titula *Notas del relator*, y está escrito por Fernán DÍAZ DE TOLEDO, oidor de la audiencia real de Juan II (1454); el texto más antiguo suyo, ya impreso, lo fue en Burgos el año 1490.

A BONO debemos también un genuino inventario de los formularios de los tres siglos siguientes (98), en los que distingue tres períodos, a saber la continuidad de la tradición medieval, la integración en el derecho de cada reino durante la segunda mitad del siglo XVI y todo el XVII, y la simplificación y racionalización del XVIII.

El primero es el de las *notas de escribanos* en Castilla, como la *Summa de notas copiosa*, de 1538, a nombre de Juan DE MEDINA, luego la portada conjunta con Hernando DÍAZ DE VALDEPEÑAS que le había discutido su paternidad. Hubo también formularios de esa índole práctica en Aragón, no apenas en Cataluña y Valencia como acabamos de decir hasta fines del XVII por el monopolio rolandiano.

De 1550 a 1700 ya son tratados de Derecho Notarial, en Castilla las *Escrituras y orden de partición* de Diego DE RIBERA (1560), y la *Instrucción* de un notario de Granada como el anterior, Bartolomé CARVAJAL (1585), mejorado el primer por la *Práctica civil y criminal* de Gabriel DE MONTERROSO Y ALVARADO (1563), a su vez reformada por el *Tratado de escrituras* de Diego DE ARGÜELLO (1620), notario de Valladolid y antes de Toro. Se difundieron el *Nuevo estilo* de Tomás de Palomares (1645) y el *Compendio de contratos* de Pedro MELGAREJO MANRIQUE DE LARA (1622), los dos sevillanos, el segundo notario antes en Olvera. Con vistas a las "oposiciones", el *Examen y práctica* de Diego GONZÁLEZ DE VILLARROEL (1641), escribano del Consejo Real que le encargó su confección. En 1601 apareció en Méjico la *Política de escripturas* del gaditano ejerciente allí Nicolás DE IROLO Y CALAR; y en Lima, de Diego PÉREZ GALLEGRO, el *Recuerdo para escribanos de algunas cosas que saben o deben saber en las escrituras y contratos* (1649). El *Tractatus de iuramento confirmatorio* de Juan GUTIÉRREZ apareció el año 1574 en Salamamnca. El obispo Diego DE COVARRUBIAS trató *De testamentis* (1575?) y en su *Practicarum quaestionum summa* de ellos y los demás instrumentos (1577, "opera omnia"). No se integró como estos dos en la literatura jurídica europea, por escribir en castellano, el muy práctico y de cierta originalidad Pedro

(98) En la Academia Matritense del Notariado (1978) 289-317.

de Sigüenza, abogado de Yébenes, *Tratado de cláusulas instrumentales* (1627). El franciscano Diego BRAVO, escribió un *Manual de escribanos* (1633) para las liberalidades a su familia religiosa, como lo expresa en el título completo.

En las notarías de la Iglesia aparecieron la *Práctica eclesiástica* de Juan ARIAS (1575), de Plasencia, y el *Formulario de las provisiones que en latín y romance dan los preladados*, de Jerónimo PAULO MANZANARES, secretario del obispo de Cuenca, pero recopilado por el librero Diego MARTÍNEZ (1576). A diferencia de ellos estuvo al día la *Curia eclesiástica para secretarios de preladados, jueces eclesiásticos, ordinarios y apostólicos, y visitadores y notarios ordinarios, apostólicos y de visita* del relator del arzobispado de Toledo, Francisco ORTIZ DE SALCEDO (1615).

En Aragón y Cataluña se publicaron sólo formularios prácticos. La difundida tarea notarial de los *rectors* o párrocos les fue facilitada por una *Breu instrucció per als rectors o curats que han de exercir l'art de notaría en ses parroquies*, inserta en las Constituciones sinodales de Vich (1591). Hasta que cuajó el propósito de actualizar a Rolandino, en la *Opera artis notariae* del notario de Barcelona Jerónimo GALÍ (1674), y el *Viridarium artis notariatus* del notario de Vich, José COMES (1704 y 1706); en Valencia en el *Formularium diversorum instrumentorum* de Gregorio TARRAZA (1636).

Desde 1769 fueron apareciendo los seis tomos de la *Librería de escribanos* del notario de Madrid José FEBRERO, un mindoniense, con propósitos equivalentes a los de COMES. Juan Manuel LÓPEZ FANDO le adaptó a la fórmula en curso de "cartilla" en preguntas y respuestas (1798). En Valencia la cartilla fue introducida por Carlos Ros –conocido allí en el mundo de las letras–, en el originariamente titulado *Norte y examen de escribanos*, pero aparecido a nombre de su comprador Diego BUSTOSO Y LISARES, como *Cartilla real thórico-práctica, según las leyes reales de Castilla para escribanos*.

En Barcelona, para la teoría de los ocho años requeridos de práctica, escribió Vicente Gibert la *Theorica artis notariae*. Luego hubo varias publicaciones para la Escuela Notarial concedida por Carlos IV al Colegio barcelonés en 1795. *El escribano perfecto, espejo de escribanos, arte de contratar*, de Manuel ALIAGA, salió en Tarragona en 1788, desde 1805 con una parte dedicada al enjuiciamiento; y en 1827, del notario de Barcelona, Jaime MORELLÓ, apareció la *Colección de contratos, pactos públicos, testamentos y últimas voluntades*.

NOTARIO Y DOCUMENTO

En una *Breve introducción a la Diplomática notarial española* (99) Bono expuso con pleno rigor su doctrina y visión histórica del instrumento público y de su *auctor* el notario, cuyo desarrollo había previsto para el último volumen del notariado medieval. Le comendamos aquí, pues su síntesis magistral es merecedora de una consideración independiente del tratamiento del mismo que hace en su *Historia*.

El documento es la escrituración, *Beurkundung, scriptura, conscriptio*, de un acto jurídico, *negotium*. Hay pues en él dos actuaciones, el contenido, que es la *causa materialis* de la creación documental, y ésta misma, la *conscriptio negotii*. Dicha creación es un *augere*, llevada a cabo por el notario *auctor*, el cual escritura el *agere, Handlung*, del otorgante que es el *actor*.

El documento notarial se caracteriza por la persona que lo realiza, el notario titular de la función pública que es un *officium*; el notario es una persona investida legalmente para la autenticación negocial, estando la escrituración ordenada también legalmente, en la forma documental. Los requisitos formales de esta ordenación legal, *sollemnia, sollemnitas*, son la *ordinatio* de su materia o contenido, la *compositio*; su estudio es la Diplomática Notarial, definido pues su argumento por el autor. Como la papal y la real, y las otras –ora de cancillería ora curiales–, tales normativas están definidas por las postestades de que emanan (100). Todo esto válido y sostenible desde la nueva institución, alumbrada en el Doscientos, que reemplazó por el *instrumentum publicum* la carta altomedieval, y por el *notarius publicus* al *scriptor* privado. A diferencia de éste, el notario es una persona privilegiada por detentar esa prerrogativa.

(99) (Cuadernos de Archivos, Junta de Andalucía; 1990); cfr., *Conceptos fundamentales de la Diplomática Notarial*, en "Historia. Instituciones. Documentos" núm. 19 (1992) 73-88.

(100) Este enfoque no tropieza con las anomalías clasificatorias e incluso definitorias, por su heterogeneidad, del *acte privé* o *Privaturkunde*, consecuencia de haber atendido al *actor* y no al *auctor*. Esa artificiosa diplomática fue estudiada por O. REDLICH (*Die Privaturkunde des Mittelalters*, 1911) y A. BOÜARD (*L'acte privé*, 1948). Curiosamente, en su tratamiento de la misma, O. POSSE (*Die Lehre von den Privaturkunde* 1987), excluye los documentos notariales.

Por eso “desde la dieta de Roncaglia (1158) queda la nominación de los notarios como uno de los *iura regalia* del Imperio, derecho que también ejercen los papas y no por su poder temporal, sino además como soberanos en lo espiritual; y a partir de la paz de Constanza (1183) se reconoce a los comunes lombardos el derecho a la creación de notarios, en adelante una de sus regalías. En lo sucesivo se estimará (y ello es de suma trascendencia) que es notario sólo quien legítimamente ha sido nombrado como tal (o sea que ha obtenido el *privilegium tabellionatus*, es decir quien ostenta el título de su oficio)”.

“El notario es una *publica persona publicum officium gerens*, dijo SALATIEL, es decir una persona *pública (=oficial)*, no privada, una institución *ad rem publicam pertinens*, que ejerce (*gerere*) un cargo, (*officium*) *publicum (=común, público, para utilidad de los particulares en general, ad publicam utilitatem pertinens)*, es decir un oficio comunal para todos. El cargo lo desempeña en virtud de un legítimo título que le confiere la *auctoritas* o potestad escrituradora pertinente”.

De ahí las formas de los títulos: *fago vos mi escribano público; constituimus et creamus te in notarium publicum*, y las de imposición de la *auctoritas*, *e todas las cartas que vos escriviereades mando que valan e fagan fee; Nos ipsos instrumentis per te bene et legaliter recipiendis et scribendis auctoritatem impendimus et decretum, ita quod fides plenaria habeatur*, y la reseña del juramento, *rescibiendo de vos, prestito per te juramento*.

Ese menester de *negotia hominum autentice conscribere* llevaba consigo los deberes consustanciales de la ética profesional, a saber la fidelidad a la institución constituyente, la equidad o *legalis esse pro utraque parte*, la veracidad expresada con las mismas palabras, el sigilo o secreto –*poridad* en Castilla; *secreto, secret* en Navarra, Aragón y Cataluña–, la obligación de prestar el *ministerium* a instancia de parte –*rogatio, requesta* en Cataluña, *rogaria* en Navarra– o por mandato –*iussio* del juez–, y de informar a los requirentes –*certioratio*–; y la registración *in publica forma* en el *registro* o *protocollum*.

Lo que se registraba y archivaba era la documentación que quedaba en poder del notario, en la tradición romana la *scheda conscripta*, en la Alta Edad Media la *nota* o *notula*, desde el siglo XIII la *imbreviatura* en Italia, y la *nota, notula* o *scheda* notarial en el

ámbito románico (101). “La ordenación definitiva del negocio convenido en la *receptio* o audiencia notarial –en castellano *passar, rescebir*; en Valencia *rebre*–, y esquemáticamente esbozada en la nota (si ésta no era literal), quedaba en realidad confiada al notario, que desarrollaba el contenido compendiado en ella.

Este cometido podía realizarse en términos amplios (discrecionales) cuando las partes dejaban expresamente encomendada al saber técnico y la discrección del notario (pues se le estimaba entendido en Derecho) la adecuada formulación –la redacción de la *lex contractus*– siempre que no se modificara el fondo negocial convenido –*instrumentum meliorare ad laudum sapientis*– (así denominado este supuesto en la Legística) (102)”.

A este propósito hay que traer a colación una cláusula que Bono estudió (103). Efectivamente, las partes daban *licentia* al notario, para que éste redactara el texto definitivo formalizado ya en la *nota*, haciéndolo en la mejor manera, *in meliori modo*, a juicio de letrado, lo que se expresaba con las palabras *ad sensum sapientis*, sin alterar las disposiciones esenciales del negocio convenido, *contractus substantia non mutata*. En el mediodía francés era corriente que le autorizaran para desarrollar las cláusulas abreviadas, los “*et ceterae*”, *addere vel minuere*. El *ad sensum* o *laudum* –*a consejo de letrado* en Castilla, *a consello de savis* en catalán–, venía a ser una remisión a la propia competencia del fedatario, implícita en la *rogatio*. Por eso BONO estima que tales expresiones eran meras *Floskeln* retóricas. Resultando más seria otra de Cataluña desde principios del *xv*, *a coneguda del notari*.

Ello es una consecuencia de la nueva ordenación documental del *ars notariae*, “difusión de una doctrina que dio un giro innovador al desenvolvimiento del documento particular en Occidente, transformando la *carta* (esencialmente un documento testifical) en el nuevo

(101) A veces hubo una triple redacción, a saber esa nota abreviada, su desarrollo para la registración, y el documento.

(102) De no haberle conferido esa facultad, el notario sólo desarrollaba lo consignado sub compendio en la nota, y a lo más añadía los *pacta utilia* pertinentes a la forma *substantive contractus*, o sea completando el texto nada más –*addere atque supplere*–.

(103) *La escrituración “a coneguda del savi”, “conficere ad sensum sapientis”, “Estudis historics y documents dels arxius de protocols”* 25 (2007) 13-46.

instrumentum publicum (cuya autenticación y validación descansa en la misma autorización notarial)”. Por eso los cultores de dicho arte trataron de la forma y del fondo, pues la forma era el *ordo*, la *debita dispositio* del contenido; definida por Rolandino: *ordo est parium dispariumque rerum suo loco collocandum debita dispositio*.

El asentamiento de las notas en cuadernos y la unión de éstos en libros dio lugar al protocolo en el sentido material. La encuadernación voluntaria, a veces era nada más una cubierta en pergamino. En Barcelona su plegado la convertía en una *bursa* para guardar las cédulas sueltas. En Castilla, en el siglo xv era un cartapacio. Con el papel sellado, implantado en Castilla en 1636 –con el género de *papel sellado que a cada despacho toca*, se desarrollaba el título –Compendio– de Melgarejo MANRIQUE DE LARA– y la encuadernación obligatoria, llegamos al paisaje hodierno, digo paisaje pues de veras los armarios colmados de protocolos llegan a él (104). Esa encuadernación sería un signo distintivo del notariado contemporáneo, y también un timbre de gloria (105).

(104) Sobre los protocolos modernos, BONO cita a Josefina MATEU IBARS, *En torno a la documentación notarial de Granada del siglo xvi*, “Miscelánea Marín Ocete” 1974; y María Amparo MORENO TRUJILLO, *Tipología y estudio diplomático de un protocolo notarial del siglo xvi* (Huelma, 1596), “Anexo del Boletín de Información del Colegio Notarial de Granada” 1983. El notario Vicente FÓREZ DE QUIÑONES publicó *El archivo notarial de Córdoba. Notas, índices y documentos*, AAMN, IV (1948) 699-904; cfr. PONS GURI, *Característiques paleogràfiques dels llibres notariais catalans fins el 1351*, “VII Congreso de Historia de la Corona de Aragón” 1962. En Italia hay buenos estudios sobre los protocolos de Liguria, Génova y Venecia. La fundación Noguera ha publicado el primer capbreu (1237-1242) de “Bertran acólit” en Tarrasa, los *capibrevium notalorum* de Bonanat RIMENTOL (1351) por LAUREÀ PAGAROLAS SABATE, el de Pere DE FOLGUERAS (1338) por Gener Gonzalvo, María-Carme Coll y Oliva Samprón, y el de Reus de los naturales de Calaf FRANCESC SOSTRES Y SOLER y su connotario Magí SOSTRES Y TORRA (1850=“Acta Notariorum Cataloniae”, 1,5 y 19-20, 1991, 1996 y 2009); además de los manuales de Pere Pau SOLANELLES (1475-1479) en Igualada, Josep SERRA (1774-1775) en Mataró, y Jaume ESTEVE (1700) en Perpiñán, y el de la “curia fumada” de Vich (1230-1233=núms. 13, 21, 15 y 6-7; 2003, 2010, 2004 y 1998).

(105) Juan Alonso RESALT, cronista oficial de Leganés, hijo de uno de esos encuadernadores, Vicente ALONSO NÚÑEZ, transmitido a lo largo de cuatro generaciones, gentes seminómadas que recorrían encuadernando las notarías de España, ha recogido algunos recuerdos familiares, en *Juan*

UNA DENSA Y POLÍCROMA FUENTE DE LA HISTORIA

Se ha discutido, ya que no la necesidad sí la conveniencia, de ser médico para historiar la medicina, incluso la de ser jurista para la del Derecho. Si para historiar los protocolos notariales hubiera que ser notario, el notariado tendría a su cargo, no ya la historia del Derecho Notarial, sino una buena parte de la historia sin más, pues es mucha la que pasa por ellos.

El notario BONO fue Director del Archivo de Protocolos de Sevilla desde 1973 y sobre *Los archivos notariales* tiene un estudio magistral, en el cual demuestra unos conocimientos historiográficos extensos y profundos que van más allá de la materia notarial estricta (106). Lo decimos por su planteamiento de una cuestión, tangencial a su dedicación pero de interés no solamente para los historiadores sino también para los lectores y curiosos de la historia; se trata del problema de la documentación notarial como fuente del conocimiento del pasado *tout court*.

En la tipología del contenido, Bono distingue los documentos sobre la persona y la familia, el matrimonio; los bienes, créditos y servicios, y las últimas voluntades. Si la historia tiene por argumento la conducta del hombre en el pasado, es evidente el interés para conocerla de los datos referentes a esas materias. Podríamos añadir las actas, con sus variopintas y a veces insospechadas derivaciones, por eso su conjunto de sistematización imposible.

Conducta del hombre, y habría que añadir que de todos los hombres. Siendo evidente que muy acordes con esa extensión están los protocolos notariales. El Archivo de Protocolos de Madrid viene publicando unas espléndidas ediciones de los documentos que en él han dejado ilustres personajes como Velázquez, Cervantes y Lope de Vega. Algunas de sus escrituras están relacionadas con su protagonismo público, pero otras son de su vida privada, en lo que

Resalt, encuadernador de Salvador Dalí y Cusí, en las "Actas del XXXIV Congreso Nacional de Cronistas Oficiales" (Teruel, 2008) 361-366.

(106) Remitimos al ejemplo que pone, de la distinta postura de los dos métodos sobre un arrendamiento de montes y subsiguiente depósito y comanda el año 1616; por cierto "demostrativo ejemplo de la técnica notarial y de la flexibilidad de ésta para adecuarse a las realidades negociales!".

a su paso por la tierra afecta forzosamente compartido con las de cualesquiera prójimos (107).

Ahora bien, en la historiografía contemporánea ha surgido una corriente nueva que plantea esa utilidad de los protocolos desde un punto de vista diverso del hasta entonces en curso. Es una aplicación de la historia cuantitativa. Seguimos desde ahora a BONO, quien nos dice que la misma "postula la utilización de las fuentes documentales que por su entidad constituyan conjuntos homogéneos y seriales, mediante su cuantificación y su tratamiento estadístico, reduciendo a valores numéricos los testimonios individuales de las fuentes y extrayendo de éstas las conclusiones como estrictas consecuencias de los datos cuantificados (108)". Ideológicamente está asentada en "una sociología de base positivista, desarrollada tomando, del determinismo materialista de lo económico, un determinismo de signo más amplio, pues tiene como centro lo social en su integridad", recurrente para la investigación que la interesa "a las fuentes seriales, como los registros parroquiales y judiciales, las matrículas fiscales y los protocolos notariales, éstos la primera fuente para toda historia social, por la exhaustiva amplitud de su contenido y la inmediatividad de sus datos perfectamente fechados e individualizados".

En cambio, la metodología tradicional utilizaba siempre "las fuentes por su valor individual, por su cualidad individualizada, siendo cualitativa, valorando los testimonios no por su *quantitas* (global) sino por su *qualitas* (respectiva), una metodología propiamente histórica, sin prejuicios sociológicos, que exige del historiador la obtención de sus conclusiones por medio de la inferencia lógica a partir de los datos suministrados por las fuentes documentales (acreditativas éstas de hechos y acontecimientos pasados), trabajo lógico indis-

(107) Cfr., el *Catálogo de la exposición conmemorativa del primer centenario de la Ley del Notariado*, de José María MADURELL Y MARIMÓN (Barcelona, 1962), notable por la clasificación de sus materias.

(108) Cita a W. SCHÖNFELD, *Grundlegung der rechtswissenschaft*, 1951; GROPP, *Die Begründung der historischen Materialismus*, 1969; H. G. WEHLER, *Geschichte und Soziologie*, 1972, y *Geschichte und Ökonomie*, 1973; F. RANIERI, *Rechtsgeschichte und Quantitative Geschichte*, 1977; Les actes notariés (dir. B. Vogler, coloquio de Estrasburgo, 1979), y *La documentación notarial y la historia*, (dir. A. Eiras Roel, de Compostela, 1984), además de los "Annales d'histoire économique et sociale", desde 1929 en Francia.

pensable para la exposición razonada de las realidades históricas, tarea del historiador (109)".

BONO opina que "en la historia social y la económica sí que son precisos los datos especificados y el establecimiento de proporciones entre series cifradas, pero no en otros campos, como la historia de las mentalidades, que no puede hacerse sin nombres y en la que cuentan tanto los hechos individuales como las realidades colectivas difícilmente cuantificables (110)". Nosotros creemos que fue demasiado benévolo al expresar en términos tan parciales y moderados su discrepancia, pues podría decirse que esa concepción historiográfica criticada lleva consigo la sustitución del historiador por el teorizante de una ideología que busca apoyo en el pasado (111).

Un ejemplo pintiparado es el de Pierre CHAUNU. Su obra monumental, *Sevilla y el Atlántico*, es un modelo de historia cuantitativa. Pero de haberse guiado por ésta para los protocolos notariales, protocolos que son la fuente principal de su seductor estudio sobre *La muerte en París en el antiguo régimen*, no habría podido escribirlo.

Volviendo a BONO, éste no se limitó a teorizar en esta materia. En 1986, la Junta de Decanos publicó su libro, escrito en colaboración con Carmen UNGETTI-BONO, *Los protocolos sevillanos de la época del*

(109) Con algún humor escribe BONO, sin dejar posibilidades de identificar su postura con la expresión del gran benedictino Próspero GUÉRANGER, que no podía soportar "la brutalidad de una cifra": "No hay que pensar que la metodología cualitativa es ajena a toda precisión cuantitativa; lo que sucede es que estas precisiones se expresan por locuciones adverbiales (pues no hay ninguna tentación por el *Bezifferung!*) y no por expresiones porcentuales, de un mayor índice de precisión". Pone el ejemplo de la proporción de las fianzas en los documentos de deuda de los siglos XIII y XIV en Castilla. Si se dice que tenían lugar "generalmente", será más válida la conclusión para un mayor número de documentos colacionados, que si se detalla que en éstos eran exactamente el 72%.

(110) Remitimos al ejemplo que pone, de la distinta postura de los dos métodos sobre un arrendamiento de montes y subsiguiente depósito y comanda el año 1616; por cierto "demostrativo ejemplo de la técnica notarial y de la flexibilidad de ésta para adecuarse a las realidades negociales".

(111) Yo oí a Julián Marías en una conferencia, tratando del olvido de la obra de Azorín que, como él entendía ciertas cosas, ante las que no entendía y no encontraba explicación, a veces se preocupaba. Yo tuve obligadamente mucho contacto con los adictos a esa metodología cuantitativa, por cierto personalmente muy corteses, amables y hasta afectuosos, pero no me preocupó, no sé si no entenderla, o ni querer entenderla siquiera.

descubrimiento (112). El cual va mucho más allá de su título, pues es un estudio del notariado hispalense en el siglo xv, con una extensa regesta de sus documentos, y la transcripción de un centenar de ellos (113), y un ejemplo que viene como anillo al dedo de las limitaciones de lo cuantitativo, y de la dicotomía entre los protagonistas de la gran historia y los tejedores de la que llamó intrahistoria don Miguel de Unamuno. Pues en esa masa hay otorgamientos de Cristóbal Colón, Vicente Yáñez Pinzón y Rodrigo de Bastidas, y una nota marginal que precisa el lugar de partida de las naves del segundo viaje, pero muchos documentos más sobre "los cotidianos aspectos de la historia viva de la ciudad, asomando el nuevo espíritu del mercantilismo cuyo apogeo llegaría en los decenios siguientes".

Así los poderes de marineros para reclamar sus haberes tras la vuelta de dicho segundo viaje colombino, "un coloreado cuadro de la pequeña historia del Descubrimiento", con el arriendo de sus servicios *a soldada* y siempre con pago del pasaje a Indias por gentes venidas "de todas partes"; negocios mercantiles relacionados con

(112) Escribió del *Notariado español en la época colombina* en "Tra Siviglia e Genova: notaio, documento e commercio nell'età colombiana. Atti del Convegno Internazionale di Studi Storici per le Celebrazioni Colombiane, Génova, 1992" (ed. Piergiovanni Vito; Milán, 1994) 39-72. Para el décimo-séptimo Congreso Internacional del Notariado Latino, la Junta publicó su artículo sobre *La ordenación notarial en Indias*; prologó los *Documentos notariales de Santa Fe en la primera mitad del siglo xvi, 1514-1549*, de MORENO TRUJILLO, número 3 de las proyectadas "Acta Notariorum Hispaniae" (Fundación Matritense del Notariado; 1988), hacia "un corpus de la documentación notarial completo, suficiente y sistemático"; los dos primeros, de Rogelio PÉREZ BUSTAMANTE y GONZÁLEZ DE LA VEGA, los *Registros notariales de Dueñas y de Santillana* (1984 y 1985), el cuarto, *Documentos y notarios de Sevilla en el siglo xiii* de Pilar OSTOS y María Luisa PARDO (haciendo notar BONO su interés para la evolución de las fórmulas documentales), y el quinto, un *Registro notarial de Jerez de la Frontera*, de María Dolores ROJAS VACA (que había trabajado sobre los protocolos de esa ciudad y de Cádiz). Además del libro de Soledad GÓMEZ NAVARRO, *La muerte en la provincia de Córdoba. Inventario de las escrituras notariales de Córdoba, Montilla y Fuente Ovejuna* (Sevilla, 1996); titulada la introducción, que arriba quedó citada, *El testamento como "voluntatis sententia"*, su composición diplomática moderna.

(113) Escribió también *La letra de cambio y el protesto en los protocolos hispalenses de 1500 a 1550*, en "La documentación notarial y la historia" (1984) 2, 273-285.

las nuevas tierras, pequeños negocios de venta de mercaderías en comisión para negociar en la otra orilla, el tráfico crediticio sobre los libramientos del fisco real correspondientes a *servicios* allá, y las licencias reales para armar las naves con ese destino.

A LA ESPERA DE LA CONTINUACIÓN

La interrupción de la Historia de BONO, al terminar la Baja Edad Media, coincide con la de una decadencia del notariado que duró más de tres siglos, salvo en Cataluña. El sistema de los oficios enajenados y la patrimonialización del dominio directo de las notarías, con el consiguiente tráfico de las mismas, incluso sus subastas, habrían exigido unas medidas que no se tomaron, al contrario la información sobre la vida y costumbres de los candidatos era de trámite, como los exámenes, y se admitieron en el ejercicio de la profesión sustituciones de toda índole. El notario llegó a convertirse en una especie de auxiliar del juez. Su número era demasiado elevado, y el arancel insuficiente.

Tanto es así que nos extraña, aunque reconocemos la ingenuidad implicada, cómo en ese panorama siguió siendo posible la formación regular de los protocolos, y éstos nos han llegado con una apariencia de dignidad. Era que "la institución, considerada en sí misma, estaba fuerte y vital". Son palabras de BONO en su estudio de las reacciones sobrevenidas a la caída del antiguo régimen, que fue su aportación al centenario de la ley nueva (114). Confesamos que ante él sentimos un profundo dolor de que su historia del notariado haya quedado incompleta. Por eso le seguimos lo poco que en esta materia nos ha dejado, con una nostalgia continua. Esa dignidad a través del tiempo explica la sensación que uno tiene a la lectura de sus instrumentos de encontrarse con compañeros más allá de la muerte, en los cuales pensó NÚÑEZ LAGOS al exhortar a todos los vivos a escudriñar y recoger sus viejas fórmulas, como la emoción de Enrique SÁNCHEZ OLIVA al tomar como tema de su conferencia en el Colegio de Madrid el año 1967, cuando era notario de San Lorenzo del

(114) *Los proyectos de reforma notarial anteriores a la Ley de 1862*, en los "Estudios históricos" (Centenario de la Ley del Notariado, 1.^a,1; Madrid, 1964) 522-560.

Escorial, la Junta de Parientes, una institución consuetudinaria que se había encontrado curioseando el archivo de su primera notaría, la de Sacedón, y el recurso de Faus Esteve, para la reconstrucción de la creatividad notarial en la sociedad anónima a escrituras barcelonesas anteriores a 1862, por no volver a hablar de FLÓREZ DE QUIÑONES al pensar en sus predecesores cordobeses de hacía diez siglos.

El trabajo citado de los precedentes inmediatos de 1862, ya imperante el nuevo régimen, no deja de ser un capítulo de la puesta al día del país, pues cuando llegó esa reforma notarial, históricamente fue un detalle representativo de la formación de la España contemporánea. Un plan para la ineludible Ley había sido el argumento del libro *Nobleza de escribanos* (115), de un colegiado de Valencia, Juan José SÁNCHEZ, exigiendo la selección y formación de los pretendientes (116).

Los proyectos y propuestas surgidos coincidieron en postular una reforma profunda, aunque en la primera fase con el mantenimiento de unos u otros lastres del pasado, y así hasta aceptar la sustitución del notariado antiguo por uno nuevo, si bien manteniendo la institución intacta, tal y como había quedado acuñada en Bolonia hacía seis siglos, y en la vecina Francia se mantuvo y fue apuntalado después de la Revolución.

La primera petición fue del notario de Figueras, Narciso FONT, a las Cortes de Cádiz. En 1834, una comisión de la Regencia pidió informes a las audiencias, que las emitieron por medio de los colegios. El de Barcelona hizo una exposición notable, insistiendo en la formación y la responsabilidad de los notarios, y exigiéndoles un patrimonio propio, pero sólo hasta que pudiera ser sustituido por otros requisitos de integridad y ciencia que cerraran el paso a "la ínfima plebe". Cuatro años después la comisión presentó su informe. Proponía la reversión al Estado de los oficios enajenados, y la sus-

(115) *y prerrogativas del oficio público de escribano, con algunos discursos que manifiestan la inteligencia y pureza que exige su desempeño y le desagravian del deshonor y perjuicio que le han causado erradas opiniones e imposturas.*

(116) Se mantenía, pero exigiendo su cumplimiento, la necesidad de un patrimonio equivalente al tercio del valor de la oficina notarial; "el solicitante no debe ser de baja extracción, preferible el que tenga mejor condición de linaje, excluyendo siempre a todos los que sean de una esfera humilde o baja".

titución del patrimonio por una fianza, pero no exigía más estudios que la gramática castellana y tres años de práctica; el Colegio de Madrid había propuesto otros tres de estudios jurídico-notariales. Un Decreto de 1844 instituyó cátedras notariales en las capitales sede de audiencias territoriales, para una carrera de dos años. Aparecieron libros de texto y formularios.

Cuatro años más tarde, Lorenzo ARRAZOLA (1795-1873), ministro de Narváez, presentó un proyecto de ley que separaba la fe pública judicial de la notarial, distinguiendo los notarios de los escribanos actuarios (117). A todos los aspirantes al notariado les exigía tres años de estudios y otros tantos de práctica, y a los de capitales de provincia grado de bachiller y paleografía, a los de los pueblos sólo dos cursos de dicho bachillerato. Dejaba la puerta abierta a la reducción de notarías y dignificación de los aranceles. Establecía la fianza, constituida extrañamente mediante la licitación a pliego cerrado. Impuso la reunión de los notarios en colegios dotados de facultades disciplinarias. El Gobierno aprobó el proyecto, pero quedó en el olvido.

Entonces se elaboraron propuestas de particulares y hasta aparecieron órganos efímeros de prensa –*El Faro Nacional, El Notario, El restaurador del Notariado, El Semanario del Notariado*–. El Decano de Madrid, José GONZALO DE LAS CASAS (118), y el escribano de número de Galicia, Fermín FORMOSO, hicieron las suyas, la del primero inserta en su *Diccionario General del Notariado*, la del segundo en quinientos artículos que regulaban hasta los uniformes y la habitación del aprendiz. GONZALO exigía además de dos años de Derecho y otros dos de prácticas, dos dedicados a la paleografía, la práctica forense y la redacción de instrumentos. FORMOSO pedía para los notarios funciones registrales y catastrales, y la unificación de la fe pública en cuatro escalafones y categorías, empezando por la inferior, a saber secretarios, actuarios, notarios y escribanos de cámara.

Por Real Orden de 1855 se constituyó una nueva comisión, presidida por Gálvez Cañero, un opositor parlamentario al proyecto Arra-

(117) Para este proyecto y su discusión, véase J. M. XIMENA y J. O. SALOMÓN, *El Notariado en España desde su creación* (Madrid, 1848).

(118) “Creo que no ha sido suficientemente valorada la inmensa personalidad científica y humana de éste”; Antonio RODRÍGUEZ ADRADOS, *Escrituras, contraescrituras y terceros*, AAMN, XXII, 2 (1978) 237.

zola. El suyo recogía esas reformas irresistibles en el ambiente, e instauraba las oposiciones. Pero el Ministro de Hacienda se opuso a la supresión de las subastas de notarías.

En 1857 se presentó otro proyecto parecido. Su innovación era la dualidad notarial en cada despacho, con un protocolo único. Era la coautorización, de influencia francesa, pero no adoptaba la autorización formal de un notario y la real de otro como había en el país vecino. La caída de Narváez impidió su discusión. Otra caída ministerial motivó que corriera la misma suerte el proyecto del año siguiente.

Al fin, el de una ley orgánica, no de bases, de 1859, tildado por los catalanes –FALGUERA fue su portavoz– de francomanía y excesivo apego a las tradiciones notariales de Castilla, llegaría a ser la de 1862 (119). Todos los oficios notariales se incorporarían al Estado (120), la demarcación no se calculaba sólo por la población, y las

(119) La acusación de francomanía fue refutada por Eduardo LÓPEZ PALOP, *El Notariado español institución genuinamente nacional. Su influencia en la legislación notarial extranjera*, en el "Libro homenaje al profesor De Diego" (Madrid, 1940) 221; cfr., la *Memoria que elevan a los Supremos poderes del Estado los Notarios de Cataluña sobre la reforma y organización del Notariado Español* (Barcelona, 1857). Ese temor de los escribanos del territorio donde mejor se habían mantenido en los últimos siglos, del que fue portavoz el notario y tratadista FALGUERA, se explica por la aprensión de que una formación científica más elevada, junto a sus innegables ventajas llevará consigo el arrumbamiento de la materia notarial vital acumulada en la sucesión cotidiana de las prácticas seculares. Me recuerda la valoración que NÚÑEZ LAGOS hacía de los compañeros franceses". Dar en el país vecino oídos a "las sirenas anglosajonas" no puede deberse sino a una inversión de los altos valores.

(120) Sobre su coste y el precio pagado, quizás casi confiscatorio, puede verse J. CERVINO, *Origen e historia del Notariado y de sus oficios en España*, en el citado "Diccionario General del Notariado" de J. G. DE LA CASAS, 7 (1857) 267-304; y (pp. 399-465 del volumen citado en la nota anterior) la aportación de M. FRAGA IRIBERNE y J. BENEYTO PÉREZ, *La enajenación de oficios públicos en su perspectiva histórica y sociológica* (opinan los autores que el motivo de la mayor lentitud de la reversión de las escribanías fue doble, haber llegado la enajenación más lejos y haber producido resultados más aceptables –de ahí esa impresión de dignidad que dan los archivos–. *El proceso de formación de la Ley* fue estudiado allí mismo por Alfonso QUEREDA DE LA BÁRCENA (565-614; son interesantes las discusiones parlamentarias) y la Ley en sí por José Antonio MOLLEDA FERNÁNDEZ LLAMAZARES (619-690).

oposiciones serían en las audiencias.

La Ley no recogió la arcaica exigencia de la minuta o redacción abreviada. Se instauraron las matrices y las primeras y segundas copias. Evocamos ya las carpetas de la tipografía industrial –algunos talleres gráficos especializados–, tipificadora de éstas. Los precedentes de esa dualidad nos resultan de una complicación extraña, hasta la instauración del principio de la matricidad.

BONO, como ya hemos visto, estudió con su abrumadora sapiencia esta tradición documental o *urkundliche Überlieferung* en los dos últimos siglos bajomedievales (121). Había que distinguir entre el apunte previo, o sea el *instrumentum nondum perfectum*, y el texto definitivo. El primero era el documento *reductum in nota*, la cual podía extenderse *in cartulis* o papel suelto, *in libris*; y en hoja de registro, en cuyo caso era copia total. Por lo tanto la diferencia entre éstas y el original no dependía siempre del contenido, sino de las circunstancias de la expedición o formación. El texto definitivo, *perfectum in publica forma*, era el original estrictamente hablando –de texto idéntico eran la carta partida; las escrituras ulteriores que legalmente eran copias también, haciendo parte de ellas las fes o certificaciones, o sea copias parciales; y las escrituras selladas o *sigillatae ad confirmandum*–. Las transcripciones eran de las notas –*exemplum* y *transsumptum*–, traslados simples totales, a veces coautorizados por otro notario y a veces expedidos por decreto judicial. En fin, estaba prevista la reconstrucción, *refectio* o *reparatio*; la publicación o adveración en registros públicos; y la transposición o colocación de un documento en otro.

Volviendo al proyecto, insistía en la libertad de elección del notario por el público, para lo cual exigía dos notarios en cada demarcación, libertad que venía constantemente siendo “idea conservada secularmente en el notariado –cedemos la pluma a BONO– y base de la verdadera grandeza de la institución y condición *sine qua non* de su vitalidad”.

Esta libertad de los particulares para elegir un funcionario público, que a simple vista puede parecer anómala, sin embargo, penetrando en la entraña de la institución notarial es la clave legitimadora de su esencia. Desde el punto de vista del ordenamiento jurídico

(121) *Modos textuales de transmisión del documento notarial medieval*, en los “Estudis” cit., 13 y 15 (1995 y 1997) 75-103 y 15-41.

del Estado concedente de esa potestad, es la puesta al servicio de los súbditos de una autonomía para la protección legítima de sus intereses y su seguridad preventiva que va más allá de la regulación de sus derechos y deberes, atribuyéndoles una facultad decisoria en el recurso al órgano encargado de su tutela. Es una ampliación de la libertad, justificada en el ámbito de los principios del Derecho, y en la práctica avalada por su florecimiento durante casi un milenio de historia, sin remontarnos a los precedentes.

Tal libertad de elección es el origen de la confianza del otorgante en el fedatario y humaniza el Derecho y las relaciones de los ciudadanos con el poder público sin detrimento alguno de su rigor, al contrario asegurando más perfectamente su imperio en la esfera del deber de protección de éste (122). Pensemos que no son sólo los intereses materiales los que están en juego ante la fe pública, y por otra parte esos intereses, dejada aparte la previa cuestión de su licitud, llevan a menudo consigo valores que se sobrepasan a ellos mismos. No hará falta decir nada de las vivencias implicadas en las últimas voluntades, y no es el único caso.

En mi reciente tributo al maestro Rafael NÚÑEZ LAGOS me atreví a comparar, previa protestación de salvar todas las distancias, la relación del notario y el otorgante con la del médico y el enfermo. Me permito insistir en ello, aunque la necesidad de bucear en abismos antropológicos pueda parecer inicialmente fuera de lugar. Pedro LAÍN ENTRALGO recuerda que el hombre es "un ser constitutivamente menesteroso, *ens indigens*. Tiene necesidad del cosmos energético y material; no menos necesita de los otros hombres (123). El enfermo que va al médico se encuentra en una situación crítica que hace más profunda esa continua necesidad del hombre".

Ahora bien, el otorgante que va al notario es también un hombre que acude a otro en demanda de una protección que dentro de la esfera de su competencia le ayude en su paso por la tierra. Y si

(122) Ramón GÓMEZ DE LA SERNA, en su *Automoribundia*, cuenta que, siendo su padre Registrador de Frechilla, le llevó a la casa del notario de Paredes de Nava, y escribe: "En el domicilio de aquel notario se notaba una cosa que después no he notado nunca, se tenía allí una seguridad en el destino que no se sentía en otros sitios". ¡Claro que no hay que desorbitar el alcance y la significación de la cita literaria!

(123) *La relación médico-enfermo*. Historia y teoría (Madrid, 1964).

comparamos ambas situaciones, las analogías se nos acercan, librándonos de todo escrúpulo de frivolidad.

Michael BALINT [1896-1970 (124)] dijo que el médico es el primero de los medicamentos que él prescribe. Y bien, ¿no podemos suponer que el notario ante el cliente tenga alguna vivencia previa al encasillamiento de su asunto en la recopilación del Medina-Marañón? Ernst VON LEYDEN [1832-1910 (125)] decía a sus alumnos que el primer acto del tratamiento médico es dar la mano al enfermo. Yo lo he recordado al leer la aspiración de José Ángel MARTÍNEZ SANCHIZ, de que “el documento refleje una cierta humanidad, humanidad que despliega el notario cuando mira a la cara a los otorgantes (126)”. En Bolonia, SALATIEL, uno de los padres del *Ars notariae*, escribió que “el notario debe tener lo que va a escribir antes en el corazón que en la boca”.

Pero volviendo al legado de nuestro viviente compañero José BONO HUERTA, es inevitable que nos quedemos con la esperanza, si bien póstuma, de que su *Historia* tenga una continuación. Al fin y al cabo, el camino nos lo dejó abierto. Mientras tanto anhelamos leer su manuscrito de 1983 titulado *El notariado como creación de la sociedad y su adecuación a las necesidades sociales. Indicaciones históricas*.

También es muy de tenerse en cuenta su llamada de atención a la inexistencia de una historia del notariado europeo. Quienes la emprendan verán facilitada su tarea, como BONO lo hizo ver, porque desde los siglos XII y XIII el documento notarial románico “fue un único sistema como unidad plenamente estructurada de hechos documentales, siendo uniformes las reglas de escrituración, la renovación documental y la validación, la estructura y composición textual, y los tipos documentales (127). En cuanto a la lengua, al desintegrarse la uniformidad latina, se mantuvo correlativamente la

(124) Psicoanalista húngaro establecido en Londres. Creó los llamados “grupos Bálint”, de médicos coordinados por un psiquiatra para humanizar la medicina.

(125) “Astro de primera magnitud en la medicina berlinesa”.

(126) “Escritura pública” (2017,1) 56.

(127) Éstos enriquecidos con *novae formae* no conocidas en la tradición documental altomedieval, como las cambiarias desde las *debiti ex causa cambii* con la *protestatio litterae*, y las de la comenda mercantil, el seguro, el préstamo marítimo y el apoderamiento.

semejanza en los idiomas vernáculos (128). De manera que la parcela notarial es también una manifestación de la alternancia entre la variedad y la unidad europeas”, un ejemplo más para el *Bosquejo de Europa* de Salvador DE MADARIAGA (129).

Mientras tanto es para muy tenida en cuenta la *conclusio argumenti* de su intervención en el décimo séptimo Congreso del Notariado Latino, celebrado en Florencia el año 1984. Subrayó “la presencia y perduración inalterables de la esencia y función del Notariado, a lo largo de ocho siglos, desde su primera formulación en el Renacimiento legal de los siglos XII-XIII hasta, inclusive, la ley francesa de 1803 (130), lo que hace cuestionable la necesidad de cambios”.

Y termina de esta manera: “La autónoma potestad autenticadora notarial no debe ser desvirtuada, reduciéndola a una mera atribución certificante, con lo que el notario pasaría a ser un simple *Winkelschreiber* (según el modelo anglosajón). La función notarial, independiente, no debe ser burocratizada y puesta al servicio de los intereses del Estado, reduciendo así al notario a un simple *Staatsdiener*. ¡Pues somos *publicae personae publica officia gerentes!*”.

(128) Es el motivo como dijimos del tratamiento separado de este campo documental, el contenido de la Diplomática Notarial, independiente de la Diplomática residual de *l'acte privé*; una consecuencia de “la sustantividad de las ordenaciones notariales, la especialidad de sus reglas de forma, las peculiaridades también formales del documento notarial, e incluso la existencia de una disciplina doctrinal propia, el *ars notariae*”.

(129) Un investigador de las órdenes religiosas, ha escrito que éstas fueron un módulo de la cultura europea, recuerda que llegaron a federarse, a “conciliar Europa”, y se pregunta si no es ésta una buena razón para estudiarlas con más empeño, ofrecerlas la historia comparada que se merecen. ¿No podemos decir lo mismo del notariado?; GERT MELVILLE, *La recherche sur les ordres religieux en Allemagne. Chemins parcourus et nouveaux horizons*, “Cahiers de civilisation médiévale” 49 (2006) 164-174. Un profesor de la Universidad de Montpellier, André GOURON, ha escrito que el notario es un símbolo del espíritu creador que se manifestó en Europa después del año Mil, y al que prestó su dinamismo el vigoroso siglo XI; *Dinamismo y continuidad sobre la historia de los notarios franceses y de sus escrituras*, en la “Revista de Derecho Notarial” 79-80 (1985) 385.

(130) Aunque de una regulación muy discutible en algunos aspectos técnicos de la escrituración. Sobre la categoría de *fonctionnaire public*, BONO opina que *officier* habría tenido un sentido más afín al tradicional de *publica persona*.

LA EVOLUCIÓN SOCIAL COMO JUSTIFICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN CIVIL DE FUENTE AUTONÓMICA

José María Endemaño Aróstegui

Abogado. Doctor en Derecho por la Universidad de Barcelona.

Personal Docente e Investigador Visitante.
Universidad del País Vasco

Resumen: Durante los últimos veinte años, las Comunidades Autónomas han legislado, con relativa extensión, en materia civil, tratando de ordenar las relaciones de carácter personal y patrimonial que se generan en la cambiante realidad social. En algunas ocasiones, el legislador autonómico ha tomado, como referencia básica de su actuación, unas supuestas demandas sociales, sin prestar la debida consideración al marco constitucional de distribución de competencias. Algunas recientes sentencias del TC han declarado la nulidad de una parte relevante de esa legislación civil y queda latente una cierta incertidumbre sobre amplias parcelas de la que todavía no ha sido sometida a la consideración del Alto Tribunal, especialmente en aquellas Comunidades Autónomas con competencia estatutaria para desarrollar su Derecho civil propio.

Palabras clave: legislación civil, derecho civil foral, convivencia *more uxorio*.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN

1. CONSTRUCCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL CONCEPTO DE CONVIVENCIA MORE UXORIO
2. LA IRRUPCIÓN DE LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA REGULADORA DE LAS PAREJAS DE HECHO
 - 2.1. JUSTIFICACIÓN SOCIAL Y COMPETENCIAL
 - 2.2. DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO EN LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA
 - 2.3. CONTENIDO OBLIGACIONAL DE LA RELACIÓN ENTRE LOS CONVIVIENTES Y ENTRE ESTOS Y TERCEROS
 - 2.4. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE CADA LEY AUTONÓMICA. PUNTO DE CONEXIÓN Y CONFLICTO DE LEYES
3. LA COMPETENCIA DEL ESTADO EN MATERIA DE LEGISLACIÓN CIVIL
4. LAS COMPETENCIAS DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN MATERIA DE LEGISLACIÓN CIVIL
5. ALCANCE DE LAS COMPETENCIAS EN LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS QUE LAS TIENEN ATRIBUIDAS
6. LÍMITES CONSTITUCIONALES RELATIVOS AL CONTENIDO MATERIAL DE LAS COMPETENCIAS AUTONÓMICAS
7. LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS CARECEN DE COMPETENCIA LEGISLATIVA PARA REGULAR RELACIONES DE ORDEN CIVIL ENTRE LOS MIEMBROS DE LA PAREJA
8. BREVE REFERENCIA A LA STC 93/2013: EL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD COMO LÍMITE PARA EL LEGISLADOR A LA HORA DE REGULAR LAS RELACIONES DE ORDEN CIVIL ENTRE LOS MIEMBROS DE LA PAREJA
9. A MODO DE CONCLUSIÓN

INTRODUCCIÓN

La evolución social en los países de nuestro entorno ha hecho que la convivencia, en un mismo hogar, de parejas que no han contraído matrimonio (*more uxorio*), sea una realidad fácilmente constatable –por su frecuencia y notoriedad– desde hace varios años. En el plano jurídico, este hecho social, relativamente reciente, ha dado lugar a una extensa producción normativa de fuente autonómica. La convivencia *more uxorio* es fruto de la voluntad de los miembros de la pareja, que genera, a la vez que una situación de hecho, un entramado de relaciones jurídicas de distinto orden (personales y de contenido patrimonial), tanto en el ámbito de la propia pareja (*inter partes*) como frente a terceros; y encuentra amparo jurídico en el principio general de libertad, que el art. 1.1 de la Constitución Española (en adelante CE) proclama como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico español. Los convivientes tienen un amplio margen de disponibilidad en la configuración de sus relaciones jurídicas intersubjetivas, para lo que pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público (art. 1255 del Código Civil, en adelante CC). Esta libertad de pacto permite, a las partes, regular convencionalmente su régimen de convivencia, de acuerdo con sus intereses, y quedar sometidos a las leyes que sean de aplicación a las relaciones jurídicas trabadas con motivo de la misma. Como el CC español, al igual que otros que siguen el modelo napoleónico-francés, se desentiende de estas relaciones paraconyugales al margen del matrimonio, se plantea la cuestión de la suficiencia o no de la legislación general para resolver adecuadamente los conflictos de intereses que puedan surgir de la convivencia (durante su vigencia o a la finalización de la misma); es decir, si es necesario o conveniente que el legislador regule este régimen de convivencia mediante una ley *ad hoc*. El legislador estatal ha optado por no establecer una regulación general y contemplar la realidad social de las parejas de hecho en diversas leyes, de manera puntual y fragmentaria, equiparando o aproximando la posición jurídica de sus miembros a la de los cónyuges, sólo a determinados efectos (1). Han sido las Comunidades Autónomas las que mayor actividad

(1) Comenzando ya con la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se

legislativa han venido desarrollando en la regulación de estas relaciones de convivencia extramarital, mediante la aprobación leyes *ad hoc* (2), con una pretensión omnicomprendensiva y tratando de equiparar la convivencia de hecho al matrimonio; criterio que se refleja también en la legislación sectorial autonómica (3).

modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio (BOE 20 de julio de 1981); como expongo en José María ENDEMAÑO ARÓSTEGUI, "La convivencia de hecho en la legislación y jurisprudencia españolas", *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 70, pp. 39-80.

(2) La primera fue la Ley catalana 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja (BOE 19 de agosto de 1998), derogada por la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia (BOE 21 de agosto de 2010), que incorpora la regulación de la materia a dicho libro del Código Civil catalán; Ley aragonesa 6/1999, de 26 de marzo, de parejas estables no casadas (BOE 21 de abril de 1999), derogada por el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba con el título de "Código de Derecho Foral de Aragón", el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas (BO de Aragón 29 de marzo de 2011), en adelante TR aragonés, que incorpora su contenido al libro segundo (Derecho de la Familia); Ley Foral navarra 6/2000, de 3 de julio, sobre igualdad jurídica de las parejas estables (BOE 6 de septiembre de 2000); Ley valenciana 1/2001, de 6 de abril, por la que se regulan las uniones de hecho (BOE 10 de mayo de 2001), derogada por la Ley 5/2012, de 15 de octubre, de uniones de hecho de la Comunidad Valenciana (BOE 7 de noviembre de 2012); Ley madrileña 11/2001, de 19 de diciembre, reguladora de las uniones de hecho (BOE 5 de marzo de 2002); Ley balear 18/2001, de 19 de diciembre, sobre normas reguladoras de las uniones estables (BOE 16 de enero de 2002); Ley asturiana 4/2002, de 23 de mayo, de parejas estables (BOE 2 de julio de 2002); Ley andaluza 5/2002, de 16 de diciembre, de parejas de hecho (BOE 13 de enero de 2003); Ley canaria 5/2003, de 6 de marzo, para la regulación de las parejas de hecho (BOE 14 de abril de 2003); Ley extremeña 5/2003, de 20 de marzo, de parejas de hecho (BOE 9 de mayo de 2003); Ley vasca 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho (BOPV 23 de mayo de 2003); Ley cántabra 1/2005, de 16 de mayo, de parejas de hecho (BOE 7 de junio de 2005); disposición adicional tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio, por la que se establecen normas reguladoras del Derecho Civil de Galicia (BOE 11 de agosto de 2006), cuya redacción actual está dada por la Ley 10/2007, de 28 de junio (DO de Galicia de 2 de julio de 2007). Las leyes autonómicas incorporan diversas modificaciones en cuyo detalle no es necesario entrar ahora.

(3) La cual queda al margen de nuestro estudio en este trabajo.

Las Comunidades Autónomas con competencia legislativa en materia de Derecho Civil propio regularon, inicialmente, la convivencia de hecho, al margen de sus compilaciones de Derecho Civil, puesto que era evidente que este uso social no era ninguna especificidad o singularidad de una Comunidad Autónoma en concreto (4). Posteriormente, en Cataluña y Aragón, se ha incorporado la regulación de la convivencia extramarital en pareja estable al Código de Derecho Civil propio de la Comunidad Autónoma (5), con lo que se integra en este cuerpo legislativo la regulación de las relaciones que se generan en la referida relación de convivencia.

El objeto de este trabajo es analizar la existencia o no de título competencial autonómico para regular –como en la práctica se ha hecho– el régimen de las relaciones jurídico-privadas de las parejas de hecho, partiendo de la construcción jurisprudencial del concepto (antes de la irrupción en escena de la legislación autonómica), la naturaleza de las relaciones jurídicas objeto de esta regulación y de la doctrina del TC contenida especialmente en sus SS.TC 81/2013, de 11 de abril, 93/2013, de 23 de abril, y 110/2016, de 9 de junio, relativas a la Ley madrileña 11/2001 y la Ley Foral 6/2000, y Ley valenciana 5/2012, respectivamente. No entramos a considerar el Derecho Público Administrativo de la regulación autonómica, en aspectos tales como función pública, servicios sanitarios, asistencia social, vivienda, mediación familiar y otros servicios de carác-

(4) En Cataluña, el mismo día en que se aprobaba la Ley 10/1998, de uniones estables de pareja, se aprobaba también la Ley 9/1998, de 15 de julio, por la que se crea el Código de Familia (BOE 19 de agosto de 1998). Sin embargo, la convivencia extramarital en pareja se regulaba en una ley especial y separada del Código de Familia, aunque en su preámbulo se justificara apelando a “las competencias de derecho civil que corresponden a la Generalidad”. El mismo criterio se siguió en Aragón. Únicamente Galicia incorporó directamente, ya en 2006, la regulación de las parejas de hecho a la Ley reguladora del Derecho Civil de Galicia, como una disposición adicional de la misma (disposición que fue ajena a todos los trabajos preparatorios de la Ley 2/2006, reguladora del referido Derecho Civil, como se expone detalladamente en el Auto 25/2010, de 30 de junio, del Tribunal Superior de Galicia, RJA 2010/8700).

(5) En Cataluña, por Ley 25/2010, al capítulo IV del título III del libro segundo (relativo a la persona y a la familia), del Código Civil de Cataluña; y, en Aragón, mediante el Decreto Legislativo 1/2011, al libro segundo (relativo al Derecho de Familia) del TR aragonés.

ter administrativo, cuya regulación y prestación sean competencias sectoriales de la respectiva Comunidad Autónoma en virtud de su Estatuto de Autonomía (que no plantea, en principio, mayores problemas jurídicos, siempre que el legislador autonómico actúe en el marco de las competencias que tiene estatutariamente atribuidas).

1. CONSTRUCCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL CONCEPTO DE CONVIVENCIA *MORE UXORIO* Y LEGISLACIÓN APLICABLE

La convivencia extramarital en pareja se consideraba una realidad generadora de efectos jurídicos ya antes de la entrada en vigor de la regulación autonómica de las parejas de hecho. Para entonces, la jurisprudencia del TS había conformado una noción general unitaria de convivencia *more uxorio* como una situación de hecho que determina la aplicación de una determinada normativa legal. Dice el TS que, para ello, debe cumplir ciertos requisitos, que los hace derivar de su propia naturaleza, con el fin de que una interpretación amplia y no debidamente medida no desborde y desvirtúe la correspondiente aplicación del Derecho. De acuerdo con esta doctrina, para que sea jurídicamente relevante, “la convivencia *more uxorio* 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” (6). La irrupción de la legislación autonómica reguladora de la convivencia de hecho no trajo consigo una alteración de los referentes legales del TS en la resolución de las controversias derivadas de la misma. Seguía aplicando la legislación civil emanada del Estado (básicamente el CC) (7), por lo que no vamos a distinguir entre la jurisprudencia anterior y posterior a la susodicha legislación autonómica. Así pues, la jurisprudencia del TS, dictada en resolución de conflictos *inter partes* de contenido patrimonial, y la doctrina del TC sobre la relevancia cons-

(6) *Vid.* STS de 18 de mayo de 1992 (RJA 1992/4907); criterio que posteriormente mantiene constante.

(7) Con algunas referencias a la nueva legislación autonómica, en los términos que más adelante se indicarán.

titucional del distinto tratamiento legal a los cónyuges, respecto de los convivientes *more uxorio*, ya había delimitado los contornos de esta modalidad de convivencia extramarital e identificado las relaciones jurídicas trabadas entre los convivientes, en los términos que se exponen a continuación:

1. El matrimonio y la convivencia *more uxorio* son realidades jurídicas distintas (8). La normativa reguladora del régimen matrimonial no es aplicable, por analogía, a las uniones de hecho (9), que rigen sus relaciones de acuerdo con lo pactado expresamente o por actos significativos que reflejan una voluntad común (*facta concludentia*) (10).

2. El inicio de una unión *more uxorio* no lleva aparejado el surgimiento automático de un régimen de comunidad de bienes (condominio u otro). Habrán de ser los convivientes interesados los que, por su pacto expreso o por sus *facta concludentia* (aportación continuada de sus ganancias o de su trabajo al acervo común), eviden-

(8) Criterio que el TC mantiene constante desde su ATC 156/1987, de 11 de febrero (*vid.* ATC 1021/1988, de 26 de septiembre; SS.TC 45/1989, de 20 de febrero; 184/1990, de 15 de noviembre; 155/1998, de 13 de julio; 180/2001, de 17 de septiembre; 69/2007, de 16 de abril; entre otras muchas). En la jurisprudencia del TS, *vid.* SS.TS de 21 de octubre de 1992 (RJA 1992/8589), 11 de diciembre de 1992 (RJA 1992/9733), 22 de julio de 1993 (RJA 1993/6274), 30 de diciembre de 1994 (RJA 1994/10391), 4 de marzo de 1997 (RJA 1997/1640), 17 de junio de 2003 (RJA 2003/4605), 5 de febrero de 2004 (RJA 2004/213), 12 de septiembre de 2005 (RJA 2005/7148), 19 de octubre de 2006 (RJA 2006/8976), entre otras muchas. También la Decisión de la Corte de Derechos Humanos de Estrasburgo, de 10 de febrero de 2011 (JUR 2011, 37764), señala que “las consecuencias jurídicas del matrimonio... distinguen esta relación de otras formas de vida en común”; añade que “el elemento determinante es la existencia de un compromiso público que conlleva un conjunto de derechos y de obligaciones de orden contractual. De manera que no puede haber analogía entre una pareja casada y perteneriado civil”.

(9) *Vid.* SS.TS de 23 de julio de 1998 (RJA 1998/6131), 22 de enero de 2001 (RJA 2001/1678), 27 de marzo de 2001 (RJA 2001/4470), 5 de febrero de 2004, 12 de septiembre de 2005, 19 de octubre de 2006, 8 de mayo de 2008 (RJA 2008/2833), 16 de junio de 2011 (RJA 2011/4246), entre otras.

(10) STS de 26 de enero de 2006 (RJA 2006/417), entre otras.

cien su voluntad de hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos durante la existencia de la unión de hecho (11). Depende de la voluntad de las partes la posible formación de una sociedad de carácter contractual o el mantenimiento de su independencia económica. Si no se prueba acuerdo para la atribución de las adquisiciones a ambos, ha de concluirse que no hay sociedad, por ausencia del requisito esencial del consentimiento (12).

3. No cabe aplicar, por analogía, el régimen de gananciales ni el de separación de bienes, pues cabe que la proyección patrimonial se presente en los dos aspectos: cotitularidad respecto de los bienes adquiridos conjuntamente y separación (bienes propios o privativos) cuando no consta acreditada la concurrencia de voluntad común adquisitiva (13).

4. Si por pacto o *facta concludentia* aflora una voluntad concorde de tener en común bienes que fueron adquiriendo durante la convivencia, la comunidad así creada está orientada a la permanencia mientras la pareja mantiene su unión, pero recobra toda su actividad divisoria de disolución y adjudicación en cuanto cesa, con carácter definitivo, la convivencia. En estas situaciones cabe: a) partir de una comunidad ordinaria; b) aplicar otra institución legal similar en efectos, como la sociedad irregular de naturaleza mercantil (14); c) reconocer, al conviviente que coopera en uno o varios negocios del otro, participación asociativa en los mismos, de acuerdo con el art. 1665 CC (15); d) considerar una situación de prestación de servicios o gestión de negocio ajeno –por pacto tácito– que puede dar lugar a reclamación de cantidad (16). A la sociedad que, con su convivencia, hayan consolidado los convivientes *more uxorio* se le aplica, a la

(11) *Vid.* SS.TS de 21 de octubre de 1992, 27 de mayo de 2004 (RJA 2004/3577), 23 de noviembre de 2004 (RJA 2004/7385), entre otras.

(12) *Vid.* STS de 11 de diciembre de 1992.

(13) *Vid.* SS. TS de 18 de mayo de 1992 y 22 de julio de 1993.

(14) Teniendo en cuenta las particularidades del caso concreto; p.e., esfuerzo mutuo en actividades comerciales coincidentes e integradas en un quehacer conjunto dentro del operar comercial, que genera un patrimonio comunal (*vid.* SS.TS de 18 de mayo de 1992 y 4 de marzo de 1997).

(15) *Vid.* STS de 18 de febrero de 1993 (RJA 1993/1246).

(16) STS de 27 de mayo de 1994 (RJA 1994/3753).

ruptura, el régimen jurídico previsto para la comunidad de bienes en los arts. 392 y ss. del CC, siendo indiferente que se califiquen, tales relaciones, de comunidad normal de bienes, copropiedad por cuotas o de sociedad civil (17).

5. A la finalización de la convivencia *more uxorio*, no procede la fijación de la pensión prevista en el art. 97 CC para el cónyuge al que la separación o divorcio produzca desequilibrio económico, en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior. Procederá la indemnización por enriquecimiento injusto siempre que se den los requisitos necesarios para su apreciación (18).

Queda configurada así la convivencia *more uxorio*, como una relación de vida en común, querida y consentida por las partes, que genera un conjunto de obligaciones de carácter jurídico-privado (19) que trae causa de pactos expresos o tácitos (*facta concludentia*), que el TS encuadra en el marco de las figuras tipificadas en el CC, tras el estudio del caso concreto, tratando siempre de proteger al conviviente más perjudicado por la relación, mediante la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto con una consideración retrospectiva de la relación (que la identifica y califica allí donde ha existido). Es evidente que se trata de una relación de Derecho Civil, conformada en base a una noción general única de pareja de hecho construida por el TS, precisamente mediante la aplicación del Derecho Civil de fuente estatal (20).

(17) *Vid.* SS.TS de 18 de marzo de 1995 (RJA 1995/1962) y 29 de octubre de 1997.

(18) La STS de 11 de diciembre de 1992 declara que tales requisitos son: a) aumento del patrimonio del enriquecido; b) correlativo empobrecimiento del actor (en este caso, el otro conviviente); c) falta de causa que justifique el enriquecimiento; y d) inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación del principio. En el mismo sentido, SS.TS de 17 de enero de 2003 (RJA 2003/4), 17 de junio de 2003, 23 de noviembre de 2004, 12 de septiembre de 2005, 6 de octubre de 2006 (RJA 2006/6650), entre otras muchas (como STS discrepante, que estima aplicable la pensión compensatoria del art. 97 CC, la de 5 de julio de 2001, RJA 2001/4993).

(19) La STS de 8 de mayo de 2008 inserta la unión de hecho dentro del Derecho de familia.

(20) En la doctrina, para un estudio detallado y preciso de las relacio-

2. LA IRRUPCIÓN DE LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA REGULADORA DE LAS PAREJAS DE HECHO

2.1. Justificación social y competencial

Una vez que la jurisprudencia del TS ya ha delimitado un concepto unitario de pareja de hecho, comienza a producirse -a partir de 1998- la legislación autonómica reguladora de esta figura. En las exposiciones de motivos se hace, en general, un considerable esfuerzo para justificar la necesidad social de la regulación legal contenida en la parte dispositiva. Las Leyes autonómicas apelan (21) a una realidad social en la que hay parejas que conviven al margen del matrimonio; a la demanda social para regular la misma; que otros países de la Unión Europea han adaptado sus legislaciones a la realidad social de este nuevo "fenómeno convivencial", tendiendo a equiparar a las parejas estables no casadas con los matrimonios; a principios constitucionales, como el de la libertad, la protección social, económica y jurídica de la familia, la igualdad ante la ley; que la marginación legislativa de las parejas estables no casadas genera problemas de difícil solución e importantes injusticias; la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; evitar discriminaciones contra los modelos de familia distintos del tradicional basado en el matrimonio; la necesidad de proteger jurídicamente a las parejas que, con independencia de su orientación sexual, comparten su vida en una relación afectiva análoga a la conyugal, evitando así que la falta de la regulación legal de su posición jurídica provoque injusticias en los campos civil, administrativo, fiscal, social y penal; la igualdad de derechos de estas parejas y la extensión a las mismas de los bene-

nes personales y patrimoniales entre los convivientes, puede verse, Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE, "Acuerdos entre convivientes *more uxorio*", AAMN, tomo 40, 2000, pp. 205-249.

(21) Justifican la necesidad social de la regulación de la convivencia *more uxorio* con argumentos similares, en general; aunque con algunos matices que no los consideramos relevantes a los efectos de nuestro estudio, por lo que no nos detenemos en las particularidades de cada Ley en este sentido, las cuales pueden apreciarse en una simple lectura de la exposición de motivos.

ficios que la normativa autonómica venía prestando a las uniones matrimoniales; y a otros motivos similares, con diversas formulaciones. Es significativa la manifestación contenida en la exposición de motivos de la Ley catalana 25/2010, que, refiriéndose a la Ley especial 10/1998, que regula, por primera vez, las uniones estables en pareja, dice que “es innegable que una de sus principales finalidades fue dotar de régimen jurídico a las parejas formadas por personas que, en la legalidad anterior a la Ley del Estado 13/2005 –que incorpora la posibilidad de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo–, tenían excluido el acceso al matrimonio”.

En contraste con la extensa argumentación sobre la necesidad social de la regulación autonómica de la convivencia *more uxorio*, las leyes autonómicas son muy parcas en relación con el fundamento competencial. Algunas reconocen que la regulación de las relaciones intersubjetivas, en las esferas personal y patrimonial, corresponde a la ley civil estatal y justifican la regulación autonómica “a la espera de la... extensión de la legislación civil” a las parejas de hecho (22). Otras Leyes hacen una mención genérica a las competencias estatutarias (23) o refieren diversas competencias de carácter sectorial (24) que podrían amparar jurídicamente algunos preceptos de orden público-administrativo reguladores de las materias respectivas de la competencia autonómica. Las leyes que se apoyan en las competencias autonómicas en materia de Derecho Civil propio son la Ley catalana 10/1998 (y, lógicamente, la Ley 25/2010, que la deroga e incorpora su contenido al Código Civil de Cataluña); la Ley Foral 6/2000; la Ley vasca 2/2003; el TR aragonés (25) y la Ley valenciana 5/2012 (26). Mención especial merece la Ley balear

(22) Ley valenciana 1/2001 y Ley madrileña 11/2001.

(23) Ley canaria 5/2003, Ley extremeña 5/2003 y Ley cántabra 1/2005.

(24) Función pública, vivienda, asistencia y bienestar social, protección y tutela de menores, orientación familiar, sanidad interior (*vid.* Ley asturiana 4/2002 y Ley andaluza 5/2002).

(25) Que incorpora el contenido de la Ley aragonesa 6/1999, que sólo contenía una velada referencia a “las singularidades del ordenamiento civil aragonés”, que difícilmente podría interpretarse como fundamentación competencial.

(26) Aunque la Ley anterior 1/2001 –ya derogada– no se apoya en dicho título, sino que se dicta a la espera de la extensión del CC a las uniones de hecho.

18/2001, que, en lugar de apoyarse en las competencias autonómicas en materia de Derecho Civil propio (27), simplemente refiere que "se ha considerado oportuno hacer una regulación consonante con la Compilación de Derecho Civil de las Illes Balears". La única Comunidad Autónoma que incorpora directamente la regulación de las parejas de hecho a su Derecho Civil propio es Galicia, que lo hace como una disposición adicional de la Ley 2/2006, por la que se establecen las normas reguladoras del referido Derecho, pero sin dar el menor dato justificativo de su incardinación en el Derecho Civil gallego (28).

2.2. Delimitación del concepto en la legislación autonómica

Las Leyes autonómicas utilizan diversos criterios para delimitar el concepto legal de pareja de hecho (29), a los efectos de aplicar la ley respectiva. En algunos casos, es constitutiva la inscripción en un Registro de parejas de hecho que crea la propia Ley (30), aunque para acceder al mismo, se exija [además del requisito de capacidad (31) e inexistencia de alguna de las prohibiciones previstas en la

(27) Art. 10.22 Estatuto de Autonomía para las Islas Baleares, aprobado por Ley Orgánica 2/1983, de 25 de febrero (BOE 1 de marzo de 1983); en el Estatuto de Autonomía actualmente vigente, aprobado por Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero (BOE 1 de marzo de 2007), art. 30.27.

(28) La competencia autonómica para regular el régimen jurídico de las parejas de hecho apenas se cuestiona (salvo algunas excepciones, como Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, "La competencia para legislar sobre parejas de hecho", *Derecho Privado y Constitución*, 2003, nº 17, pp. 61-88). El TS la da también por supuesta, v. SS.TS de 5 de julio de 2001 (RJA 2001/4993), 12 de septiembre de 2005 y 22 de febrero de 2006 (RJA 160/2006).

(29) La denominación no es uniforme en las leyes autonómicas, que utilizan, para identificar la misma situación jurídica, además de ésta, entre otras, "unión estable de pareja", "pareja estable no casada", "pareja estable", "unión de hecho", "unión estable".

(30) Art. 3.1 Ley valenciana 5/2012; art. 1.1 Ley balear 18/2001; art. 2.3 Ley extremeña 5/2003; art. 3.1 Ley vasca 2/2003; disposición adicional tercera de la Ley gallega 2/2006.

(31) La mayoría de edad (art. 303 TR aragonés); y si se trata de menores, que estén emancipados (art. 2 Ley foral navarra 6/2000; art. 4.1 Ley valenciana 5/2012; art. 2.1 Ley madrileña 11/2001; art. 2.1 Ley balear 18/2001; art. 3 Ley asturiana 4/2002; art. 3.2 Ley andaluza 5/2002;

misma Ley (32)] la acreditación de la existencia de una relación previa (33). En otras Leyes, la inscripción en el Registro se configura como requisito de aplicación de la Ley autonómica; es decir, la pareja nace fuera del Registro, pero debe inscribirse en éste para que se produzcan, total o parcialmente, los efectos previstos en la misma. En estos casos, la constitución de la pareja de hecho se asocia, en general, al cumplimiento de alguno de los siguientes requisitos: a) convivencia marital ininterrumpida durante un período mínimo; b) manifestación de voluntad de constituir la en documento público; o c) descendencia común (34).

Por otra parte, también hay Leyes para las que la inscripción en el Registro de parejas de hecho o no se prevé o es meramente voluntaria. El nacimiento de la pareja, que determina la aplicación de

art. 2.2 Ley canaria 5/2003; art. 3.1 Ley extremeña 5/2003; art. 4.4 Ley cántabra 1/2005; art. 2.1 Ley vasca 2/2003; art. 234.1 Ley catalana 25/2010). Algunas Leyes añaden requisitos adicionales, como el de no estar afectado por una deficiencia o anomalía psíquica que le impida prestar su consentimiento a la unión válidamente (art. 2.1 Ley madrileña 11/2001) o no estar incapacitado mediante sentencia judicial firme (Art. 2.1.f) Ley canaria 5/2003; art. 4.4.f) Ley cántabra 1/2005).

(32) Que afectan a personas que, teniendo la capacidad exigida, se hallan unidas por vínculos anteriores (matrimonio o pareja de hecho) o por relaciones de parentesco (*vid.* arts. 234.2 Ley catalana 25/2010, que presenta la particularidad de que permite constituir "pareja estable" a las personas casadas separadas de hecho; art. 306 TR aragonés; art. 2.1 Ley foral navarra 6/2000; art. 2.1 Ley valenciana 1/2001; art. 2.1 Ley madrileña 11/2001; art. 2.1 Ley balear 18/2001; art. 3.1 Ley asturiana 4/2002; art. 3.2 Ley andaluza 5/2002; art. 2.1 Ley canaria 5/2003; art. 3.1 Ley extremeña 5/2003; art. 4.4 Ley cántabra 1/2005; art. 2.1 Ley vasca 2/2003).

(33) La Ley balear 18/2001 exige convivencia libre, pública y notoria –sin fijar plazo–, en una relación de afectividad análoga a la conyugal. La Ley extremeña 5/2003 exige la existencia de una unión estable (convivencia mínima ininterrumpida de un año, salvo que tuvieran descendencia común o hayan expresado su voluntad de constituir la pareja en documento público), libre, pública y notoria, en una relación de afectividad análoga a la conyugal, y que voluntariamente se sometan a la Ley extremeña 5/2003 mediante la inscripción en el Registro.

(34) En el enunciado de estos requisitos no hay uniformidad, pero no tiene mayor interés extenderse en los matices (*vid.* art. 305 TR aragonés, art. 1.1 Ley madrileña 11/2001, art. 5 Ley andaluza 2/2002, art. 4 Ley cántabra 1/2005).

la ley autonómica, se produce al margen del Registro, con el cumplimiento de alguno de los requisitos legalmente previstos (35).

Como vemos, cada Ley autonómica construye su figura de pareja de hecho (teniendo como elemento común una comunidad de vida, pública, sin vínculo matrimonial) a los efectos de aplicar la misma (la proyecta a futuro). Por el contrario, el TS construyó un concepto único y uniforme, para todo el Estado, sobre la base de la consideración retrospectiva de una convivencia consolidada a lo largo de los años, con acreditadas actuaciones conjuntas que han creado, realmente, unos intereses comunes en el núcleo de un mismo hogar. Constatada la existencia efectiva de esta relación, y calificadas las relaciones que efectivamente existieron entre los miembros de la pareja, el TS aplica la legislación civil para resolver los conflictos de intereses que afloran. Evidentemente, la pretensión de cada Ley autonómica es que se aplique la misma para resolver los conflictos de intereses entre los miembros de la pareja, con el consiguiente desplazamiento de la legislación civil de fuente estatal que venían aplicando el TS y demás Jueces y Tribunales de la Jurisdicción Civil; para lo que el respectivo legislador autonómico debe tener atribuidas competencias –en materia de Derecho Civil– para regular las relaciones jurídicas *inter privatos*, entre los miembros de la pareja y entre éstos y terceros. Pero, antes de avanzar en esta cuestión, veamos el contenido obligacional de la nueva figura jurídica creada por los legisladores autonómicos al conformar su noción de pareja de hecho.

2.3. Contenido obligacional de la relación entre los convivientes y entre éstos y terceros

En la legislación autonómica, las relaciones entre los miembros de la pareja de hecho se rigen por el principio de la libertad de pacto, de acuerdo con el cual pueden regular sus relaciones personales y patrimoniales, los respectivos derechos y deberes y las compensaciones económicas que convengan para el caso del cese de la

(35) Que coinciden sustancialmente con los señalados en el párrafo anterior como requisito de aplicación de la ley autonómica (*vid.* art. 234.1 Ley catalana 25/2010, art. 2 Ley foral navarra 6/2000, art. 3 Ley asturiana 4/2002 y art. 1 Ley canaria 5/2003).

convivencia (36). Algunas leyes prohíben expresamente los pactos contrarios a las leyes, limitativos de la igualdad de derechos que corresponde a cada conviviente o gravemente perjudiciales para uno de ellos o aquéllos cuyo objeto sea exclusivamente personal o que afecten a la intimidad de los convivientes, bajo sanción de nulidad (37); otras establecen que los pactos entre los miembros de la pareja de hecho no podrán perjudicar a terceros (38). Aunque la regulación no es uniforme en este sentido, las leyes autonómicas establecen también una serie de derechos (y obligaciones recíprocas) interpartes, presunciones y disposiciones supletorias (que regirán a falta de pacto expreso), que se insertan en el ámbito de las relaciones jurídico-privadas, personales y patrimoniales, de los miembros de la pareja y entre éstos y terceros, en los siguientes términos y con el contenido que –sin ánimo exhaustivo ni agotador– exponemos a continuación:

(36) Con distintas formulaciones, art. 234.3, 5, 6 y 9 Código Civil de Cataluña (en materia de disposición de la vivienda familiar se remite a lo establecido para el régimen matrimonial, al igual que sobre la posibilidad de adquirir bienes con pacto de supervivencia, pactos en previsión de ruptura matrimonial, compensación económica por razón de trabajo y otras), art. 307 TR aragonés, art. 5 Ley Foral 6/2000, art. 7 Ley valenciana 5/2012, art. 4.1 Ley madrileña 11/2001, art. 4.1 Ley balear 18/2001, art. 5.1 Ley asturiana 4/2002, arts. 7, 10 y 12.2 Ley andaluza 5/2002, art. 7 Ley canaria 5/2003, art. 6.1 Ley extremeña 5/2003, disposición adicional tercera de la Ley gallega 2/2006 y art. 5.1 Ley vasca 2/2003. Los preceptos reguladores de las relaciones civiles en las leyes madrileña y valenciana, así como la mayoría de los de la Ley Foral navarra, han sido declarados nulos, por inconstitucionales, por las SS.TC a las que nos hemos referido antes y que más adelante veremos detalladamente (hecha esta advertencia, adoptamos el criterio metodológico de citarlos en las notas que siguen, para reflejar una idea más precisa del contenido de la producción legislativa autonómica; además, el fundamento de la declaración de inconstitucionalidad sería el mismo para los preceptos similares de otras leyes autonómicas, en el caso de que se planteara la cuestión).

(37) No todas las leyes recogen los mismos supuestos de nulidad (*vid.* art. 7 Ley valenciana 5/2012, art. 4.4 Ley madrileña 11/2001, art. 4.2 Ley balear 18/2001, art. 6.3 Ley extremeña 5/2003, art. 8.3 Ley cántabra 1/2005 y disposición adicional tercera de la Ley gallega 2/2006).

(38) Art. 5.3 Ley asturiana 4/2002, art. 12.3 Ley andaluza 5/2002, art. 8.4 Ley canaria 5/2003, art. 6.4 Ley extremeña 5/2003 y art. 8.5 Ley cántabra 1/2005.

a) Derecho a reclamar alimentos al extinguirse la relación. Se trata de un derecho a reclamar, al otro conviviente, una pensión periódica, si la necesita para atender adecuadamente a su sustento, en caso de que la convivencia haya disminuido su capacidad de obtener ingresos o si tiene, a su cargo, hijos comunes menores, en circunstancias en que su capacidad de obtener ingresos quede disminuida (39).

b) Derecho a exigir, al cesar la convivencia, una compensación económica, en caso de que se haya generado una situación de desigualdad patrimonial que implique un enriquecimiento injusto del otro conviviente (40).

c) Prohibición de enajenar, gravar y, en general, de disponer de su derecho sobre la vivienda común o de los muebles de uso ordinario, sin el consentimiento del otro o, en su defecto, de autorización judicial (41).

(39) En algunos casos con mención expresa a la obligación de prestarse alimentos con carácter preferente respecto a cualesquiera otras personas legalmente obligadas (art. 313 TR aragonés y arts. 6 y 9 Ley balear 18/2001). Los arts. 234.10, 11 y 12 Código Civil de Cataluña regula la prestación alimentaria, con remisiones a lo previsto para los casos de nulidad, separación y divorcio (el art. 234.10.3 reconoce al conviviente el derecho a reclamar a los herederos del otro su derecho a la prestación alimentaria, si éste muere antes de un año desde la extinción de la pareja estable). Se prevé también en el art. 5.4 Ley Foral 6/2000, art. 9 Ley valenciana 5/2012 y arts. 6 y 9.1 Ley balear 18/2001. El art. 6.2 Ley vasca 2/2003, a falta de pacto expreso.

(40) Por motivos diversos: haber trabajado sin retribución económica o con retribución insuficiente para el hogar común o para el otro conviviente; haber contribuido económicamente o con su trabajo a la adquisición, conservación o mejora de cualesquiera de los bienes comunes o privativos del otro miembro; haber dedicado con exclusividad o de forma principal a la realización de trabajo para la familia (*vid.* art. 234.9 Código Civil de Cataluña, con remisión al régimen previsto para el matrimonio en régimen de separación de bienes; art. 310 TR aragonés, art. 4.2 Ley madrileña 11/2001, art. 7 Ley extremeña 5/2003, art. 9 Ley cántabra 1/2005; el art. 6.2 Ley vasca 2/2003 lo establece en defecto de otro pacto expreso, al igual que el art. 5.5 Ley foral navarra 6/2000).

(41) Art. 234.3.2, en relación con el 231.9, del Código Civil de Cataluña, con remisión al régimen previsto para el matrimonio; art. 10 Ley valen-

d) La contribución al mantenimiento de la casa y al resto de los gastos comunes se hará, a falta de pacto, en proporción a los recursos de cada miembro de la pareja (42).

e) Derecho a extinguir unilateralmente la pareja de hecho (43). Algunas Leyes asocian, a la extinción, la revocación de los poderes que cualquiera de los convivientes haya otorgado a favor del otro (44).

f) Derecho a suceder en la misma posición que correspondería al cónyuge supérstite (45).

g) Los miembros de la pareja responden –según algunas Leyes– solidariamente, frente a terceras personas, de las obligaciones contraídas por razón de los gastos comunes, si se trata de gastos adecuados a los usos y al nivel de vida de la pareja (46).

ciana 5/2012. El art. 6.1 Ley vasca 2/2003 establece la prohibición para los bienes comunes, en defecto de pacto.

(42) Tienen, en general, la consideración de gastos comunes de la pareja, los necesarios para su mantenimiento y el de los hijos que convivan con ellos, de acuerdo con sus usos y su nivel de vida (especialmente los originados en concepto de alimentos; los de conservación o mejora de las viviendas u otros bienes de uso de la pareja; y los originados por las atenciones de previsión, médicas y sanitarias). Con distintas formulaciones, art. 307.3 TR aragonés, art. 5.3 Ley foral navarra 6/2000, art. 8 Ley valenciana 5/2012, art. 4.3 Ley madrileña 11/2001, art. 5 Ley balear 18/2001, art. 7.3 Ley canaria 5/2003, art. 6.2 Ley extremeña 5/2003, art. 6.1 Ley vasca 2/2003, y art. 8.2 Ley cántabra 1/2005.

(43) Art. 234.4.1.e) Ley catalana 25/2010, art. 309.1.c) TR aragonés, art. 4.1.d) Ley foral navarra 6/2000, art. 6.1.b) Ley valenciana 1/2001, art. 6.1.b) Ley madrileña 11/2001, art. 8.1.b) Ley balear 18/2001, art. 4.1.d) Ley asturiana 4/2002, art. 12.1.d) Ley andaluza 5/2002, art. 9.1.b) Ley canaria 5/2003, art. 5.1.d) Ley extremeña 5/2003, art. 18.1.b) Ley vasca 2/2003; y art. 12.1.c) Ley cántabra 1/2005.

(44) Art. 234.4.2 Código Civil de Cataluña, art. 6 Ley valenciana 5/2012, art. 4.4 Ley Foral 2/2000, art. 8.3 Ley balear 18/2001, art. 4.5 Ley asturiana 4/2002 y art. 5.4 Ley extremeña 5/2003.

(45) *Vid.* art. 14 Ley valenciana 5/2012, art. 11 Ley Foral 6/2000, art. 13 Ley balear 18/2001 y art. 9 Ley vasca 2/2003

(46) Art. 307.4 TR aragonés, art. 7 Ley foral navarra 6/2000 y

g) En caso de que uno de los miembros de la pareja sea declarado incapaz, el otro queda equiparado, en algunas leyes, al cónyuge, en el orden de preferencia, para el ejercicio de la guarda y protección del conviviente y de sus bienes, en caso de incapacitación, desplazando a los padres y otras personas situadas en orden preferente según el CC (47).

h) En caso de defunción de uno de los miembros de la pareja, algunas Leyes autonómicas atribuyen al superviviente la propiedad de las prendas, mobiliario y de los utensilios que constituyen el ajuar de la vivienda común (48).

i) En algunos regímenes autonómicos, durante el año siguiente a la muerte de uno de los convivientes, el supérstite tiene derecho a residir en la vivienda común (49).

j) Derecho a adoptar conjuntamente (50).

k) Se regula el régimen de guarda y custodia de los hijos comunes, así como el de visitas del miembro que no tenga la guarda; estableciendo incluso criterios a aplicar por el Juez competente para determinar dicho régimen (51).

art. 12.4 Ley andaluza 5/2002. Sin embargo, el art. 5.3 Ley balear 18/2001 establece la responsabilidad subsidiaria.

(47) *Vid.* art. 234 CC., en relación con el art. 9 Ley Foral 6/2000 y art. 7 Ley balear 18/2001.

(48) *Vid.* art. 311 TR aragonés y art. 12 Ley balear 18/2001. El artículo 234.14 Código Civil de Cataluña atribuye al conviviente los derechos vitales familiares que la ley reconoce al cónyuge superviviente no separado.

(49) Art. 13 Ley andaluza 5/2002, art. 6.2. c Ley vasca 2/2003 y art. 311.2 TR aragonés.

(50) Art. 312 TR aragonés; art. 8 Ley navarra 6/2000 (que las equipara expresamente, en este sentido, a las parejas unidas por matrimonio); art. 11 Ley cántabra 1/2005; el art. 8 Ley vasca 2/2003. Los arts. 235.30 y ss. del Código Civil de Cataluña regulan la adopción por las parejas de hecho estables en términos de equiparación con los cónyuges.

(51) *Vid.* art. 234.7 Código Civil de Cataluña (se remite al régimen previsto para los casos de nulidad, separación y divorcio), art. 11 Ley balear 18/2001; el art. 6 Ley asturiana 4/2002 se remite a la legislación civil vigente, al igual que el art. 10 Ley cántabra 1/2005.

Es evidente que se trata de una regulación que se integra dentro de la materia legislación civil, pues, según el TC, las regulaciones relativas a las relaciones *interprivatos* constituyen reglas de Derecho privado encuadrables en dicha materia (52); que comprende, sin duda, la legislación contenida en el CC o en las leyes civiles especiales, que se refiera a la ordenación jurídica de la persona, capacidad, estados civiles, derechos de la personalidad, el sistema del derecho de propiedad y de los derechos reales sobre los bienes, los contratos en general y los contratos típicos que no han pasado a formar parte de otras disciplinas pertenecientes a la órbita del Derecho privado, así como el régimen de responsabilidad civil, la que regula el Derecho de familia, matrimonio, relaciones paterno-filiales, instituciones tutelares y el Derecho de sucesiones (53). Delimitada la materia, más adelante nos referiremos a la distribución de competencias en la misma.

(52) *Vid.*, SS.TC 28/2012, de 1 de marzo, y 81/2013 (que precisamente declara la nulidad, por invasión de esta competencia estatal, de los arts. 4 y 5 Ley madrileña 11/2001, por regular el régimen de unas relaciones jurídico-privadas entre los miembros de la pareja de hecho).

(53) *Vid.* Luis Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, "Las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho civil", AAVV coordinados por Bernardo MORENO QUESADA, *Competencia en materia civil de las Comunidades Autónomas*. Tecnos, Madrid, 1989, pp. 13-21, esp. pp. 18-19. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, "Las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho civil", AAVV, *Primer Congreso de Derecho vasco: la actualización del Derecho civil*, IVAP, Oñati, 1983, pp. 73-109, esp. p. 79, integra en el concepto "legislación civil" del art. 149.1.8.^a CE, todas las materias calificadas tradicionalmente como Derecho privado, que no aparecen recogidas en otros apartados del art. 149.1 CE. Alberto ARCE JANARIZ, *Constitución y Derechos civiles forales*, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 122 y ss., incluye en el título "legislación civil", "las materias reguladas en el CC y en las Compilaciones antes de su regionalización, así como materias civiles parcialmente normadas en leyes administrativas o en otros bloques del ordenamiento y, en general, todo el Derecho privado no mencionado en otros apartados del artículo 149.1 de la CE" (pp. 125-126). Sobre las dificultades para una delimitación precisa y exhaustiva del contenido del título "legislación civil", Miguel PASQUAU LIAÑO, "Sobre la interpretación de los términos 'legislación civil' en el artículo 149.1,8.^a de la Constitución", *Competencia en materia...* cit., p. 221.

2.4. Ámbito de aplicación de cada ley autonómica. Punto de conexión y conflicto de leyes

Las leyes autonómicas utilizan distintos criterios para delimitar el ámbito de aplicación personal de cada una de ellas. Podemos distinguir, al menos, los siguientes: a) la vecindad civil (54) de alguno de los miembros de la pareja de hecho (55); b) la inscripción de la pareja en el Registro de la Comunidad Autónoma (56); c) el empadronamiento o residencia habitual, en la Comunidad Autónoma, de al menos uno o de los dos miembros de la pareja (57). Teniendo en cuenta que, uno de los miembros de la pareja de hecho puede tener la vecindad civil en una Comunidad Autónoma, estar empadronados en un municipio de otra y, a la vez, inscribirse en el Registro de otra distinta de las anteriores, nos podemos hacer una idea de las dificultades que –de aplicarse las Leyes autonómicas– podrían presentarse para la determinación de la legislación aplicable (58).

(54) De acuerdo con el art. 14 CC, que regula la vecindad civil a efectos de la sujeción al Derecho civil común o al foral, la vecindad civil, se adquiere por: a) haber nacido de padres que tengan su vecindad civil en la correspondiente Comunidad Autónoma; b) residencia continuada, durante dos años, siempre que el interesado manifieste su voluntad de adquirirla; y c) residencia continuada, durante diez años, sin declaración en contrario.

(55) Art. 2.3 Ley foral navarra 6/2000 y art. 2.2 Ley balear 18/2001.

(56) Art. 304 TR aragonés, en relación con la aplicación de las medidas administrativas.

(57) Con variantes en la formulación, *vid.* art. 2 Ley asturiana 4/2002; art. 1.2 Ley madrileña 11/2001, art. 2.3 Ley extremeña 5/2003 y art. 4.1 Ley cántabra 1/2005, art. 2 Ley andaluza 5/2002, art. 2.2 Ley canaria 5/2003, Art. 2.2 Ley vasca 2/2003. De acuerdo con el art. 15 Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local (BOE 3 de abril de 1985), toda persona que viva en España está obligada a inscribirse en el padrón del municipio en el que resida habitualmente.

(58) En cualquier caso, como veremos más adelante, las normas para resolver los conflictos de leyes son competencia exclusiva del Estado –*ex* art. 148.1.8º CE– y, de acuerdo con las mismas, la ley personal viene determinada por la vecindad civil (art. 16.1 CC).

3. LA COMPETENCIA DEL ESTADO EN MATERIA DE LEGISLACIÓN CIVIL

De acuerdo con el art. 149.1.8.^a CE (59), el Estado tiene competencia exclusiva en materia de "legislación civil; sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial". Esta extensa regla competencial es el resultado del debate, en los trabajos constituyentes, entre dos tendencias bien distintas: la foralista y la autonomista (60). Para la primera, el Derecho civil propio o foral constituye la entidad jurídica sobre la que recae la competencia civil autonómica; es partidaria de la conservación de los Derechos forales existentes y de sus posibilidades de modificación y desarrollo. Para los partidarios de la opción autonomista, el legislador autonómico puede establecer el Derecho civil propio que estime conveniente; abogan por la ampliación de las competencias de las Comunidades Autónomas sin más limitaciones que las competencias exclusivas estatales reducidas a las materias del segundo

(59) La doctrina, en relación con esta regla constitucional de atribución competencial es muy abundante. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, "Las competencias...", cit., pp. 82 y ss., expone las distintas corrientes doctrinales, algunas de ellas ya sin vigencia, tras la doctrina sentada por el TC, especialmente a partir de su STC 88/1993, de 12 de marzo. *Vid.* también, José Luis DE LOS MOZOS, "Notas para una metodología de los Derechos forales", *Primer Congreso...*, cit., pp. 146-147; María Paz SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *Bases de las obligaciones contractuales en la Constitución. Artículo 149.1.8.^a*, Trivium Madrid, 1991, pp. 18 y ss.; ARCE JANARIZ, *Constitución...*, cit., pp. 25 y ss.

(60) *Vid.* Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, "Las competencias...", cit., p. 14, donde añade que "el texto constitucional nace de un difícil equilibrio entre estas dos tendencias que son, como también en otras ocasiones, el origen de la ambigüedad y de la confusión". Una breve exposición de las opciones foralista y autonomista puede verse también en Luis MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, *Pluralidad de derechos civiles españoles. El artículo 149.1, Regla 8, de la CE*, Civitas, Madrid, 1997, p. 26.

inciso que siguen a la expresión “en todo caso”. Para la opción autonomista, el Derecho foral es solo un punto de partida y el alcance de las competencias autonómicas no tiene relación con el Derecho foral compilado (61). En todo caso, la regla contenida en el art. 149.1.8.^a CE fija el marco constitucional de distribución de competencias, que se completa con las previsiones estatutarias. El TC ha delimitado el alcance de dicha regla competencial –a la que habrán de ajustarse los Estatutos de Autonomía– en los siguientes términos (62):

a) Atribuye al Estado la competencia “exclusiva” (63) en materia de legislación civil. Pero, al mismo tiempo, introduce una garantía de la foralidad civil a través de la autonomía política, que no consiste en la intangibilidad o supralegalidad de los Derechos civiles especiales o forales, sino en la previsión de que los Estatutos de las Comunidades Autónomas en cuyo territorio rigieran los mismos, a la en-

(61) La tesis autonomista parte del presupuesto de que los ordenamientos jurídicos civiles de las regiones históricas que tuvieron densa entidad política formaron unos cuerpos jurídicos completos, aunque acontecimientos políticos posteriores los han dejado reducidos a sistemas incompletos; proceso que culminó históricamente con el CC y la solución dada al tema de la foralidad, que se plasmó en el sistema de Compilaciones que condenaban a la futura desaparición de la estructura interna del conjunto normativo del Derecho foral. La tesis es partidaria de las máximas competencias autonómicas para establecer un Derecho civil propio (*vid.* MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, *Pluralidad de...*, cit., p. 46).

(62) Especialmente en sus SS.TC 88/1993; 156/1993, de 6 de mayo; 31/2010, de 28 de junio; y 93/2013; criterio que mantiene en la actualidad (*vid.* STC 95/2017, de 6 de julio).

(63) El TC, ya desde sus SS.TC 37/1981, de 16 de noviembre; y 5/1982, de 8 de febrero, advierte del sentido marcadamente equívoco con que el adjetivo “exclusivo” –referido a las competencias– se utiliza tanto en la CE como en los Estatutos de Autonomía. La STC 31/2010 señala que “del art. 149.1 CE resulta la obviedad de que las potestades normativas sobre una misma materia pueden atribuirse a distintos titulares, de manera que la exclusividad de una competencia no es siempre coextensa con la materia”. Tomás R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Autonomía y sistema de fuentes”, AAVV, *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, vol. II, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979, p. 822-886, esp. p. 851, apunta que “aunque el texto constitucional ha evitado cuidadosamente hablar de competencias compartidas o concurrentes, de hecho la mayor parte de las competencias de las Comunidades Autónomas van a tener inevitablemente este carácter”. Sobre las diversas construcciones doctrinales acerca de las competencias

trada en vigor de la CE (64), puedan atribuir, a dichas Comunidades Autónomas, competencia en la materia (65). La previa existencia del Derecho foral es la que determina la atribución competencial en materia civil, en principio, competencia exclusiva del Estado (66).

b) La medida y el límite primero de las competencias atribuibles y ejercitables por dichas Comunidades Autónomas vienen dados por los conceptos "conservación, modificación y desarrollo", que figuran en sus respectivos Estatutos de Autonomía, referidos a los citados Derechos civiles forales o especiales (67).

c) La reserva al Estado de determinadas regulaciones "en todo caso" no constituye una norma competencial de primer grado que deslinda los ámbitos respectivos que corresponden al Estado y los que pueden asumir ciertas Comunidades Autónomas, pues a aquél ya le atribuye la CE la "legislación civil", sin más posible excepción que la señalada de "conservación, modificación y desarrollo" del Derecho civil especial o foral (68) .

exclusivas en el sistema autonómico español, *vid.*, ARCE JANARIZ, *Constitución...*, cit., pp. 77 y ss., refiriéndose, concretamente, a la materia que aquí nos ocupa, señala que "la materia –Derecho civil- está seccionada en dos subconjuntos y repartida entre dos entes: la legislación civil como competencia exclusiva del Estado y los Derechos civiles, forales o especiales como competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas" (pp. 80-81). No se da una comparación bases-desarrollo, entre Estado y Comunidades Autónomas; la materia "legislación civil" es una competencia verticalmente –en todas sus potestades– exclusiva del Estado, mientras que los Derechos civiles, forales o especiales, se atribuirán, también en exclusiva, a las Comunidades Autónomas.

(64) Sobre los problemas que plantea la ausencia de una lista nominal de dichos territorios, ARCE JANARIZ, *Constitución...*, cit., pp. 27 y ss.

(65) En esto consiste la garantía de la foralidad a través de la autonomía política (STC 226/1993, de 8 de julio).

(66) MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, *Pluralidad de...*, cit., p. 27.

(67) Para ARCE JANARIZ, *Constitución...*, cit., p. 81, estos Derechos civiles, forales o especiales, "comprenden regulaciones de instituciones singulares".

(68) Dicha reserva no supone la permisión para desplegar las competencias estatutarias para el desarrollo del Derecho civil foral o especial, en todo el campo no cubierto por aquellas específicas reservas, por ajena que fuera la legislación a introducir, al ámbito regulado, cuando entró en vigor la CE, por el respectivo Derecho civil foral (STC 88/1993).

d) El sentido de la segunda reserva competencial a favor del legislador estatal, es el de delimitar un ámbito dentro del cual nunca podrá estimarse subsistente ni susceptible de conservación, modificación o desarrollo, Derecho civil especial o foral alguno (69).

e) La remisión constitucional a las competencias autonómicas alcanza no sólo a aquellos Derechos civiles especiales compilados al tiempo de la entrada en vigor de la CE, sino también a normas civiles de ámbito regional o local y de formación consuetudinaria preexistentes a la CE pero subsistentes en el territorio de la Comunidad Autónoma en el momento de la entrada en vigor de la Carta Magna (70).

f) El artículo 149.1.8.^a de la CE no refiere derechos civiles, forales o especiales, de vigencia histórica pero que no lo estaban a la entrada en vigor de la CE. La regla contenida en dicho precepto no está conectada con la disposición adicional primera de la CE, por lo que no habilita al legislador para la resurrección de derechos civiles derogados (71).

(69) Sin perjuicio de lo que en el último inciso del art. 149.1.8.^a CE se dispone en orden a la determinación de las fuentes del Derecho; es decir, el respeto a las normas del Derecho civil foral o especial.

(70) STC 121/1992, de 28 de septiembre; pero añade que fueron, sin duda, los derechos compilados a la entrada en vigor de la CE los que tomó el constituyente como referencia principal a la hora de articular las competencias del Estado y las que pudieran ser asumidas por las Comunidades Autónomas en los Estatutos respectivos. La referencia temporal es el momento de la entrada en vigor de la CE, de modo que la competencia legislativa civil ha de entenderse atribuida a aquellas Comunidades Autónomas en que el 29 de diciembre de 1978 se encontrara en vigor un Derecho civil foral o especial propio (*vid.* ARCE JANARIZ, *Constitución...*, cit., p. 31).

(71) La STC 88/1993 separa la foralidad civil (art. 149.1.8.^a CE) y la político-administrativa (disposición adicional primera de la CE), en los siguientes términos: "Lo que la Constitución permite es la 'conservación', esto es el mantenimiento del Derecho civil propio, de modo que la mera invocación a los precedentes históricos, por expresivos que sean de viejas tradiciones, no puede resultar decisiva por sí sola a efectos de lo dispuesto en el art. 149.1.8 CE"; *vid.* también, ARCE JANARIZ, *Constitución...*, cit., pp. 34 y ss.; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, "Las competencias...", cit., p. 95; y MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, *Pluralidad de...*, cit., p. 45, considera el art. 149.1.8.^a CE como cauce para actualizar derechos que están vigentes ("allí

4. LAS COMPETENCIAS DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN MATERIA DE LEGISLACIÓN CIVIL

Al amparo del art. 149.1.8.^a CE y en virtud de sus respectivos Estatutos de Autonomía, las Comunidades Autónomas del País Vasco (72), Cataluña (73), Navarra (74), Galicia (75), Aragón (76), Baleares (77) y Valencia (78) han asumido competencias en materia de conservación, modificación y desarrollo de sus respectivos Derechos civiles forales o especiales (79); aunque con matices en la formulación estatutaria del título competencial, ésta recoge las tres funciones que el art. 149.1.8.^a CE fija como medida y límite de las competencias atribuibles y ejercitables por las Comunidades Autó-

donde existan”), no para resucitar derechos históricos, de lo contrario, todas las Comunidades Autónomas podrían asumir competencias por la vía del mismo, pues no hay ninguna que no haya contado, en algún momento histórico, con su propio Derecho civil.

(72) Art. 10.5 de su Estatuto de Autonomía, aprobado por Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre (BOE 22 diciembre 1979).

(73) Art. 129 de su Estatuto de Autonomía, aprobado por Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio (BOE 20 julio 2006).

(74) Art. 48 de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra (BOE 16 agosto 1982).

(75) Art. 27 de su Estatuto de Autonomía, aprobado por Ley Orgánica 1/1981, de 6 de abril (BOE 28 abril 1981).

(76) Art. 71.2.^a de su Estatuto de Autonomía, aprobado por Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril (BOE 23 abril 2007).

(77) Art. 30.27 del Estatuto de Autonomía para las Illes Balears, aprobado por Ley Orgánica 2/1983, modificado por Ley Orgánica 1/2007.

(78) Art. 49.1.2.^o de su Estatuto de Autonomía, aprobado por Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio (BOE 10 julio 1982); modificado por Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril (BOE 11 de abril de 2006).

(79) Gabriel GARCÍA CANTERO, “Para una interpretación del artículo 10 apartado 5 del Estatuto vasco”, *Primer Congreso...*, cit., pp. 289-291, refiriéndose a estas dos menciones (“foral” y “especial”), concluye que se trata de una redundancia legislativa y que no hay un Derecho civil especial distinto del Derecho civil foral; Pedro de ELIZALDE Y AYMERICH, “Prelación de normas civiles en el sistema de fuentes de las Comunidades Autónomas”, *La Constitución española y...*, cit., vol. II, pp. 723-782, esp. p. 744, delimita los Derechos forales como “conjunto de leyes y cuerpos de derecho, en vigor en determinadas regiones de España, que son distintos del derecho de general aplicación en todas las provincias del Reino”.

nomas que disponían de Derecho civil, foral o especial, a la entrada en vigor de la CE (80). Con un nivel competencial más reducido, figuran las Comunidades Autónomas de Asturias (81) y Extremadura (82). Finalmente, las Comunidades Autónomas de Madrid, Andalucía, Canarias y Cantabria carecen de competencia en materia de legislación civil. Todas las Comunidades Autónomas referidas han regulado, con mayor o menor extensión, el régimen de las relaciones jurídico-privadas entre los miembros de la pareja de hecho; es decir, han legislado en materia de Derecho civil. Es evidente que las que carecen de competencias en materia de legislación civil no lo pue-

(80) No tiene interés que nos detengamos en los matices de los textos estatutarios, que pueden verse en los preceptos señalados en las notas anteriores. Simplemente a modo ilustrativo, reproducimos la atribución competencial aparentemente más amplia, que es la contenida en el art. 129 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, según el cual, “corresponde a la Generalitat la competencia exclusiva en materia de derecho civil, con la excepción de las materias que el artículo 149.1.8^a de la Constitución atribuye en todo caso al Estado. Esta competencia incluye la determinación del sistema de fuentes del derecho civil de Cataluña”. Respecto del alcance de la misma, la STC 31/2010 ha precisado que la competencia exclusiva de la Generalidad ha de entenderse ceñida estrictamente a las funciones de “conservación, modificación y desarrollo” del Derecho civil catalán, que son la medida y el límite primero de las competencias atribuibles y ejercitables por las Comunidades Autónomas en virtud del art. 149.1.8.^a CE. La competencia de la Generalidad no se extiende a la “legislación civil”, materia atribuida al Estado, a título de competencia exclusiva, por el primer inciso de este precepto constitucional. Añade que la competencia para la determinación de las fuentes del Derecho civil específico de Cataluña ha de sujetarse, en su ejercicio, a la competencia que corresponde al Estado para la determinación de las fuentes del Derecho en todo el territorio, aunque en dicho ejercicio el Estado viene obligado a respetar los sistemas normativos privativos de los distintos Derechos civiles forales o especiales.

(81) Que, de acuerdo con el art. 16 de su Estatuto de Autonomía, aprobado por Ley Orgánica 7/1981, de 30 de diciembre (BOE 11 enero 1982); modificado por Ley Orgánica 1/1999, de 5 de enero (BOE 8 de enero de 1999), “impulsará la conservación y compilación del derecho consuetudinario asturiano”.

(82) Que, según el art. 9.1.4 de su Estatuto de Autonomía, aprobado por Ley Orgánica 1/1983, de 25 de febrero (BOE 26 febrero 1983); modificado por Ley Orgánica 1/2011, de 28 de enero (BOE 29 de enero de 2011), tiene competencia exclusiva para la “conservación, defensa y protección del Fuero de Baylío e instituciones de derecho consuetudinario”.

den hacer válidamente. En este sentido se ha pronunciado la STC 81/2013, que declara la inconstitucionalidad y nulidad de los preceptos de la Ley madrileña 11/2001, que contenían una regulación, aunque escueta, de relaciones jurídico-privadas de los miembros de la pareja (83); criterio extensible, sin mayor dificultad, a todas las Comunidades Autónomas que carecen de competencias en materia de legislación civil. Veamos ahora el alcance de las competencias de "conservación, modificación y desarrollo" de su Derecho civil o foral en las Comunidades Autónomas que la tienen atribuida.

5. ALCANCE DE LAS COMPETENCIAS EN LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS QUE LAS TIENEN ATRIBUIDAS

Los Estatutos de las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, como normas infraordenadas a la CE, delimitan las competencias autonómicas, en el orden sustantivo de la legislación civil, utilizando los mismos vocablos –conservación, modificación y desarrollo– que la Carta Magna (84). Procede, pues, depurar su significado jurídico preciso, como primera aproximación al alcance de dichas competencias.

La conservación del Derecho civil foral permite la asunción o integración, en la normativa autonómica, de las compilaciones preconstitucionales –promulgadas mediante leyes del Estado– y otras normas derivadas de las fuentes propias, así como la formalización legislativa de costumbres efectivamente vigentes en el propio ámbito territorial (85).

(83) Libertad de pactos, régimen de las compensaciones económicas tras el cese de la convivencia, contribución al sostenimiento de las cargas, nulidad de los pactos limitativos de la igualdad de derechos o gravemente perjudiciales para uno de los convivientes, etc. El TC declara nulos los arts. 4 y 5.

(84) Con la salvedad de las Comunidades Autónomas de Asturias y Extremadura, cuyas competencias están ordenadas a la conservación de sus respectivos Derechos consuetudinarios.

(85) *Vid.* SS.TC 121/1992 y 182/1992, de 16 de noviembre. La conservación se identifica con el mantenimiento del Derecho civil propio, "de modo que la mera invocación a los precedentes históricos, por expresivos que sean de viejas tradiciones, no puede resultar decisiva por sí sola a efectos de lo dispuesto en el art. 149.1.8 CE" (STC 88/1993).

La modificación permite dar una regulación distinta a aspectos, materias o instituciones ya regulados en el Derecho civil foral o especial, sin extenderse a otros (86).

El concepto constitucional y estatutario de “desarrollo” del propio Derecho civil, especial o foral, debe ser identificado a partir de la *ratio* de la garantía autonómica de la foralidad civil. Permite una acción legislativa que haga posible el crecimiento orgánico del Derecho civil propio; se reconoce, de este modo, no solo su historicidad y actual vigencia, sino también la vitalidad hacia el futuro. Pero este crecimiento no puede impulsarse en cualquier dirección ni sobre cualesquiera objetos, pues la CE admite la legislación autonómica en materia civil no en atención a una valoración general y abstracta de lo que pudieran demandar los intereses respectivos de las Comunidades Autónomas (87), sino a fin de garantizar determinados Derechos civiles, forales o especiales, vigentes en ciertos territorios (“allí donde existan”). El concepto constitucional –y estatutario– de “desarrollo” no debe vincularse rígidamente al contenido actual de la Compilación u otras normas autonómicas, pues permite la ordenación legislativa de ámbitos hasta ahora no normados por el Derecho civil propio, que puede extenderse a instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación (88). No se extiende a una

(86) V. Díez-Picazo y Ponce de León, “Las competencias...”, cit., p. 20.

(87) *Ex art.* 137, en relación con el 147, ambos de la CE.

(88) Como dice la STC 88/1993, “dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta (Compilación) según los principios informadores peculiares del Derecho foral”. En la doctrina, Mariano Yzquierdo Tolsada, “El Derecho civil en los nuevos estatutos de Autonomía”, AAMN, tomo 47, 2009, p. 109-132, esp. p. 117, señala también que esta competencia de desarrollo permite que las Comunidades Autónomas amplíen su Derecho foral hasta donde lleguen sus principios ordenadores, aunque se trate de materias que no estaban recogidas en la letra de las Compilaciones. Pero añade que “una cosa es innovar contenidos, actualizando y regulando incluso instituciones conexas, y siempre dentro de esos principios ordenadores, y otra bien distinta es legislar en nuevas instituciones que nunca estuvieron presentes ni de lejos en la cultura jurídica específica y singular de Aragón...”. Martínez Vázquez de Castro, *Pluralidad de...*, cit., pp. 27 y ss., entiende que el concepto “desarrollo” tiene su límite en el conjunto institucional al que el Derecho foral se refiere; señala que el desenvolvimiento de los Derechos forales ha de ceñirse a los supuestos institucionales (realidades materiales peculiares o reguladas con criterios peculiares) tradicionalmente caracte-

competencia legislativa civil ilimitada *ratione materiae*, que no podría fundarse en la singularidad civil que la CE ha querido garantizar por vía competencial (89). La competencia de desarrollo del Derecho civil propio habilita a la Comunidad Autónoma para incorporar aspectos de institutos ajenos a su Derecho propio en conexión con el contenido de éste (ampara regulaciones que, partiendo de institutos ya integrados en el Derecho civil foral, disciplinen aspectos en conexión con ellos, aunque ausentes, hasta entonces, del texto de la Compilación) (90). La STC 95/2017 precisa que el criterio de

rísticos de los respectivos territorios y divergentes (por su propia materia o por los criterios de regulación) del sector del ordenamiento jurídico-civil (llamado Derecho común) que, también por razones históricas, ha desplegado un punto de referencia necesario y ha conseguido una más alta cota de perfeccionamiento técnico, por ser un sistema jurídico completo, circunstancia que no se puede predicar de ninguno de los Derechos forales. A continuación, expone el criterio de diversos autores en relación con el concepto de “desarrollo”, para unos más vinculado a las instituciones reguladas por el Derecho civil propio a la entrada en vigor de la CE que para otros, que le atribuyen unas posibilidades de expansión que llegan hasta donde permitan los principios inspiradores del sistema; para los partidarios de la opción autonomista –que no ha sido la acogida por el TC–, la competencia autonómica llegaría hasta donde llegue la fuerza expansiva de los principios informadores del Derecho civil foral (que lo conciben como ordenamiento jurídico omnicompreensivo, del que la Compilación es la expresión reducida actual), sin otra limitación que las competencias exclusivas del Estado (que son las que siguen a la expresión “en todo caso”, en el art. 149.1.8.^a CE). FRANCISCO CAPILLA RONCERO, “El Código Civil y el Estado de las autonomías: la supletoriedad del Código Civil”, *Competencia en materia civil...*, cit., pp. 42-52, esp. p. 46, señala que, afirmando la existencia de principios generales –que funcionarían como Derecho supletorio de primer grado– en los Derechos forales y calificando a éstos como verdaderos ordenamientos, los Derechos forales se convierten en Derecho común dentro del respectivo territorio.

(89) STC 40/2014, de 11 de marzo; STC 82/2016, de 28 de abril.

(90) Así, según la STC 88/1993, si el Derecho civil propio regula las relaciones entre ascendientes y descendientes, y la sucesión *mortis causa*, puede equiparar a los hijos adoptivos, a los que lo son por naturaleza, aunque la adopción no sea objeto de regulación en el Derecho propio, siempre que la equiparación se ciña a las relaciones jurídicas ordenadas en el Derecho civil propio; del mismo modo, la regulación de la sucesión testada permite regular la intervención testifical en los testamentos notariales (STC 156/1993). Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, “Las competencias...”, cit., pp. 20-21, cree que “el desarrollo tiene su límite en el conjunto institucional al que el Derecho foral se refiere, y que, en puridad, no hay desarrollo del

la conexión “debe ir referido al Derecho civil propio en su conjunto, esto es, que se puede verificar respecto de otra institución que sí formase parte del mismo o en relación a los principios jurídicos que lo informan” (91); y añade que la conexión que implica la noción constitucional de “desarrollo” puede extraerse del conjunto del Derecho civil propio “incluidos los principios que lo informan”. Lo que no comprende dicha noción es una regulación *ex novo*, desconectada por completo del Derecho civil foral vigente al promulgarse la

Derecho foral si se regulan materias que nunca estuvieron regidas por el Derecho foral o que no lo estaban en el momento de ponerse en vigor la Constitución”. Miguel HERRERO DE MIÑÓN, “Los derechos forales como derechos históricos”, REDC, núm. 52, pp. 53-80, se refiere a la ambigüedad de la noción “instituciones conexas”, clave explicativa y, a la vez, limitativa del término “desarrollo” (p. 63). Añade que el desarrollo orgánico “tiende a la plenitud de cada derecho Foral y a su conversión en derecho común de cada territorio. Ello sólo es posible cuando cabe la recuperación y actualización de un derecho Foral ajeno al compilado, de suyo fragmentario y residual, como es propio de un ‘resto’. Ya convirtiendo en ley escrita la costumbre, ya recurriendo a instituciones históricas ha tiempo tenidas por desaparecidas, ya descubriendo y desarrollando los principios generales inspiradores de todo el respectivo ordenamiento. Ahora bien, eso supone trascender, con mucho, las Compilaciones civiles forales en vigor a la hora de promulgarse la Constitución y que eran el derecho Foral ‘allí existente’ a los efectos del artículo 149.1.8.ª CE. Esto es, supone trascender, también la mencionada norma constitucional” (p. 77). MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, *Pluralidad de...*, cit., p. 43, también se refiere a la indeterminación unida al concepto de conexión, y delimita el término “desarrollo” como un título que habilita a algo más que a la mera ampliación de la regulación de situaciones ya existentes y vigentes en el Derecho foral, pero que no permite a la Comunidad Autónoma legislar sobre todo el Derecho civil a excepción de las materias que reserva al Estado, “en todo caso”, el art. 149.1.8.ª CE; considera que el “desarrollo” puede operar en un triple nivel: a) completando una normativa insuficiente; b) regulando, *ex novo*, una institución simplemente presente en la Compilación; y c) introduciendo nuevas instituciones con un articulado autónomo (p. 67).

(91) Añade la STC 95/2017 que “la institución o principio jurídico integrante de un Derecho civil especial respecto del que se pretenda trazar una conexión que justifique una legislación autonómica innovadora en materia civil, si bien puede estar recogido en cualesquiera normas positivas o consuetudinarias, debe estar vigente al tiempo de promulgarse la Constitución, pues la ratio de esta atribución competencial a las Comunidades Autónomas es la garantía del Derecho civil especial o foral que rigiera en su territorio en aquel momento”.

Constitución de 1978. Por otra parte, la STC 95/2017 rechaza como criterio de conexión un supuesto carácter completo del Derecho civil especial para derivar del mismo que cualquier regulación innovadora aprobada por el legislativo autonómico revestiría con él la conexión exigida para reputarlo “desarrollo” de dicho Derecho civil especial (92). Teniendo en cuenta lo expuesto, cabría considerar, como materias conexas, aquéllas que se introducen en una ordenación lógica –dotada de coherencia interna– de una materia sobre la que sí tiene competencia la Comunidad Autónoma, para conseguir una regulación más completa de la misma (93). No cabe desarrollar el Derecho civil propio fuera del contexto del funcionamiento de otra institución preexistente en el mismo que constituya el punto de partida. De acuerdo con la STC 95/2017, si una institución carece de régimen jurídico en el Derecho civil propio vigente al promulgarse la Constitución de 1978, no cabe regularla al amparo de la competencia autonómica de “desarrollo” de aquel Derecho.

No es aplicable al caso la disposición adicional primera de la CE, puesto que, como dice la STC 88/1993 (94), los derechos históricos de los territorios forales que ampara y respeta dicha disposición, no pueden considerarse como un título autónomo del que puedan deducirse específicas competencias no incorporadas al Estatuto. El sentido de la disposición adicional primera de la CE no es el de ga-

(92) Justifica el TC que “este planteamiento, en la medida que supondría por definición y de un modo apriorístico que cualquier crecimiento orgánico del Derecho civil catalán quedaría subsumido dentro del concepto constitucional «desarrollo», sería tanto como afirmar que la competencia autonómica sobre el Derecho civil, fuera de los temas enunciados en el segundo inciso del artículo 149.1.8 CE, es ilimitada *ratione materiae*, que es precisamente el resultado que, como se recordó en el fundamento jurídico tercero de esta resolución, rechazó la STC 31/2010 al interpretar el artículo 129 EAC”.

(93) Además de los supuestos que refieren las SS.TC 88 y 156/1993, antes mencionados, cabe señalar la STC 37/1987, de 26 de marzo, según la cual, “si la Comunidad Autónoma es titular de la competencia específica para legislar en materia de reforma y desarrollo agrario... dicha competencia incluye la posibilidad de legislar asimismo sobre la propiedad de la tierra y su función social”.

(94) Citando otras anteriores; concretamente las SS.TC 123/1984, de 18 de diciembre; 94/1985, de 29 de julio; y 76/1988, de 26 de abril. Más recientemente, SS.TC 82/2016 y 110/2016, de 9 de junio.

rantizar u ordenar un régimen constitucional de la foralidad civil (contemplado, exclusivamente, en el art. 149.1.8.^a y en la disposición adicional segunda de la CE), sino “el de permitir la integración y actualización en el ordenamiento postconstitucional, con los límites que dicha Disposición marca, de algunas de las peculiaridades jurídico-públicas que en el pasado singularizaron a determinadas partes del territorio de la Nación”.

6. LÍMITES CONSTITUCIONALES RELATIVOS AL CONTENIDO MATERIAL DE LAS COMPETENCIAS AUTONÓMICAS

La reserva competencial, a favor del Estado, de las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las norma jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho –con respeto, en este último caso, a las normas de Derecho foral o especial–, delimita un ámbito dentro del cual nunca podrá estimarse subsistente ni susceptible de conservación, modificación o desarrollo, Derecho civil especial o foral alguno (95). Se trata de materias en las que debe prevalecer la regulación del CC, desplazando a las normas particulares, en caso de que existan (96). Con esta reserva competencial reforzada, la CE trata de asegurar una regulación uniforme, para todo el Estado, en determinados aspectos relevantes de la legislación civil. Veamos el alcance de esta reserva competencial *ratione materiae* que la propia CE sitúa fuera del alcance del legislador autonómico.

Las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas se encuentran recogidas en el título preliminar del CC, especialmente en los arts. 2 a 7 (97). Regulan, entre otros extremos, la

(95) *Vid.* STC 31/2010.

(96) *Vid.* ELIZALDE y AYMERICH, “Prelación de...”, cit., p. 760.

(97) Para MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, *Pluralidad de...*, cit., pp. 160 y ss., comprenderían los capítulos II y III del título preliminar del CC, sin olvidar la conexión del art. 148.1.8.^a CE con el art. 9.3 CE, que se refiere a los principios contenidos en los arts. 1.2, 2.1, 2.3, etc. del CC. Señala que la competencia estatal afecta a los tres elementos clásicos de las normas: a) elección de la norma vigente en el tiempo (art. 2.2 CC); b) reglas de interpretación

vigencia y la derogación de las leyes (98); los criterios de interpretación de las normas (99); la aplicación analógica de las normas; la aplicación supletoria de las disposiciones del CC en las materias regidas por otras leyes; el cómputo civil de los plazos; la exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia de derechos; la ineficacia de los actos contrarios a las normas imperativas y prohibitivas; el fraude de ley (100); y el ejercicio de los derechos conforme a las

(arts. 3 y 4 CC); y c) regla de actuación (art. 5 CC, que unifica el cómputo de plazos); además de a las reglas de eficacia (arts. 6 y 7 CC). Añade que las Compilaciones tenían normas sobre aplicación y eficacia de las mismas y refiere el debate doctrinal sobre la vigencia de dichas normas y otras de similar contenido en las leyes autonómicas después promulgadas.

(98) La STC 14/1986, de 31 de enero, señala que el simple enunciado "reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas" es suficientemente expresivo de lo que debe entenderse por tal título competencial, sin precisión de remitir a lo que por tal entiende el CC al rubricar algunos capítulos de su título preliminar, e incluye dentro del concepto la regulación de lo que afecta a la vigencia, derogación y suspensión de las normas legales y reglamentarias y, en general, todo aquello que se concrete en disciplinar la aplicación de las normas jurídicas en el tiempo.

(99) La STC 83/1986, de 26 de junio, señala que las reglas de aplicación de las normas jurídicas incluyen las reglas sobre "interpretación" de las mismas; añade que "aunque el legislador estatal no haya previsto específicamente los problemas de interpretación de textos legales publicados oficialmente en forma bilingüe, no hay razón que habilite a las Comunidades Autónomas para suplir este vacío normativo".

(100) De acuerdo con la STC 37/1987, "el fraude de ley... es una categoría jurídica que despliega idénticos efectos invalidantes en todos los sectores del ordenamiento jurídico. En rigor, ni siquiera podría sostenerse hoy que el art. 6.4 del Código Civil, que contempla con carácter general el fraude de ley, es una norma exclusiva de la legislación civil. El citado precepto, como la mayor parte de los que integran el título preliminar, es aplicable a todo el ordenamiento, y sólo por tradición histórica... conserva en el Código Civil su encaje normativo". Añade que "el Estado retiene la competencia exclusiva para definir la figura y regular sus efectos jurídicos, porque es una de 'las relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas', de cualesquiera normas jurídicas, civiles o no, cuya definición y alcance han sido encomendadas por el constituyente al legislador estatal", ex art. 149.1.8.ª CE; y señala también: "pero de ello no se sigue —...— que todo supuesto constitutivo de fraude deba ser previsto y regulado... por una Ley del Estado". La norma autonómica puede prevenir *ad cautelam* contra una utilización fraudulenta de la norma, ejemplificando un supuesto, lo que no excluye la aplicación general del art. 6.4 CC, conforme al cual deberá

exigencias de la buena fe. Son reglas que trascienden el orden civil, para proyectarse también a otros sectores del ordenamiento; con ellas se procura asegurar la existencia de unas técnicas uniformes de funcionamiento del ordenamiento jurídico en su conjunto (101). Parece evidente que el constituyente ha querido que se establezcan unos criterios comunes que satisfagan la exigencia de coherencia que el ordenamiento jurídico en su conjunto requiere, así como asegurar las condiciones externas de validez comunes para todas las normas que la componen (102).

La reserva competencial, a favor del Estado, de las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio (103) parece ordenada a garantizar un único sistema matrimonial para todo el Estado (104). La Ley de 11 de mayo de 1888, por la que se autoriza al Gobierno para publicar un Código Civil con arreglo a las condiciones y bases establecidas en la misma (105), se refiere, en su base 3ª, a las formas –canónica y civil- de matrimonio; y, en la siguiente, a “las relaciones jurídicas derivadas del matrimonio en cuanto a las personas y bienes de los cónyuges y de sus descendientes, paternidad y filiación, patria potestad... sobre sus hijos no emancipados, efectos civiles del contrato, y en suma, cuantas constituyen el derecho de familia...” (106). Si adoptáramos este criterio de delimitación,

examinarse si se ha perseguido o no el resultado prohibido o contrario al ordenamiento, con los efectos que prevé (con lo que la norma autonómica puede devenir innecesaria, como en el caso de la propia STC 37/1987).

(101) ARCE JANARIZ, *Constitución...*, cit., pp. 121 y 163 y ss.

(102) En concordancia con la previsión constitucional, el artículo 13.1 del CC ya establece que las disposiciones de su título preliminar, “en cuanto determinan los efectos de las leyes y las reglas generales para su aplicación... tendrán aplicación general y directa en toda España”.

(103) ARCE JANARIZ, *Constitución...*, cit., pp. 172 y ss., se refiere a la dificultad de delimitación del ámbito material de esta competencia estatal.

(104) Para MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, *Pluralidad de...*, cit., pp. 118 y ss., el fundamento de esta reserva competencial, se halla en la voluntad de elevar, a nivel constitucional, la unidad del sistema matrimonial; y considera la expresión “relaciones jurídico-civiles” como referida a aspectos no patrimoniales del estado matrimonial, por aplicación del art. 13 CC como criterio interpretativo.

(105) *Gaceta de Madrid*, 22 de mayo de 1888.

(106) ELIZALDE y AYMERICH, “Prelación de...”, cit., pp. 760-761, señala que “la intención primitiva, reflejada en la misma Ley (art. 5) era que sólo el

“las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio” comprenderían prácticamente todas las que integran el Derecho de familia, con lo que toda esta rama del Derecho civil quedaría excluida de las competencias autonómicas, contrariamente a lo que ha sido el criterio tradicional de delimitación del contenido de algunos Derechos civiles forales o especiales (107). Parece más acorde con la tradición histórica interpretar la reserva competencial constitucional en relación con el art. 13 CC (108) y limitar la materia infranqueable para el legislador autonómico a las disposiciones del título IV del libro I –además de las del título preliminar– de dicho Código, con excepción de las relativas al régimen económico matrimonial; que es lo que el citado precepto dispone que será de “aplicación ge-

desarrollo de la base 3ª fuese ‘obligatorio para todas las provincias del Reino’, designio incumplido por los redactores del Código Civil. La idea plasmada en la Constitución no supone más que cumplir el sistema previsto en 1888, es decir, el establecimiento de un régimen uniforme de celebración, validez y eficacia del matrimonio como acto y delimitador de la jurisdicción competente para el conocimiento de las causas sobre su nulidad, disolución y separación”. Ya con posterioridad a la CE, la Ley 30/1981, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el CC, implanta un sistema de matrimonio civil único, admitiendo, aparte de la forma de celebración civil –en sentido estricto-, la canónica y las previstas en las confesiones religiosas inscritas (arts. 49 y ss. del CC).

(107) ELIZALDE y AYMERICH, “Prelación de...”, cit., p. 761, la referencia, en principio impenetrable, a las ‘relaciones jurídico-civiles’ puede interpretarse con un doble efecto: 1.º el Estado no puede regular relaciones de naturaleza canónica; su actuación, a este respecto, se limita a señalar los efectos jurídico-civiles y los requisitos de este orden para los matrimonios canónicos celebrados conforme a las normas de la Iglesia; 2.º el régimen económico-matrimonial, que no es una relación relativa a las formas de matrimonio, podrá ser regulado por las regiones forales, conforme a su régimen de autonomía. En este sentido, alguna doctrina (*Vid.* ARCE JANARIZ, *Constitución...*, cit., pp. 177-178) ve en la expresión “relaciones jurídico-civiles” un intento de contraponerlas a las “relaciones jurídico-patrimoniales” dimanantes del matrimonio.

(108) ARCE JANARIZ, *Constitución...*, cit., p. 176: “No parece que el sentido de la expresión constitucional, conectado con la unidad del sistema matrimonial, sea el de recortar el ámbito de la regla de aplicación del artículo 13.1 del CC, sino el de mantener ese nivel de uniformidad”. ELIZALDE y AYMERICH, “Prelación de...”, cit., p. 758: “La coincidencia entre el Texto constitucional y el tradicional del Código Civil, en algunos aspectos, permite utilizar este último como antecedente para la debida interpretación del primero”.

neral y directa en toda España". Añade el susodicho art. 13 que "en lo demás y con pleno respeto a los derechos especiales o forales de las provincias o territorios en que están vigentes, regirá el Código Civil como derecho supletorio, en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas, según sus normas especiales". Así pues, la competencia estatal que ampara el título al que nos referimos en este párrafo comprende los efectos de la promesa de matrimonio; los requisitos de éste; la forma de celebración; la inscripción del matrimonio en el Registro Civil; los derechos y deberes de los cónyuges; la nulidad del matrimonio; la separación; la disolución del matrimonio; los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio; las medidas provisionales por demanda de nulidad, separación y divorcio; y, por supuesto, las normas de Derecho Internacional Privado relativas a la materia (109).

La ordenación de los registros e instrumentos públicos incluye la regulación completa (legal y reglamentaria) de los registros referentes a materias de Derecho privado (110) y los documentos públicos notarialmente autorizados (111).

(109) Según la STC 93/2013, "la competencia estatal *ex art.* 149.1.8 CE se extiende al sistema matrimonial (requisitos materiales y formales y causas de extinción) y al contenido personal del matrimonio, esto es, el régimen de derechos y deberes de los cónyuges con exclusión del régimen económico matrimonial en los territorios con competencias propias en Derecho civil especial o foral, lo que, por otra parte, coincidiría con lo dispuesto en el art. 13.1 del Código Civil".

(110) *Vid.* STC 71/1983, de 29 de julio, que señala que así se infiere del contexto del art. 149.1.8.^a CE, título que no se extiende a otros registros de carácter administrativo (aunque tengan repercusiones en el campo del Derecho privado). En el mismo sentido, la SS.TC 157/1985, de 15 de noviembre, y 154/1988, de 21 de julio.

(111) Que son los que integran el concepto de instrumento público, de acuerdo con el art. 144 del Reglamento Notarial, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944 (BOE 7 de julio de 1944; modificado por RD. 45/2007, de 19 de enero, BOE 29 de enero de 2007), según el cual, "son instrumentos públicos las escrituras públicas, las pólizas intervenidas, las actas y, en general, todo documento que autorice el notario, bien sea en original, en certificado, copia o testimonio". Para ARCE JANARIZ, *Constitución...*, cit., p. 182, "la justificación de esta uniformidad en materia registral se halla en el principio de seguridad del tráfico jurídico y en el de unidad de mercado establecido en el art. 139.2 de la CE". *Vid.* también STC 74/1989, de 24 de abril.

Las bases de las obligaciones contractuales no se hallan formalmente delimitadas en la legislación estatal ni el TC ha fijado, de momento, los contornos de este título competencial (112). Deben entenderse por bases los criterios generales de regulación de un sector del ordenamiento jurídico o de una materia jurídica –en este caso, las obligaciones contractuales–, que deben ser comunes a todo el Estado (113). Teniendo en cuenta el contexto constitucional en el que está ubicado el título, las “bases de las obligaciones contractuales” sólo son operativas en relación con los contratos u obligaciones contractuales incorporados a algún Derecho civil foral o especial; ya que el Estado tiene competencia exclusiva en materia de “legisla-

(112) Sobre las diversas posiciones doctrinales en relación al contenido de las bases de las obligaciones contractuales, puede verse MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, *Pluralidad de...*, cit., pp. 167 y ss.; Regina GAYA SICILIA, *Las bases de las obligaciones contractuales*, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 93 y ss.; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Las bases de las obligaciones contractuales en el artículo 149.1.8.^a de la Constitución”, *Competencia en materia de...* cit., pp. 98-119, esp. pp. 108 y ss.; en p. 111 señala que “resulta difícil y aventurado definir con carácter general y apriorístico las bases de las obligaciones contractuales”; más adelante –pp. 117-118–, partiendo de la STC 71/1982, de 30 de noviembre, sintetiza la doctrina del TC en los siguientes tres puntos: a) el régimen general de responsabilidad civil, tanto contractual como extracontractual, es competencia del Estado; b) las limitaciones a la autonomía privada y el establecimiento imperativo de obligaciones en las relaciones contractuales, que excedan de lo sectorial, son competencia del Estado en la medida que así lo reclame la unidad del mercado nacional; y c) la regulación de las condiciones generales de la contratación y de las cláusulas abusivas en los contratos, así como su sanción, es competencia del Estado, por constituir temas capitales del Derecho de la contratación que requieren tratamiento y soluciones uniformes para cualquier parte del territorio del Estado (conviene precisar, sin embargo, que la STC 71/1982 no se refiere a las “bases”, sino a la legislación civil como competencia exclusiva del Estado).

(113) Concepto ya depurado desde la STC 25/1983, de 7 de abril, *vid.* también SS.TC 32/1983, de 28 de abril; 57/1983, de 28 de junio; 91/1984, de 9 de octubre; 233/1999, de 13 de diciembre; y 98/2004, de 25 de mayo; entre otras muchas. Tanto las referencias jurisprudenciales como los estudios doctrinales en torno al concepto de “bases” son abundantes; en particular, sobre la doctrina del TC, acerca de las bases, puede verse Enoch ALBERTI ROVIRA, “La noción de ‘bases’ en el desarrollo estatutario”, *Estudios sobre el Estatuto de Autonomía del País Vasco*, Tomo II, AAVV, HAAE/IVAP, Oñati, 1991, pp. 311-343, así como la jurisprudencia y la doctrina que cita.

ción civil” para regular el régimen jurídico de las obligaciones, sean contractuales o no, tanto en el CC como en la legislación especial de carácter civil. Correlativamente, la competencia autonómica para desarrollar las bases de las obligaciones contractuales sólo cabe en aquellas Comunidades Autónomas cuyo Derecho civil, foral o especial, incluya determinados contratos y en relación con éstos; y queda subsumida en la genérica de conservación, modificación y desarrollo del citado Derecho.

El título relativo a las normas para resolver los conflictos de leyes integra, en todo caso, la adopción de las normas de conflicto y la definición de cada uno de sus elementos, entre los que se cuenta y con la mayor relevancia, la determinación de los puntos de conexión que lleven a la aplicación, en supuestos de tráfico jurídico interregional, de uno de los ordenamientos civiles que coexisten en España. La CE optó, inequívocamente, por un sistema estatal y, por tanto, uniforme de Derecho civil interregional (114) y excluyó que las Comunidades Autónomas pudieran establecer regímenes peculiares para la resolución de los conflictos de leyes, ya sea por la vía de articular puntos de conexión diversos a los dispuestos en la legislación general o mediante la redefinición, alteración o manipulación de tales puntos de conexión. La competencia del Estado para dictar normas de solución de conflictos, entre los diversos subsistemas que integran el ordenamiento jurídico, permite que éstos guarden cohesión, proporciona un denominador común normativo en la articulación de la coexistencia de los sistemas normativos autonómicos y la homogeneidad de estructuras comunitarias en la reglamentación de las relaciones jurídicas (115). Así pues, corresponde al Estado, en exclusiva, delimitar el ámbito de aplicación personal de los varios Derechos civiles –común y forales– que coexisten en España y dictar las normas para resolver los conflictos de leyes, tanto en el ámbito

(114) MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, *Pluralidad de...*, cit., pp. 122 y ss., sitúa el fundamento de esta atribución competencial al Estado en el principio de la unidad del ordenamiento jurídico.

(115) MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, *Pluralidad de...*, cit., pp. 123 y ss., añade que “parece... lógico entender que son las propias Comunidades Autónomas las que tienen que resolver sus conflictos interlocales” (p. 126); pero no podrán exceder de aquel ámbito.

del Derecho civil interregional como en el del Derecho internacional privado (116).

La determinación de las fuentes del Derecho (117), en todo el territorio nacional, es competencia exclusiva del Estado (118), pero no tiene un carácter incondicional u omnímodo. Debe realizar dicha determinación "con respeto... a las normas de derecho foral o especial" (119). Esta limitación de la competencia estatal supone

(116) *Vid.* SS.TC 72/1983, de 29 de julio; 156/1993; 226/1993; 236/2000, de 16 de octubre; y 93/2013; ARCE JANARIZ, *Constitución...*, cit., p. 204. ELIZALDE y AYMERICH, "Prelación de...", cit., pp. 765-766, apunta que "la formulación tajante del texto constitucional se enfrenta con la existencia, en algunos derechos forales, de preceptos relativos a cuestiones de Derecho interregional" y afirma la invalidez de los preceptos forales en esta materia. Las Comunidades Autónomas no pueden atribuir a sus leyes un ámbito de aplicación distinto del establecido en la norma estatal ordenadora de este Derecho.

(117) Fernando GARRIDO FALLA, "Las fuentes del Derecho en la Constitución Española", *La Constitución...*, cit., vol. I, pp. 26-48, esp. p. 31, entiende por "fuentes del Derecho", "aquellas formas o actos a través de los cuales el Derecho se manifiesta en su vigencia"; añade que "el Derecho concebido como Ordenamiento vigente en un país está constituido por el conjunto de normas surgidas precisamente a través de las fuentes reconocidas como tales por la Constitución". Para Díez PICAZO, "Constitución y fuentes del Derecho", *La Constitución...*, cit., pp. 649-665, esp. p. 658, la mención a la determinación de las fuentes del Derecho, recogida en el art. 149.1.8.^a CE, significa que tal determinación no es un tema constitucional, sino que, siendo de la competencia exclusiva del Estado, se desarrolla por medio de la legislación ordinaria.

(118) Así expresamente la STC 31/2010. Esta determinación se realiza actualmente en el art. 1 del Código Civil y comprende tanto la enumeración (de "las fuentes del ordenamiento jurídico español") como la relación de jerarquía entre las mismas.

(119) Sobre las diversas interpretaciones doctrinales de este último inciso del art. 149.1.8.^a CE, puede verse, MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, *Pluralidad de...*, cit., pp. 184 y ss., si bien se trata de criterios anteriores a la doctrina sentada por el TC en las sentencias a las que nos referiremos en este párrafo. Para Eduardo SERRANO ALONSO, "Las fuentes del ordenamiento jurídico en el Derecho vasco", *Primer Congreso...*, cit., pp. 311-315, esp. pp. 314-315, esta expresión permite a las Comunidades Autónomas asumir competencias para legislar sobre las fuentes del Derecho en materias propias del Derecho foral. Según Pablo LUCAS VERDÚ, "La penetración de la historicidad en el Derecho Constitucional español. El artículo 149.1.8.^a y la disposición adicional primera de la Constitución", *Primer Congreso...*, cit.,

que el Estado, al determinar las fuentes del Derecho, debe respetar la vigencia –como Derecho positivo– de las normas de Derecho foral o especial, en el sentido de que no está habilitado para derogarlas (120), independientemente de que la Comunidad Autónoma con Derecho civil propio haya asumido o no la competencia para su conservación, modificación y desarrollo (121). La garantía constitucional de la permanencia del Derecho foral resiste a la acción del legislador ordinario (122). El Estado no puede excluir a las normas de Derecho foral o especial como fuente del Derecho (123). Pero

pp. 19-71, esp. p. 63, “los derechos forales pueden establecer un sistema propio de fuentes dentro de su ámbito, aunque no podrán modificar el sistema de relaciones entre el derecho foral y el derecho general del Estado. CAPPILLA RONCERO, “El Código Civil...”, cit., pp. 49-51, da relevancia a la existencia o no de regulación en materia de fuentes del Derecho foral en el momento de la entrada en vigor de la CE.

(120) El capítulo primero del título preliminar del CC, titulado “Fuentes del Derecho”, consta de dos artículos, el segundo de los cuales se refiere a la entrada en vigor y a la derogación de las leyes.

(121) La comunidad Autónoma asume la competencia en virtud de su Estatuto de Autonomía, no directamente *ex art.* 149.1.8.^a CE.

(122) HERRERO DE MIÑÓN, “Los derechos forales...”, cit., p. 63-64, considera el art. 149.1.8.^a CE como norma competencial y garantía institucional de la foralidad, vinculadas por una única finalidad: la tutela del hecho diferencial que la foralidad supone y que se proyecta en dos direcciones: frente al Estado, pues la conservación, modificación y desarrollo de los Derechos forales es ya competencia autonómica; y frente al propio legislador autonómico, que puede desarrollar pero no destruir el Derecho foral.

(123) Esta garantía constitucional, sin más alcance, se incorporó al art. 26.3 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, aprobado por Ley Orgánica 4/1979, de 18 de diciembre (BOE 22 de diciembre de 1979); y, posteriormente, con el mismo texto (sustituyendo la referencia al Derecho civil catalán por el gallego), al Estatuto de Autonomía para Galicia, aprobado por Ley Orgánica 1/1981, de 6 de abril, cuyo art. 38.3 establece que “en la determinación de las fuentes del Derecho civil se respetarán por el Estado las normas del Derecho civil gallego” (aunque el precepto está ubicado en el capítulo relativo al régimen jurídico general de las competencias de Galicia, no en el que enumera las competencias de la Comunidad Autónoma, la STC 47/2004, de 25 de marzo, lo considera, en relación con el art. 149.1.8.^a CE, como atributivo de competencia a ésta, que “obliga al Estado a respetar las normas emanadas en este ámbito por el derecho foral o especial aplicable en el ámbito autonómico”, y que habilita al legislador autonómico para establecer el sistema de fuentes del Derecho civil propio).

la referida limitación tiene también un alcance adicional, que comprende el respeto a las normas de determinación de las fuentes del Derecho civil especial que se establezcan en el mismo (124) y la habilitación para que los Estatutos de las Comunidades Autónomas (con Derecho civil propio) atribuyan a éstas la competencia para la determinación de las fuentes de su específico Derecho civil foral o especial (125). Ahora bien, esta competencia habrá de sujetarse, en su ejercicio, a la que corresponde al Estado para la determinación de las fuentes del Derecho en todo el territorio, que, a su vez, vendrá obligado a respetar los sistemas normativos privativos de los distintos Derechos civiles, forales o especiales (126). La STC 31/2010 ha precisado más: la determinación autonómica de su propio sistema de fuentes –de su Derecho civil foral o especial-, como función normativa, “sólo puede tener el alcance que es propio de las funciones de conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil existente en Cataluña (127) al constituirse ésta en Comunidad Autónoma. Sistema privativo de Derecho civil, por tanto, que el legislador del Estado debe respetar al ejercer su competencia exclusiva para la determinación de las fuentes del Derecho en su integridad y para el conjunto del Estado, esto es, articulando en un sistema general los diferentes sistemas normativos vigentes en el ámbito civil por razón de la especialidad o foralidad «allí donde existan» (art. 149.1.8 CE)”.

(124) *Vid.* art. 47.2 del Estatuto de Autonomía para las Islas Baleares, según el cual, “en la determinación de las fuentes del Derecho civil especial de las islas Baleares se respetarán las normas que en el mismo se establezcan” (el precepto está ubicado en el título III –“De las Instituciones de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares”–, no en el II –“De las competencias de la Comunidad Autónoma...”–).

(125) Así lo ha hecho el art. 129 del Estatuto de Autonomía de Cataluña (2006), que atribuye a la Generalidad “la determinación del sistema de fuentes del derecho civil de Cataluña”.

(126) SS.TC 47/2004 y 31/2010.

(127) La STC 31/2010 se refiere a Cataluña, pero el criterio es trasladable a cualquier Comunidad Autónoma con Derecho civil propio.

7. LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS CARECEN DE COMPETENCIA LEGISLATIVA PARA REGULAR RELACIONES DE ORDEN CIVIL ENTRE LOS MIEMBROS DE LA PAREJA

Las Leyes autonómicas reguladoras de la convivencia *more uxorio*, regulan relaciones de orden civil entre los convivientes, y entre éstos y terceros (128). Sin embargo, esta convivencia, siendo una realidad social fácilmente constatable, no es una peculiaridad de ninguna de las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio ni estaba regulada, con criterios peculiares –distintos del Derecho común–, en sus Derechos propios o forales, compilados o de formación consuetudinaria, a la entrada en vigor de la CE (las relaciones entre los convivientes no tenían una regulación específica). La pareja de hecho nunca estuvo presente en la cultura jurídica específica y singular de ninguno de los Derechos civiles especiales o forales, ni puede considerarse como una institución conexas con ninguna de las ya reguladas en los mismos, lo que le excluye de la protección o garantía que el art. 149.1.8.^a CE otorga a la singularidad o foralidad civil. Como decíamos, este precepto admite la competencia autonómica en materia civil, no en atención a lo que pudieran demandar la realidad social o los intereses de la Comunidad Autónoma respectiva, sino a fin de garantizar determinados Derechos civiles, forales o especiales, vigentes a la fecha de la entrada en vigor de la CE. El hecho de que la convivencia *more uxorio* no sea una realidad social peculiar territorialmente limitada a una Comunidad Autóno-

(128) Esto, que ha quedado expuesto en los apartados anteriores, lo constata el TC en sus recientes SS.TC 81/2013; 82/2016, de 28 de abril; y 110/2016, de 9 de junio; con absoluta claridad: “la regulación de los efectos jurídicos que se atribuyen a la situación fáctica de convivencia en pareja... se inserta de lleno en el ámbito de las relaciones personales y patrimoniales de los integrantes de la unión de hecho, teniendo, por tanto, una naturaleza propia de la materia regulada por el Derecho civil”; pues, según el TC, “los efectos personales y patrimoniales que se atribuyen a esa situación de convivencia por razón de afectividad son simple trasunto de las establecidas en el Código Civil –y, en su caso, en los Derechos civiles forales o especiales– para el matrimonio (v. gr. pactos entre los miembros de esa unión, régimen económico –derechos obligaciones, cargas y responsabilidades– de la misma, pensión compensatoria en caso de separación, derechos sucesorios del supérstite, etc....) y ello supone, por tanto, la regulación de una relación interprivatos y, en consecuencia, de una institución civil...”.

ma, ni presente peculiaridades significativas en la misma, impide su integración en el crecimiento orgánico del Derecho civil propio de aquélla (129).

La Comunidad Autónoma podría regular las relaciones civiles entre los miembros de la pareja de hecho si pudiera identificar, en su compilación de Derecho civil foral (o en una costumbre asentada en su Derecho consuetudinario) vigente a la entrada en vigor de la CE (1978) y subsistente a la entrada en vigor de la ley, una regulación de las parejas de hecho o de otra institución consuetudinaria conexas a ella que pudiera servir de base para apreciar un "desarrollo" de su Derecho civil foral. La competencia de desarrollo del Derecho civil propio habilita a la Comunidad Autónoma para incorporar a éste aspectos de la convivencia *more uxorio*, en conexión con su Derecho propio (130). Es la institución ya integrada en el Derecho

(129) En este sentido, es ilustrativo el Auto del TS, de 14 de diciembre de 2011 (RJA 2012/3497), que considera indiscutible que "ninguna de las normas autonómicas de comunidades con Derecho Foral están desarrollando sus propios preceptos sino que las parejas de hecho obedecen a la sociedad actual y son de nueva regulación en todas las Comunidades Autónomas"; añade que "tampoco pueden considerarse las leyes autonómicas sobre parejas de hecho desarrollo de principios generales históricos de esos Derechos civiles propios o forales, dado que las mismas responden a una sensibilidad social y a unas concepciones jurídicas de muy reciente aparición y completamente extrañas a aquellos principios históricos". Sin embargo, los Juzgados y Tribunales de las Comunidades Autónomas con legislación reguladora de la convivencia *more uxorio* siguen aplicando esta legislación para resolver controversias de orden civil, incluso en recursos de casación motivados en infracción de normas de Derecho civil propio (se ha llegado al extremo de considerar que la regulación autonómica de las parejas de hecho tiene tal fuerza expansiva que puede alcanzar al matrimonio, para aplicar, por analogía, preceptos de aquella regulación –y no el Derecho Civil común– a las relaciones civiles entre cónyuges que no tienen regulación específica en la Compilación de Derecho Civil propio; *vid.*, entre otras, STSJ de la Islas Baleares, Sala de lo Civil y Penal, núm. 2/2010, de 24 de marzo, contra la que, al estar dictada en casación, no cabe recurso ordinario alguno).

(130) Así, si la sucesión *mortis causa* tiene una regulación de Derecho foral, éste podrá ordenar la posición del conviviente superviviente (anteriormente ausente en la regulación foral) en la sucesión (instituto ya integrado en el Derecho civil propio) del otro, para completar el Derecho sucesorio propio, con la incorporación –al mismo– de nuevas realidades materiales que van tomando relevancia jurídica.

propio la que permite el crecimiento orgánico de éste; pero este crecimiento no puede hacerse por la vía de la incorporación, al Derecho civil –especial o foral– propio, de una regulación completa de institutos ausentes en el mismo, puesto que ello exigiría una competencia legislativa civil ilimitada *ratione materiae*, de la que carecen las Comunidades Autónomas, por ser ajena a la *ratio* de la garantía constitucional de la foralidad civil. Ninguno de los Derechos civiles forales, compilados o consuetudinarios, vigentes a la entrada en vigor de la CE, regula la convivencia *more uxorio*, por lo que los preceptos ordenadores de las relaciones civiles, entre ellos y con terceros, serán inconstitucionales y nulas por falta de competencia (131). En aplicación de este criterio (que es la doctrina del TC), ha-

(131) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, "Sentencia del TC de 23 de abril de 2013. Inconstitucionalidad parcial de la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables", *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 94, 2014, pp. 189-224, esp. pp. 217-224, señala que las parejas de hecho no estaban reguladas en ninguno de los derechos civiles vigentes a la entrada en vigor de la Constitución de 1978, por lo que las leyes autonómicas reguladoras de las mismas no respetan ni el principio de conexión ni responden a los principios propios reguladores de dichos derechos civiles forales. Es ilustrativo el repaso del contenido de los preceptos reguladores de las relaciones civiles de los miembros de la unión de hecho, en la Ley valenciana 5/2012 (nótese que la Comunidad Valenciana es una de las que tiene atribuida la competencia de conservación, modificación y desarrollo de su Derecho civil especial) que, a los efectos de declarar la nulidad de los mismos, realiza la STC 110/2016: "Tienen esta naturaleza (civil), por regular **derechos** y obligaciones de los miembros de la unión de hecho... los siguientes artículos de la Ley: el art. 6, que bajo la rúbrica 'Efectos de la extinción de la unión de hecho formalizada' dispone en tal caso la 'revocación automática de los poderes que cualquiera de sus miembros hubiera otorgado a favor del otro'; el art. 7, que establece la 'Libertad de regulación' de las 'relaciones personales y patrimoniales derivadas de la convivencia'; el art. 8 ('Gastos comunes de la unión de hecho formalizada'); el art. 9, que regula el '**Derecho** de alimentos' entre los convivientes; el art. 10 ('Disposición de la vivienda habitual de la unión de hecho'); el art. 11 ('Responsabilidad patrimonial'); el art. 12, que regula el destino del 'Ajuar doméstico y uso de la vivienda' tras el fallecimiento de uno de los convivientes; el art. 13 ('Representación legal de la persona conviviente'); y el art. 14 ('**Derechos** de la persona conviviente supérstite en la sucesión de la persona premuerta'). Todos estos preceptos, al contener normas para las que la Comunidad Valenciana no ostenta competencia, son inconstitucionales y deben ser declarados nulos". Extiende la declaración de nulidad

bría que excluir (por inconstitucionalidad y consiguiente nulidad), de los Derechos civiles autonómicos, prácticamente toda la regulación de los derechos y obligaciones civiles de los miembros de la unión de hecho; y, en general, todos aquellos preceptos carentes de un vínculo de conexión con instituciones que tenían regulación específica –compilada o consuetudinaria– en el Derecho civil propio vigente a la entrada en vigor de la CE (132).

Las Leyes autonómicas regulan la convivencia de hecho con la pretensión de equipararla al matrimonio, dotándola de un régimen jurídico similar al de esta institución (133). Como ya dijimos, tanto la jurisprudencia del TS como la doctrina del TC consideran que el matrimonio y la convivencia *more uxorio* son realidades jurídicas

al art. 2, que regula el ámbito de aplicación de la Ley, pues las normas para resolver los conflictos de leyes son competencia exclusiva del Estado; y, además, en este caso, como dice la STC 110/2016, “una vez desprovista la Ley de su contenido civil, su ámbito de aplicación debe atenerse al principio de territorialidad de las competencias que este Tribunal ha declarado implícito al propio sistema de autonomías territoriales”. La STC 82/2016 declara la inconstitucionalidad de la Ley valenciana 10/2007, de 20 de marzo, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano, en su integridad (la extiende, por conexión, incluso a los preceptos no impugnados), en términos tan contundentes que “considera innecesario llevar a cabo un análisis de cada uno de los preceptos de dicha LREM, toda vez que basta una mera lectura del total de su articulado para reparar en que todos ellos son marcadamente de naturaleza civil...”.

(132) La mera lectura de las últimas leyes autonómicas reguladoras del Derecho civil foral o especial nos puede dar una idea de la importancia de esta exclusión.

(133) En algunos casos, la equiparación se extiende incluso a las materias no reguladas expresamente en la Ley específica reguladora de las parejas de hecho, con las únicas limitaciones que puedan resultar impuestas por la aplicación de la normativa estatal (art. 22 Ley andaluza 5/2002 y disposición adicional segunda de la Ley vasca 2/2003). Las Leyes vasca 2/2003 y cántabra 1/2005 amplían la equiparación a todas las referencias hechas al matrimonio en las normas autonómicas, legales y reglamentarias, con anterioridad a la entrada en vigor de la respectiva ley específica, que las considera hechas también a las parejas de hecho (v. disposición adicional primera en ambas). Esta equiparación *in extenso* e indiscriminada, aunque se limite a las competencias autonómicas, supone el desconocimiento de la especial protección (de la que carecen otras formas de convivencia) que el art. 32 CE otorga a la institución matrimonial.

distintas (134) y que la normativa reguladora del régimen matrimonial no es aplicable a las uniones de hecho. Si se trata de unas realidades jurídicas tan radicalmente distintas que ni siquiera cabe extender a una de ellas, por analogía, el régimen jurídico previsto para la otra; y, además, la opción por una de ellas tiene como finalidad evitar el régimen previsto para la otra (135), parece evidente que el legislador autonómico regulador de las parejas de hecho no ha invadido la competencia estatal sobre "relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio" (136). En cambio, no cabrá apreciar una conexión jurídicamente relevante que permita una acción legislativa de desarrollo del Derecho propio o foral que se extienda a la regulación de la convivencia *more uxorio*, como crecimiento orgánico de la competencia para regular las peculiaridades forales de los regímenes económicos del matrimonio a un instituto sustancialmente distinto de éste, aun en las Comunidades Autónomas cuyo Derecho propio incluye la regulación de peculiaridades de regímenes económico-matrimoniales.

La creación y regulación del Registro de parejas de hecho, si está ordenada a disciplinar el acceso al mismo de pactos o actos de Derecho privado, es decir, para desplegar su eficacia en el ámbito de las relaciones personales y patrimoniales de los integrantes de la unión de hecho, excede de la competencia autonómica, pues los Registros públicos en materias de Derecho privado son competencia exclusiva del Estado. Pero el legislador autonómico podrá crearlo como registro administrativo (137), para facilitar la acreditación de una situación de hecho en orden a un mejor ejercicio de las competencias sectoriales autonómicas.

(134) La STC 93/2013 es rotunda: "...evidentes diferencias, que se ponen de relieve desde la esencia misma de una y otra realidades jurídicas, impiden su equiparación conceptual...".

(135) Según la STC 93/2013, "la unión de hecho puede caracterizarse, en principio, como una relación estable de convivencia *more uxorio*, cuyo elemento definitorio común queda cifrado en la voluntad libremente configurada de permanecer al margen del Derecho en cuanto a las consecuencias jurídicas inherentes a la institución matrimonial a que se refiere el art. 32 CE".

(136) Así lo considera la STC 93/2013, en relación con la Ley foral 6/2000.

(137) *Vid.* SS.TC 32/1983; 87/1985, de 16 de julio; y 81/2013.

Los preceptos de las Leyes autonómicas que delimitan el ámbito de aplicación espacial y personal de la respectiva Ley, en tanto que técnica de solución de conflictos de leyes mediante la determinación de los puntos de conexión, invaden la competencia estatal para establecer las normas para resolver estos conflictos. Ésta es una materia enteramente sustraída de la disponibilidad del legislador autonómico, que no puede establecer regímenes peculiares para la resolución de conflictos de leyes ni alterar los puntos de conexión previstos en el CC (138).

8. BREVE REFERENCIA A LA STC 93/2013: EL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD COMO LÍMITE PARA EL LEGISLADOR A LA HORA DE REGULAR RELACIONES DE ORDEN CIVIL ENTRE LOS MIEMBROS DE LA PAREJA

La STC 93/2013 declara la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de gran parte de la regulación de orden civil contenida en la Ley Foral 6/2000, pero no lo hace por invadir las competencias que, en materia de legislación civil, corresponden al Estado, sino por vulnerar el principio de "libre desarrollo de la personalidad", que proclama el artículo 10.1 CE. La STC (139) considera consustancial

(138) Expresamente, en este sentido la STC 93/2013, que ha declarado nulo, por inconstitucional, el art. 2.3 Ley Foral 6/2000, que establecía su aplicación cuando uno de los miembros de la pareja tenga vecindad civil navarra. En el mismo sentido, la STC 110/2016.

(139) Ya se han publicado diversos comentarios sobre esta STC 93/2013; pueden leerse, entre otros, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, "Sentencia del TC de 23 de abril...", cit., pp. 217 y ss.; M.^a ÁNGELES EGÚSQUIZA BALMASEDA, "Cambio de rumbo legislativo de las parejas estables: SS.TC 81/2013, de 11 de abril de 2013, y 93/2013, de 23 de abril de 2013", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5, 2013, pp. 75-115; Eduardo DE LA IGLESIA PRADOS, "La eficacia actual de las normas reguladoras de las parejas de hecho", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 8, 2013, pp. 103-136; Pedro de PABLO CONTRERAS, *Los matrimonios mixtos en el derecho español*, Editorial Aranzadi, SA, Pamplona, 2014, pp.156-161; Miguel COCA PAYERAS, "Competencia legislativa civil, parejas de hecho, libre desarrollo de la personalidad e ilimitada autonomía de la voluntad", RDC, 2014, pp. 29-48; José Antonio PAREJO CARRANZA, "El derecho a una compensación económica tras la ruptura de la unión no matrimonial, una revisión tras

a la libertad de decisión entre el matrimonio y la convivencia de hecho, la facultad, de los componentes de la pareja, de ordenar, por sí mismos, su ámbito privado y el conjunto de derechos, facultades y relaciones que ostenten, dentro de los límites impuestos por el orden público social. Se remite al art. 1255 CC (principio de autonomía de la voluntad en las relaciones contractuales privadas) y señala que “la autonomía privada de quienes han decidido conformar una unión de hecho se traduce en el reconocimiento de que, en aras a su libertad individual, pueden desarrollar sus relaciones –antes, durante y al extinguirse esa unión– conforme a los pactos que consideren oportunos, sin más límites que los impuestos por la moral y el orden público constitucional (140); y esta libertad debe ser respetada por el ordenamiento jurídico en todo caso, salvo que su ejercicio concreto pudiera entrar en conflicto con valores constitucionales superiores que justificaran su restricción”. Considera que el límite principal con que tropieza el legislador es “la propia libertad de los integrantes de la pareja y su autonomía privada, por lo que una regulación detallada de los efectos, tanto personales como patrimoniales, que se pretendan atribuir a esa unión, puede colisionar con la citada libertad, si se impusieran a los integrantes de la pareja unos efectos que, precisamente, los sujetos quisieron excluir en virtud de su decisión libre y constitucionalmente amparada de no contraer matrimonio. Por ello, el régimen jurídico que el legislador puede establecer al efecto deberá ser eminentemente dispositivo y no imperativo, so pena de vulnerar la libertad consagrada en el art. 10.1 CE”. Considera inconstitucionales los preceptos de naturaleza imperativa (que no prevén la asunción voluntaria de sus efectos por los integrantes de la pareja), incluso los que establecen una regulación supletoria (141) y los que equiparan la pareja de hecho

las SS.TC 81/2013, de 11 de abril, y 93/2013, de 23 de abril”, RDC, 2014, pp. 113-147; Irantzu BERIAIN FLORES, “Las uniones no matrimoniales y el derecho al libre desarrollo de la personalidad e ilimitada autonomía de la voluntad (a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 93/2013, de 23 de abril)”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 28, 2014, pp. 137-172.

(140) Nótese que suprime la mención a “las leyes”, del marco que delimita el art. 1255 CC.

(141) Como la previsión legal del derecho a percibir compensación económica, en defecto de pacto, para el caso de que la convivencia haya generado una situación de desigualdad patrimonial entre los convivientes que

al matrimonio, sin prever la posibilidad de que los miembros de aquélla pacten un régimen distinto.

La STC 93/2013 no se pronuncia sobre el alcance de las competencias, de la Comunidad Foral de Navarra para regular las relaciones económicas y patrimoniales –de orden civil– entre los miembros de la pareja. Ciertamente, la competencia exclusiva del Estado, en materia de legislación civil (art. 149.1.8.^a CE), no fue invocada por los parlamentarios recurrentes de la Ley Foral 6/2000; pero esto no impedía al TC fundar la declaración de inconstitucionalidad, en caso de que así lo estimara, en dicho precepto, al amparo del art. 39.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del TC; pues no estaba necesariamente vinculado por los preceptos constitucionales invocados ni por el encuadramiento competencial realizado por las partes en el proceso (142). En lugar de abordar el análisis competencial (143), la STC 93/2013 extiende el haz de facultades que el principio del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) atribuye, a su juicio, a los convivientes *more uxorio*, al ámbito de la autonomía negocial de los mismos, lo que no hace la doctrina del TC que la propia STC 93/2013 cita como antecedente (144). No hay doctrina del TC,

implique enriquecimiento injusto, que, según la STC, vulnera el art. 10.1 CE; no obstante, la STC salva la posibilidad “de que las reglas generales de responsabilidad por enriquecimiento injusto puedan tener su proyección en determinados supuestos”.

(142) *Vid.* STC 77/2012, de 16 de abril, entre otras muchas. Además, el Parlamento y Gobierno navarros sí hicieron mención al referido título competencial de Estado.

(143) Salvo para afirmar que el matrimonio y la pareja de hecho son realidades jurídicas diferentes y que el legislador navarro no invade la competencia exclusiva del Estado sobre las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio.

(144) Las SS.TC 184/1990, de 15 de noviembre; 47/1993, de 8 de febrero; 66/1994, de 28 de febrero; y 51/2011, de 14 de abril; que cita la STC 93/2013 como fundamento doctrinal, vinculan el libre desarrollo de la personalidad con la posibilidad de optar entre el estado civil de casado o el de soltero. Es en esta libertad de opción en la que el Estado no puede interferir, imponiendo un determinado estado civil, salvo por condicionamientos que resulten de las normas de orden público interno (como para evitar la utilización del matrimonio, en fraude de ley, con fines migratorios). La conexión del margen de disponibilidad de cada parte en un contrato o negocio jurídico (matrimonio, convivencia de hecho, etc.) con el libre desarrollo de la personalidad parece más bien remota.

previa a la STC 93/2013, que limite el margen de disponibilidad del legislador para regular la convivencia *more uxorio* por exigencias de la mención constitucional al libre desarrollo de la personalidad como “fundamento del orden político y de la paz social” (art. 10.1 CE). De existir tal limitación, sería igualmente aplicable a los legisladores autonómicos y al legislador ordinario (no constituyente) estatal (145), en el ámbito de sus respectivas competencias, ya que la exigencia constitucional del artículo 10.1 CE (que no es un precepto distributivo de competencias) se impone por igual a todos ellos. Diversos países de nuestro entorno han regulado el régimen jurídico de la convivencia estable extramatrimonial (146) sin que ello haya planteado

(145) Que, siguiendo el criterio de la STC 93/2013, tampoco podría equiparar, en materias de su competencia, a los convivientes con los cónyuges, prescindiendo de la voluntad de aquéllos (recordemos que la citada STC 93/2013 declara inconstitucional, por vulneración del art. 10.1 CE, la equiparación “en cuanto a la aplicación de las disposiciones relativas a la tutela, la curatela, la incapacitación, la declaración de ausencia y la declaración de prodigalidad”, por hacerse sin contar con la voluntad de ambos miembros de la pareja). Sin embargo, el legislador estatal ya ha procedido a equiparaciones, de la tipología que ahora proscribe la STC 93/2013, en numerosos preceptos de diversas leyes (puede verse, mi trabajo ENDEMAÑO ARÓSTEGUI, “La convivencia...”, cit., pp. 44 ss.). Por citar un ejemplo que últimamente ha sido objeto de debate, el art. 174.3 del Texto Refundido de Ley General de la Seguridad Social, aprobado por RD. Legislativo 1/1994, de 20 de junio, (BOE 29 de junio de 1994), equiparaba, con los cónyuges, a los convivientes en pareja de hecho durante un período mínimo de cinco años inmediatamente anteriores a la fecha de fallecimiento del causante, que cumplieran con el resto de los requisitos establecidos en el mencionado precepto, a los efectos de causar derecho a la pensión de viudedad (sin contar con la voluntad expresada por ambos miembros de la pareja); la STC 45/2014, de 7 de abril, considera que la opción adoptada por el legislador, a la hora de acotar el supuesto de hecho a equiparar, no resulta arbitraria o irracional. Por otra parte, es evidente que los órganos de la jurisdicción civil han venido aplicando derecho de aplicación necesaria contenido en la legislación civil –estatal–, desde antes de las leyes autonómicas reguladoras de las parejas de hecho, para resolver las controversias entre las partes; sin que haya planteado problemas con el art. 10.1 CE el hecho de que dicha legislación no haya sido voluntariamente asumido por los convivientes.

(146) *A. e.*, la unión libre o concubinaje y el pacto civil de solidaridad, en Francia (esta última figura regulada en la Ley 99-994, de 15 de noviembre de 1999 e incorporada a los arts. 515-1 a 7 del Código Civil francés; en la doctrina, *vid.* Daniel BORRILLO y Jesús FLORES RODRÍGUEZ, “La reforma del

problema alguno con el libre desarrollo de la personalidad. Parece que lo que quiere indicar la STC 93/2013 es que el libre desarrollo de la personalidad, que el artículo 10.1 CE proclama como fundamento del orden político y de la paz social, impide al legislador proscribir que dos personas articulen sus relaciones de convivencia estable al margen de las figuras o instituciones tipificadas en el ordenamiento jurídico (147); cuestión discutible y atractiva desde el punto de vista intelectual (148), pero que nos aleja del objeto de este trabajo, que se limita al alcance de las competencias autonómicas para legislar sobre las relaciones civiles de la convivencia *more uxorio*.

9. A MODO DE CONCLUSIÓN

La realidad social es un criterio interpretativo de las normas jurídicas, pero la evolución de dicha realidad no es suficiente, por sí sola, para modificar el marco constitucional de distribución de competencias legislativas; pues, por imperativo del art. 9.1 CE, todos los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. La evolución social podría justificar la modificación del régimen constitucional de distribución de competencias, pero los legisladores ordinarios han de ajustarse al vigente en cada momento. Esto parece una obviedad, pero nos lleva al corolario de que la legislación civil de fuente autonómica, fundada en la necesidad de dar respuesta a una evolución social, que trasciende la regulación de instituciones contempladas en las respectivas com-

Derecho de familia en Francia", *Actualidad Civil* n° 4, abril 2013). Sobre la legislación reguladora de la convivencia estable extramatrimonial en diversos países europeos, puede verse Diego ALONSO HERREROS, "Funcionamiento y eficacia de los Registros de uniones civiles de hecho en España y en otros países europeos", *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 15, 2002, pp. 93-112, esp. pp. 103 y ss.

(147) Con lo que elude pronunciarse sobre la competencia autonómica –en este caso, de la Comunidad Foral de Navarra– para regular un ámbito de relaciones privadas ajeno a su Derecho civil foral.

(148) El libre desarrollo de la personalidad, como fundamento constitucional del orden político y la paz social (art. 10.1 CE), ampara, por igual, a quienes deciden vivir al margen del matrimonio como a los que optan por acogerse a esta institución.

pilaciones o en su Derecho consuetudinario, vigentes a la entrada en vigor de la CE o en conexión con las mismas, sea para regular nuevas realidades sociales o para ampliar el Derecho compilado, excede de las competencias autonómicas. Algunas recientes SS.TC han clarificado los marcos competenciales en diversos conflictos que han sido sometidos a su consideración; pero la extensa producción legislativa en materia civil, de fuente autonómica, cuya vigencia no ha sido cuestionada ante el TC, pero que puede serlo, por la vía de la cuestión de inconstitucionalidad, genera cierta incertidumbre a la luz de la doctrina del Alto Tribunal, que sería conveniente despejar cuanto antes para una mayor seguridad jurídica en las relaciones *inter privatos*.

NUEVOS PATRONES DE FAMILIA Y DESVINCULACIÓN DE LA VERDAD BIOLÓGICA EN LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN: HACIA UNA REFORMULACIÓN DEL ESTATUTO DEL *CONCEPTURUS*

A propósito de la Resolución de la DGRN de 8 de febrero de 2017 y la admisión –no tan velada– de los reconocimientos de complacencia

Carolina del Carmen Castillo Martínez

Magistrado-juez titular del Juzgado de instancia
núm. 4 de Castellón.

Doctora en Derecho.

Profesora Titular de Derecho Civil (excedente).

Profesora Asociada de Derecho Civil.

Universitat de València

Resumen: Técnicamente se plantea si en virtud del nuevo tenor del artículo 44.5 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, en su redacción dada por la Ley 19/2015, de 13 de julio, es inscribible la filiación, como hijo matrimonial, a favor de la cónyuge de la madre biológica de un niño, sin que sea preciso justificar el uso de técnicas de reproducción asistida en la gestación. La autora considera que una interpretación sistemática del precepto, y su valoración contextual desde la perspectiva ineludible del principio del "*favor minoris*" lo impide. Desde otra perspectiva más amplia, se considera la legitimidad de la consagración institucional de la desvinculación de la verdad biológica de la jurídica mediante –entre otras medidas– la posibilidad de la admisión de lo que no es sino un reconocimiento de complacencia.

Palabras clave: determinación de la filiación, inscripción de la filiación, principio del interés del menor, doble maternidad, técnicas de reproducción asistida, reconocimiento de complacencia, principio constitucional de la averiguación de la paternidad.

Abstract: Technically arises if under the new wording of article 44.5 of the law 20/2011, 21 July, from the Civil Registry, in the wording given by the Act 19/2015, of 13 July, inscribable affiliation, such as child marriage, in favour of the spouse of the biological mother of a child, without its being necessary to justify the use of gestation assisted reproduction techniques. The author believes that a systematic interpretation of the precept, and its contextual assessment perspective for the beginning of the “favor minoris” prevents it. From another perspective, is considered the legitimacy of institutional consecration of the de-linking of the biological truth of the legal by –inter alia– the possibility of the admission of what is not but a recognition of complacency.

Keywords: determination of filiation, inscription of filiation, principle of the interest of the minor, double maternity, techniques of assisted reproduction, complacency, constitutional principle of the ascertainment of paternity recognition.

SUMARIO

- I. CONSIDERACIÓN GENERAL
- II. LA RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 8 DE FEBRERO DE 2017. SUPUESTO DE HECHO
- III. LA UNIÓN MATRIMONIAL ENTRE ENTRE DOS MUJERES Y LA INSCRIPCIÓN DE LA FILIACIÓN MATRIMONIAL DEL HIJO BIOLÓGICO DE UNA DE ELLAS A FAVOR DE LA OTRA. EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN LEGAL: REFERENCIA A LAS LEYES 13/2005, 3/2007 Y 19/2015
- IV. EL PRINCIPIO DE LA EQUIPARACIÓN DE EFECTOS ENTRE EL MATRIMONIO HETEROSEXUAL Y EL MATRIMONIO HOMOSEXUAL. DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. LA INEXISTENCIA DE DISCRIMINACIÓN
- V. REQUISITOS LEGALES PARA LA DETERMINACIÓN DE LA DOBLE MATERNIDAD LEGAL EN EL SENO DE UNA UNIÓN MATRIMONIAL. LA NECESIDAD DE ACREDITACIÓN DE QUE LA GESTACIÓN ES CONSECUENCIA DEL EMPLEO DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA COMO *REQUISITO PARA LA DETERMINACIÓN* DE LA DOBLE MATERNIDAD LEGAL Y LA OMISIÓN DE DICHA JUSTIFICACIÓN EN EL ARTÍCULO 44.5 DE LA LEY 20/2011, DEL REGISTRO CIVIL,

COMO REQUISITO PARA LA INSCRIPCIÓN DE LA DOBLE
MATERNIDAD LEGAL

- VI. EL PRINCIPIO DEL *FAVOR FILII* Y LA EXIGENCIA DE LA ACREDITACIÓN DEL USO DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN LA DETERMINACIÓN DE LA DOBLE MATERNIDAD LEGAL COMO INSTRUMENTO QUE GARANTIZA LA SEGURIDAD JURÍDICA
- VII. CONCLUSIONES

I. CONSIDERACIÓN GENERAL

La actualidad nos plantea la extendida conclusión de la incuestionable posibilidad de toda persona mayor de edad y responsable jurídicamente de ejercer su derecho a tener un hijo de una manera absoluta y prevalente incluso sobre el derecho del propio menor a conocer sus orígenes biológicos, anulándose de esta manera la efectividad del principio constitucionalmente consagrado de averiguación de la paternidad, que integra un derecho fundamental de prolongada conquista, y en evidente contravención del no menos esencial principio del *favor minoris* cuyo interés superior debe condicionar la adopción de cualquier decisión que le afecte.

Desde la apuntada consideración y en el contexto de un proceso que debiera controlarse –si bien, ya desencadenado parece imparable–, el recurso a cualquier procedimiento que permita acceder a la paternidad o a la maternidad legalmente reconocida se nos presenta como merecedor de una previsión normativa que lo avale positivamente en cualquier circunstancia. Este es el contexto de debate en el que se ofrece la consideración de la maternidad subrogada. Y es también el ámbito en el que se plantea la Resolución de la DGRN que en este trabajo se comenta.

Técnicamente, la cuestión revisada parece no rebasar los límites de un mero conflicto interpretativo suscitado entre concretos operadores jurídicos. No obstante, desde una perspectiva más amplia, la disyuntiva presenta corolarios mucho más graves pues, en definitiva, se está cuestionando la determinación de la propia identidad personal –con sus derivaciones prácticas de índole incluso terapéuti-

co en el ámbito de una posible prevención de futuras enfermedades de origen genético- frente a la necesidad de colmar el deseo de ser padre o madre a toda costa –o incluso, quién sabe, en casos extremos de los que ya empiezan a hacerse eco los medios de comunicación, de abastecerse de posibles reservas genéticas en previsión de quién sabe que tipo de intervenciones- que va a quedar en todo caso al alcance exclusivo de quienes lo puedan pagar, con el consiguiente sometimiento de aquélla necesitada del recurso económico, y en claro y manifiesto perjuicio para el sujeto que, lamentablemente, en determinados supuestos va a quedar cosificado como objeto de comercio humano. La consideración subsiguiente a último pone sobre el tapete la revisión del estatuto del que va a ser concebido con tales fines, y demanda un replanteamiento necesario de la posición del *concepturus* cuya carta de derechos resulta vulnerada desde su misma consideración.

Pues bien, en el marco de este imprescindible contexto general y cediendo a la manifiesta influencia de significados grupos de presión, el Centro Directivo en su Resolución de 8 de febrero de 2017 admite sin ambages –también sin sólido sustento jurídico argumental– lo que no es sino un auténtico reconocimiento de complacencia, al permitir, contra el prudente y atinado criterio –estrictamente jurídico– del Magistrado Encargado del Registro Civil, la inscripción de una doble maternidad prescindiendo de la justificada y necesaria exigencia de acreditación de que la generación del inscrito no se ha producido mediante el empleo de técnicas de reproducción asistida, entrando en evidente contradicción con el principio constitucional que asegura el conocimiento de los orígenes biológicos y el mismo interés del menor que demanda, en todo caso, la posibilidad de acceso a las certezas genéticas que le afectan.

Pero veámos cuál es el contexto jurídico y los datos fácticos del supuesto que nos ocupa.

Ciertamente, el natural sentir a través de la voz de la sabiduría popular inveteradamente nos ha enseñado que madre no hay más que una, no obstante lo cual tal aseveración, tradicionalmente asimilada en nuestro refranero, ya no resulta una verdad cumplida en nuestro entorno ni desde la perspectiva biológica ni tampoco desde el punto de vista legal.

Ciertamente, y por cuanto se refiere al aspecto biológico, en España desde 1988 y con la primera Ley de Técnicas de Reproducción

Humana Asistida, es posible la concurrencia de dos madres biológicas, la que aporta el óvulo (genética) y la que porta el embrión-feto (gestante), habida cuenta de que la fecundación in vitro con transferencia de embrión así lo posibilita. E incluso cabe la posibilidad de que existan dos madres genéticas (1).

Desde la perspectiva de nuestro Derecho se admite la doble maternidad legal, que en todo caso excluirá la posibilidad de la determinación legal del varón que aportó los gametos masculinos como progenitor, de tal manera que dos mujeres que formen una pareja pueden convertirse en co-madres (que no comadres) legales por el procedimiento de adoptar al hijo simultánea o sucesivamente, o de adoptarse por una al hijo de la otra. Ello es posible para las parejas unidas por el vínculo matrimonial desde la entrada en vigor de la Ley 13/2005, de 1 de julio, y para las unidas por análoga relación de afectividad desde la Ley 26/2015, de 28 de julio (cfr. art. 175.2.4 del CC). Por su parte, la Ley 3/2007, introdujo el artículo 7.3 en la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida Humana (actualmente, Ley 14/2006, de 26 de mayo), estableciendo que *"cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, ésta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge se determine a su favor la filiación respecto del nacido"*. Ciertamente, la adopción judicial del hijo del cónyuge –o pareja *"more uxorio"*– ya entonces se encontraba muy simplificada por la disposición del artículo 176.2 del Código Civil, que para iniciar el expediente exime de la propuesta previa de la Comunidad Autónoma a favor del adoptante y de la declaración administrativa

(1) En efecto, en octubre de 2016 y desde Newcastle (Inglaterra) se conoció el supuesto del primer niño con ADN de proveniente tres personas. Y es que la madre, ante la posibilidad de transmitir una enfermedad genética a su descendencia, interesó que se fertilizara con espermatozoides de su esposo dos óvulos, uno de ella misma y el otro de una donante sana. Los científicos retiraron el núcleo de los dos embriones resultantes y el de la madre se introdujo en el embrión de la donante, ubicándose el embrión resultante en el útero de la esposa. Según se expuso entonces, esta misma técnica podía realizarse a escala de óvulo antes de la fertilización, con la ventaja evidente de evitar la objeción moral –toda vez que no se elimina embrión alguno–, y así fue como procedió la mujer del caso, jordana para más señas, conducida por sus creencias religiosas.

de que el mismo sea idóneo para el ejercicio de la patria potestad. Por la entrada en vigor del artículo 7.3 antes mencionado, el automatismo resulta más acentuado, toda vez que el consentimiento de la esposa de la gestante determina una especie de adopción por la consorte que, empero, no requiere siquiera de la resolución judicial (cfr. art. 176.1 del CC) que siempre ha de ponderar el interés el adoptando. En definitiva, con el antedicho artículo 7.3 se presumen *iuris et de iure* tanto la idoneidad de la esposa como el interés del hijo, si bien, así como en la adopción judicial por el consorte, se ha de contar al menos con el asentimiento del progenitor del adoptando no emancipado (art. 177.2.2.º del CC), parece que en el caso del artículo 7.3 de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida Humana la madre gestante- también debe asentir a que su esposa asuma la condición de madre legal (2).

Conviene significar que nuestro TS ha interpretado expansivamente la norma del artículo 7.3 de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida Humana, en sus sentencias de 5 de diciembre de 2013 y, muy significativamente, en la de 15 de enero de 2014. Así, en la primera de las mencionadas, el consentimiento fue prestado expresamente en la clínica antes de la entrada en vigor de la norma y de contraer matrimonio las dos mujeres que lo contrajeron durante la gestación. En la segunda de las resoluciones mencionadas, las mujeres no llegaron a casarse y los hechos sucedieron antes de la entrada en vigor de la Ley, sin que nunca llegara a darse el consentimiento expreso de la consorte ni ante el Encargado del Registro Civil ni tampoco en la clínica, pese a lo cual el TS considera que no cabe entender que en una pareja una mujer se practique una técnica de reproducción asistida y su pareja no comparta la circunstancia, considerando de interés para el menor que ambas mujeres, a pesar de estar separadas y enfrentadas gravemente, devinieran en madres del hijo respecto del que, además hubo posesión de estado

(2) Así se considera en el voto particular de la STS, Sala 1.ª, de 15 de enero de 2014, de manera que la gestante no puede imponer la maternidad a su esposa ni ésta a la primera, aunque lo único constatable es que el tenor del precepto únicamente se refiere a la manifestación de la consorte, de manera que, interpretado en su literalidad, prescinde incluso del asentimiento de la gestante que no puede imponer la condición de madre a su esposa aunque ésta sí pueda hacerlo.

de madre durante dos años por parte de la que pretendía serlo –la no gestante–.

La Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, modifica el artículo 7.3 de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida Humana, que actualmente resulta del tenor siguiente: *“Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, ésta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge”* (3). Más adelante volveré sobre esta norma, si bien ahora resulta de interés anticipar que, como es de observar, la reforma modifica el tiempo, que se prolonga más allá de la gestación, con la inseguridad consiguiente al no establecimiento de al menos un plazo a contar desde el nacimiento en que la esposa puede asumir la maternidad legal (4). En todo caso, la Ley 19/2015 deja abierto indefinidamente el plazo para el ejercicio del derecho a consentir la asunción de la maternidad legal por parte de la esposa de la gestante. Por otra parte, la Ley 19/2015 incorpora una modificación formal al no exigir expresamente que la manifestación del consentimiento se realice ante el Encargado del Registro Civil pues parece que es posible realizarlo en la clínica.

(3) Resulta de interés anticipar que según la Resolución de 8 de febrero de 2017, que sirve de base a esta comentario, lo modificado es “la forma en la que debe prestarse el consentimiento de manera que ya no es necesario manifestarlo antes del nacimiento”.

(4) De conformidad con la información que contiene la *web* del Ministerio de Justicia, “el plazo para remitir la comunicación del nacimiento desde el Centro Sanitario es de setenta y dos horas desde el nacimiento. Cuando por cualquier causa no se haya remitido el documento en el plazo, los obligados a promover la inscripción dispondrán de un plazo de diez días para declarar el nacimiento ante la Oficina del Registro Civil. No obstante, este plazo podría llegar a los treinta días cuando se acredite justa causa. Pasado dicho plazo, es necesario tramitar expediente de inscripción de nacimiento fuera de plazo ante el Encargado del Registro Civil correspondiente”. Ciertamente estos plazos derivan de los artículos 46 (el de 72 horas) y 47 (el de 10 días), de la Ley 20/2011, de 21 de julio, de Registro Civil, resultando que el de 30 días se toma del artículo 166 del Reglamento de 14 de noviembre de 1958 de la Ley de Registro Civil de 1957, único reglamento en vigor hasta el momento.

Además, y a lo que ahora nos interesa, la Ley 19/2015 otorga nueva redacción al artículo 44.5 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, de Registro Civil, que viene a disponer que *"también constará como filiación matrimonial cuando la madre estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer y ésta última manifestara que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge"*. Resulta de relevancia significar que se trata de una norma adjetiva, y no sustantiva, pues no se trata de un precepto del Código Civil, ni tampoco de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida Humana sino de una norma integrada en la Ley del Registro Civil, por lo que su interpretación, –también en aplicación del sistemático criterio hermenéutico (art. 3.1 del CC) que inevitablemente nos conduce a considerar algún otro de sus apartados, como más adelante se verá–, necesariamente debe vincularse al supuesto contenido en el artículo 7.3 de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida Humana, precepto que sí tiene naturaleza sustantiva. De lo que se infiere que nos encontramos únicamente ante el reflejo registral del consentimiento de la esposa de la progenitora que ha alumbrado un hijo mediante la aplicación de una técnica de reproducción asistida humana.

II. LA RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 8 DE FEBRERO DE 2017. SUPUESTO DE HECHO

En el contexto anteriormente descrito se produce el supuesto de hecho que seguidamente consideramos.

Mediante comparecencia en el Juzgado de Paz de Benidoleig (Alicante) el 4 de agosto de 2016, Dña. M. J. T. O., mayor de edad, española y con domicilio en la misma localidad, solicitaba la inscripción como hijo matrimonial del nacido de su cónyuge, Dña. B. K., de nacionalidad irlandesa, el 30 de julio anterior. Previa comunicación telefónica con el Registro Civil principal del que depende el de Benidoleig, se trasladó a la promotora la necesidad de comparecer ante aquél, en Denia, para solicitar la inscripción acreditando que el nacimiento se había producido como consecuencia de la utilización de técnicas de reproducción asistida. El 5 de agosto de 2016, la promotora comparece ante el Registro Civil de Denia solicitando nuevamente la inscripción de nacimiento del hijo biológico de su

cónyuge y la determinación a su favor de la filiación del nacido, sin necesidad de aportar justificación de haber seguido un procedimiento de reproducción asistida, en virtud de lo establecido en el artículo 44.5 de la Ley de Registro Civil de 2011, reformado por la Ley 19/2015, de 13 de julio, alegando que la pareja se había casado el 14 de agosto de 2007 y que ya son madres de otros dos hijos inscritos con la doble filiación. Consta en el expediente la siguiente documentación: inscripciones de nacimiento en el Registro Civil de Atzeneta del Maestrat (Castellón) de N. Y F. K.T., nacidos el 20 de marzo de 2009, hijos de Dña. B. K., de nacionalidad irlandesa y de Dña. M. J. T. O., de nacionalidad española, inscripción practicada en virtud de resolución de consulta planteada por el registro del lugar del domicilio a la encargada del Registro Civil de Castellón; autorización de 15 de abril de 2009 por parte del encargado del Registro Civil de Castellón para proceder a la inscripción de los dos anteriores como hijos matrimoniales de Dña. B. K. y de Dña. M. J. T. O., y libro de familia.

El encargado del Registro Civil de Denia, mediante Auto de 22 de agosto de 2016, denegó la inscripción de la filiación del nacido respecto de Dña. M. J. T. O. por considerar que para ello es necesario acreditar que la gestación se ha producido como consecuencia del uso de técnicas de reproducción asistida, entendiendo que el artículo 44.5 de la nueva Ley del Registro Civil –que prácticamente reproduce el apartado tercero del artículo 7 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida– no se puede interpretar desconectado del apartado cuarto, según el cual la filiación, a efectos de la inscripción de nacimiento, se determinará conforme a las leyes civiles –que siguen respondiendo al principio de unidad de la maternidad– y a la Ley 14/2006, que incorpora una ficción legal no basada en la realidad biológica pero únicamente cuando la gestación es consecuencia de técnicas de reproducción asistida, no siendo tampoco aplicables las presunciones del Código Civil en tanto que responden a un esquema normativo distinto. Al mismo tiempo, se requiere a Dña. B.K. para que manifestara si deseaba consignar un nombre de progenitor a efectos de identificación.

En comparecencia de 29 de agosto de 2016, Dña. B. K. declaró que, a pesar de no estar conforme con la resolución registral, para no dejar desprotegido a su hijo, optaba por la inscripción sólo con su

filiación biológica, pero dejando constancia de que ello supone una situación de desigualdad en relación con los hermanos mayores del nacido, que sí están inscritos como hijos matrimoniales de la pareja.

Notificada la resolución dictada por el encargado del Registro Civil, se presentó recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el que las recurrentes alegaban que los dos hijos mayores de la pareja fueron inscritos en 2009 como matrimoniales y sin que en aquel momento se les exigiera presentar certificado acreditativo del uso de las técnicas de reproducción asistida; que el artículo 44.5 de la Ley del Registro Civil de 2011, en vigor desde 2015, prevé la inscripción de la filiación matrimonial cuando la madre está casada con otra mujer y ésta última consienta en que se determine a su favor la filiación, independientemente de que hayan hecho uso o no de las técnicas de reproducción asistida, dado que la noma no introduce esa limitación; que la intención del legislador tiene que ser que el artículo 44.5 resulte aplicable con carácter general para determinar la filiación de los hijos nacidos en el marco de un matrimonio formado por dos mujeres porque únicamente así tiene sentido que dicho artículo, introducido en 2015 al mismo tiempo que se reformaba el artículo 7.3 de la Ley 14/2006, reproduzca el contenido de éste último; que la interpretación restrictiva del Auto impugnado, introduciendo una limitación que la norma no menciona, atenta contra el interés superior del menor y lo coloca en una situación de desprotección en relación con sus hermanos mayores, que tienen nacionalidad española y doble vínculo materno, mientras que L. únicamente tiene reconocida la nacionalidad irlandesa y figura en un libro de familia distinto del que sólo es titular Dña. B. K., de manera que quien ejerce de hecho como su madre no lo es a efectos legales, lo que perjudica a la estabilidad de la familia; que aunque es cierto que nuestro ordenamiento jurídico parte del principio de veracidad biológica en materia de filiación, dicho principio no tiene carácter absoluto y ha evolucionado hacia un concepto más social y afectivo, debiendo prevalecer siempre el interés del menor, como han dejado establecido en diversos pronunciamientos el Tribunal Supremo y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; y, finalmente, que la interpretación de las normas debe realizarse, según el artículo 3 del Código Civil, atendiendo, entre otras cosas, al contexto y a la realidad social en que han de ser aplicadas y, en ese sentido, debe tenerse en cuenta la sucesión de normas aprobadas

desde que en 2005 se modificó el Código Civil para dar cabida a los matrimonios entre personas del mismo sexo, la Ley 14/2006, sobre técnicas de reproducción asistida, la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, que introdujo el apartado tercero en el artículo 7 de la anteriormente mencionada, permitiendo la determinación de la filiación matrimonial para las parejas formada por mujeres, la LO 3/2007, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres, que declara la ausencia de toda discriminación también en las cuestiones derivadas de la maternidad, las obligaciones familiares y el estado civil y, por último, la Ley 19/2015, que eliminó la necesidad de que el consentimiento de la cónyuge de la madre gestante para que se determine a su favor la filiación se manifestara antes del nacimiento y que introdujo el artículo 44 en la Ley del Registro Civil de 2011.

Del recurso de apelación planteado se le dio traslado al Ministerio Fiscal, que interesó su desestimación.

El encargado del Registro Civil se ratificó en su decisión y remitió el expediente a la DGRN para la resolución del recurso.

Por Resolución de 8 de febrero de 2017 la Dirección General de los Registros y del Notariado acordó, con estimación del recurso de apelación planteado contra el Auto de 22 de agosto de 2016, dictado por el encargado del Registro Civil, revocar el referido Auto, autorizando la inscripción de la filiación, como hijo matrimonial, a favor de la cónyuge de la madre biológica, sin necesidad de justificar el uso de técnicas de reproducción asistida.

III. LA UNIÓN MATRIMONIAL ENTRE DOS MUJERES Y LA INSCRIPCIÓN DE LA FILIACIÓN MATRIMONIAL DEL HIJO BIOLÓGICO DE UNA DE ELLAS A FAVOR DE LA OTRA. EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN LEGAL: REFERENCIA A LAS LEYES 13/2005, 3/2007 Y 19/2015

En España, la posibilidad de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo resultó incorporada a nuestra legislación por la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, adicionándose este supuesto en el segundo párrafo del artículo 44 que desde entonces declara lo siguiente: *"El hombre y la mujer tienen derecho a contraer ma-*

trimonio conforme a las disposiciones de este Código. El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo". La apuntada reforma resultó viable de manera esencial por el fundamento que suponían los nuevos principios instaurados por la CE 1978, entre los que merecen ser destacados los artículos 1, 10, y especialmente 14 y 9.

Sin perjuicio de defender la ineludible significación de la heterosexualidad como elemento intrínseco del vínculo conyugal –aunque no necesariamente de otras fórmulas de convivencia al margen de la derivada de la unión matrimonial- contra la ya consolidada previsión normativa (5), y siempre con pleno respeto a las diversas situacio-

(5) Ciertamente, los autores de la Ley 13/2005, de 1 de julio, parecen considerar que la reforma operada por la referida Ley mantiene incólume en su proyección objetiva la institución matrimonial. Y así lo corrobora el pasaje de la Exposición de Motivos de la reforma en el que se declara que "los efectos del matrimonio, que se mantienen en su integridad, respetando la configuración objetiva de la institución, serán únicos en todos los ámbitos con independencia del sexo de los contrayentes" (E. de M., apart. II, párr. 4.º). No obstante, la consideración de que el matrimonio se puede contraer entre personas de igual sexo sin alterar la configuración objetiva de la institución no se sostiene de aceptarse que con la nueva regulación que instaura la Ley 13/2005 no se está alterando el "contenido esencial" del derecho reconocido en el artículo 32 de la CE, a cuyo tenor, "el *hombre* y la *mujer* tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica". En este sentido, cfr. el ATC 222/1994, de 11 de julio, en el que se declara que "se debe admitir la plena constitucionalidad del principio heterosexual como calificador del vínculo matrimonial, tal como prevé nuestro Código Civil". Y, de conformidad con tal consideración, se contrapone "el matrimonio entre hombre y mujer" y "la unión entre personas del mismo sexo biológico", señalándose que "al igual que la convivencia fáctica entre una pareja heterosexual, la unión entre personas del mismo sexo biológico no es una institución jurídicamente regulada, ni existe un derecho constitucional a su establecimiento; todo lo contrario al matrimonio entre hombre y mujer, que es un derecho constitucional (art. 32.1) que genera *ope legis* una pluralidad de derechos y deberes (STC 184/1990)". Planteada en estos términos la comparación entre unión homosexual y matrimonio (con expresa mención al art. 32.1 CE), el TC parece entender que el artículo 32 de la Constitución se refiere de manera exclusiva y excluyente al matrimonio entre personas de diferente sexo. Por ello, es posible concluir que el derecho a contraer matrimonio que "el *hombre* y la *mujer*" tienen garantizado constitucionalmente en el artículo 32.1 CE, no puede ser atribuido por ley ordinaria (art. 32.2 CE) a personas del mismo sexo sin alterar "el

nes personales que pueden atenderse en este ámbito, ciertamente, en nuestro país, la apuntada discriminación jurídica padecida por las personas homosexuales se mantuvo prácticamente hasta la publicación de la CE en 1978, emergiendo sustancialmente en el ámbito del Derecho Civil, y muy significativamente en el contexto del Derecho de Familia, toda vez que la homosexualidad venía siendo considerada como una conducta socialmente peligrosa y ciertas manifestaciones de la misma delito de escándalo público, lo que determinaba que quienes con tal disposición sexual se manifestaban quedaran excluidos de determinadas relaciones familiares básicas, como la relación conyugal o la adopción (6).

En todo caso, la reivindicación del acceso de las parejas del mismo sexo al matrimonio no resulta especialmente cercana en el tiempo, remontándose al año 1988 la primera solicitud de celebración de matrimonio por pareja homosexual, que resultó rechazada por la DGRN, cuya decisión fue confirmada por el ATC 222/1994, de 11 de julio (7). Y habida cuenta de que durante toda esta etapa no concurría expediente jurídico alguno que permitiera la cobertura de las

contenido esencial" del derecho constitucionalmente protegido (art. 53.1 CE). Sin abundar más en esta disquisición, por no ser ésta la sede idónea para ello, conviene no dejar de reparar en la frontera natural que necesariamente emerge al aplicar la regulación de la institución matrimonial y algunos de sus aspectos consecuentes –específicamente la determinación de la filiación que de la misma se deriva– en los supuestos de matrimonio contraído entre personas del mismo sexo. La reflexión no resulta irrelevante en la cuestión objeto del presente comentario, toda vez que, por razones obvias, no podemos descuidar que la presunción prevista en el artículo 116 del Código Civil no resulta aplicable a la unión matrimonial entre mujeres, toda vez que el supuesto de hecho al que la misma se refiere únicamente puede verificarse en el caso de matrimonio heterosexual. Y de ahí que el legislador haya tenido que recurrir a sucesivas reformas que, no obstante, no han dejado resuelta la dificultad aplicativa.

(6) Cfr., por todos, ALVENTOSA DEL RÍO, J., *Discriminación por orientación sexual e identidad de género en el Derecho español*. Madrid, 2008. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

(7) Al respecto, *vid.* DE VERDA Y BEAMONDE, J. R., *Principio de libre desarrollo de la personalidad y ius connubii. (A propósito del ATC 222/1994)*, en "Revista de Derecho Privado", 1998, pp. 720 y ss.

uniones extramatrimoniales, fueran del sexo que fueran, los conflictos planteados en este ámbito necesariamente generaban controversia judicial, suscitándose las pretensiones más usuales en relación bien con el mismo reconocimiento de la pareja, o bien respecto de la resolución de enfrentamientos surgidos en su propio seno, de índole personal o económica, y también con precisa referencia a la obtención de concretas prestaciones sociales. Además, durante todo este período la doctrina jurisprudencial sobre los distintos aspectos suscitados por las parejas no matrimoniales del mismo sexo no se presentaba homogénea (8).

Fue precisamente a partir de la década de los años noventa del pasado siglo cuando arrancó en nuestro país un proceso reivindicativo a favor de la regularización jurídica de las parejas de hecho, siendo precisamente en el ámbito legislativo de las Comunidades Autónomas cuando, a partir del año 1998, se comenzó a legislar sobre las uniones de hecho, dotándolas de un régimen jurídico específico, si bien desigual, y en modo alguno homogéneo en todos los ámbitos autonómicos. Por lo que, persistente la reivindicación, el proceso culminó con la Ley 13/2005 en la que se admitió la posibilidad de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo, la cual resultó impugnada ante el TC por considerarse inconstitucional, resolviéndose el recurso planteado por la STC 198/2012, de 6 de noviembre, que declaró la plena constitucionalidad de la Ley 13/2005, de 1 de julio, concluyendo básicamente que la misma, en el ámbito del amplio margen permitido por el artículo 32 CE, desarrolla la institución matrimonial de conformidad con nuestra cultura jurídica, en donde se constata una amplia aceptación de esta posibilidad matrimonial, sin hacerla en absoluto irreconocible para la imagen que

(8) Cfr. PÉREZ CÁNOVAS, N., *La crisis del estado heterosexual: del derecho a la vida privada al derecho a la vida familiar de las parejas homosexuales*, en "Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada", año 2001), pp. 4, y 73-77.

de la institución se tiene en la sociedad española. En todo caso, una somera revisión de la Ley 13/2005 permite concluir que su contenido alcanzó al régimen jurídico relativo a la relación conyugal, en sus aspectos personales y patrimoniales, a las relaciones paterno-filiales y a la relación de filiación –aunque muy sucintamente en este caso–, resultando que los diversos preceptos modificados por la Ley 13/2005 presentan una proyección muy diversa, toda vez que mientras que la modificación de determinadas normas implicó un cambio sustancial en la regulación de ciertas instituciones, otros cambios no implicaron más que superficiales modificaciones en la terminología aplicada, permaneciendo intacto el fondo de su regulación, si bien ampliando su ámbito aplicativo a otros sujetos diferentes de los destinatarios originarios de las normas. En tal contexto, sin duda, la modificación más relevante es la –ya apuntada– operada en el mencionado artículo 44 del Código Civil, al que se adicionó el párrafo segundo, permitiendo la posibilidad del matrimonio entre personas del mismo sexo. El resto de preceptos reformados, y que se refieren tanto a los efectos personales (cfr. arts. 66 y 67 del CC) como a los efectos patrimoniales (cfr. arts. 1323, 1344, 1348, 1351, 1361, 1404 y 1458 del CC) del matrimonio, son meras adaptaciones terminológicas que en modo alguno alteran el contenido de su regulación, sustituyéndose únicamente las expresiones “marido y mujer” por el término genérico de “cónyuges” o “consortes” a los efectos de no diferenciar el sexo de las personas integrantes del matrimonio, como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 44 párrafo 2.º, del Código Civil. De esta manera se enfatiza la circunstancia de que el régimen jurídico derivado de la relación conyugal, tanto en sus efectos personales como patrimoniales, debe adaptarse a la reforma de fondo dispuesta por la norma, resultando de aplicación a cualquier cónyuge, con independencia de su condición sexual. Por tal razón, la Disposición Adicional Primera de la Ley 13/2005 dispuso lo que sigue: *“Las disposiciones legales y reglamentarias que contengan alguna referencia al matrimonio se entenderán aplicables con independencia del sexo de sus integrantes”*. Se trata de una fórmula general para consolidar en cualquier ámbito jurídico la equiparación del matrimonio de personas del mismo sexo al matrimonio entre personas de distinto sexo con el claro propósito de que les sean aplicables los mismos efectos jurídicos. Y, específicamente, en el ámbito de las relaciones paterno-filiales, la Ley 13/2005 modificó tres

preceptos, a saber, los artículos 154 (9), 160 (10) y 164, párrafo segundo, 2.º (11), del Código Civil. No obstante, la apuntada modi-

(9) El artículo 154 del Código Civil dispone lo siguiente *"Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores.*

La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental.

Esta función comprende los siguientes deberes y facultades:

1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.

2.º Representarlos y administrar sus bienes.

Si los hijos tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten.

Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad".

(10) Establece el artículo 160 del Código Civil que: *"1. Los hijos menores tienen derecho a relacionarse con sus progenitores aunque éstos no ejerzan la patria potestad, salvo que se disponga otra cosa por resolución judicial o por la Entidad Pública en los casos establecidos en el artículo 161. En caso de privación de libertad de los progenitores, y siempre que el interés superior del menor recomiende visitas a aquellos, la Administración deberá facilitar el traslado acompañado del menor al centro penitenciario, ya sea por un familiar designado por la administración competente o por un profesional que velarán por la preparación del menor a dicha visita. Asimismo la visita a un centro penitenciario se deberá realizar fuera de horario escolar y en un entorno adecuado para el menor.*

Los menores adoptados por otra persona, solo podrán relacionarse con su familia de origen en los términos previstos en el artículo 178.4.

2. No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados.

En caso de oposición, el Juez, a petición del menor, hermanos, abuelos, parientes o allegados, resolverá atendidas las circunstancias. Especialmente deberá asegurar que las medidas que se puedan fijar para favorecer las relaciones entre hermanos, y entre abuelos y nietos, no faculden la infracción de las resoluciones judiciales que restrinjan o suspendan las relaciones de los menores con alguno de sus progenitores".

(11) El artículo 164, párrafo segundo, 2.º, del Código Civil, en su mención relativa a los bienes exceptuados de la administración paterna, resulta del tenor siguiente: *"2.º Los adquiridos por sucesión en que uno o ambos de los que ejerzan la patria potestad hubieran sido justamente desheredados o no hubieran podido heredar por causa de indignidad, que serán administrados por la persona designada por el causante y, en su defecto y sucesivamente, por el otro progenitor o por un administrador judicial especialmente nombrado".*

ficación no alteró el contenido de los mismos, pues tan solo consistió en una mera variación terminológica por la que se reemplaza las expresiones "padres" o "padre y madre" –en todo caso, concepto jurídico– por la más genérica de "progenitores" – que es un concepto biológico-, a los efectos de acomodar, en su caso, el régimen normativo de la patria potestad –cuyo contenido, no obstante, no se altera– a las parejas de igual sexo.

En el descrito contexto, resulta que si bien la Ley 13/2005 vino a legitimar la unión matrimonial entre dos mujeres, al no resultar de posible aplicación la presunción del artículo 116 del Código Civil –toda vez que, como ya se ha anticipado, el supuesto fáctico del precepto únicamente concurre en el caso de matrimonio heterosexual, tal y como se apunta en la propia Exposición de Motivos de la Ley 13/2005-, resulta que la imposibilidad natural de que dos mujeres pudieran tener descendencia biológica limitaba la posibilidad de la determinación de una doble maternidad –o maternidad compartida– a la concurrencia de un reconocimiento de complacencia o al expediente de la adopción (12), ya fuera de ambas respecto de un hijo biológico de una tercera, ya fuera de una de ellas respecto del hijo biológico de la otra –como sucede en el supuesto comentado–.

La indicada limitación resultó eliminada por la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. Esta reforma introdujo un tercer apartado en el artículo 7 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida que, bajo la rúbrica "*Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida*" dispuso un precepto del tenor siguiente: "*Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, ésta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido*" (13). Posteriormente la referida norma resultó modificada

(12) Vid., por todos, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., *Problemas jurídicos derivados del consentimiento en las técnicas de reproducción asistida. El juez civil ante la investigación biomédica*, Cuadernos de Derecho Judicial, X-2004, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, p. 283.

(13) Efectivamente, en la Ley 3/2007, de 15 marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, Dis-

por la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la administración de Justicia y del Registro Civil, ya mencionada, quedando redactada en los términos siguientes, que constituían la redacción aplicable del precepto al tiempo del enjuiciamiento de los hechos objeto del presente comentario: *“Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, ésta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto del hijo nacido de su cónyuge”*. Obsérvese que la esencia de la reforma se localiza en permitir que el consentimiento de la cónyuge de la madre gestante –necesario para poder determinar a su favor la filiación– se pueda manifestar después de haberse producido el nacimiento del hijo, y no necesariamente antes, tal y como constaba en la regulación vigente hasta

posición Adicional primera, se adicionó un apartado 3 al art. 7 de la Ley 14/2006, en la que se establece que: *“Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido”*. En atención a lo expuesto, a juicio de señalada doctrina este precepto permite la atribución de la filiación del hijo nacido de una mujer por aplicación de dichas técnicas a su cónyuge, también mujer (vid. DÍAZ MARTÍNEZ, A. *La doble maternidad legal derivada de la utilización de técnicas de reproducción asistida*, en “Revista de Derecho Privado y Constitución”, 2007. 21, pp. 75-129). La apuntada posibilidad determinó posturas encontradas en la doctrina científica, pues mientras unos consideran que se trata de un precepto que aporta una solución a los problemas que planteaba la filiación derivada de la aplicación de las TRHA en el ámbito de las parejas de mujeres casadas, otros consideran que resulta vulnerado el principio de verdad biológica (Cfr., DE LA IGLESIA MONJE, M. I. *Novedades en torno a la filiación, el consentimiento y la reproducción asistida en el matrimonio de parejas homosexuales femeninas*, en “Libro Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias”, Cizur Menor, 2008, Civitas. Pp. 471 ss.; NANCLARES VALLE, J., *Reproducción asistida y doble maternidad por naturaleza*, en “Actualidad Civil” , 2008. 7-8, pp. 15 ss.; y GONZALES PÉREZ DE CASTRO, M., *La verdad biológica en la determinación de la filiación*, Madrid, 2013, Ed. Dykinson, pp. 295, para quien este precepto está tachado de inconstitucionalidad por contravenir los arts. 9.3, 10.1, 14 y 39 CE, habida cuenta de que afecta al principio de la verdad biológica, la dignidad del que va a nacer y discrimina al hijo al atribuirle una filiación imposible en términos biológicos; al mismo tiempo pone de relieve las muchas cuestiones no resueltas que se derivan de la redacción del precepto, *ob.cit.*, pp. 298-305).

el momento de la modificación operada por la Ley 19/2015 (14). No obstante lo cual, el primero de los apartados del referido artículo 7 de la Ley 14/2006, persiste en declarar que: "*La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las leyes civiles, a salvo de las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos (15)*" (el subrayado es mío).

(14) Como es de apreciar, en el caso de matrimonio entre dos mujeres se exige el consentimiento de la mujer no gestante ante el Encargado del Registro Civil, pero no se hace ninguna referencia al consentimiento para la utilización de las técnicas de reproducción asistida (aunque señala la doctrina que en la práctica registral sí se requiere que la madre no gestante haya prestado su consentimiento en el centro médico donde se vaya a realizar tal práctica; en este sentido, cfr., TOMÁS MARTÍNEZ, G., *El consentimiento en relación con la doble filiación materna matrimonial y la práctica del Registro Civil*, en "Actualidad Civil", 2010. pp. 748 ss., indicando, además, que el consentimiento ante el Encargado del Registro civil plantea diversas cuestiones no resueltas, tales como la competencia del Juez, domicilio del Registro, valor del consentimiento ante el centro médico, consentimiento prestado con posterioridad al nacimiento, entre otras; diversamente, GONZALES PÉREZ DE CASTRO, M., *La verdad biológica en la determinación de la filiación*, cit., 301, considera que tal consentimiento carece de importancia puesto que al no existir la preceptiva declaración ante el Encargado del Registro Civil no se determina la filiación). Es de destacar que en caso de matrimonio heterosexual únicamente se exige el consentimiento para la utilización de dichas técnicas, y ningún otro requisito formal. Por lo que parece que existe una mayor exigencia formal para las parejas formadas por dos mujeres que para las parejas heterosexuales. Al respecto, considera la doctrina que el motivo de tal diferenciación se localiza en que el consentimiento que presta el marido cumple la función de evitar la aplicación de las presunciones de paternidad, impidiendo que pueda impugnar a posteriori dicha paternidad (cfr. CALLEJO RODRÍGUEZ, C., *La llamada doble maternidad por 'naturaleza': la prevalencia de la voluntad de ser progenitora*, en Diario La Ley, 2014, núm. 8240, p. 3; DÍAZ MARTÍNEZ, A., *La doble maternidad legal derivada de la utilización de técnicas de reproducción asistida*, cit., p. 81, quien estima que actualmente quizá habría de revisarse el alcance de la presunción de paternidad del artículo 116 del Código Civil; y TOMÁS MARTÍNEZ, G., *El consentimiento en relación con la doble filiación materna matrimonial y la práctica del Registro Civil*, cit., p. 753).

(15) Los artículos 8, 9 y 10 de la Ley 14/2006 no resultan de aplicación al supuesto ahora considerado, toda vez que se refieren, respectivamente, a la determinación legal de la filiación en supuesto de inseminación heteróloga consentida por la progenitora y su esposo (art. 8), a la determinación legal de la filiación en el caso de premoriencia del marido presupuesta la

IV. EL PRINCIPIO DE LA EQUIPARACIÓN DE EFECTOS ENTRE EL MATRIMONIO HETEROSEXUAL Y EL MATRIMONIO HOMOSEXUAL. DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. LA INEXISTENCIA DE DISCRIMINACIÓN

En el supuesto de hecho considerado las interesadas, que contrajeron matrimonio el 14 de agosto de 2007 y ya eran previamente madres de dos hijos nacidos el 20 de marzo de 2009, pretenden que en la inscripción de nacimiento de otro hijo biológico de una de ellas, nacido el 30 de julio de 2016, se haga constar asimismo su filiación respecto de la cónyuge no gestante, y que a ello se acceda sin necesidad de aportar justificación de que el nacimiento se produjo como consecuencia de la utilización de técnicas de reproducción asistida, alegando que el apartado 5 del artículo 44 de la Ley de Registro Civil de 2011, en vigor desde octubre de 2015, no lo exige (16). Y esta previsión aisladamente considerada podría ser entendida en el sentido de que para inscribir la filiación matrimonial del hijo respecto de la cónyuge de la gestante tan sólo es preciso que concorra el consentimiento de ésta última. No obstante, el encargado del Registro Civil rechazó la pretensión por entender –a mi juicio atinadamente– que sí es imprescindible probar que la gestación se ha producido mediante técnicas de reproducción asistida y que no es aplicable la

inseminación homóloga (art. 9) y a la determinación de la filiación en el supuesto de gestación por sustitución, cuyo convenio se dispone que será en todo caso nulo de pleno derecho, declarándose, en consecuencia, a salvo *“la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”* –importante precisión, también a los efectos de este comentario, toda vez que supone la confirmación legislativa de la prevalencia de la verdad biológica que, a su vez, debe presuponerse en *interés del menor* y no exclusivamente del progenitor reclamante– (art. 10).

(16) Conviene tener presente a tal efecto que el artículo 44.5 de la Ley 2072011, de Registro Civil, según redacción dada por la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, Ley declara que: *“También constará como filiación matrimonial cuando la madre estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer y esta última manifestara que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge”*.

presunción de filiación matrimonial del artículo 116 del Código Civil porque el supuesto de hecho en este caso –obviamente– es diverso.

Como se ha indicado, la posibilidad de reconocimiento de una doble maternidad, inicialmente limitada a la vía de la adopción, fue introducida por la Ley 3/2007, que reformó el artículo 7 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida reconociendo, mediante una ficción legal, consistente en que en el caso de matrimonio preexistente entre dos mujeres podría determinarse la filiación del nacido mediante técnicas de reproducción asistida a favor de la cónyuge no gestante siempre que ésta hubiera manifestado previamente su consentimiento al respecto ante el encargado del Registro Civil del domicilio conyugal.

En definitiva, el artículo 7.3 de la Ley 14/2006 parece haber incorporado en este ámbito un nuevo supuesto de determinación de la filiación matrimonial, diverso de la presunción del artículo 116 del Código Civil, si bien condicionado al cumplimiento de determinados requisitos. Y posteriormente la reforma operada por la Ley 19/2015, de 13 de julio, introdujo también una modificación en el apartado tercero del artículo 7 de la Ley 14/2006 en relación con la forma en que debe prestarse este consentimiento, de manera que ya no es preciso expresarlo antes del nacimiento. Pero no cabe descuidar que el artículo 7 de la Ley 14/2006, mantiene subsistente en el ámbito de *"...la filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida..."* que la misma *"... se regulará por las leyes civiles..."*, y que precisamente son esas mismas leyes civiles las que posibilitan la averiguación de la realidad biológica –a través de las acciones de reclamación e impugnación de la paternidad- a fin de hacerla coincidente con la legal.

Desde la anterior perspectiva, de no acreditarse que la gestación ha tenido lugar mediante el uso de técnicas de reproducción asistida [con lo que se mantiene el principio del anonimato del donante –art. 5 de la Ley 14/2007-, sin que en ningún caso su identificación implique la determinación legal de la filiación –art. 8.3 de la Ley 14/2006– (17)], siempre va a quedar a salvo la posibilidad de que

(17) La investigación de la paternidad, recogida inmediatamente después de la obligación de protección integral de los hijos, y al servicio del principio de no discriminación por razón del nacimiento se consagra en el artículo 39.2 CE y se declara asimismo en el artículo 767.2 de la

un tercero pueda interesar de los tribunales el reconocimiento de su paternidad biológica con las consecuencias que de ello pudieran derivarse, singularmente incidentes en la situación del menor –y su propia estabilidad– cuyo interés es, en todo caso, principio de consideración prevalente (18).

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Ciertamente, la recepción constitucional de la obligación legislativa de “posibilitar” la investigación de la paternidad supuso la supresión de una tradicional consideración histórica en defensa del varón frente a la obligación de asumir la propia responsabilidad que le incumbe como progenitor, que constaba juridificada por los Códigos civiles decimonónicos que habían asumido el principio del Code de Napoleón como prohibición de dicha investigación. En sentido contrario, favorable a la investigación de la paternidad, se mostraba el Derecho histórico castellano, de cuya tradición se apartó el Proyecto de 1851 para asumir el planteamiento contrario por influencia del Code, pero nuestro Derecho recuperó en este punto su tradición histórica, a último consagrada constitucionalmente, aunque con dos excepciones. La primera de ellas afectaba a la adopción y resultó eliminada por la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional en su artículo 12 (bajo la rúbrica “*Derecho a conocer los orígenes biológicos*”) que la hizo extensiva a la nacional al adicionar su D. F. Cuatro un nuevo número al artículo 180 del Código Civil, del tenor siguiente: “5.º *Las personas adoptadas, alcanzada la mayoría de edad o durante su minoría de edad representadas por sus padres, tendrán derecho a conocer los datos sobre sus orígenes biológicos. Las Entidades Públicas españolas de protección de menores, previa notificación a las personas afectadas, prestarán a través de sus servicios especializados el asesoramiento y la ayuda que precisen los solicitantes para hacer efectivo este derecho*”. La segunda, subsistente en la actualidad, es la que establece la norma reguladora de las técnicas de reproducción asistida humana, que preserva el anonimato del donante (art. 5 de la Ley 14/2006, cuya revelación en ningún caso podrá suponer determinación legal de la filiación –art. 8.3 de la misma Ley–).

(18) Se plantea en este punto la cuestión de quién va a poder impugnar, a lo que debe señalarse que, en principio, el propio varón que aportó su material genético, mediante el ejercicio de la acción de reclamación de la paternidad, toda vez que, de conformidad con la previsión contenida en el artículo 134 del CC, podrá impugnar en todo caso una filiación contradictoria. Sin que pueda hacerlo la esposa de la gestante que va asumir la maternidad legal ex artículo 44.5 de la Ley 20/2011, si bien esta es una cuestión que la Resolución de la DGRN de 7 de febrero de 2017, aunque instauradora de una nueva fórmula de determinación de la maternidad con fundamento en el artículo 44.5 de la Ley del Registro Civil, deja sin resolver. Ni tampoco la propia gestante, toda vez que con tal actuación iría contra

Por otra parte, se manifiesta en el recurso que esta diferencia de tratamiento en relación con el matrimonio heterosexual –esto es, la no aplicación de la presunción de filiación matrimonial del artículo 116 del Código Civil– parece contravenir lo dispuesto en su artículo 44 que, en su apartado segundo tantas veces mencionado, declara que *“el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”*.

Conviene reparar en que, no obstante lo indicado, según doctrina consolidada del Tribunal Constitucional (19), la existencia de dife-

sus propios actos, ni siquiera en el supuesto de enfrentamiento derivado contra su pareja (por causa de una separación o de un divorcio posterior), del mismo modo que en la adopción ya constituida la madre biológica no puede revocar el consentimiento prestado, a no ser que no hubiera asentido en la maternidad legal de su consorte en cuyo caso debería entenderse que la gestante tiene expedita la impugnación a no ser que la misma implique abuso de derecho o mala fe (art. 7 del CC).

(19) Cfr. SSTC de 20 de mayo de 2002 y 27 de octubre de 2005. Así, con precisa referencia al supuesto que la misma enjuicia la STC 123/2002, de 20 de mayo (BOE n.º 146, de 19 de junio de 2002) declara lo siguiente: “Tampoco pueden prosperar las pretensiones de vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad en la aplicación de la ley (art. 14.1 CE) en relación con la interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE) y a la legalidad penal (art. 25.1 CE), realizada por los órganos judiciales con fundamento en las cuales se cuestiona la interpretación y aplicación del delito de estafa en lo relativo al elemento del perjuicio económico. (...) La pretensión de vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, por apartamiento inmotivado de la jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, ha de desestimarse, pues es doctrina reiterada de este Tribunal que el presupuesto de la vulneración aducida exige que exista identidad del órgano judicial que emite las resoluciones cuyo apartamiento jurisprudencial inmotivado se alega (SSTC 168/1989, de 16 de octubre, FJ 3; 134/1991, de 17 de junio, FFJJ 2, 3, 4; 104/1996, de 11 de junio, FJ 2; y 122/2001, de 4 de junio, FJ 4). Pues bien, no se da dicha identidad ya que las Sentencias impugnadas se dictaron por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Córdoba y la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de la misma ciudad respectivamente, alegándose para el contraste la jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo” (F.Jco 8.º). Y en la STC 273/2005, de 27 de octubre (BOE núm. 285, de 29 de noviembre de 2005) se manifiesta: “... El art. 14 CE, al proclamar el principio general de que “los españoles son iguales ante la ley”, establece un derecho subjetivo a obtener un trato igual, e impone a los poderes públicos la obligación de llevar a cabo ese trato igual, al mismo tiempo que limita al poder legislativo y a los poderes de los órganos encargados de la aplicación de las normas jurídicas (STC 49/1982, de 14 de

rentes regímenes jurídicos no es contraria al derecho fundamental a la igualdad cuando los supuestos de hecho a los que se aplican son diferentes, estando objetivamente justificada la diferencia de trato jurídico.

Para que consolide la pretendida injusticia de la desigualdad de trato –de ambos tipos de matrimonio, el de dos mujeres y el heterosexual– sería preciso que nos halláramos ante situaciones iguales. Y es que el artículo 116 del Código Civil no constituye por sí una

julio, FJ 2). Ahora bien, como tenemos declarado desde la STC 22/1981, de 2 de julio, recogiendo al respecto la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el art. 14 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH), el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el art. 14 CE, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, careciendo de una justificación objetiva y razonable para ello. Por tanto, como regla general, lo que exige el principio de igualdad es que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, por consiguiente, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable. De este modo, lo que prohíbe el principio de igualdad son las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados. Por lo demás, también es necesario, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos. En resumen, el principio de igualdad, no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad desde una óptica constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida [por todas, SSTC 152/2003, de 17 de julio, FJ 5 c); 255/2004, de 22 de diciembre, FJ 4; y 10/2005, de 20 de enero, FJ 5]. Así pues, el presupuesto esencial para proceder a un enjuiciamiento desde la perspectiva del art. 14 CE es que las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, equiparables (STC 76/1986, de 9 de junio, FJ 3), y ello entraña la necesidad de que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso (STC 148/1986, de 25 de noviembre, FJ 6). Dicho de otro modo, el juicio de igualdad ha de constatarse siempre mediante un criterio de carácter relacional que, cuando se proyecta sobre el legislador, requiere la comprobación de que la norma de que se trate atribuye consecuencias

fuelle de la filiación sino que regula un procedimiento de determinación legal de la filiación matrimonial habida por medio de un origen concreto que es el natural. Ciertamente, en el supuesto de las parejas "*more uxorio*" de diverso sexo la analogía (art. 4.1 del CC) resulta más que palmaria, toda vez que concurre la misma razón de Derecho para que se extienda la referida presunción de paternidad marital –si bien con cierto detrimento de la seguridad jurídica- a los hijos de la pareja del varón incluso aunque ambos no se encuentren unidos por vínculo matrimonial, si al menos concurre acreditación

jurídicas diversificadoras a grupos o categorías de personas creadas o determinadas por él mismo (STC 181/2000, de 29 de junio, FJ 10), y de que las situaciones subjetivas que quieran compararse sean efectivamente homogéneas o equiparables (STC 200/2001, de 4 de octubre, FJ 5). Sólo entonces puede decirse que la acción selectiva del autor de la norma resulta susceptible de control constitucional dirigido a fiscalizar si la introducción de "factores diferenciales" (STC 42/1986, de 10 de abril, FJ 5) o de "elementos de diferenciación" (STC 162/1985, de 29 de noviembre, FJ 2) resulta o no debidamente fundamentada" (F.Jco 3.º), lo que conlleva a expresar que "aplicando la doctrina expuesta al supuesto sometido a nuestro examen, podemos concluir que los términos de comparación ofrecidos por el órgano judicial promotor de la cuestión de inconstitucionalidad no resultan adecuados, ya que las situaciones que éste considera iguales no guardan la imprescindible homogeneidad ni son, por tanto, susceptibles de ser comparadas jurídicamente a los efectos constitucionales aquí relevantes, de modo que la diferenciación normativa establecida por el Código civil en este punto presenta una justificación que puede ser considerada suficiente, objetiva y razonable, que radica en los distintos regímenes de determinación de la filiación. En efecto, como acertadamente afirma el Abogado del Estado, el art. 133 CC no contempla un régimen sustantivo que establezca un diferente trato para la filiación no matrimonial respecto de la matrimonial, que es lo que, en definitiva, proscribe la Constitución al disponer en su art. 39 que los poderes públicos aseguran "la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación" (apartado 2) y que "los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio" (apartado 3), previsiones que, como se dijo en la STC 184/1990, de 15 de noviembre, FJ 2, obedecen, precisamente, y entre otros motivos, al hecho de que su filiación y su condición de habidos dentro o fuera del matrimonio es el resultado de circunstancias ajenas a los mismos. Esto es, lo que hace el Código civil es establecer un sistema para la determinación, prueba, reclamación e impugnación de la filiación que se articula en función del carácter matrimonial o no matrimonial de la filiación y que, en el supuesto concreto que se nos plantea, se traduce

documental del "*dies a quo*" de la constitución de la pareja (mediante, por ejemplo, un documento público o la inscripción en el registro de parejas de hecho) y no se pruebe la conclusión de la relación con su correlativo cese de la convivencia, pues la presunción quedaría fundada en la cohabitabilidad de ambos durante el tiempo de la concepción del hijo. En el supuesto de parejas de hombres, vinculadas matrimonialmente o no, resulta obvio la inexistencia de analogía alguna con las parejas de distinto sexo, pues la generación natural no es posible por lo que nunca se podrán presumir hijos por naturaleza del marido los que genere un varón, de manera que el artículo 116 del Código Civil no tiene aplicación extensiva a los matrimonios o parejas formados por dos varones. Sin duda, la situación que plantean las parejas de mujeres, casadas o no, resulta más complicada pues, como ya se apuntó al principio de este trabajo, es posible la aportación del óvulo por la pareja, el semen de un donante y la gestación por la esposa de la gestante. Pero no es de recibo presumir que el hijo de una mujer casada con otra procede de un óvulo de ésta y de esperma anónimo, ya que lo único presumible es que procede o bien de una relación natural de la gestante con un varón o bien de la mediación de técnicas de reproducción asistida en la que se usa un óvulo de la gestante, pues de afirmarse que el óvulo es aportado por una donante o por la esposa dicho extremo necesaria-

en un diferente régimen para la reclamación de la filiación, cuando falte la posesión de estado, según sea aquella matrimonial o no matrimonial, pues aunque esta diferencia no puede tener consecuencias sobre sus efectos, por determinación constitucional, sí cabe otorgarle relevancia en relación con la forma de determinar la filiación, que es un aspecto previo, y que puede regirse por criterios distintos. Las diferentes circunstancias concurrentes en los dos supuestos ya se ponían de relieve en la exposición de motivos que acompañaba al proyecto de Ley de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio (que cristalizó en la Ley 11/1981, de 13 de mayo), en la que, en relación con la cuestión que nos ocupa, se exponía que "para determinar la filiación no puede ignorarse que el matrimonio confiere, en principio, certeza a la paternidad, y que esta idea debe influir en el mismo régimen de las acciones, haciendo más fácil la reclamación de una filiación matrimonial y más difícil su impugnación. Continúa, pues, teniendo el matrimonio importancia primordial en el terreno de la creación del vínculo, con lo que persiste su significado de fundamento de la familia, institución ésta a la que los poderes públicos deben protección jurídica" (F.Jco 4.º).

mente deberá ser acreditado. En definitiva, el hijo de una mujer no tiene por qué haberse generado con aportación de material genético de su esposa –por lo que tampoco puede presumirse tal circunstancia–, a menos que se pruebe la técnica de reproducción asistida utilizada que lo confirme, para lo cual bastaría la aportación de una prueba genética o bien del informe de la clínica que haya aplicado la concreta técnica de reproducción asistida (20). Esto es, en suma, lo que se interesó por el Encargado del Registro Civil de Denia que fuera acreditado. Pero es que, además, en nuestro Derecho el legislador ha optado por que la genética por sí misma no determine derecho alguno a favor de la mujer que aporta el óvulo siendo esposa o compañera de la gestante en el supuesto de que se haya aplicado una técnica de reproducción asistida para atribuirle la condición de madre legal, y ello a pesar del dato biológico que actúa su favor (21)

(20) En este sentido, llama poderosamente la atención la circunstancia de que las cónyuges del supuesto que nos ocupa, si bien interesan el reconocimiento de la doble maternidad legal de ambas con fundamento en la –infundada– aplicación analógica del artículo 116 del CC, contradictoriamente optan por eludir cualquier justificación de utilización de técnicas de reproducción asistida que pudiera acreditar la aportación de óvulo por parte de la pretendida madre, extremo en el que incuestionablemente sí que podría fundarse la consideración del precepto cuya aplicación analógica reclaman pues en tal caso nos encontraríamos ante una gestación por naturaleza en la que ambas tendrían que ser consideradas madres biológicas por serlo. Pero puesto que en nuestro ordenamiento no es la genética sino la gestación el factor atributivo de la condición de madre, en todo caso la pretendida madre siempre tendrá que cumplir con el consentimiento del artículo 7.3 de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida Humana –o con del art. 44.5 de la LRC–, o en su caso recurrir al expediente de la adopción o bien a la acreditación de la posesión de estado vinculada siempre a la consideración del *interés superior del menor*.

(21) Por que, en efecto, el artículo 108 del CC dispone que la filiación tiene lugar por naturaleza, consideración desde la cual es posible afirmar que tan *natural* es la intervención de la madre genética como la de la gestante.

y que no es tenido en cuenta por el legislador (22). De manera que no siendo el factor genético, sino el de la gestación, el criterio atributivo de la maternidad en nuestro Derecho, la pretendiente a ser madre necesariamente deberá acudir al consentimiento previsto en el artículo 7.3 de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida Humana o al del artículo 44.5 de la Ley 20/2011, del Registro Civil –en todo caso, impugnabile– o, en defecto de ambos, al expediente de la adopción, o a la posesión de estado en vinculación con el principio del interés superior del menor, a los efectos de alcanzar su objetivo. Y ello incluso en el supuesto de que sólo se encuentre legalmente determinada la filiación respecto de la gestante y no concurra varón alguno determinado como progenitor ni siquiera como donante anónimo respecto del cual la revelación de su identidad en ningún caso implicaría la determinación legal de su paternidad (art. 8.3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo).

Resulta evidente que al supuesto ahora considerado no le es aplicable la presunción de filiación matrimonial del artículo 116 del Código Civil, toda vez que el supuesto de hecho en este caso es diverso por partir la presunción de matrimonialidad de la premisa de una gestación natural –biológicamente– entre un hombre y una mujer, de ahí que en la dinámica de aplicación de la presunción entren en juego determinados plazos que el legislador ha considerado en el ámbito de una gestación natural, circunstancia imposible en el supuesto de matrimonio entre dos mujeres por lo que en éste último caso sí es imprescindible probar –y, por consiguiente, resulta justificado exigir por parte del encargado del Registro Civil– que la gestación se ha producido mediante técnicas de reproducción asistida a los efectos de excluir una eventual reclamación/impugnación de la filiación determinada por parte de un varón que defienda ser progenitor del nacido.

(22) A este respecto resulta curioso, por lo paradójico de la situación, que las dos mujeres del supuesto comentado, reivindiquen por una parte el reconocimiento de la doble maternidad legal de ambas al considerar aplicable el artículo 116 del CC por analogía y, por otra parte, opten por eludir la acreditación de la técnica de reproducción asistida que incluiría la posible aportación de óvulo por la consorte, pues en estos datos sí que podría fundarse la pretensión de una interpretación analógica.

Por consiguiente, contrariamente a lo manifestado en el recurso de apelación contra el Auto del encargado del Registro Civil, no cabe concluir que en el caso ahora comentado exista discriminación alguna de tratamiento.

V. REQUISITOS LEGALES PARA LA DETERMINACIÓN DE LA DOBLE MATERNIDAD LEGAL EN EL SENO DE UNA UNIÓN MATRIMONIAL. LA NECESIDAD DE ACREDITACIÓN DE QUE LA GESTACIÓN ES CONSECUENCIA DEL EMPLEO DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA COMO REQUISITO PARA LA DETERMINACIÓN DE LA DOBLE MATERNIDAD LEGAL Y LA OMISIÓN DE DICHA JUSTIFICACIÓN EN EL ARTÍCULO 44.5 DE LA LEY 20/2011, DEL REGISTRO CIVIL, COMO REQUISITO PARA LA INSCRIPCIÓN DE LA DOBLE MATERNIDAD LEGAL

Como se ha indicado el artículo 7 apartado 3 de la Ley 14/2006 introdujo en nuestro Derecho un nuevo título de determinación de la filiación matrimonial, diverso de la presunción de paternidad del artículo 116 del Código Civil y de la sentencia por la que se concluye un proceso en materia de filiación, posibilitando legalmente mediante una ficción la *generación* en el seno de los matrimonios entre personas del mismo sexo que lo sean mujeres mediante el empleo de las técnicas de reproducción asistida pero, obviamente, sin implantar una nueva categoría de filiación fuera de las ya existentes al margen de las cuales no es posible suponer diversa tipología (23). En consecuencia, siendo este precepto el único que desde la reforma operada por la Ley 3/2007 permite una doble maternidad legal

(23) Conviene significar que en el ámbito de las categorías de filiación que menciona el artículo 108 del Código Civil al declarar que "*la filiación puede tener lugar por naturaleza o por adopción*", el supuesto generado por el uso de técnicas de reproducción asistida es un caso de filiación por naturaleza y, obviamente, no una tercera categoría de filiación que, además, no resulta expresada por el precepto.

(24), para que la filiación resulte determinada deberá acreditarse que concurren los presupuestos del mismo, en definitiva, y como es deducible, que la gestación es consecuencia del empleo de técnicas de reproducción asistida. Llegados a este punto, ciertamente, sería posible plantear diversas soluciones *de lege ferenda*, incluso se podría afirmar que sería deseable o conveniente, pero lo cierto es que la norma vigente impide una interpretación distinta.

Y lo precedentemente expuesto conecta con el argumento legal que de manera esencial se contiene en el recurso, atinente a que el artículo 44.5 de la Ley 20/2011, de Registro Civil, permite la inscripción de la filiación matrimonial del hijo con independencia de que se haya hecho uso o no de las técnicas de reproducción asistida, toda vez que la norma no plantea esta restricción.

A pesar de lo manifestado por la apelante, este fundamento contenido en el recurso no resulta de recibo, toda vez que supone interpretar aisladamente el precepto antedicho que, por otra parte y de conformidad con la propia naturaleza –no sustantiva– de la Ley de Registro Civil, regula la *inscripción* del nacimiento y de la filiación y no la *determinación* de la filiación. El artículo 44.5 de la Ley 20/2011 demanda una interpretación sistemática (cfr. art. 3.1 del CC). Es por lo que no cabe obviar el contenido de la previsión establecida en el arábigo previo del mismo precepto, artículo 44.4, a cuyo tenor: "*La filiación se determinará, a los efectos de la inscripción de nacimiento, de conformidad con lo establecido en las leyes civiles y en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*".

La *inscripción* de nacimiento no es más que un efecto legal –registral– de la previa *determinación* de la filiación que deberá verificarse de conformidad con las previsiones –ya conocidas– de nuestro Código Civil, además de la previsión posterior que adiciona la Ley 14/2006 que, tal y como quedó apuntado, dispone el establecimiento en su ámbito, como principio general, del anonimato del donante –art. 5– sin que su identificación implique en ningún caso determinación legal de la filiación –art. 8.3– filiación que, únicamente por este procedimiento –es decir, como la que se ha conseguido

(24) Y de manera exclusiva y excluyente para el supuesto de unión matrimonial entre dos mujeres, pues el supuesto de que la gestación se verifique e el seno de una unión de hecho no resulta previsto por la norma.

mediante el uso de técnicas de reproducción asistida– acreditada posibilitará que la misma pueda determinarse a favor de la cónyuge de la gestante.

En definitiva, cabe concluir que la Ley del Registro Civil no regula la *determinación* de la filiación (25) sino que en este aspecto se remite a lo ya establecido en el Código Civil y en la Ley 14/2006, siendo precisamente ésta última la que resulta de aplicación toda vez que es la única norma que prevé la doble maternidad con fundamento en una gestación mediante el empleo de las técnicas reguladas precisamente en la misma. De tal manera que el artículo 44.5 de la Ley 20/2011, no hace sino regular el reflejo registral de la filiación, su *inscripción*, que resulta determinada de conformidad con lo previsto en el artículo 7.3 de la Ley 14/2006 –preceptos ambos que, como ya se apuntó, deben su redacción actual a la Ley 19/2015–. Si se acogiera la interpretación que pretende la recurrente se estaría dejando absolutamente sin contenido el segundo de los preceptos mencionados que devendría por tal circunstancia en una norma de suyo innecesaria, al atribuirse preferencia a una norma adjetiva sobre la sustantiva y distorsionando, además, el ámbito natural propio de cada una de ellas.

VI. EL PRINCIPIO DEL FAVOR FILII Y LA EXIGENCIA DE LA ACREDITACIÓN DEL USO DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN LA DETERMINACIÓN DE LA DOBLE MATERNIDAD LEGAL COMO INSTRUMENTO QUE GARANTIZA LA SEGURIDAD JURÍDICA

Todavía concurre un argumento más, de singular relevancia, que no es posible descuidar en la consideración del supuesto cuyo comentario nos ocupa. Me refiero al "*favor filii*", que se erige en uno de los principios rectores de la filiación (cfr. art. 2 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor), que supone la primacía del interés del menor sobre cualquier otro interés legítimo

(25) Por lo que no cabe admitir la interpretación de su artículo 44 en el sentido que pretende la recurrente.

imponiendo el establecimiento de un marco que le asegure seguridad jurídica (26).

Ciertamente, el *interés del menor* aparece hoy arraigado como criterio rector del Derecho de Familia. Se desprende con meridiana claridad del artículo 39.4 de la Constitución y diversos preceptos del Código Civil, acordes con el texto constitucional, lo mencionan (cfr. arts. 92, párr. 2.º, 156, párr. 5.º, 159, 161, 170, párr. 2.º y 216, entre otros) (27). También se declara el "interés superior del niño" en numerosos textos internacionales, como la Declaración de los Derechos del Niño de 1995 (principios 2 y 7.2.º), la Convención de los Derechos del Niño, aprobada por las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España el 30 de noviembre de 1990 (arts. 3.1 y 9.3), o la Resolución del Parlamento Europeo sobre una Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada por dicho Órgano en Resolución A 3-0172/1992, de 8 de julio (punto 8.14). La conclusión inmediata que se deriva de cuanto antecede es que, en todo caso, la decisión de cualquier cuestión familiar suscitada en el marco de las relaciones de patria potestad –y, por extensión, todo conflicto o situación en que intervengan menores o de un modo u otro les afecte– debe valorar el beneficio del menor como interés prevalente. Desde tal consideración los Tribunales han venido subrayando, con matices diversos, el esencial principio del "*favor filii*" como imprescindible criterio inspirador en la adopción de cualquier medida referente a los derechos de los hijos sometidos a la potestad paterna.

(26) Cfr. CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C., *La privación de la patria potestad. Criterios legales, doctrinales y judiciales*, Madrid, 2010, 2.ª ed., La Ley, grupo Wolters Kluwer, pp. 25 y ss.

(27) Conviene anticipar que el núcleo de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, se localiza en "el *interés superior* de los menores". Desde tal perspectiva, "además de establecerse como principio general ..., toda actuación habrá de tener fundamentalmente en cuenta el *interés del menor*" (E. de M.). Tal criterio aparece plasmado en el artículo 2.1 de dicha Ley, a cuyo tenor: "*En la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir*"; y se reitera como directriz en la actuación de los poderes públicos (art. 11.2.a) de la LO 1/1996 y art. 172.4 del CC, según nueva redacción de la D.F 5ª).

Constatado el principio general del "*favor minoris*", cabría preguntarse por el fundamento de la creciente relevancia conferida a la persona del menor, motivadora de la insistente búsqueda de su interés preferente por parte del legislador. Sin duda, como apunté, la actual revalorización de la infancia emerge como reflejo de la general potenciación de los valores individuales de la persona, entendida como trasunto del reconocimiento de su propia dignidad que, respecto de los menores, presenta una peculiaridad determinada por el hecho de integrar la personalidad individual en una de las fases más esenciales de su desarrollo. En esta línea de principio se manifiesta la L.O 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, al declarar en su Exposición de Motivos lo siguiente: "*El ordenamiento jurídico, y esta Ley en particular, va reflejando progresivamente una concepción de las personas menores de edad como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social; de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás. El conocimiento científico actual nos permite concluir que no existe una diferencia tajante entre las necesidades de protección y las necesidades relacionadas con la autonomía del sujeto, sino que la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos. De esta manera podrán ir construyendo progresivamente una percepción de control acerca de su situación personal y de su proyección de futuro. Este es el punto crítico de todos los sistemas de protección a la infancia en la actualidad. Y, por tanto, es el reto para todos los ordenamientos jurídicos y los dispositivos de promoción y protección de las personas menores de edad. Esta es la concepción del sujeto sobre la que descansa la presente Ley: las necesidades de los menores como eje de sus derechos y de su protección*" (el subrayado es mío).

Efecto inmediato de que el básico principio informador de la patria potestad -como de todas aquellas situaciones afectantes a un menor- no es otro que el beneficio de los hijos es la peculiar naturaleza de orden público que, con esencial fundamento en el artículo 53.2 y 3 de la CE, revisten las normas sobre esta materia, cuyo contenido no puede ser objeto de pactos privados dirigidos a modificarlas, con la consiguiente imposibilidad para los padres de renunciar a la misma, aspecto éste de *ius cogens* que aparece destacado por la doctrina y también por los Tribunales en numerosas resoluciones.

Esta naturaleza de orden público se predica, en general, del conjunto de normas reguladoras de los derechos e instituciones afectantes a los menores y que, con mayor o menor relieve, configuran el “estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional” (28). Sin duda, la transcendencia práctica de la calificación es evidente, “porque esa naturaleza de normas de orden público, de *ius cogens*, justificará la interpretación (una interpretación determinada) de algunas normas concretas, la resolución de ciertos conflictos de intereses (del menor con otros), los límites legítimos de algunos derechos y libertades públicas de otras personas que deben ceder ante los del menor y su interés, y los límites también en el ejercicio de potestades y funciones normales (tal, la patria potestad, como más significativa), que sólo se comprende hoy, al cabo de largos siglos de existencia, desde la óptica recién aludida” (29).

Precisamente al fin de protección de la seguridad jurídica del menor contribuye el artículo 7.3 de la Ley 14/2006 en los términos que se recogen en la resolución recurrida, toda vez que a último pretende evitar un eventual conflicto entre filiaciones que no se podría eludir de optarse –como opta la DGRN– por la interpretación que se defiende en el recurso. Sin participar en modo alguno del planteamiento expuesto por las recurrentes, por otra parte defendible, fundado en la pretensión de equiparar, a efectos de determinación de la filiación, el matrimonio heterosexual con el contraído entre personas del mismo sexo, esta argumentación encuentra en la actualidad un ineludible escollo jurídico localizado en que no existe en nuestro ordenamiento norma alguna de cobertura a no ser que se realice una interpretación sesgada y forzada (además de contraria

(28) Según declaración de la Sentencia del Tribunal Constitucional 141/2000, de 29 de mayo (BOE de 30 de junio de 2000. Ponente: Excmo. Sr. D. Tomás S. VIVES ANTÓN), con precisa referencia a la L.O 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica de Menor. En el mismo Fundamento Jurídico 5, y en el ámbito de la específica cuestión sometida al amparo del TC, esta significativa Sentencia añade que “el estatuto del menor es, sin duda, una norma de orden público, de inexcusable observancia para todos los poderes públicos, que constituye un legítimo límite la libertad de manifestación de las propias creencias mediante su exposición a terceros, incluso de sus progenitores”.

(29) RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, Madrid, 2000, pp. 31-32.

a los criterios interpretativos de las normas que se disponen en el Título Preliminar del Código Civil –cuya rúbrica es “*De las normas jurídicas, su aplicación y eficacia*”, de aplicación general y directa en toda España– cfr. art. 3 del CC) de los diversos preceptos implicados en la solución del supuesto que, por lo expuesto, no es la adecuada.

Además, en el recurso y en apoyo de sus argumentos, se hace mención a la STS, Sala 1.^a, de 5 de diciembre de 2013 (30), con

(30) En este caso, el TS considera que no se debe subordinar la determinación de la filiación derivada de la fecundación asistida en el caso de matrimonio de mujeres a un requisito formal, como el del consentimiento previo ante el encargado del Registro Civil y no ante el centro médico, en el que se prestó el consentimiento para la realización de la técnica de reproducción asistida, y a la voluntad concorde de las partes de concebir un hijo, lo que legitima el ejercicio de la acción de reclamación, reconociendo la posesión de estado en base a dicho consentimiento y a dicha voluntad, conjuntamente con otras pruebas, y teniendo en cuenta el interés de las menores y el criterio de la unidad y la estabilidad familiar de las mismas. Señala el TS que el recurso plantea un problema de aplicación del art. 131 CC, referente a la figura de la posesión de estado para declarar la filiación, en relación con el art. 7 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida y jurisprudencia sobre dicho artículo; de la doctrina de los actos propios; de los arts. 3 y 4 de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y de los arts. 7.3, 8.1 y 8.2 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. El TS especifica que en el recurso se denuncian principalmente tres cosas: 1.º el fraude que se produce al reconducir la posesión de estado a la aplicación de la normativa sobre reproducción asistida y de igualdad efectiva entre hombres y mujeres; 2.º la concurrencia de los requisitos exigidos para tal figura y que pueda ser de aplicación la doctrina de los actos propios (matrimonio y rectificación registral); y 3.º la interpretación inadecuada de la Ley de Reproducción Asistida puesto que en el momento de la inseminación no estaban casadas. El supuesto de hecho era el siguiente: Doña CSC y Doña CPH tienen una hija en común. Dicha hija fue concebida por fecundación in vitro por CSP, naciendo el 4 de marzo de 2005 y siendo inscrita en el Registro Civil de Santa Cruz de Tenerife como hija de doña CSC, madre soltera. El 16 de marzo de 2007 ambas partes firman el consentimiento informado para la fecundación in vitro de doña CSC. Con fecha 3 de agosto de 2007 ambas mujeres contrajeron matrimonio. Y el día 14 de diciembre de 2007 nacen las menores M y V, siendo inscritas con la sola filiación materna y con los apellidos de la madre en el mismo orden que ésta los ostenta (CSC). Ante dicha inscripción, la madre biológica CSC inicia ante el Registro Civil expediente de rectificación de error de las inscripciones registrales de las menores practicadas, a efectos de que se rectifique el error que según

mención expresa de las conclusiones a las que la misma alcanza por cuanto se refiere a la protección del interés del menor. En todo caso y al respecto de esta relevante resolución, resultando incuestionable que se trata de una manifestación jurisprudencial esencial en materia de filiación, no debe desatenderse la circunstancia de que, en punto a la legitimación para el ejercicio de la acción prevista en

refiere existe en dichas inscripciones en cuanto al estado civil de la madre biológica que no es de soltera, sino de casada, y para que se identifique a su cónyuge a los efectos de la patria potestad y designación de apellidos de las dos menores. Dicho expediente de rectificación de error se resolvió por auto de 5 de marzo de 2008 en el que se acuerda la rectificación parcial, únicamente respecto del estado civil de la madre, no accediendo al resto de las solicitudes interesadas. Por lo que CSC interpuso contra dicho auto recurso de apelación que fue resuelto por la DGRN de 26 de noviembre de 2008, desestimándolo íntegramente. En junio de 2009, el matrimonio puso fin a su relación definitivamente yéndose la demandada de la vivienda en la que convivían, formulando doña Concepción demanda de divorcio (aunque este dato proporcionado en la sentencia es un poco confuso), sin haberse resuelto la filiación de las hijas nacidas de la fecundación in vitro. CPH interpuso demanda de juicio declarativo de reclamación de filiación contra CSC ante el Juzgado de Primera Instancia número 7 de Santa Cruz de Tenerife suplicando al Juzgado se dictara sentencia declarando que las menores M y V son también hijas de CPH y que se rectifique la inscripción del nacimiento de dichas menores en el sentido de que aparezcan como apellidos de las mismas los de MSP y VSP, con la oportuna inscripción en el Registro Civil. CSC contestó a la demanda oponiéndose a la misma. El Juzgado dictó sentencia con fecha 11 de abril de 2011, estimando la demanda interpuesta, declarando que M y V son también hijas matrimoniales de CPH, debiendo efectuarse las rectificaciones necesarias en las actas de inscripción de nacimiento del Registro Civil de Santa Cruz de Tenerife, a efectos de hacer constar que las inscritas son hijas de CPH, siendo en lo sucesivo el orden de los apellidos de las hijas el primero S y el segundo P. Recurrida la sentencia en apelación ante la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, ésta dictó sentencia con fecha 24 de octubre de 2011 desestimando el recurso y confirmando la sentencia del Juzgado de Primera Instancia. La Audiencia Provincial entendió que había prueba suficiente de la posesión de estado “de manera ininterrumpida, continuada y pública y por el tiempo suficiente”. Dicha prueba se fundamentaba en: 1. La que resultaba de los hechos sucesivos consistentes en la voluntad concorde de las litigantes de que la demandada, CSC, se sometiera de nuevo al procedimiento de reproducción asistida, de que ambas prestaron consentimiento para la práctica de dicha prueba, y de que contrajeron matrimonio. 2. La que resultaba de otras pruebas: testificales, documentales, incluso gráficas, aportadas y

el artículo 131 del Código Civil (31), cuando se trata de parejas del mismo sexo, la Sala otorga una relevancia esencial al consentimiento expresamente prestado al uso de las técnicas de reproducción asistida por parte de la cónyuge o pareja de la gestante (32).

practicadas en el procedimiento, que eximían incluso del juego de la presunción judicial, cual era la prestación del consentimiento para la práctica de la técnica de reproducción asistida, de particular significación porque constituye la voluntad libre y manifestada por ambas litigantes del deseo de ser progenitoras mediante consentimiento expreso, hasta el punto de que en casos como éste dicho consentimiento debe ser apreciado aunque la posesión de estado hubiera sido escasa o no suficientemente acreditada como de ordinario se exige. 3. La de que la propia demandada iba contra sus propios actos puesto que instó por su propia voluntad ante el Registro expediente de rectificación de error relativo a su estado civil y a filiación de las hijas, solicitando se reconociera su estado de casada y la identificación de su cónyuge como progenitora de las mismas. A ello hay que añadir que cuando rompieron su relación, en las medidas provisionales se fijó régimen de visitas para CPH, que ésta se comportó como madre mientras duró la relación matrimonial y que se instó procedimiento de adopción de las mismas a su favor, con anuencia de la madre biológica. Ante este pronunciamiento, CSC interpuso recurso de casación apoyándose en los siguientes motivos: 1. Infracción de normas aplicables al supuesto objeto del procedimiento, citándose el art. 131 CC en lo referente a la aplicación de la figura de la posesión de estado para declarar la filiación, y vulneración de la doctrina jurisprudencial de los actos propios (SSTS 10 noviembre 2003, 28 mayo 1997 y 14 noviembre 1982. 2. Infracción de jurisprudencia reiterada del TS (SS 4 junio 2004 y 30 octubre 1995). Contra dicho recurso, CPH presentó escrito de impugnación al mismo. Por su parte, el Ministerio Fiscal presentó también escrito interesando la desestimación de dicho recurso considerando que legalmente las niñas nacidas son hijas de ambas mujeres. El TS desestimó íntegramente el recurso de casación planteado.

(31) En el mismo sentido cfr. la STS, Sala 1ª, de 15 de enero de 2014.

(32) A este respecto, el El TS declara que la determinación de la filiación en supuestos de fecundación *in vitro* de mujer casada con otra exige su consentimiento *antes* –de conformidad con la normativa anterior– de que nazca el hijo, “con lo que se garantiza la igualdad entre matrimonios heterosexuales y homosexuales para cuya efectividad se exige que la manifestación se haga antes de que nazca el hijo, no en el momento de la inseminación, pues nada se dice ni se infiere del precepto, y es, además, la interpretación más acorde no solo con el hecho de que la inseminación no determina necesariamente el posterior embarazo y nacimiento del hijo de uno de los cónyuges, sino con el artículo 39 CE, que reconoce la protección integral de los hijos ante la Ley, con independencia de su filiación”. Aunque el TS considere que con esta fórmula se establezca la igualdad entre matri-

VII. CONCLUSIONES

Con manifiesta parquedad de fundamento –rayana en la ausencia, por la carencia absoluta de aportación en su argumentación jurídica–, la Dirección General de los Registros y del Notariado, tras exponer con señalada amplitud el *iter* fáctico del supuesto y la normativa aplicable, concluye el último de los Fundamentos de Derecho (F.D IV) de su resolución de 8 de febrero de 2017 declarando que “cabe colegir que la intención del legislador ha sido facilitar la determinación de la filiación de los hijos nacidos en el marco de un matrimonio formado por dos mujeres, independientemente de que hayan recurrido o no a técnicas de reproducción asistida. Todo ello sin perjuicio de las acciones de impugnación de la filiación que pudieran tener lugar en caso de que la gestación no lo hubiera sido

monios heterosexuales y homosexuales, quedó apuntado cómo la doctrina puso de manifiesto que el establecimiento de requisitos diferentes para la atribución de la filiación de hijos nacidos por aplicación de técnicas de reproducción asistida en parejas del mismo y distinto sexo introduce una desigualdad entre ellas, que vulnera la efectiva igualdad perseguida por la Ley 13/2005. A continuación, sin embargo, el TS afirma que la determinación de la filiación derivada de la fecundación asistida en el caso de matrimonio de mujeres “no puede quedar subordinada a un requisito formal, como el del consentimiento previo ante el encargado del Registro Civil y no ante la clínica, en el que se prestó, una vez quede acreditado adecuadamente el voluntario consentimiento para la técnica de reproducción asistida y la voluntad concorde de las partes de concebir un hijo” (F.Jco 3.2). Señala que el art. 7 LTRHA posibilita el ejercicio de la acción de reclamación de la filiación, al amparo del art. 131 CC sobre la base de la posesión de estado “que constituye una causa para otorgar la filiación jurídica, aunque no exista el nexo biológico y que en la práctica queda superada por la prestación del consentimiento para llevar a cabo la técnica de reproducción asistida, porque constituye la voluntad libre y manifestada por ambas litigantes del deseo de ser progenitoras’, hasta el punto, dice la sentencia recurrida, que ‘dicho consentimiento debe ser apreciado aunque la posesión de estado hubiera sido escasa o no suficientemente acreditado como de ordinario se exige’ (...)” (F.Jco 3.5). Refiriéndose, además, al art. 8.2 LTRHA, relativo a la determinación de la filiación no matrimonial en caso de fecundación heteróloga en una pareja de hecho heterosexual, que dispone que “se considera escrito indubitado a los efectos previstos en el art. 49 de la Ley del Registro Civil el documento extendido ante el centro o servicio autorizado en el que se refleje el consentimiento a la fecundación con contribución de donante prestado por varón no casado con anterioridad a la utilización de

como consecuencia de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida contempladas en la LTRHA pues la filiación establecida en ese caso no quedaría amparada por la condición de inimpugnabile que contempla el artículo 8 de la citada Ley"; acordándose seguidamente "estimar el recurso y revocar la resolución apelada".

La Resolución de la DGRN de 8 de febrero de 2017 confunde fuente material con título formal de determinación de la filiación, involucrando en su argumentación las dos fuentes originarias de generación de la filiación, esto es, la filiación por naturaleza y la filiación por adopción (art. 108 del CC). Debe significarse que el artículo 116 del Código Civil no es fuente de generación de la filiación sino título de determinación de una filiación cuyo origen siempre es biológico o por naturaleza ya que se encuentra fijada por la genética materializada en la aportación seminal del esposo que, de concurrir, convierte la filiación así determinada en atacable, mediante la destrucción de la presunción que el referido precepto alberga. Diversamente, los consentimientos a que se refieren tanto el artículo 7.3 de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida Humana como el artículo 44.5 de la Ley 20/2011, del Registro Civil, no son únicamente títulos sino que son fuentes en sí mismos, como lo es la adopción, por lo que no cabe admitir la impugnabilidad del contenido en el artículo 44.5 de la Ley 20/2011 cuando no se encuentre vinculado al artículo 7.3 de la Ley 14/2006, según concluye el Centro Directivo. Pues la adopción, salvo precisada excepción (cfr. art. 180.2 del CC), resulta firme e inatacable en todo caso, sin que quepa ser admitida su impugnación por la evidente inexistencia de nexo biológico entre

las técnicas. Queda a salvo la reclamación judicial de paternidad", que reforzaría la voluntad de ser madre de la cónyuge no gestante, que da su consentimiento en el centro médico antes de contraer matrimonio (F.Jco 3.5). En cuanto al valor del consentimiento ante el centro médico que otorga la cónyuge no gestante, estimo que el TS no tiene la intención de sustituir dicho consentimiento por la manifestación que debe realizar dicha cónyuge ante el Encargado del Registro Civil que exige el art. 7.3. Sin embargo, el TS considera dicho consentimiento como una prueba más, pero especialmente cualificada, en la atribución de la filiación por reclamación de la misma por posesión de estado, que valora junto a las demás pruebas aportadas. En este sentido señala dicho tribunal que "la posesión de estado integra y refuerza el consentimiento prestado al amparo de esta norma a partir de la cual se crea un título de atribución de la paternidad" (F.Jco 3.5).

el adoptante y el adoptado, y del mismo modo cabe entender que es irrevocable cualquier consentimiento otorgado con valor de fuente de determinación de la filiación a semejanza de la filiación biológica (arts. 7.3 de la Ley 14/2006 y 44.5 de la Ley 20/2011), toda vez que la filiación deriva no del hecho biológico sino de la voluntad personal que ya manifestada no cabe desvincular, salvo excepción jurídicamente fundada (vgr., por concurrencia de vicio en el consentimiento; cfr. arts. 1265 y ss., del CC).

No contiene la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado comentada ni un atisbo de razonamiento que justifique jurídicamente la posición de las recurrentes, ni tampoco argumentación alguna indiciaria de un mínimo esfuerzo por rebatir la que se alberga en la resolución dictada por el encargado del Registro Civil. Tal circunstancia podría hacernos considerar que el motivo de fondo que ha determinado la decisión del Centro Directivo se localiza extramuros del ámbito jurídico, único territorio no vetado a quienes afianzamos nuestro compromiso de sometimiento a las leyes y el acatamiento de las mismas. Como ya indiqué en páginas anteriores, ante la controversia analizada nada impide plantear diversas soluciones *de lege ferenda*, que incluso pueden ponderarse como justificadamente convenientes, pero la regulación vigente actualmente no permite interpretación diversa que la que se acoge en la resolución que resultó recurrida ante la Dirección General de los Registros y del Notariado con el insatisfactorio resultado que el órgano resolutorio del recurso ofrece.

Queda, pues, ya a juicio del lector, la valoración de la solución consolidada. Y, por supuesto, su inevitable crítica con todas las consecuencias.

SOLUCIONES PRÁCTICAS EN MATERIA DE LEGÍTIMAS (1)

Víctor M. Garrido de Palma
Notario Honorario

LA CONFIGURACIÓN DE LA LEGÍTIMA: "PARS BONORUM HEREDITATIS"

EN CIERTOS SUPUESTOS RECIBE EL LEGITIMARIO UN VALOR ECONÓMICO:

- I. Pago de la porción hereditaria en el supuesto del art. 841
"Ordenando que se pague en metálico la..."
"No obstante, cualquiera de... obligados a..."; art. 842
"Salvo confirmación expresa de todos los...); art. 843
- II. La conservación de la Empresa Familiar: art. 1056, 2.º párrafo CC
EN DETERMINADOS CASOS LA LEY MODALIZA EL SISTEMA:
 - I. Las personas con discapacidad reciben específica protección...
El supuesto del art. 822, 1.º párrafo
El supuesto del art. 822, 2.º párrafo
 - II. La sustitución fideicomisaria y el descendiente judicialmente incapacitado. Los artículos 808 y 782 CC

EN UN SUPUESTO ESPECÍFICO PREVALECE LA CONSIDERACIÓN DE PATRIMONIO ÚNICO CON ATRIBUCIÓN FIDUCIARIA DE FACULTADES AL CÓNYUGE SUPÉRSTITE: EL ART. 831 CC

EL USUFRUCTO UNIVERSAL TESTAMENTARIO DEL CÓNYUGE VIUDO. EL ART. 820.3.º

Un apunte de su relevancia práctica

JURISPRUDENCIA RECIENTE Y SENTENCIAS DE LA AUDIENCIA INTERPRETANDO LA NORMATIVA LEGITIMARIA

(1) Constituye la base de la ponencia dictada por el autor en el Congreso Internacional "Presente y futuro del Derecho de Sucesiones: las legítimas y la libertad de testar". Sevilla, uno de diciembre de 2017.

SOLUCIONES DE APLICACIÓN PRÁCTICA

- I. Respecto a la Desheredación del legitimario: requisitos
 1. Por lo tanto: Desheredación global, ómnibus: "a..." DGRN en varias Resoluciones recientes
 2. "EL maltrato psicológico": TS
 3. La desheredación injusta: sus efectos conforme al art. 851
 4. Caso de que la desheredación sea justa: el art. 857
 5. Las causas de Indignidad y la Desheredación. El art. 761
 6. ¿Desheredación parcial? La cuestión fáctica en la práctica jurídica

- II. La Preterición (u omisión) legitimaria: no le perjudica
 1. Si la preterición es intencional: art. 814, párrafo primero
 2. Caso de preterición no intencional de hijos o descendientes
 3. Donación a hijo al que se omite en el testamento a efectos patrimoniales. III. Imputación (art. 819) ¿Preterición?

- IV. Derecho de Representación en la sucesión testada: el art. 814.3.º párrafo. Institución de heredero. Legado de parte alícuota. Póliza de seguro de vida. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 27 de julio de 2017

- V. Donación y Legítimas (a efectos de su cálculo)
 1. Donación encubierta: el art. 633 CC y la Jurisprudencia TS
 2. El contrato de cesión de bienes por alimentos. Art. 1791 y ss
 3. Donación e Imputación: remisión a la preterición

- VI. Computación de donaciones (art. 818) para cálculo de la legítima y Colación ss. (art. 1035 y ss).
La Jurisprudencia. Soluciones de aplicación práctica

LA CONFIGURACIÓN GENERAL DE LA LEGÍTIMA DEL CÓDIGO CIVIL

A diferencia de otros ordenamientos jurídicos nacionales, en el Código Civil la legítima de los descendientes y ascendientes se configura generalmente como una *pars bonorum*, una parte de los bienes que, por cualquier título, debe recibir el legitimario (arts. 806 y 815). Hay con todo determinados supuestos en que la legítima es *pars valoris bonorum*, el valor económico de bienes de la herencia. ¿Cuáles son estos supuestos?

EL PAGO EN METÁLICO DE LA LEGÍTIMA EN EL CÓDIGO CIVIL

I. Las características esenciales del supuesto del art. 841

Dice el art. 841: El testador, o el contador-partidor expresamente autorizado por aquél, podrá adjudicar todos los bienes hereditarios o parte de ellos a alguno de los hijos o descendientes, ordenando que se pague en metálico la porción hereditaria de los demás legitimarios.

También corresponderá la facultad de pago en metálico en el mismo supuesto del párrafo anterior al contador-partidor dativo a que se refiere el artículo 1.057 del Código Civil.

Pero conforme al art. 842: No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, cualquiera de los hijos o descendientes obligados a pagar en metálico la cuota hereditaria de sus hermanos podrá exigir que dicha cuota sea satisfecha en bienes de la herencia.

Para exigir el art. 843 que: Salvo confirmación expresa de todos los hijos o descendientes, la partición a que se refieren los dos artículos anteriores requerirá aprobación por el Secretario judicial o Notario (Ley de Jurisdicción Voluntaria).

El comentario que suscita el supuesto legal es, brevemente, el siguiente:

1. Se trata de la posibilidad de que el testador, o el contador-partidor expresamente autorizado por aquél o el contador-partidor dativo (art. 1057, en los términos del art. 841) adjudique todos los bienes hereditarios o parte de ellos a alguno de los hijos o descendientes.

2. Ordenando que se pague en metálico no ya la legítima de los demás legitimarios, sino la porción hereditaria que haya dispuesto el testador. Con lo que es factible que –por ejemplo– instituidos herederos todos los hijos por partes iguales, la parte correspondiente al hijo A se haga efectiva con la adjudicación de toda la herencia y los otros cuatro tengan derecho a una *pars valoris*, con metálico extrahereditario sean satisfechos sus derechos hereditarios.

3. Pero cualquiera de los obligados al pago en metálico puede exigir que la cuota hereditaria de sus hermanos sea satisfecha en

bienes de la herencia (art. 842), con lo que la disposición del testador "ordenando que...", pierde su fuerza que en principio parecía imperativa. Estamos en consecuencia, partiendo de la premisa ex art. 841, ante una facultad de los obligados al pago en metálico ante la orden del testador.

4. Posibilidad legal, que termina por debilitarse totalmente ante la exigencia del art. 843: la partición a que se refieren los dos artículos anteriores requiere la confirmación expresa de todos los hijos o descendientes y si falta, la aprobación por el Secretario judicial o Notario (en la actual redacción por la Ley de Jurisdicción Voluntaria).

En fin: la desafortunada redacción legal puede impedir hacer efectivo lo que en principio parecía ser el propósito del legislador: el pago en metálico de la porción hereditaria.

II. El supuesto del art. 1056, 2.º párrafo del Código Civil: revelador de la atención legal a LA CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA FAMILIAR como prevalente

Dice el citado precepto, en su actual redacción, que: "Cuando el testador hiciere, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique la legítima de los herederos forzosos.

El testador que en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia quiera preservar indivisa una explotación económica o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de éstas podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se pague en metálico su legítima a los demás interesados. A tal efecto, no será necesario que exista metálico suficiente en la herencia para el pago, siendo posible realizar el abono con efectivo extrahereditario y establecer por el testador o por el contador-partidor por él designado aplazamiento, siempre que éste no supere cinco años a contar desde el fallecimiento del testador; podrá ser también de aplicación cualquier otro medio de extinción de las obligaciones. Si no se hubiere establecido la forma de pago, cualquier legitimario podrá exigir su legítima en bienes de la herencia. No será de aplicación a la partición así realizada lo dispuesto en el artículo 843 y en el párrafo primero del artículo 844".

El comentario, a efectos de su aplicación práctica, es el siguiente:

1. El testador quiere preservar indivisa una explotación económica o bien quiere mantener el control de una sociedad de capital o de un grupo de éstas.

Con lo que a la redacción tradicional se añade realistamente la del control de sociedad de capital.

2. Y es "en atención a la conservación de la empresa o en interés de la familia". ¿Predomina uno sobre el otro o en el fondo quiere conservar aquélla y lo que hace es en interés de la familia? Afirmativamente considero es la respuesta adecuada.

3. Puede hacer la partición de sus bienes, disponiendo que se pague en metálico su legítima a los demás interesados y ello aunque no exista para ello metálico suficiente en la herencia para el pago. ¿La adjudicación ha de ser a alguien legitimario o a algunos de ellos? La ratio normativa: conservar la empresa –y ello en interés de la familia– lleva a considerar que es factible adjudicarla a quien el testador (o los cónyuges testadores en su caso) estiman idóneo: descendiente no legitimario por ejemplo y "los demás interesados" recibirán su legítima en metálico si necesario fuere.

4. A tal partición no es de aplicación lo dispuesto en el art. 843 y es que lo que exige el citado precepto puede impedir realistamente la finalidad propuesta: la conservación de la empresa familiar.

5. Algún otro aspecto práctico se expondrá al tratar del supuesto del art. 831 del Código Civil.

EN DETERMINADOS CASOS SE MODALIZA EL SISTEMA

I. La protección a los legitimarios discapaces del art. 822

Dice el actual precepto que:

"La donación o legado de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual que su titular haga a favor de un legitimario persona con discapacidad, no se computará para el cálculo de las legítimas

si en el momento del fallecimiento ambos estuvieren conviviendo con ella.

Este derecho de habitación se atribuirá por ministerio de la ley en las mismas condiciones al legitimario discapacitado que lo necesite y que estuviera conviviendo con el fallecido a menos que el testador hubiera dispuesto otra cosa o lo hubiera excluido expresamente, pero su titular no podrá impedir que continúen conviviendo los demás legitimarios mientras lo necesiten.

El derecho a que se refieren los dos párrafos anteriores será intransmisible.

Lo dispuesto en los primeros párrafos no impedirá la atribución al cónyuge de los derechos regulados en los artículos 1406 y 1407 de este Código, que coexistirán con el de habitación”.

La redacción legal suscita concretas observaciones.

1. Se regulan dos supuestos: uno, el de la disposición gratuita del derecho de habitación por el titular de la vivienda habitual a favor de un legitimario, persona con discapacidad; y otro, la atribución legal del derecho de habitación al legitimario discapacitado. Con lo que la redacción legal respecto al beneficiario no es idéntica, en su literalidad.

2. Protección específica y con repercusión mortis causa: el derecho de habitación sobre la vivienda habitual, “no se computa para el cálculo de las legítimas si...”. Plus protector dada la especial situación existente, que puede resultar realistamente compleja, agravándose si existe más de una persona con discapacidad, si necesitan convivir con ellas los demás legitimarios, y no digamos con la atribución al cónyuge supérstite ex. arts. 1406 y 1407 (derecho de atribución preferente, en sede de sociedad de gananciales de la vivienda habitual). Derechos que –reconoce expresamente el último párrafo del artículo transcrito –coexistirán con el de habitación (éste, lógicamente, intransmisible).

3. Me ciño aquí y ahora a poner de manifiesto lo anterior a fin de resaltar lo que supone para el sistema legitimario del Código Civil, el derecho de habitación actualmente regulado (desde el 18 de noviembre de 2003).

La redacción legal –susceptible desde luego de mejora– ha dado lugar a crítica doctrinal, pero la finalidad por mí propuesta pienso que queda cumplida con lo que acabo de apuntar.

II. La Sustitución fideicomisaria y el descendiente judicialmente incapacitado: los arts. 808 y 782 del Código Civil

Conforme a estos preceptos:

“Constituyen la legítima de los hijos y descendientes las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre.

Sin embargo, podrán éstos disponer de una parte de las dos que forman la legítima para aplicarla como mejora a sus hijos o descendientes.

Cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado, el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los coherederos forzosos.

La tercera parte restante será de libre disposición”.

“Las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima, salvo que graven la legítima estricta en beneficio de un hijo o descendiente judicialmente incapacitado en los términos establecidos en el artículo 808.

Si recayesen sobre el tercio de mejora, sólo podrán hacerse en favor de los descendientes”.

1. La ratio normativa lleva a que ante el caso real el hijo o descendiente judicialmente incapacitado pueda llegar a disfrutar de toda la herencia: “siendo él fiduciario y fideicomisarios los coherederos forzosos”; “la sustitución fideicomisaria puede recaer sobre el tercio de mejora solo si se hace en favor de los descendientes”...; “la tercera parte restante será de libre disposición”.

Con lo que los tres tercios –caso de existencia de hijos o descendientes– considera la ley –a partir del 18 de noviembre de 2003– que el testador pueda disponerlos en función de la protección específica del hijo o descendiente judicialmente incapacitado.

2. El beneficiario disfrutará de los bienes como fiduciario. No cabe

disponer de los bienes, puesto que “son fideicomisarios los coherederos forzosos”: hay que descartar en consecuencia la posibilidad del fideicomiso de residuo.

3. Reconociendo que la aplicación de lo regulado por el Código puede no ser sencilla, es elogiable que se considere la prevalencia de intereses necesitados de específica y prevalente protección. Lo que acabo de exponer –sin profundizar en cuestiones problemáticas en estos momentos– es una muestra de sensibilidad hacia el judicialmente incapacitado y su adecuada protección jurídica, en lo posible: tanto en los supuestos apuntados antes como en el que ahora he expuesto el *sustratum* real se percibe claramente: nos encontramos ante un patrimonio necesario para tal protección (vivienda habitual...).

En un supuesto específico prevalece la CONSIDERACIÓN DE PATRIMONIO ÚNICO CON ATRIBUCIÓN FIDUCIARIA DE FACULTADES AL CÓNYUGE SUPÉRSTITE: el artículo 831.

En lo imprescindible para su análisis, literalmente dice:

1. “No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, podrán conferirse facultades al cónyuge (aplicable a las personas no casadas entre sí) en testamento para que, fallecido el testador, pueda realizar a favor de los hijos o descendientes comunes mejoras incluso con cargo al tercio de libre disposición y, en general, adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio o particiones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar.

2. Estas mejoras, adjudicaciones o atribuciones podrán realizarse por el cónyuge en uno o varios actos, simultáneos o sucesivos. Si no se le hubiere conferido la facultad de hacerlo en su propio testamento o no se hubiere señalado plazo, tendrá el de dos años contados desde la apertura de la sucesión o, en su caso, desde la emancipación del último de los hijos comunes.

Las disposiciones del cónyuge que tengan por objeto bienes específicos y determinados, además de conferir la propiedad al hijo o descendientes favorecido, la conferirán también la posesión por el hecho de su aceptación, salvo que en ellas se establezca otra cosa.

3. Corresponderá al cónyuge sobreviviente la administración de los bienes sobre los que penden las facultades a que se refiere el párrafo anterior.

4. El cónyuge, al ejercitar las facultades encomendadas, deberá respetar las legítimas estrictas de los descendientes comunes y las mejoras y demás disposiciones del causante en favor de éstos.

De no respetarse la legítima estricta de algún descendiente común o la cuota de participación en los bienes relictos que en su favor hubiere ordenado el causante, el perjudicado podrá pedir que se rescindan los actos del cónyuge en cuanto sea necesario para dar satisfacción al interés lesionado.

Se entenderán respetadas las disposiciones del causante a favor de los hijos o descendientes comunes y legítimas cuando unas u otras resulten suficientemente satisfechas aunque en todo o en parte lo hayan sido con bienes pertenecientes sólo al cónyuge que ejercite las facultades.

5. La concesión al cónyuge de las facultades expresadas no alterará el régimen de las legítimas ni el de las disposiciones del causante, cuando el favorecido por unas u otras no sea descendiente común”.

Apunte práctico

1. GARCÍA GOYENA, al redactar el precepto precursor del actual, consideraba que “habrá que respetar la antigua costumbre foral de poder mejorar la madre viuda con los bienes del difunto, lo que robustece su posición en beneficio de la familia y...”.

Efectivamente la base del correspondiente precepto del Proyecto de Código Civil de 1851 constituyó la primera redacción del art. 831 del Código de 1889, el cual, sucesivamente modificado, tiene la actual redacción, que he transcrito en lo fundamental para la finalidad que quiero resaltar.

2. El cónyuge premuerto que en su testamento confirió facultades a su cónyuge para realizar a favor de los hijos o descendientes comunes (y también a la persona con la que ha tenido descendencia, sin contraer matrimonio entre sí; último apartado del precepto) lo

que el artículo explyaya, posibilita –si así es la voluntad común- que se constituya un solo patrimonio con el del difunto y el del cónyuge fiduciario: éste, “fallecido el testador, podrá realizar a favor de los hijos o descendientes comunes mejoras incluso con cargo al tercio de la libre disposición y, en general...; incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar”.

3. Conforme al supuesto real concreto puede preverse más o menos ámbito facultativo, así como el plazo: “si éste no se ha señalado por el testador o bien se ha conferido por él la facultad al fiduciario de ejercer las facultades en su propio testamento”, el supérstite podrá hacer efectiva la delegación fiduciaria “usque ad supremum exitum”.

4. ¿Y la legítima estricta, puede reclamarse al fallecer el padre o madre delegante o...? La “ratio” normativa parece que se decanta por la prevalencia del interés que conlleva la fiducia existente: lo demuestra la dicción legal que interesa, por su importancia, dejar grabada, de ahí que la vuelvo a transcribir aquí: dicen los apartados 3 y 4 (éste último, en lo que importa al fin propuesto, dejar clara la postura del legislador acerca del interrogante planteado) lo que sigue:

“El cónyuge, al ejercitar las facultades encomendadas, deberá respetar las legítimas estrictas de los descendientes comunes y las mejoras y demás disposiciones del causante en favor de éstos.

De no respetarse la legítima estricta de algún descendiente común o la cuota de participación en los bienes relictos que en su favor hubiere ordenado el causante, el perjudicado podrá pedir que se rescindan los actos del cónyuge en cuanto sea necesario para dar satisfacción al interés lesionado.

Se entenderán respetadas las disposiciones del causante a favor de los hijos o descendientes comunes y las legítimas cuando unas u otras resulten suficientemente satisfechas aunque en todo o en parte lo hayan sido con bienes pertenecientes sólo al cónyuge que ejercite las facultades”.

La concesión al cónyuge de las facultades expresadas no alterará el régimen de las legítimas ni el de las disposiciones del causante, cuando el favorecido por unas u otras no sea descendiente común”.

5. Lo expuesto, breve apunte de lo que el art. 831 posibilita –y que va calando en la realidad jurídica a fin de hacer efectiva su aplicación– supone una decisión por el legislador que altera los cimientos del sistema de legítimas del Código Civil actual. Está redactado el precepto con la saludable intención de que con prudencia y realismo, el profesional del Derecho lo considere y a él acuda a la vista del supuesto real y sus concretas circunstancias (discapaces, empresa familiar; combinación con los arts. 822, 782, 1056, 2.º...).

EL USUFRUCTO UNIVERSAL TESTAMENTARIO DEL CÓNYUGE VIUDO: EL ARTÍCULO 820, 3.º DEL CÓDIGO CIVIL

Dice lo siguiente: “Si la manda consiste en un usufructo o renta vitalicia, cuyo valor se tenga por superior a la parte disponible, los herederos forzosos podrán escoger entre cumplir la disposición testamentaria o entregar al legatario la parte de la herencia de que podía disponer libremente el testador”.

1. Solo un apunte de la importancia práctica que la posibilidad legal ha ido teniendo en la realidad: son mayoría los testamentos en los que recíprocamente los cónyuges se legan el usufructo universal de la herencia para que el superviviente opte por él o..., de modo que el legitimario que esté disconforme con la elección por el padre o madre del usufructo universal recibirá la legítima estricta que le corresponda, mejorando a los hijos que estén conformes...

2. La evolución que la “Cautela Socini” ha supuesto gracias a la postura plasmada en los testamentos abiertos notariales –reconocida por el Tribunal Supremo– ha logrado robustecer la posición del cónyuge viudo produciendo saludable efecto en el ámbito familiar, en la relación padres-hijos (“mientras que nuestra madre-padre viva, dejemos todo como está”, sin perjuicio de a la vista del caso real, de común acuerdo otra cosa se decida).

3. Usufructo universal, testamentario, compatible desde luego con las facultades fiduciarias ex. art. 831 en su caso, y es que el profesional del derecho ha de saber combinar armónicamente con facultades y derechos que la ley hoy regula en casos específicos

como los ya apuntados (artículos 782, 822, 1056, 2º...), lo que puede suponer tarea ardua sin duda. Los medios instrumentales que la ley actualmente brinda ahí están.

Lo EXPUESTO aquí demuestra cómo hoy el sistema legitimario no es el de 1889. El Código Civil es sensible para proteger necesidades e intereses que considera prevalentes.

LA ACTUAL JURISPRUDENCIA, SENTENCIAS Y RESOLUCIONES ACERCA DEL RÉGIMEN LEGAL DE LAS LEGÍTIMAS. EL INTÉRPRETE ANTE SU EVOLUCIÓN

I. LA DESHEREDACIÓN o privación de la legítima

1. Ha de hacerse en testamento, por causa legal, expresa y cierta (art. 848 y ss.). Por de pronto la "desheredación ómnibus" (así, desheredo a mi hijo y a sus descendientes) no se ajusta a la ley: ésta exige una causa que ha de incidir sobre la persona concreta, la que tiene que reunir aptitud para que la causa de desheredación le pueda afectar (por de pronto, edad). Recientes Resoluciones de la DGRN inciden en la exigencia de los requisitos legales en este sentido para la efectividad de la desheredación.

2. El maltrato psicológico: hoy el Tribunal Supremo considera que está incluido dentro de la expresión legal "maltrato de obra..." del art. 853, causa segunda del Código Civil (desheredación de hijos y descendientes). En este sentido, la S. de 3 de junio de 2014: "abandono y menosprecio del padre, que fue total en los últimos años..."

3. La desheredación injusta y sus efectos: "la desheredación hecha sin expresión de causa, o por causa cuya certeza, si fuese contradicha no se probare, o que no sea una de las señaladas en los cuatro siguientes artículos, dice el art. 851, anulará la institución de heredero en cuanto perjudique al desheredado, pero..."

El efecto de la desheredación injusta –para el Tribunal Supremo y la Audiencia Provincial de Madrid en Sentencia de 18 de julio de 2017–, es la reducción de la institución de heredero para que el injustamente desheredado reciba la legítima estricta (evidentemente, si el descendiente es el único legitimario tiene derecho al tercio de

mejora a salvo, claro es, de que se haya mejorado al nieto del hijo del desheredado injustamente).

4. Caso de justa desheredación, el art. 857 establece que "los hijos y descendientes del desheredado ocupan su lugar y conservan los derechos de herederos forzosos respecto a la legítima". La corta o estricta hay que entender, salvo que sea el descendiente o descendientes el único heredero forzoso (y sin perjuicio, de que el testador amplíe el contenido patrimonial de los descendientes de grado ulterior).

5. ¿Qué decir de la posibilidad de desheredar parcialmente? En algún momento, se planteó doctrinalmente acudir, a la vista de la realidad concreta, a la desheredación parcial. Hoy, si el desheredado realistamente necesita protección (caso, por ej., del que dilapida los bienes que los padres tienen y necesitan para su subsistencia y para atender al desheredado), el nombramiento de albacea *ad hoc* puede constituir remedio y ojalá que sea solución para proteger a quien lo necesita y carece de aptitud para "governarse por sí mismo" (naturalmente siempre está abierta, si necesario fuera, la posibilidad de incapacitación judicial).

II. LA PRETERICIÓN (u omisión) del legitimario no perjudica su legítima. El artículo 814 del Código Civil: aspectos prácticos

1. Si la preterición ha sido intencional se reduce la institución de heredero para satisfacer la legítima del deliberadamente omitido. Caso de tratarse de hijo o descendiente es la legítima corta o estricta (T.S.; excepto, evidentemente, que no haya más legitimarios).

2. Caso de preterición errónea o no intencional de hijos o descendientes: el art. 814 distingue la preterición de todos los legitimarios y la de uno o algunos. Al efecto es de interés el supuesto de hecho de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 27 de junio de 2016.

Un causante fallece con testamento en el que ordenó legados a sus cuñados e instituyó herederos a sus sobrinos. En él hay una cláusula por la que "reconoce la legítima estricta a quienes legalmente corresponda".

Con posterioridad tuvo una hija, pero no modificó el testamento.

Se otorga escritura de partición en lo que se adjudica a la hija, menor de edad, una cuota hereditaria que corresponde a la legítima y a la mejora, y se adjudica el tercio de libre disposición a los sobrinos.

La representación de la hija menor reclama la nulidad de la partición, en base al art. 814.2.º del Código Civil (“se anulará la institución de herederos...”).

La Audiencia considera válida y eficaz la partición, “porque más allá de la mera literalidad del precepto, hay que tener en cuenta la voluntad del testador, que es la ley suprema de la sucesión”.

¿Interpretación correctora? Se ha valorado, a mi entender, como fundamental la cláusula testamentaria de “reconocimiento genérico de la legítima a quien legalmente corresponda”. La partición efectuada tuvo en cuenta la existencia de una única legitimaria.

3. Donación a hijo y omisión del mismo en el testamento: el art. 819. ¿Preterición? No existe preterición en la mente del testador que omite a un legitimario en el testamento está la donación que le hizo; la misma se imputa a la legítima, conforme al art. 819.

Ahora bien, ¿y si la donación se hizo en concepto de mejora? No existe preterición en ningún caso: la donación se imputa al tercio de libre disposición, al de mejora y a la legítima del donatario si necesario fuera por la entidad de aquélla, pero la voluntad del causante es clara. No ha habido preterición, sin perjuicio de que se exprese en el testamento que existe la donación y su imputación.

III. EL DERECHO DE REPRESENTACIÓN EN LA SUCESIÓN TESTADA

Hay que tener en cuenta a efectos prácticos lo siguiente:

1. La imprevisión testamentaria de la sustitución vulgar del hijo no preterido que premuere al testador: “los descendientes de otro descendiente que no hubiere sido preterido –dice el art. 814.3–, representan a éste en la herencia del ascendiente y no se consideran preteridos”.

Aplica el Código Civil en la sucesión testada, la figura que regula con carácter general en la intestada, pero, ¿con qué contenido?: la Sentencia de la Audiencia de Madrid de 2 de junio de 2017 consi-

dera que el efecto es solo respecto a la legítima, al estar incluido el precepto en la sección a ella correspondiente, por lo que “no puede heredar por representación el descendiente de grado ulterior la parte de libre disposición que hubiere correspondido a su padre premuerto”.

En consecuencia, si la voluntad del testador no es otra –y evidentemente el Notario ha de indagarla en todo caso- debe de preverse la sustitución por los descendientes del hijo o hijos para caso de premoriencia.

2. ¿Y, la sustitución vulgar o sin expresión de casos, con lo que queda incluida también la renuncia o repudiación; art. 774 del Código Civil? La idea, justa y realista, de que “quien repudia la herencia lo hace para sí y para sus descendientes” ha llevado a que en los testamentos notariales se acuda expresamente, en muchos casos, al derecho de representación (que el Código Civil establece para caso de premoriencia en la sucesión intestada), en lugar de a la sustitución vulgar del art. 774; así se perfila claramente que la renuncia o repudiación del hijo afecta a su descendencia (en otro caso si se quiere llegar a igual solución, acudir a la sustitución vulgar exige excluirla en tal caso, para que se dé el acrecimiento entre los coherederos o colegatarios).

3. Recientemente la DGRN ha tenido que atender supuestos conflictivos en el ámbito que acabo de exponer: voy a ceñirme aquí al supuesto que ha dado lugar a la Resolución de 2 de noviembre de 2017 (BOE de 29 de noviembre de 2017), que transcribo en lo esencial, advirtiendo que el problema que se plantea es distinto al que he tratado antes con referencia a la renuncia, sustitución vulgar y derecho de representación, pero que ayuda a la comprensión de la materia problemática.

“Mediante escritura autorizada por el notario, el día 17 de mayo de 2017, se otorgaron las operaciones particionales causadas por el óbito de don E., que falleció dejando nueve hijos y viuda. En su último testamento, lega a su viuda el usufructo universal y vitalicio e instituye a sus nueve hijos por partes iguales sustituidos por sus descendientes; en la cláusula quinta del testamento prelega a su hija doña M. una participación indivisa que corresponda al testador sobre un piso y «sustituída por sus descendientes». A los efectos de

este expediente, interesa hacer constar que dicha hija "se ratifica en la renuncia, pura, simple y exclusivamente del legado establecido a su favor en la cláusula quinta del testamento del causante, manifestando que su estado civil es el de soltera y carece de descendientes, lo que en este acto ratifican todos los demás interesados en esta herencia y aquí comparecientes".

Presentada la referida escritura en el Registro de la Propiedad fue objeto de la siguiente nota de calificación: "Registro de la Propiedad ha suspendido la inscripción por los siguientes Hechos y Fundamentos de Derecho: Por medio de dicha escritura se protocoliza y ratifica el cuaderno particional por el que los causahabientes de don E. realizaron las operaciones de inventario, avalúo, liquidación y división de la herencia de dicho señor, en base a su último testamento otorgado en el que dicho señor entre otras disposiciones prelegó «a su hija M. la participación indivisa que le corresponda sobre el piso (...) sustituida por sus descendientes». La citada hija doña M., renunció pura, simple y exclusivamente a dicho legado, manifestando que su estado civil es el de soltera y carece de descendientes, lo que ratifican el resto de interesados en la partición; haciéndose constar que «como consecuencia de esta renuncia, sin tener lugar la sustitución vulgar por falta de descendientes, este legado se refunde en la masa de la herencia. No es suficiente la simple manifestación de la heredera y demás interesados en la partición a los efectos de acreditar la carencia de descendientes de la renunciante, por lo que será necesario acreditar de modo auténtico la inexistencia de descendientes de doña M.».

Centrados en el supuesto presente, dice la Dirección General, ciertamente una de las herederas instituidas, ha renunciado a un legado que le había sido hecho, y también es cierto que existe una cláusula que ordena su sustitución para este legado, siendo que la renunciante ha manifestado que carece de descendientes lo que es ratificado por todos los demás herederos. Además, el llamamiento a los sustitutos descendientes es genérico y no nominativo. La registradora señala que no basta la manifestación de la falta de descendientes sustitutos, no ya hecha por los herederos, sino tan siquiera de la propia renunciante.

Son numerosos los casos en los que la manifestación del interesado es medio de prueba: la del estado de soltero, viudo o divorciado se acredita por manifestación solemne del propio sujeto, sin

que sea preciso exigir otros medios de prueba. Así el artículo 363 del Reglamento de Registro Civil recoge que se acredita «el estado de soltero, viudo o divorciado, por declaración jurada o afirmación solemne del propio sujeto o por acta de notoriedad. Ningún órgano oficial, ante quien la vida se acredite por comparecencia del sujeto o del estado de soltero, viudo o divorciado por aquella manifestación podrá exigir otros medios de prueba, sin perjuicio de la investigación de oficio que proceda en caso de duda fundada». Las Resoluciones de 16 de noviembre de 1994 y 5 de julio de 1995, lo extendieron al estado de separado judicialmente o separado legalmente.

Con parecido fundamento al artículo 159 del Reglamento Notarial recoge que “las circunstancias relativas al estado de cada compareciente se expresarán diciendo si es soltero, casado, separado judicialmente, viudo o divorciado. También podrá hacerse constar a instancia de los interesados su situación de unión o separación de hecho (...). Las circunstancias a que se refiere este artículo se harán constar por el notario por lo que resulte de las manifestaciones de los comparecientes.”

También ha declarado este Centro Directivo para el caso de pre-moriencia, a los efectos de la acreditación de inexistencia de descendientes del instituido, que basta la manifestación en este sentido hecha por el sustituido en su testamento. Debe tenerse en cuenta que en el presente expediente no hay un llamamiento nominativo a favor de sustitutos concretos, sino un llamamiento a genéricos descendientes, por lo que debe bastar la manifestación que realiza la renunciante en la escritura pública de partición, que igualmente es un documento público.

“Para la Dirección General: debe decidirse en este expediente si es o no inscribible una escritura de adjudicación de herencia en la que concurren las circunstancias siguientes: hay llamamiento a un legado con sustitución a favor de los descendientes de la legataria; se ha producido la renuncia del legado y la renunciante manifiesta que no tiene descendientes, lo que es ratificado por todos los herederos.

La registradora señala con defecto que no es suficiente la simple manifestación de la heredera y demás interesados en la partición a los efectos de acreditar la carencia de descendientes de la renunciante, por lo que será necesario acreditar de modo auténtico la inexistencia de descendientes de la renunciante.

El notario recurrente alega que a diferencia de las Resoluciones citadas por la registradora, en este caso no se trata de premoriencia sino de renuncia de la llamada, en la que la manifestación de falta de descendientes no lo es sólo de los demás herederos sino de la renunciante misma; que el acta de notoriedad no es el medio exclusivo de acreditar la falta de descendientes; que nadie mejor que el propio renunciante para saber si tiene descendientes y manifestarlo, lo que hace en escritura pública; que en nuestro derecho hay numerosas situaciones jurídicas que se acreditan por declaración solemne o jurada del interesado, tales como ciertas situaciones de estado civil de soltería, separación o divorcio e incluso el régimen económico-matrimonial supletorio; que si la declaración de falta de descendientes puede hacerse en testamento, no menos validez ha de tener la que se haga en escritura pública; que en definitiva, no es que se defienda que no es necesario probar la inexistencia de descendientes, es la propia declaración responsable efectuada en documento público por el propio interesado, sin necesidad que un notario declare la notoriedad de tales hechos, declaración que entiende, que tiene el mismo valor la efectúe en su testamento o en cualquier otro documento público”.

IV. INTITUCIÓN DE HEREDERO. LEGADO DE PARTE ALÍCUOTA. PÓLIZA DE SEGURO DE VIDA

El testador instituyó heredera a una hija en la mitad de la herencia y la parte alícuota dispuesta en favor de su otra hija la plasmó acudiendo a la figura del legado.

Tenía además suscrita una póliza de seguro de vida sin designación específica de beneficios. En ella se indica que, en tal caso, se entenderán designados los herederos del tomador, sin necesidad de aceptación de la herencia.

Ante la reclamación de la legataria de parte alícuota a la compañía de seguros de una parte del capital de la póliza, la aseguradora alega que en el testamento el tomador del seguro sólo ha instituido una heredera y que los conceptos de heredero y de legatario de parte alícuota, si bien presentan rasgos comunes, no son equiparables.

La Audiencia Provincial de Madrid, en su Sentencia de 27 de julio de 2017 y siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo declara que la legataria de parte alícuota, “en virtud de su condición de heredera forzosa y legitimaria, tiene también la condición de beneficia-

ria de la póliza de seguro en la cuantía que le corresponda (y en este sentido interpreta el artículo 84 de la Ley de Contrato de Seguro)“.

Lo expuesto puede dar lugar a concretas observaciones.

1. Ciertamente las dos figuras jurídicas plasmadas en el testamento no son idénticas en todos los efectos a que dan lugar, partiendo desde luego del reconocimiento legal del legado de parte alícuota: a él se refiere por de pronto el art. 655 del Código Civil, *a sensu contrario*:

2. Y si en puridad la terminología legal, heredero forzoso, no es exacta, para la Sentencia referida constituye el apoyo fundamental para llegar a la conclusión expuesta, porque “es heredero forzoso”.

3. Pienso que en el fondo, lo decisivo ha sido la voluntad del testador: las dos hijas están llamadas a una parte alícuota de la herencia y no debe desvirtuar dicha voluntad el recurso técnico-jurídico empleado (por más que si el llamado a la herencia como heredero acepta, responde; el legatario de parte alícuota tiene derecho a bienes, deducidas las deudas, pero no responde de ellas en ningún caso). La ratio decidendi está, a mi entender, en la voluntas testatoris y la decisión de la Audiencia, considerando lo plasmado en la póliza de seguro, es sin duda acertada.

V. DONACIÓN Y LEGÍTIMAS (A EFECTOS DE SU FIJACIÓN; ARTÍCULO 818)

1. Donación de inmueble en escritura pública de compraventa en la que se prueba la inexistencia del precio. El artículo 633 del Código Civil.

Los ríos de tinta que ha originado la cambiante jurisprudencia del Tribunal Supremo (¿válida o no como donación la escritura pública de compraventa en la que la expresión de la prestación o promesa de satisfacer el precio es ficticia, falsa: art. 1274 y siguientes), están actualmente en reposo: conforme a lo que DE CASTRO argumentó en su momento, ha acabado por consolidarse el criterio de considerar que no puede ser válido como donación lo que consta en escritura pública de compraventa en el supuesto aquí planteado (última jurisprudencia).

2. El contrato de cesión de bienes por alimentos (artículo 1791 y ss.).

Los problemas que en la realidad ha producido lo que acabo de exponer (donación encubierta por escritura pública de compraventa, en muchos casos para remunerar, satisfacer, pagar a quien proporcionaba atenciones y servicios al donante), debían haber tenido el cauce jurídico adecuado, el contrato de alimentos. Por él –dice el actual art. 1791– una de las partes se obliga a proporcionar vivienda, manutención y asistencia de todo tipo a una persona durante su vida, a cambio de la transmisión de un capital en cualquier clase de bienes o derechos. Es contrato oneroso, por lo que está a salvo de impugnaciones por los legitimarios alegando: que encubre donación; falta de capacidad de la alimentista; el vicio del consentimiento... Y es contrato aleatorio, como enmarca el Título XII, prólogo de los arts. 1791 y ss. del Código Civil (redacción desde el 18 de noviembre de 2003).

Recientemente ha tratado en esta materia un supuesto fáctico de interés la Audiencia Provincial de Guipúzcoa: “la absoluta desatención por su único hijo y por sus nietos, no solo material sino ante todo puramente humana, así como la imposibilidad de pagar todos los gastos...”, llevó a celebrar el contrato “y por las pruebas y documentación aportada, lo otorgó de forma libre; no existe indicio alguno de que mediara engaño por parte de las tres órdenes religiosas obligadas por el contrato de alimentos celebrado” (sentencia de la Sección Segunda, Audiencia Provincial de Guipúzcoa, mayo de 2017).

3. Donación e Imputación: remisión a lo expuesto al tratar de la Preterición.

VI. COMPUTACIÓN DE DONACIONES PARA EL CÁLCULO DE LA LEGÍTIMA (ART. 818) Y COLACIÓN *STRICTO SENSU* (ART. 1035 Y SIGUIENTES)

Íntimamente relacionados –tanto que los preceptos ahora citados hablan en el primero de “donaciones colacionables” y en el segundo de “para computarlo en la regulación de las legítimas”, cuando en puridad estamos ante figuras con campo propio de aplicación–, conviene a fin de completar el estudio de las cuestiones prácticas

sobre la Legítima, y como cierre del mismo, exponer el criterio interpretativo del Tribunal Supremo que acertadamente consta en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 18 de julio de 2017. Dice así:

Para calcular la legítima se ha de adicionar al valor del relictum –el valor líquido de los bienes de titularidad del causante al tiempo del fallecimiento–, el valor del donatum –el valor de las donaciones realizadas por el causante; de todas ellas–. Y es que el art. 818 no realiza una aplicación técnica o jurídica del concepto de colación como mera computación de las donaciones realizadas por el testador, para el cálculo de la legítima y de la porción libre.

Como precisa la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 19 de febrero de 2015 –sigue diciendo la Sentencia de la Audiencia citada–, el empleo de la colación que se infiere del art. 1035 del Código Civil sí que refiere una aplicación técnica o jurídica de este concepto en la presente voluntad del causante de igualar a sus herederos forzosos en su recíproca concurrencia a la herencia, sin finalidad de cálculo de la legítima como en el supuesto del art. 818; todo ello sin perjuicio de que se haya otorgado la donación en concepto de mejora o con dispensa de colacionar.

¿Algo que añadir? Solo plasmar lo siguiente:

El claro y sencillo ejemplo que en su momento dejó plasmado LA-CRUZ: Si A en su testamento instituye herederos a sus tres hijos 1,2 y 3 por partes iguales, habiendo hecho una donación al hijo 2, por un valor de 3, dejando un *relictum* de valor 9, no hay problema de inoficiosidad a efectos de la legítima; la institución de herederos por iguales partes, la donación efectuada y dado el *relictum* existente, hace que a 9 se le sume –por la colación– 3. 12 entre 3, dan el resultado de 4 para cada uno de los hijos. Como el hijo 2 ya recibió 3, ahora recibe 1. La presunta voluntad igualatoria ha producido este efecto (con la donación el causante anticipó la parte de lo que en definitiva quiso que cada hijo recibiera a su fallecimiento; no dispensó de la obligación de colacionar).

En fin, lo expuesto muestra y demuestra el necesario estar al día del jurista en la compleja regulación de la LEGÍTIMA en el Código Civil.

RECENSIONES



SOBRE LA CODIFICACIÓN HOLANDESA, EL DERECHO Y LA CODIFICACIÓN EUROPEA

(Ensayos en honor del Prof. HARTKAMP)

Gabriel García Cantero
Catedrático emérito de Derecho Civil
Universidad de Zaragoza

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN
2. DATOS BIOGRÁFICOS DEL PROF. ARTHUR HARTKAMP
3. INDICACIONES SOBRE EL CONTENIDO DEL VOLUMEN RECENSIONADO
4. JÜRGEN BASEDOW, "GENERAL PRINCIPLES OF EUROPEAN PRIVATE LAW AND INTEREST ANALYSIS: SOME REFLECTIONS IN THE LIGHT OF *MANGOLD* AND *AUDIOLUX*"
5. HUGH BEALE, "PENALTY CLAUSES IN ENGLISH LAW"
6. JEAN-SYLVESTRE BERGÉ, "LA COMPLÉMENTARITÉ DU DROIT NATIONAL, INTERNATIONAL ET EUROPÉEN: PERSPECTIVES POUR LES INDIVIDUS"
7. MARCEL FONTAINE, "LES OBJECTIVES DE L'HARMONISATION DU DROIT DE CONTRATS-DEUX PROJETS OHADA ET LES PRINCIPES OHADAC: OBJECTIFS CONTRASTÉS"
8. STEFAN GRUNDMANN, "TOWARDS A PRIVATE LAW EMBEDDED IN SOCIAL THEORY: EINE SKIZZE"

9. MARTIJN HESSELINK, "THE JUSTICE DIMENSIONS OF THE RELATIONSHIP BETWEEN FUNDAMENTAL RIGHTS AND PRIVATE LAW"
10. EWOUDE HONDIUS, "UNFAIR CONTRACTS TERMS AND THE CONSUMER: ECJ CASE LAW, FOREIGN LITERATURE, AND THEIR IMPACT ON DUTCH LAW"
11. CORJO J. H. JANSEN, "A EUROPEAN CIVIL CODE AND NATIONAL PRIVATE LAW: LESSONS FROM HISTORY"
12. SEBASTIAN C. J. J. KORTMANN, "INDIRECT REPRESENTATION ACCORDING TO THE DRAFT COMMON FRAME OF REFERENCE"
13. OLE LANDO, "UNIFICATION OF PATRIMONIAL LAWS GOVERNING INTERNATIONAL TRADE"
14. ROEL VAN LEUKEN, "PARENTAL LIABILITY FOR CARTEL INFRINGEMENTS COMMITTED BY WHOLLY OWNED SUBSIDIARIES: IS THE APPROACH OF THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE IN *AKZO NOBEL* ALSO RELEVANT IN A PRIVATE-LAW CONTEXT?"
15. HECTOR L. MCQUEEN, "UNILATERAL PROMISES: SCOTS LAW COMPARED WITH THE PECL AND THE DCFR"
16. ANNA MARIA MANCALEONE, "THE OBLIGATION ON DUTCH AND ITALIAN COURTS TO APPLY EU LAW OF THEIR OWN MOTION"
17. HANS-MICKLITZ, "UBERLEGUNGEN ZU DEM SCHWIERIGEN VERHÄLTNIS VON EU-PRIVATRECHT UND NATIONALEM PRIVATRECHT"
18. FREDERIK PEERAER & ILSE SAMOY, "THE BELGIAN CIVIL CODE: HOW TO RESTORE ITS CENTRAL POSITION IN MODERN PRIVATE LAW?"
19. NORBERT REICH, "PRODUCT LIABILITY AND BEYOND: AN EXERCISE IN «GAP-FILLING»"
20. CARLA SIEBURG, "THE ATTRIBUTION OF ACTS: TOWARDS A PRINCIPLED ASSESSMENT UNDER EU AND NATIONAL PRIVATE LAW"

21. CHRISTIAAN TIMMERMANS, "HORIZONTAL DIRECT/INDIRECT EFFECT OR DIRECT/INDIRECT HORIZONTAL EFFECT: WHAT'S A NAME?"
22. REINHARD ZIMMERMANN, "DIE VERJÄHRUNG-VON DEN PRINCIPLES OF EUROPEAN CONTRACT LAW BIS ZUM ENTWURF EINES GEMEINSAMEN EUROPÄISCHEN KAUFRECHTS: TEXTUFEN TRANSNATIONALER MODELLREGELN"
23. EPÍLOGO

1. PRESENTACIÓN

Varias razones explican la recensión del presente Libro de Homenaje (1) que a continuación desarrollo. No hay, ciertamente, singularidad en el hecho de que una obra de tal carácter se incluya o aparezca, eventualmente, en uno –o varios– números de una revista jurídica viva. Dentro y fuera de España han comenzado a utilizar tal método editorial algunas publicaciones periódicas, entre ellas la RJNot; circunstancia que viene a reducir notoriamente el costo de la edición, facilitando también su difusión. En cambio la actividad codificadora civil, llevada a cabo por el Reino de Holanda, bajo la inicial inspiración decisiva del Prof. MEIJERS desde mediados del siglo XX, ha venido también a influir de alguna manera en el proceso codificador civil de Europa, aunque sin olvidar el subsiguiente desarrollo comunitario, afectado, últimamente sin duda, por el *Brexit* (que los autores del Libro de Homenaje no han podido llegar a contemplar y valorar). El Código Civil neerlandés de 1992 ha sido, sin duda uno de los primeros en mutar el modelo de la primera codificación (adviértase que ha sido posterior en el tiempo al segundo CC portugués de ANTUNES VARELA de 1966), llevando, de esta suerte, la delantera en el uso de la clasificación decimal de las materias en él incluidas, y en la incorporación casi inmediata al texto codicial de no pocas normas comunitarias.

Por otra parte, el homenajeado es un autor de destacada actividad polifacética (romanista, privatista, docente universitario, magistrado, y ulterior retorno a la enseñanza). Por último me siento obligado a tener en cuenta una estricta razón personal con respecto al Prof. Ewoud HONDIUS, fundador en 1992 de la ERPL. En efecto, trabé amistad con él en el ya lejano Congre-

(1) "European Union Law, National Private Law, European Private Law". Essays in Honour of Arthur Hartkamp, Edited by Sieburg and Reinhard Zimmermann. En la "European Review of Private Law", vol 24, núms. 3 & 4, 2016, pp. 323-729.

so Internacional de Derecho Comparado de Teherán (1974), relación que se ha reforzado con el tiempo hasta haberme incluido generosamente en el *Advisory Board* de la citada prestigiosa revista, habiéndome publicado en ella algunas colaboraciones. Cuando HONDIUS ha dejado ya la dirección de la revista, sirva la presente recensión de afectuoso recuerdo y modesto agradecimiento al mismo.

2. DATOS BIOGRÁFICOS DE ARTHUR HARTKAMP (2)

Nacido en 1945, se inicia en la investigación del Derecho Romano en la Univ. de Ámsterdam, como alumno de Hans ANKUM, publicando su tesis sobre "Der Zwang im römischen Privatrecht", y ulteriores trabajos sobre Historia del Derecho. En 1974 el Ministerio de Justicia le nombró miembro del "Civil Code Revision Office", colaborando sobre Derecho comparado y las materias de su especialidad, hasta la promulgación de aquél en 1992. Pronto interviene en la redacción de proyectos internacionales, siendo designado delegado holandés en UNCITRAL, y miembro de su dirección en 1984, pasando a ser su Vicepresidente 1.º en 2003. Es jefe de la delegación holandesa en la Convención de la ONU sobre c.v. internacional de mercancías (CISG). Su actividad judicial se inicia en 1986 al ser designado Abogado General, y en 2001 Procurador General del TS neerlandés. Como docente universitario, a tiempo parcial, enseña primero en la Univ. de Utrecht (1991-1999), pasando luego a la de Ámsterdam (1999-2006). En 1985 es designado miembro de la Real Academia Neerlandesa de Artes y Ciencias, y en 2013, de la Academia Europea. Como jurista se destaca unánimemente su extraordinaria sensibilidad para captar las circunstancias específicas de cada caso, así como las de su contexto, ayudando con envidiable habilidad a encontrar soluciones razonables de forma elegante. Sus publicaciones ofrecen amplio espectro. Sobre el Derecho holandés de obligaciones publica cuatro volúmenes (1984-2015), con varias reediciones. Sobre el impacto del Derecho europeo en el holandés de obligaciones, publica una monografía en 2008. Es ya clásica la monografía publicada en colaboración: *Towards a European civil Code*, 4.ª ed. 2011. Sin olvidar, al margen del Derecho, sus traducciones de poemas griegos e italianos. Ni –en cuanto pedagogo– su especial aptitud para contagiar su entusiasmo a los colegas más jóvenes, tal como se recuerda en algunas colaboraciones del volumen recensionado.

(2) La semblanza se debe a Carla STIEBURG, profesora de Derecho Privado de la Radboud Univ. de Nimega, y a Reinhard ZIMMERMANN, Director del Max Plank Institut y prof. de la Bucerius Law School, de Hamburgo. *Op. cit.*, pp. 327-329. Ambos son también colaboradores ulteriores del presente volumen.

3. INDICACIONES GENERALES SOBRE EL CONTENIDO DEL VOLUMEN RECENSIONADO

Hay que recordar que los números 3 y 4, año 2016, de la ERPL están destinados íntegramente a la finalidad del Homenaje, alcanzando el volumen un total de 400 pp. El único criterio clasificatorio de las colaboraciones parece haber sido el alfabético de autores, prescindiéndose, *ad exemplum*, de una clasificación por materias, o de haber programado su interna relación sistemática, solicitando a los colaboradores que desarrollasen un tema más o menos amplio previamente establecido. Es verdad que hay entre ellos un grupo de Profesores, alumnos suyos, de la Univ. Radboud de Nimega, pero es evidente que los responsables del volumen han acertado reuniendo valiosas colaboraciones procedentes de otros países, entre los que figuran autores de gran prestigio europeo. Incluyendo la oportuna semblanza del homenajeado, se insertan un total de 19 trabajos, pertenecientes a una veintena de autores (hay uno en colaboración dual). Predominan los redactados en lengua inglesa (15), habiendo dos, respectivamente, escritos en francés y en alemán.

La ausencia de colaboraciones de autores españoles no puede ser, para nosotros, motivo de satisfacción, aunque la doctrina hispana que desde hace algunos años, está publicando en los idiomas más utilizados en Europa, no deja de ser citada en los trabajos aquí incluidos; por otra parte, el aludido escaso interés pudiera acaso explicarse por las referencias más bien reducidas, del Derecho y doctrina neerlandesa en nuestra doctrina, salvo las hechas por los aludidos beneméritos especialistas. Opino, sin embargo, que la divulgación del contenido del presente volumen puede ofrecer utilidad general para los juristas españoles, ya que permitirá no sólo una mayor difusión de aquélla con perspectiva comparativa, sino que contribuirá a facilitar el conocimiento de cómo se solucionan, en otros países miembros de la UE, problemas –a veces arduos– que también entre nosotros plantea y seguirá planteando el Derecho comunitario.

Por lo demás seguiré el mismo orden expositivo del volumen.

4. JÜRGEN BASEDOW, *GENERAL PRINCIPLES OF EUROPEAN PRIVATE LAW AND INTEREST ANALYSIS* (3)

Parte de dos sentencias recientes del Tribunal de Luxemburgo: El conocido como caso *Mangold*, de 22 noviembre 2005, (C-104/04 *Mangold v. Helm*), y el caso *Audiolux*, (*Audiolux SA v-Groupe Bruxelles Lambert SA and Others and Bertelsmann AG and Others*). Se trata de aclarar la naturaleza, función y obtención de los Principios Generales del Derecho comunitario

(3) *Op. cit.*, pp. 331-351. El autor, Director del Max Plank Institut y prof. de la Univ. de Hamburgo, lleva a cabo un lúcido análisis de un importante tema de Derecho comunitario, a saber, el de las fuentes complementarias de su ordenamiento.

(PGDC), profundizando en la inducción y deducción como métodos de investigación. Todo ello en relación con el principio de igualdad de trato de los litigantes, y la pluralidad y diversidad de sus intereses.

Centrándose en los dos casos que se consideran emblemáticos se señala que en ambos había un problema de discriminación, pero difieren considerablemente en el plano metodológico y en sus resultados. En ambos el Tribunal de Luxemburgo indica que los PGDC deben obtenerse a través del Derecho de la UE, del Derecho Internacional público o del Derecho nacional de los estados miembros, pero tal análisis se hizo superficialmente en el caso *Mangold*, de modo que, a juicio del autor, *Audiolux* representa el único supuesto a tener en cuenta como modelo. La generalización de un PGDC precisa de una segunda fase de elaboración, es decir, una fase de razonamiento en la que se aporte su justificación. Tal análisis se ha realizado en *Audiolux*, pero de forma tan restrictiva que responde mal a las exigencias del Derecho privado. A su juicio la importancia de aquéllos no deriva ni de su importancia fundamental, ni de la generalidad de su objeto, ni de la amplitud de su aplicación. Son generales en la medida en que derivan de reglas muy específicas, y así puede ocurrir que un supuesto muy concreto pueda ser regulado por un PGDC. No parece oportuno tener en cuenta sólo los principios constitucionales. Tal restricción no parece coherente con la aplicación de los mismos en el Derecho de la UE, en el que se califican de tales tanto los de carácter prioritario como inferior al derecho derivado. Además, y de modo particular en el Derecho privado los PGDC carecen a veces de efecto legal directo y son utilizados para transmitir meras informaciones sobre la regla a aplicar, o para interpretar disposiciones legislativas o bien colmar las lagunas. A juicio de Basedow, para identificar un PGDC en el ámbito privatista, la derivación por vía inductiva requiere que el Tribunal de Luxemburgo: (i) analice los intereses de las partes que podrían verse afectadas por el mismo en el área en cuestión, y (ii) evaluar aquellos intereses a la luz del Derecho comunitario. En este punto ambas decisiones del Tribunal son metodológicamente deficientes (4).

5. HUGH BEALE, *PENALTY CLAUSES IN ENGLISH LAW* (5)

No carente el autor de excelente sentido del humor, y aludiendo a sus extensas relaciones personales con HARTKAMP, explica la elección del tema, que representa una *anomalía* del Derecho inglés que modestamente trata de corregir explicando su funcionamiento tradicional y los recientes intentos de la *Cour Suprême* por superarlos. En efecto, desde 1915 el Derecho inglés

(4) *Op. cit.*, p. 351.

(5) El autor es Prof. de la Univ. de Warwick, y es uno de los mejores expertos ingleses en el Derecho de Obligaciones de los países continentales. Hace algunos cursos tuvo la satisfacción de que informara ampliamente a mis alumnos zaragozanos sobre las peculiaridades del *Common Law* inglés en la materia.

diferencia entre las cláusulas penales que no pueden ser objeto de ejecución forzosa, de las cláusulas relativas a los daños y perjuicios específicos que pueden serlo, según un criterio basado en el carácter extravagante o exorbitante de la cuantía prevista conforme a una estimación anticipada de la pérdida que podría experimentar el perjudicado. Sentencias recientes hacen pensar que también podría ser válida una cláusula penal similar, aunque no proceda de una estimación anticipada de la pérdida cuando hay una justificación mercantil más allá de la única finalidad de disuadir a un contratante de incumplir sus obligaciones; o, incluso, si existe un interés social más general en el cumplimiento del contrato. En el momento de redactar el artículo de homenaje se habían planteado dos recursos ante aquélla, el caso *Beavis* y el caso *Cavendish*. En uno de ellos los recurrentes alegan que la prohibición de cláusulas penales debía derogarse, o, al menos, suspenderse o desactivarse, cuando las partes han pactado en un plano de igualdad. A juicio del autor el abandono completo de la prohibición privaría de la protección a los profesionales poco avisados, mientras que una desactivación parcial obligaría a elaborar los supuestos en que la prohibición debería subsistir. Otros planteamientos –que el autor califica de más prometedores– podrían consistir en eliminar la prohibición cuando se trata de cláusulas que forman el *corazón* del contrato, o, incluso, interrogarse sobre la finalidad mercantil de la cláusula penal y sobre el carácter proporcional de sus efectos respecto a tal finalidad. Con todo, BEALE opina que podría ser harto delicado determinar las cláusulas que deberían someterse a tal control. En una nota adicional recoge la sentencia ya pronunciada por la *Supreme Court*, negándose a abolir la prohibición general de la cláusula penal (6).

Personalmente opino que la colaboración del autor es una excelente explicación de lo que califica *exótica* supervivencia inglesa de la prohibición, y que, adicionalmente, podía añadirse que el Brexit parece no haber devaluado su valor intrínseco.

6. JEAN-SILVESTER BERGÉ: LA COMPLÉMENTARITÉ DU DROIT NATIONAL, INTERNATIONAL ET EUROPÉEN: PERSPECTIVES POUR LES INDIVIDUS (7)

El objeto de la colaboración se resume en términos muy amplios y de fácil comprensión: la complementariedad del Derecho nacional, internacional y europeo es una de las grandes ilustraciones del fenómeno del pluralismo jurídico mundial. El autor se propone poner de relieve el estado actual de

(6) *Op. cit.*, p. 372, p. 79.

(7) *Op. cit.*, pp. 373-392. El autor es Prof. de Derecho en la Univ. Jean Moulin-Lyon 3, pero además está relacionado científicamente con el homenajeado por colaborar en una obra colectiva, en publicación, que aquel codirige; se trata de A. HARTKAMP, G. SIEBURG und W. DEVROE (eds), " Ius Commune Casebook on the Effects of European Law on legal relationship between individuals." Oxford, Hart Publishing.

complementariedad de derechos que puede producirse en situaciones verticales u horizontales que afectan a los individuos. Partiendo de la idea de los llamados efectos verticales del Derecho europeo sobre los derechos individuales se sostiene que también pueden analizarse los horizontales, originando el fenómeno de la complementariedad.

Este análisis se proyecta en el contexto de un fuerte "pluralismo jurídico mundial" surgido a partir de 1990, especialmente en el ámbito anglosajón (8), influido inmediatamente por los fenómenos de "mundialización" y sus diferentes declinaciones, tales como globalización; en este punto cabe registrar una amplísima bibliografía con repercusión en la diversidad de ramas jurídicas, que resulta difícilmente abarcable (9); o bien la transnacionalidad (10), la fragmentación (11), o la regionalización. Por último, es de resaltar que, en relación con el Derecho comunitario, la literatura sobre el tema es singularmente abundante (12).

Incluso, si bien este pluralismo jurídico mundial no se libra de alguna forma de estandarización o dominación, sirve para describir la multiplicación de los lugares de elaboración y aplicación del derecho que aparecen fuera y más allá del modelo estrictamente estatal. Se comprueba así que el Derecho no se construye sólo en el interior de las únicas esferas nacionales, sino que también es el resultado de la actividad propia de organizaciones

(8) SNYDER "Governing Economic, Globalisation Global, Legal Pluralism and European Law", *European Law Review*, 1999, p. 334; BERMAN, "Global Legal Pluralism", en *Southern California Law Review*, 2007, p. 115; y MICHAELS "Global Legal Pluralism", en *Annual Review of Law and Social Science*, 2009, p. 45.

(9) A título general cabe mencionar: G. TEUBNER (ed.) "Global Law without a State" (Darmouth 1997); BASEDOW and KONO (eds.) "Legal Aspects of Globalisation" (La Haye 2000); AUBY, "La globalisation, le Droit et l'Etat", 2ème ed. (Paris 2010); FAURE et VAN DE WALT, "Globalisation and Private Law" (Elgar 2010); CHÉROT et FRYDMAN (ed.), "La Science du Droit dans la globalisation" (Bruxelles 2012).

(10) Aunque los estudios sobre la emergencia de un Derecho transnacional son ya antiguos, cabe mencionar dos recientes que analizan el fenómeno en Derecho constitucional y en Derecho privado: Ch. JOERGES, I. J. SAND et G. TEUBNER, (eds). "Transnational Governance and Constitutionalism", (Oxford, Hart, 2004); G. P. GALLIES and P. ZUMBANSEN, "Rough Consensus and Running Code-A theory of Transnational Private Law" (Oxford, Hart, 2012).

(11) "La fragmentation du droit applicable aux relations internationales -Regards croisés des internationalistes privatistes et publicistes" (dir. varios autores) (París, Pedone, 2011).

(12) V. W. GRAF VITZTHUM, C. PRIETO, et R. MENDI (dirs): "Europe et Mondialisation-Europa and Globalisierung" (Aix-en-Provence, Presses Universitaires Aix-Marseille, 2006); S. ROBIN OLIVIER et R. FASQUELLE (eds), "Les échanges entre les droits, l'expérience communautaire: Une lecture des phénomènes de régionalisation et de mondialisation du droit" (Bruxelles: Bruylant, 2008); M. LE BARRIER-LE BRIS (dir.) "Le droit européen et la gouvernance mondiale-Quel apport avec quels acteurs?" (Bruxelles, Bruylant 2012), etc.

internacionales y regionales, singularmente europeas, ya sea que tales organizaciones tengan, en lo esencial, un origen estatal (ONU, OMC, OIT, Organización Mundial de la Salud o de la Propiedad Intelectual, Instituto Internacional para la unificación del Derecho Privado, Unión Europea, Tribunal Internacional de Justicia, Tribunal Permanente de Arbitraje, Tribunal Europeo de los Derechos Humanos), o más excepcionalmente privado (Organizaciones no gubernamentales, como la Cámara Internacional del Comercio, la "Human Rights Watch", incluso multinacionales o sindicatos profesionales). No se olvide que el contexto nacional que conoce también formas de pluralismo jurídico, no desaparece sino que coexiste con los métodos y soluciones jurídicas definidas en el contexto internacional y europeo.

Esta situación de pluralismo origina hipótesis, cada vez más frecuentes, en las que varios derechos elaborados a diferentes niveles se aplican simultáneamente (complementariedad de derechos), que puede ser institucional o material. Líneas generales de investigación que el autor desarrolla sucesivamente así: Complementariedades institucionales; Complementariedades materiales; Relaciones de *mise en oeuvre* institucionales; y Relaciones de *mise en oeuvre* materiales. Dado que el autor de indudable formación jurídica gala, sobrepasa con frecuencia los límites del Derecho civil o privado, señalaré los ejemplos más significativos para los lectores.

Es frecuente, e incluso banal, que una normativa elaborada en un contexto se aplique a una institución perteneciente a otro nivel. Entre nosotros el fenómeno es observable respecto del conjunto de instituciones nacionales (públicas e incluso privadas) potencialmente concernidas por la aplicación de un derecho internacional o europeo. Ello es muy frecuente por la actuación ante el TC, la jurisdicción ordinaria de las diversas materias e incluso los tribunales de arbitraje. También tiene consecuencias para los particulares que éstos litiguen ante los Tribunales comunitarios, originando que la CJUE encargada de aplicar un derecho nacional lo regule conforme a un contrato concluido según el derecho comunitario. O bien cuando los tribunales supraestatales aplican el derecho internacional y recíprocamente si lo hace una instancia internacional en relación con el derecho europeo. En materia penal se erige en principio cuando se trata de establecer las difíciles y sensibles relaciones entre el Tribunal Penal Internacional y los tribunales penales de los estados miembros. También hay relaciones entre la justicia arbitral internacional y la estatal.

La complementariedad de las normativas puede funcionar a nivel material pues el jurista, en general, se esfuerza por enriquecer su acervo profesional con las similitudes y diferencias que existen entre los métodos y soluciones del derecho material nacional, internacional o europeo al objeto de obtener a modo de un "conglomerado ensamblado" (*assemblage*) destinados a producir un efecto de derecho particular. Hace notar el autor (13), que este tipo de complementariedades resultan tan interesantes al permitir

(13) *Op. cit.*, p. 378.

alcanzar un resultado diferente del que se lograría separadamente aplicando cada derecho en presencia.

En la complementariedad de los derechos estatales menciona la teoría del "dépeçage" vigente en derecho comunitario (14). Los casos de complementariedad son más frecuentes entre derechos concebidos en contextos diferentes. La explicación es simple pues los derechos internacional y europeo están sometidos a un principio de especialidad con la consecuencia de presentar un carácter incompleto. Recientemente se ha producido el *arrêt Bogiatzi* en un caso de accidente producido en un embarque aéreo, respecto del cual cabían aplicar tres normativas potencialmente aplicables: 1.º La Convención de Varsovia (1955); 2.º El Reglamento del Consejo de 9 octubre 1997; y 3.º Las reglas de derecho procesal interno que autorizaban a la víctima a utilizar las normas procesales nacionales. El Tribunal ha decidido aplicar cumulativamente todas ellas, incluso la Convención de Varsovia que había sido muy discutida, logrando un resultado que ninguna de las normas en presencia hubiera logrado alcanzar. El autor lo califica de "complementariedad material", que también se logra aplicando, en otro ámbito, el art. 53 de la Carta de los Derechos fundamentales de la UE cuando se refiere a las Constituciones de los estados miembros. Ello permite hablar de la complementariedad de los diferentes instrumentos nacionales, internacionales y europeos en la protección de los derechos fundamentales de la persona.

La expresión *rappports de mise en oeuvre* designa un proceso de combinación particular. Cada vez que las instituciones surgidas de sistemas jurídicos diferentes que hacen necesario su *mise en oeuvre conjointe*, ninguna de las instituciones en presencia tiene vocación a desaparecer o a suplantar a los otros. Las instituciones cohabitan de manera duradera en una relación de puesta en aplicación. Las complementariedades institucionales se inscriben a veces en una perspectiva de ejecución. Es el caso de las instituciones nacionales que se esfuerzan por poner en aplicación reglas de derecho internacional y europeo. Cada país aplica sus reglas de inserción formal. Pero hay múltiples normas de inserción material. El Derecho europeo necesita muchas veces recurrir a procedimientos nacionales para su puesta en aplicación (principio de autonomía institucional o procedimental), que se ha ido desarrollando desde hace más de treinta años por el Tribunal de Luxemburgo con arreglo a un doble principio: i) En ausencia de reglamentación europea, pertenece al orden jurídico interno de cada país miembro designar los tribunales competentes y regular su procedimiento para garantizar la salvaguardia de los derechos que los justiciables adquieren del efecto directo del Derecho europeo; y ii) Estas modalidades no deben ser menos favorables para sus ciudadanos que los derechos similares de naturaleza interna (principio de equivalencia), y, sobre todo, no deben convertirse en

(14) Que permite a las partes de un contrato elegir leyes diferentes aplicables distinguiendo cada una de las cuestiones así designadas o bien normas objetivamente aplicables. Así ocurre en el Reglamento Roma I de 2008.

prácticamente imposible o excesivamente imposible el ejercicio de los derechos conferidos por el orden jurídico europeo (principio de efectividad). En resumen: cuando el Derecho europeo no proporciona todos los medios de su actuación, se remite a los diferentes Derechos nacionales, pero no se difumina en modo alguno sino que vigila el respeto de sus normas en nombre de un doble imperativo, de efectividad jurídica y de aplicación uniforme (15). La transposición de Directivas representa otro ejemplo de la función ejecutiva juzgado por el Derecho nacional en Derecho europeo. Así el art. 288 TFUE dispone que la Directiva "lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quand au choix de la forme et des moyens". El Derecho nacional debe poner en práctica la Directiva, lo que implica una condición necesaria para que se desplieguen todos los efectos del Derecho europeo. También la puesta en aplicación del Derecho internacional por las instituciones de la UE requiere a veces que se adopte un acto formal de recepción, resultando de mayor complejidad cuando interviene también el derecho nacional (Convención d'Aarhus de 1998). Por último cabe mencionar el Derecho de marcas, respecto del cual se ha creado la marca comunitaria con una Oficina de armonización situada en Alicante, lo que permite que una petición de registro internacional origine una cooperación institucional que comprende el derecho nacional, internacional y europeo.

Caracteres algo diferentes ofrecen las relaciones de puesta en funcionamiento material que según el autor suelen ocultarse, aunque a su juicio no tienen vocación de extinguirse. Las normativas en presencia continúan existiendo en su contexto originario, y no se agotan cuando se aplican una vez, razón por la cual deben considerarse bajo la perspectiva de una relación duradera.

En primer término analiza la cooperación internacional en materia civil. El derecho a un proceso equitativo comprende en una acepción amplia (procedimiento, recursos, principio de legalidad de delitos y penas, *ne bis in idem*) los derechos y garantías definidos en los arts. 4, 6, 7 y 13 del Protocolo 7 de la CEDH. La materia se compone de garantías institucionales y procesales (el derecho a un juez y a ejecución). En la UE, el derecho a la cooperación judicial en materia civil junto a la cooperación en materia penal, la política de inmigración y la cooperación policial y el espacio de libertad-seguridad-justicia, constituye uno de sus grandes objetivos. ¿Hay incompatibilidad entre Estrasburgo y Luxemburgo? Ambas normativas, ¿tienen vocación de coexistir duraderamente como construcciones jurídicas distintas? O, más bien, ¿se dirigen a que una sea absorbida por la otra? Así el proceso equitativo modelará el derecho de cooperación judicial en materia civil o, inversamente, el derecho de cooperación judicial en materia civil someterá a sus propias construcciones el derecho a un proceso equitativo. El autor propugna una coexistencia duradera entre ambas construcciones

(15) *Op. cit.*, p. 383.

jurídicas, teniendo en cuenta que son diferentes sus fuentes, los resortes institucionales de que disponen, métodos de razonamiento y soluciones también distintas (16). Otro caso es el ámbito de las libertades económicas de circulación definidas a nivel europeo por los arts. 26 ss del TFUE en relación con el derecho de los estados miembros, pues aquéllas lejos de bastarse a sí mismas se inscriben en una dialéctica de relación continua con los derechos nacionales. Es indiscutible que el derecho europeo permite actuar al derecho nacional en tal contexto, fenómeno que sigue creciendo y que tiende a perdurar como demuestra el "affaire Dior" en materia de propiedad industrial sobre los signos distintivos.

A modo de conclusión afirma el autor: la figura de la complementariedad de derechos ilustra la aplicación a una situación dada de una pluralidad de normas definidas a nivel diferente (nacional, internacional, europeo). Esta aplicación cumulativa se explica por la ausencia de una relación de estricta sustituibilidad de aquellos derechos, de manera que ninguna regla de conflicto es susceptible de disponer sus aplicaciones respectivas. Es una figura poco estudiada por la doctrina. La solución es muy exigente ya que supone dominar diversos ordenamientos, es decir, varias culturas a la vez. Algunos casos son elementales, pero otros son muy complejos como se recogen en este trabajo.

7. MARCEL FONTAINE, *LES OBJECTIVES DE L'HARMONISATION DU DROIT DES CONTRATS. DEUX PROJETS OHADA ET LES PRINCIPES OHADAC: OBJECTIVES CONTRASTÉS* (17)

El autor es Profesor de Derecho, emérito de la Universidad de Lovaina y ha colaborado muchos años con el homenajeado en la elaboración de los "Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international". Afirma que en la era de la "mundialización", el movimiento hacia una armonización del derecho crece sin cesar, especialmente en materia contractual como la disciplina jurídica más útil a los intercambios internacionales. La Convención de Viena ha sido ratificada por más de ochenta países. Los Principios de UNIDROIT se han convertido en un instrumento de referencia en el arbitraje internacional, y de modelo para las reformas legislativas nacionales. En la UE un vasto conjunto de trabajos ha conducido al Proyecto de Pavía, a los Principios del Derecho Europeo de Contratos, al *Draft Common Frame of Reference*, y también al Proyecto de Reglamento relativo al Derecho europeo común de la venta. Pero objeto de la aportación va a ser la exposición de tres proyectos o anteproyectos elaborados fuera de nuestro continente, con diversidad de situación actual y resultado.

(16) *Op. cit.*, p. 387.

(17) *Op. cit.*, pp. 393-408.

En materia de "armonización" del comercio internacional se propugna una actitud realista pues en esta materia la diversidad de legislaciones constituye un obstáculo verdadero al desarrollo de los intercambios. Iniciar una negociación con un *partenaire* perteneciente a otro sistema jurídico suscita inmediatamente la cuestión de saber qué ley va a regir la relación contractual, ya sea por acuerdo de las partes o por aplicación de la competente ley de conflicto, tendrá inmediatas consecuencias ya que para una de las partes el contrato se regirá por una norma jurídica no familiar (incluso podrá serlo para ambas si la norma aplicable es de un tercer país). Para el autor, la mayoría de proyectos de armonización encuentran fuertes resistencias, incluso apasionadas, de diferente naturaleza (inconvenientes consistentes en que los justiciables pierdan competencias debiendo adaptarse a nuevas reglas; sobre todo el temor a perder su propia tradición jurídica, con la imposición de un régimen que ignora particularidades locales). La ponencia recae sobre dos trabajos en curso, uno en África en el marco de la OHADA, y otro en el Caribe a iniciativa de la OHADAC.

Anteproyecto de Acta Uniforme OHADA sobre el Derecho de los contratos.

L'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires fue creada en 1993 y comprende 17 Estados miembros (Benín, Burkina Faso, Camerún, Centroáfrica, Comores, Congo, Costa de Marfil, Gabón, Guinea, Guinea Bissau, Guinea Ecuatorial, Malí, Níger, República Democrática del Congo, Senegal, Tchad y Togo). Varias Actas Uniformes rigen determinadas materias (Derecho mercantil en general, Derecho de sociedades, cooperativas, Derecho contable, Derecho de garantías, Arbitraje, procedimientos simplificados de cobro y vías de ejecución, procedimientos colectivos de agotamiento del pasivo, contrato de transporte de mercancías por carretera). En 2002 el Consejo de Ministros de la OHADA ha solicitado al Secretario permanente de la institución tomar contacto con UNIDROIT con vista a elaborar un Anteproyecto de Acta Uniforme sobre el Derecho de los contratos. Se precisaba que el texto a redactar debería "tener en cuenta la reciente evolución internacional en materia contractual, integrando tanto las preocupaciones de los sistemas jurídicos romano-germánicos como los del *Common Law*". El autor fue el encargado de elaborar tal Anteproyecto.

El Prof. FONTAINE ha realizado tres misiones específicas en nueve países diferentes, reuniéndose con un centenar de magistrados, abogados, notarios, profesores, asesores jurídicos y otros especialistas y prácticos del derecho de contratos, organizadas por las Comisiones Nacionales Locales de OHADA. Preparadas mediante un cuestionario previo el resultado ha sido fructífero para elaborar el Anteproyecto.

El Acta Uniforme debía separarse lo menos posible del modelo de los *Principes d'UNIDROIT* porque éstos han llegado a constituir una codificación de calidad ampliamente conocida en el ámbito internacional, originando una abundante doctrina y numerosas aplicaciones jurisprudenciales. Además como han inspirado reformas legislativas en algunos países, la armonización efectuada en el marco de la OHADA se integrará en otra todavía más

extensa. Inspirándose también en el *Common Law*, cabe esperar que en el futuro se adhieran otros países africanos pertenecientes a dicho sistema. Otra ventaja es que tales *Principios*, redactados inicialmente en francés e inglés, se han traducido ahora al español y portugués. Ahora bien, según otro principio de carácter correctivo, han de tenerse en cuenta las *especificaciones africanas*, sobre cuyo significado no hay unanimidad. Para algunos se trata del Derecho africano anterior a la colonización que todavía encuentra algunas aplicaciones, si bien no parece haber desarrollado efectivamente reglas generales sobre la contratación. También podría entenderse respecto de las tradiciones jurídicas actuales vigentes en diferentes países africanos, aunque se hace valer que tal especificidad no añade nada a la armonización proyectada. Por último, cabría entender las circunstancias de hecho y los datos sociológicos que prevalecen en cada uno de los países considerados; así se enumeran: el grado de analfabetismo ampliamente difundido y, en general, la debilidad generalizada de la cultura jurídica de los justiciables y la insuficiente formación de algunos magistrados, obstáculo a lo que parece harto difícil hacer frente al realizar la armonización. En estas condiciones se asumió exclusivamente la primera conclusión, no existiendo motivo alguno para retocar o reescribir los *Principios de UNIDROIT* (18). El Anteproyecto fue remitido a la Secretaría Permanente de la OHADA en septiembre 2004. En febrero de 2005 se puso en marcha el procedimiento de examen. Sin embargo, se abrió una fase de paralización debida en parte a motivos institucionales y también a razones derivadas del propio Anteproyecto. Se inició un debate sobre el ritmo de los debates, y si bien era impresionante el trabajo realizado durante quince años, se alegaron razones para adoptar un tiempo de espera. Los TS nacionales sufren cuando se les va amputando sus competencias. Sobre todo los sectores jurídicos de tradición francesa habían expresado fuertes reservas ante el abandono de la misma por la aceptación de un derecho contractual inspirado en aquellos Principios.

El autor considera comprensible tal reacción gala pues el tema era objeto habitual de discusión. En efecto si el objetivo consistía en dotar a los países de la OHADA de un sistema jurídico moderno y competitivo, el esfuerzo vale la pena y no parece insuperable. Más fundamental es el tema de si la adopción de un Acta Uniforme en materia de contratos conduce necesariamente a un cambio de sistema o si no era preferible permanecer en la tradición de los países miembros actuales. Tema objeto del Proyecto alternativo.

Texto alternativo.

Se debe a la *Fondation de droit continental* que se encarga de elaborar un contra-proyecto de armonización del derecho contractual en la zona OHADA encomendado a tres profesores africanos, cuyos trabajos han permanecido durante mucho tiempo en el silencio o discreción. En su *Rapport de présentation* de un primer estado del proyecto se propone a los estados

(18) *Op. cit.*, p. 400.

miembros un intento de aproximación claramente opuesto al anteriormente examinado. Su característica más evidente es respetar la cultura jurídica y procesal de base de los estados miembros que no implique *une sorte de dépaysement* para los juristas ya formados. Se declara haberse inspirado especialmente en el Ccfr en su estado al momento de la independencia, así como en las codificaciones más recientes promulgadas en Senegal, Malí y Guinea Conakry. También se inspira en el Derecho comparado y en las soluciones legales pertinentes tales como el proyecto Catalá, los Principios de Derecho Europeo de contratos, el proyecto Gandolfi o de Pavía, el Acta Uniforme OHADA, los Principios de Unidroit, la Convención de Viena y el *Draft Common Frame of Reference* europeo. Se insiste en que habían sido tenidas en cuenta las soluciones innovadoras, incluso arriesgadas, pero siempre bajo la perspectiva de no suponer una desnaturalización de los juristas, de los prácticos y los lectores de la marcha de los negocios.

El autor analiza que la opción básica del proyecto alternativo se expresa claramente en el sentido de que cada estado miembro siga perteneciendo a la tradición jurídica a la que mayoritariamente pertenece, es decir la tradición jurídica francesa (que inspiran, por ejemplo, las leyes más recientes de Senegal, Malí y Guinea Conakry) mientras que se omite toda referencia a las leyes de la República Democrática del Congo, Guinea Bissau, Guinea Ecuatorial y Camerún anglófono. Observa el autor que conservar numerosas referencias a tradiciones derivadas del Código de Napoleón no parece conforme con el propósito de armonizar las reformas experimentadas en los últimos dos siglos. Quizá los autores no han llegado a tiempo de analizar la Ordenanza gala de 10 febrero 2010, cuyo espíritu innovador hace valer el Prof. Fontaine (19). Por otra parte algunos indicios permiten esperar un proyecto más abierto.

Los Principios OHADAC en el Caribe.

Entre los países del Caribe se abre paso una ambiciosa tarea de armonización dirigida por la *Organisation pour l'Harmonisation du droit des affaires dans la Caraïbe (OHADAC)* creada según el modelo de la OHADA con la diferencia de incluir a una treintena de estados independientes y una cuarentena de territorios diferentes de los que sólo doce son continentales, y el resto insulares. Junto a los primeros, hay otros sometidos a la soberanía de Francia, Reino Unido, USA o Países Bajos. Algunos se benefician de estatus particulares en relación con USA o Países Bajos. Las herencias culturales recibidas y su régimen jurídico son también diferentes. En la región se habla español, francés, inglés y neerlandés, así como lenguas indígenas o mestizas (creole y papiamento). Jurídicamente la mayoría pertenecen a la familia romano-germánica, influidos por el derecho francés y español, si bien el nuevo Cchol. aporta otra orientación. El *Common Law* sigue presente en los territorios sometidos al Reino Unido o pertenecientes a la *Commonwealth*, así como los sometidos a USA.

(19) *Op. cit.*, p. 403.

El punto de partida se aprobó en un Coloquio celebrado en septiembre 2015 en Guadalupe, respecto de las sociedades mercantiles, el Derecho Internacional Privado, el arbitraje y la conciliación, pero de modo especial los *Principes OHADAC sur les contrats internationaux*, que el autor expondrá a continuación. En la Exposición introductoria se incluyen los objetivos perseguidos y el espíritu de la codificación. La armonización del derecho contractual es un factor del desarrollo de los intercambios internacionales. El proyecto se inspira en la experiencia OHADA pero eludiendo en buena parte la estrategia utilizada por la parte francófona de África. Se propone reencontrar la diversidad y la heterogeneidad del Caribe, por lo cual los Principios Ohadac se establecen a título de *softlaw* como modelo en el que los particulares y los estados miembros podrán inspirarse libremente en su ordenamiento jurídico o en sus relaciones comerciales. Se describen con detalle los errores en que, a su juicio, han incurrido los autores de aquél (enormes repercusiones a nivel académico pero escaso impacto en la práctica) (20). Se esfuerzan por evitarlos proponiendo un texto que fuera útil a los operadores comerciales en un mercado jurídico heterogéneo, un texto que cada usuario puede estimar útil y fiable, sea cualquiera su cultura jurídica. Sus principios de redacción han sido: a) no formular reglas culturalmente inaceptables o incómodas para un contratante o un juez de un determinado sistema jurídico; b) no crear reglas nuevas a menos que sirvan para resolver problemas a todos los sistemas presentes; y c) respetar la regla del menor común denominador en presencia de diferencias que parecen insuperables. La elección de los Principios OHADAC debe entenderse como un recurso útil para completar los pactos, ya que las cláusulas contractuales prevalecen en caso de contradicción, y sería equivocado considerarlos como un sistema jurídico completo de modo que las partes son invitadas a elegir un orden jurídico de referencia para rellenar las lagunas. Los Principios OHADAC vienen a representar "la última frontera de un acuerdo común aceptable para todos los partícipes del mercado caribeño, independientemente de su tradición jurídica" (21).

El autor, por su parte, hace algunas observaciones: i) La estructura de los Principios OHADAC está inspirada claramente en los Principios UNIDROIT, con algunos retoques. La presentación formal es análoga y, en cuanto al fondo, numerosos textos son similares. Pero la diferencia más espectacular es la omisión de toda referencia en aquéllos al principio de la buena fe, omisión que se justifica en razón a las profundas divergencias de percepción que en esta cuestión existe entre los sistemas romano-germánicos y los países del *Common Law*.

El autor demuestra lo que puede calificarse como "exquisita neutralidad valorativa", afirmando que cada una de las tres modalidades de armonización analizadas posee su legitimidad ya que cada uno de quienes las han

(20) *Op. cit.*, p. 405.

(21) *Op. cit.*, p. 406.

promovido pueden elegir los objetivos que persiguen y los medios para lograrlos. Pero no debe olvidarse que, con frecuencia, las orientaciones elegidas comportan una importante dimensión política, que los objetivos declarados pueden no ser los únicos y que no siempre se trata de alcanzarlos con perfecta coherencia (22).

8. STEFAN GRUNDMANN, *TOWARDS A PRIVATE LAW EMBEDDED IN SOCIAL THEORY: EINE SKIZZE* (23)

Inicia su colaboración mencionando un rasgo biográfico del homenajeado que simboliza en la proposición *Towards*, que inicia el título de su famosa monografía en colaboración (*Towards a European Civil Code*, 2.^a ed. Den Haag, 1998), y que permite ahora al autor aludir a la pluralidad de ocupaciones del homenajeado, siempre presididas por una nueva actividad, especialmente la que ha desplegado intensamente en la elaboración del nuevo Cchol. La dificultad del tema de esta colaboración me parece notable, y sus conclusiones no pueden tomarse a la ligera por los juristas en sentido estricto pues enlaza con un movimiento de especialistas de otras ciencias que, desde finales del siglo xx, están tratando de influir decisivamente en el enfoque futuro del nuevo Derecho contractual europeo. Para ello se distinguen dos tipos contractuales, el denominado *contrato-organización* y el simple contrato de *intercambio*. A juicio del autor (24), la doctrina contractualista, y la legislación y estudios comparativos otorgan menor atención científica al primer tipo que al segundo. La causa de ello pudiera radicar, al menos en parte, en una insuficiente consideración de ciertos desarrollos que coetáneamente se han producido en otras ciencias sociales, y, en particular, la economía institucional y la nueva sociología económica. Así propone desarrollar la llamativa idea de un ordenamiento jurídico que carezca de una teoría del negocio jurídico. En apretados párrafos explica la teoría desarrollada por Olivier WILLIAMSON y otros miembros de su escuela (25), sobre la economía institucional. Asimismo razona en relación con la nueva Sociología económica de Walter POWELL y sus seguidores (26), basada en la *reciprocidad continuada*, requisito básico para el éxito de las redes, que puede suministrar una base sólida para elaborar reglas y deberes legales.

(22) *Op. cit.*, p. 408.

(23) *Op. cit.*, pp. 409-424. El autor es Prof. en la Univ. Humboldt de Berlín, y en la EUI de Florencia.

(24) Que ha colaborado en trabajos de temas similares: *Europaisches Kaufgewährleistungsrecht-Reform und Internationalisierung des deutschen Schuldrecht* (Köln, Heymanns, 2000). Y en *Consumer Law, Private Law-How can the Sales Directive and the Sales Convention be so similar?*, "European Business Law Review", 2003, p. 237 y ss. Köln.

(25) *Op. cit.*, pp. 415-419.

(26) *Op. cit.*, pp. 421-423.

Con estas ayudas el contrato institucional puede, en su opinión, beneficiarse ampliamente de las aportaciones de otras ciencias sociales.

9. MARTIJN W. HESSELINK, "THE JUSTICE DIMENSIONS OF THE RELATIONSHIP BETWEEN FUNDAMENTAL RIGHTS AND PRIVATE LAW" (27)

Tema de viva actualidad en el interior de la UE, que no ha alterado el *Brexit*, y que el autor ha acertado a resumir en los siguientes términos: se trata de poner en relación la Carta de los Derechos Fundamentales de los Derechos Humanos de la Unión Europea y el Derecho privado, investigación que le ha conducido a tres conclusiones principales:

1.^a Una interpretación demasiado comprometida (*engagée*) de la Carta y de sus efectos horizontales, en términos de valores controvertidos, sería difícilmente conciliable con el pluralismo razonable de puntos de vista que viene caracterizando a la UE. Por el contrario, la interpretación de los derechos fundamentales debería inspirarse más bien en las exigencias de una concepción política de la justicia susceptible de ser aceptable por personas que se reconocen pertenecientes a concepciones diferentes del bien individual y del bien común.

2.^a Los Tribunales y los demás intérpretes de la Carta deben diferenciar entre derechos, libertades y principios fundamentales según su contenido e intensidades respectivas. Las referencias genéricas así como las hiperpositivistas al estatuto constitucional, o Derecho primario de la Carta en su conjunto, resultan ser demasiado rudimentarias o elementales. Así, en particular, los Derechos del hombre que disfruta cualquier persona deben estar dotados de mayor eficacia que las meras libertades y principios fundamentales.

3.^a Asumido en su conjunto la realidad de un pluralismo razonable de puntos de vista, y la indeterminación de la Carta y de sus efectos horizontales, tal como se formulan en ella, determinan a su vez las reglas del Derecho privado y el resultado final de los litigios civiles; en consecuencia, la actitud que, en principio, debieran asumir los Tribunales, debiera consistir en abstenerse de discutir las soluciones a que ha conducido un proceso democrático robusto, que ha sabido abordar las razones e intereses de una reivindicación de orden constitucional. Las soluciones jurisdiccionales de los

(27) *Op. cit.*, pp. 425-456. El trabajo se redactó en honor del homenajeado en calidad de *Doctorvater*, y luego constituyó el texto de una conferencia pronunciada en Oxford.

Tribunales de Luxemburgo, adoptada recientemente en los casos *Mangold* (2005) y *Alamo*, parecen al autor harto discutibles.

Se pregunta inicialmente: ¿una sociedad privada de responsabilidad limitada ostenta un derecho fundamental a ejercer el comercio? El art. 16 de la Carta europea habla sólo de que se le reconoce tal libertad de ejercicio. Si fuera un derecho fundamental habría que preguntar contra quién está legitimado a ejercerlo; o en otras palabras: ¿quién está sujeto al deber de abstenerse o de hacer algo? En el caso *Alemo-Herron* (*Marc Alemo-Herron and Others v. Parkwood Leisure Ltd.*) se trataba de interpretar la Directiva de 12 marzo 2001 que salvaguarda los puestos de trabajo en el caso de transferir la empresa. La s. de Luxemburgo declara que el derecho fundamental de negociar cubre *inter alia* la libertad de contratar que, en consecuencia, ni el derecho comunitario, ni la legislación de los estados miembros, podrán restringir. Conclusión que deniega absolutamente el autor. Algo parecido ocurre con el art. 38 de la Carta en relación con el nivel de protección de los consumidores, que no establece un derecho sino sólo un principio. En modo alguno puede garantizarse que todo ser humano tiene derecho a gozar de un alto grado de protección de los consumidores. A continuación analiza las diversas fundamentaciones filosóficas de los Derechos humanos, con criterios manejados habitualmente en el mundo anglosajón (28). Así habla de la dirección liberal-igualitaria, libertaria, utilitaria, comunitaria y republicana. Su personal concepción la desarrolla en la última parte de su colaboración, en torno a una concepción política de los Derechos fundamentales y sus efectos horizontales, analizando con detalle el hecho de un pluralismo valorativo, la indeterminación del carácter de su impacto en el Derecho privado, y la visión política de los Principios de justicia. Ello le permite realizar una lectura política de la Carta y de su impacto en las relaciones de Derecho privado, y, en particular, los efectos horizontales directos e indirectos, la no constitucionalización de los valores comunes o el bien común (en particular, el bien del consumerismo, y de la libertad de empresa). Por último me parece de gran utilidad la diferenciación final entre Derechos, Libertades y Principios (29).

(28) *Op. cit.*, pp. 430-437.

(29) *Op. cit.*, pp. 450-454.

10. EWOUH HONDIUS, UNFAIR CONTRACTS TERMS AND THE CONSUMER: ECJ CASE LAW, FOREIGN LITERATURE, AND THEIR IMPACT ON DUTCH LAW (30)

El Fundador y ex-Director de ERPL explica inicialmente cómo el homenajeado, en 1970, le consultó a propósito de la regulación de las cláusulas abusivas en el nuevo Cchol, en curso de preparación con su personal colaboración. La regla definitiva aceptada en el nuevo Cchol fue, sin embargo, consecuencia de la intervención de la Asociación Neerlandesa de Juristas. Por su parte HONDIUS siguió profundizando en el estudio de tales cláusulas, analizando especialmente la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo. En el presente trabajo se ha limitado a analizar un grupo reducido de cuestiones-clave, con ayuda de la abundante doctrina y especial referencia a la jurisprudencia de su país y de la de otros [-intra (Alemania), o extra (USA) CE-]. En conclusión estima conveniente unificar la jurisprudencia comunitaria y, obviamente, la de los estados miembros.

En apretado resumen expone que al final del siglo xx la mayoría de los estados europeos se han ido dotando de una legislación sobre las cláusulas abusivas. La Directiva 93/13/EC relativa a las cláusulas abusivas en los contratos con los consumidores proporciona al Tribunal de Luxemburgo la última palabra acerca de la interpretación de la mayoría de este cuerpo de reglas. En el trabajo se propone examinar el impacto de la jurisprudencia comunitaria y de la doctrina extranjera sobre el derecho de un estado miembro como los Países Bajos. Para ello aborda siete cuestiones que considera clave:

— En primer lugar las relativas a la información sobre las cláusulas contractuales, especialmente en USA, que ha conducido a poner en duda su verdadera eficacia. Hay que admitir que algunos consumidores no llegarán a leer las cláusulas redactadas en caracteres reducidos, aunque el legislador les estimule a hacerlo. Con todo, no dejan de poseer alguna utilidad práctica;

— Aunque la interpretación *contra proferentem* representa una de las tres armas clásicas contra las cláusulas abusivas, debe reconocerse que en Holanda se hace escaso uso de ella, a diferencia de los países del *Common Law*;

— El derecho holandés prevé un control de las cláusulas contractuales, y de las contractuales típicas, pero ello apenas reporta utilidad para las partes, abogados y jueces. A diferencia de la situación dominante en Alemania, la jurisprudencia neerlandesa resulta tan atenta a las circunstancias individuales que resulta casi imposible deducir precedentes utilizables.

(30) *Op. cit.*, pp. 457-472.

— En el caso *Océano* se produjeron debates apasionados en Holanda, hasta el punto de que el Parlamento debió intervenir para eliminar las sanciones de nulidad o de resolución, y prever que las cláusulas abusivas no vincularían a los consumidores. Pero se mantuvieron otras dudas: Así ¿y si la nulidad se declaró *ex officio*, deberían conservarse sus consecuencias? Finalmente el TS holandés se adhirió a las soluciones mantenidas en *Océano* en sucesivas resoluciones.

— Los Tribunales holandeses no han tenido todavía oportunidad de adherirse a la jurisprudencia comunitaria respecto de la cláusula que los alemanes denominan *geltungsverhaltende Reduktion* rechazada por la jurisprudencia comunitaria en el asunto Banesto, doctrina que acoge plenamente el autor.

— El derecho neerlandés excluye el control del carácter abusivo de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato, conforme a lo que se prevé en la Directiva aludida y la jurisprudencia comunitaria (caso *Käsler*). Esta solución se basa en la oposición a la doctrina del *iustum pretium*. Sin embargo, la experiencia nórdica en materia de cláusulas abusivas muestra que tal excepción no se justifica.

— Finalmente, la confrontación de las teorías neerlandesa y alemana dirigidas a dejar de aplicar la doctrina de las cláusulas abusivas permite deducir sorprendentes diferencias.

La conclusión de este análisis es que, tratándose de la lucha contra las cláusulas abusivas debe privilegiarse más bien una doctrina colectiva. En tal sentido la Directiva incita a los Estados miembros a trabajar en esta dirección, pero sucede que los prácticos apenas la conocen pese a haberse transpuesto al derecho nacional. No raras veces se omite el art. 7(1) de la Directiva cuyo texto resulta harto convincente: "*Member States shall ensure that, in the interest of consumers and of competitors, adequate and effective means exist to prevent the continued use of unfair terms in contracts concluded with consumer by sellers or suppliers*". Cabe argumentar también que las faltas colectivas requieren una solución también colectiva, pudiendo mencionarse la alegada validez de las cláusulas tipo exclusivas de responsabilidad y de arbitraje. Debe optarse, en consecuencia, por una respuesta general a un problema igualmente general (31).

(31) *Op. cit.*, p. 471 y ss.

11. CORJO J. H. JANSEN, A EUROPEAN CIVIL CODE AND NATIONAL PRIVATE LAW: LESSONS FROM HISTORY (32)

A modo de introducción general el autor recuerda esquemáticamente que la formación de los Códigos civiles nacionales obedecen históricamente a diversos condicionamientos en los que destacan tres de orden principal: los de carácter económico, el interés del Estado y el de los ciudadanos. La identificación de estas motivaciones conducen a interrogarse si tales condiciones responden también, a las orientaciones doctrinales de la tarea encaminada a elaborar un Código civil europeo. Se constata que los Códigos civiles modernos, pertenecientes a la misma tradición, comparten una cultura jurídica relativamente homogénea, estando ambas fundadas en la recepción de reglas y principios del Derecho romano. Añádase todavía la cuestión de si es posible inspirarse en el *jus commune* para elaborar el Cc europeo.

A su juicio, si se observa el resultado del fenómeno codificador europeo en las dos pasadas centurias, se comprueba el éxito alcanzado por los Códigos civiles francés, austriaco, alemán y suizo al haber logrado alcanzar un doble objetivo: La *legal unity*, y la *national Law*, en los países respectivos. Dado que a partir de 1980 empieza a hablarse de la posibilidad de elaborar un Cc europeo, ¿cabría hablar de un Cc doméstico vigente en los países de la hoy denominada Unión Europea? VON BAR respondió afirmativamente. Pero la opinión del autor es menos optimista ya que, a su juicio estamos en un momento de transición, pues se encuentra severamente fragmentado el ordenamiento europeo, las resoluciones del Tribunal de Luxemburgo dejan abundantes huecos de suerte que la existencia de un ordenamiento jurídico lógicamente estructurado se presenta, más bien, como perspectiva remota (33). El propósito del autor es tratar de ofrecer una respuesta adaptada al momento presente. Prescindiendo de cuestiones competenciales, se propone estudiar en qué medida el conocimiento de las bases históricas puede servir de puente entre la (antigua) posición nacional, y la (futura) nueva postura europea. Estima que existe una común legal tradición y que es posible inspirarse sustancialmente en la tradición común.

Aunque pueden concurrir otras motivaciones determinantes en cualquier codificación, se ha fijado en las tres ya enunciadas: razones de índole económica general (así ocurrió, a su juicio, en Suiza y en Alemania), Motivos estatales (los del Imperio austro-húngaro en Austria, los del Reino de Italia en el primer Cc de 1865, los del Reino de Holanda en el primer CC de 1838, los tenidos en cuenta en el Código Territorial prusiano del siglo XVIII, los del Código de Napoleón en Francia, los del Segundo Imperio alemán en el BGB, los de Suiza en 1907-1912), por último, tuvo, inicialmente escasa aplicación aunque ha crecido últimamente, el interés de los mismos ciudadanos

(32) El autor es Profesor de Historia del Derecho y de Derecho Privado en la Radboud University de Nimega.

(33) *Op. cit.*, p. 474.

(personas físicas y jurídicas) (menciona expresamente el ALR, el *Code civil* y el ZGB).

De mayor actualidad, resulta sin duda, el apartado III (34), que intitula "Lecciones de la Historia para la formación de un Código civil europeo", y que sorprende un tanto por la reiterada cita del ALR que la doctrina comparatista habitual incluye, propiamente más bien, entre los precedentes de la verdadera codificación europea, así como en la práctica omisión de la codificación en España, Portugal, y la segunda italiana; no menos que el silencio sobre el Proyecto de Código Europeo de Contratos coordinado por el Prof. GANDOLFI. El autor afirma, con acierto, que la concurrencia de una motivación única no es suficiente para dotar de código a un estado. Por ello entiende que la creación de un Código civil europeo requiere, además de un sentido permanente de urgencia política, la cooperación enérgica del mundo jurídico comunitario. Un mercado común requiere una legislación común y, más específicamente, un código civil y mercantil, como lo muestra el ejemplo del Código comercial norteamericano, actualmente en vigor en la mayoría de los estados de USA. Opina que el DCFR europeo de 2009, bien podría constituir un anteproyecto similar de aquél. Para que los ciudadanos valoren positivamente la legislación comunitaria, su calidad debe mejorarse, especialmente la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo. A su juicio debería prevalecer un derecho europeo con las siguientes características (35): ser breve en sus artículos y en su conjunto; no caer en el casuismo ni en el detalle; utilizar un lenguaje simple, claro y carente de ambigüedad; contener normas abiertas que permitan a los tribunales y a los prácticos interpretar el código en línea con las nociones contemporáneas de la justicia; ofrecer una estructura apropiada; y, finalmente, ser elaborado por una comisión reducida o, incluso, por una sola persona. Su complemento debiera ser un Tribunal de Casación comunitario.

En relación con la formación del *Jus commune* que preparó la codificación nacional el autor ofrece datos de interés, poco conocidos, respecto de la llamada Escuela Elegante y su influjo en la codificación neerlandesa, así como la Pandectística alemana y su subsistencia después de haber logrado culminar la codificación alemana. Precedentes históricos válidos igualmente para la elaboración del CC europeo.

12. SEBASTIAN C. J. J. KORTMANN, INDIRECT REPRESENTATION ACCORDING TO THE DRAFT COMMON FRAME OF REFERENCE (36)

La colaboración trata de las acciones comúnmente denominadas *actio directa* y *actio contraria* tal como se regulan en la última edición del Proyec-

(34) *Op. cit.*, p. 477-483.

(35) *Op. cit.*, p. 479.

(36) *Op. cit.*, pp. 489-500. El autor es Profesor de Derecho Privado en la Radboud University de Nimega.

to de Marco Común de Referencia (37). Se trata de defender la posibilidad de una relación directa entre el representado y el tercero en caso de representación indirecta. En 1998, HARTCAMP había publicado el estudio intitulado *Indirect Representation According to the Principles of European Contract Law, The UNIDROIT Agency Convention and the Dutch Civil Code* (38). Estos tres cuerpos de normas contienen una disposición relativa a la *actio directa*. El autor muestra cómo las diferencias existentes entre las mismas no son significativas. Concluye, sin embargo, que los Principios del Derecho Europeo de Contratos constituyen la versión más clara y la más coherente de las tres. Tales PCCR incluyen también una *actio directa* (art. III.-5: 401) y otra *actio contraria* (art. III.5.-: 402), las cuales difieren sensiblemente de los aludidos modelos.

En esta contribución se efectúa un estudio comparativo entre las normas referidas, observándose que en el PCCR la *actio directa* sólo funciona cuando el representante indirecto se ha hecho insolvente. Sin embargo los argumentos utilizados en favor de la última interpretación no son, a juicio del autor, convincentes. Además el PCCR sólo concede *actio contraria* al tercero cuando el representado intenta una acción *directa* contra él. En consecuencia, el representado se beneficia de mayor protección que el tercero, lo que parece difícil de justificar satisfactoriamente.

El autor concluye que la regulación de los principios de Derecho Europeo de los Contratos es más equilibrada y coherente y conduce a resultados más equitativos que la reglamentación del PCCR.

13. OLE LANDO, *UNIFICATION OF PATRIMONIAL LAWS GOVERNING INTERNATIONAL TRADE* (39)

El autor, en esta colaboración, en cierto modo, sintetiza su *modus laborandi* y su personal *filosofía*. Plantea una cuestión general: ¿Hay que unificar los derechos nacionales respecto de las transacciones transfronterizas?

(37) C. VON BAR, E. CLIVE & H. SXHULTE-NOLKE (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR), Outline Edition* (Munich, Sellier, 2009), Introd. 26-33.

(38) *Festschrift für Ulrich Drobnig*. C. VON BAR, E. CLIVE & H. SXHULTE-NOLKE (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR), Outline Edition* (Munich, Sellier, 2009), Introd. 26-33.

(39) *Op. cit.*, pp. 501-512. El autor es Prof. Emérito de Derecho Privado y de Derecho Internacional Privado en la Business School de Copenhague. Se le considera mercedamente pionero y fundador del movimiento encaminado a crear las bases de la codificación comunitaria a partir de 1980, asistiendo diez años más tarde como invitado personal al Congreso de Pavía que ha originado, a su vez, el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos, dirigiendo luego la publicación de los PECL, inspirando decisivamente sucesivos proyectos de codificación europeos.

(40). Tal unificación presupone un acuerdo, o convergencia de miras, sobre lo que se entiende –estrictamente hablando– por “derecho objetivo” u *ordenamiento jurídico*, que se designa como *law*, *droit*, *Rechts* en otras lenguas comunitarias más empleadas que la española en esta materia. Los redactores de leyes uniformes y los demás especialistas en Derecho comparado se preguntan a menudo si existe ya un núcleo de *valores jurídicos comunes* (“common core of legal values”, “einem international gemeinsamen Kern an Werten, die für das Recht relevant sind”). En caso afirmativo, ello facilitará la tarea unificadora, así como la elaboración de una regla internacional en hipótesis excepcionales, que autorice a un Tribunal la posibilidad de incumplir una regla jurídica en vigor.

Para LANDO la mejor definición de *Law* es la ofrecida por HOLMES a fines del siglo XIX, “La profecía de lo que los Tribunales van a hacer de hecho”, lo que implica su propia incertidumbre. Ello representa, a su juicio, una de sus mejores descripciones, aunque no la más perfecta ya que omite las actitudes y conductas populares. En muchos ámbitos negociales se establecen costumbres que no están en la naturaleza de la *law* pero que son respetadas tan estrictamente como ella. También ocurre que tales círculos negociales acuden a la solución amistosa de los conflictos (arbitraje que se resuelve *ex aequo et bono*). ¿Es realista aceptar sólo a la ley y a la costumbre como fuentes del derecho? Cita a HARTKAMP cuando afirma que el Código holandés está elaborado sobre la base de una abundante doctrina jurisprudencial. Los que propugnan una legislación uniforme deben imitarles .

En Europa continental es frecuente considerar a los profesores como *Rechtshonoratioren*, o bien “oráculos de la ley”. En USA el “American Law Institute” elabora los *Restatements* seleccionando la doctrina norteamericana más valorada, que, de hecho, se aceptan como norma jurídica por gran número de estados norteamericanos. Entre nosotros, la literatura académica ha jugado un papel importante en la elaboración de los PECL, PICC y el DCFR. En el Cchol de 1992 se reconoce a la equidad como fuente de ley. Para LANDO la equidad es lo que el juez considera justo, y refleja por tanto su tradición cultural. Lo aplica cuando se enfrenta a un caso en el que, a simple vista, advierte que carece de una ley como guía. La interpretación de la Constitución de USA por el Tribunal Supremo Federal se ha visto influida por las concepciones políticas de la justicia, sean liberales o conservadores. Los Tribunales inferiores pueden temer que las instancias superiores sigan sus propios precedentes, pero a veces realizan una nueva interpretación de una ley. Los Tribunales franceses han interpretado el art. 1384 del *Code* de modo que no lo reconocerían sus redactores. El § 242 del BGB ha sido interpretado por los Tribunales alemanes a situaciones no previstas en su texto. En resumen, las fuentes del derecho son los factores determinantes

(40) Adviértase que no se trata, por tanto, de que el nuevo Código sustituya a los nacionales en vigor, sino sólo de regular las transacciones transfronterizas, añadiendo una nueva normativa unificada. Aunque se apoyan también los recientes proyectos de Directivas de c.v. de cosas muebles que serían los únicos en vigor en la UE.

de la ideología de los jueces que les motivan cuando buscan normas en que apoyar sus decisiones (41). Tal ideología se obtiene a través de estudios sociológicos sobre lo que los Tribunales resuelven de hecho, siguiendo las orientaciones de HOLMES. Si bien previene sobre algunos supuestos que no deben incluirse en las fuentes.

Una unificación legal internacional probablemente se hará mediante una Convención y sus autores deberán tener en cuenta las observaciones recogidas sobre las fuentes, opina LANDO (42).

En el apartado IV de su aportación efectúa una valoración más objetiva, recogiendo opiniones en contra y a favor de una legislación que regule el comercio transfronterizo. Por un lado, cada sistema nacional refleja su propia cultura y la unificación reducirá tal acervo. Psicológica y económicamente, implantar una nueva legislación es costoso y perturbador. No se logrará una interpretación uniforme de no crear un Tribunal internacional. Hay datos que muestran la no aplicación mayoritaria de tal legislación unificada. La experiencia demuestra la dificultad de modificar las leyes uniformes. Los argumentos a favor están, a su juicio, recogidos en el *Memorandum* de la Propuesta de la Comisión de la UE del Parlamento y del Consejo sobre un *Common European Sales Law*, que el autor considera igualmente aplicables al comercio mundial. Una ley patrimonial uniforme está basada en consideraciones económicas, no en el folklore. Entre los sistemas de *Civil Law* y *Common Law* hay sólo diferencias de estilo y estructura. Se constata que tratamos de alcanzar la misma justicia por caminos diferentes. Las diferencias interpretativas de una ley uniforme en diversos tribunales resultan inevitables. En relación con la interpretación de la CISG ha habido esfuerzos por varios tribunales de diversos países por lograr una interpretación uniforme. Ulteriores estudios muestran que, incluso, tales diferencias se están reduciendo. Por otra parte, el autor propone un Código mundial de Contratos Mercantiles.

En relación con la última cuestión propuesta, el autor cita un texto de Olaus PETRI, teólogo reformado sueco relativo a la actuación de los jueces, en el que se indica: "A law which appears to be harmful ceases to be law. The conscience of the virtuous man is the supreme law. The good judge knows to decide according to the circumstances. The law is that which is best for man, even though the written statute provides otherwise". Paralelamente el art. 6:2(2) del Cchol dispone lo que el autor califica de *realistic attitude to the law* (43). Esta disposición se la comunicó el propio HARTKAMP indicándole que se aplicaba en Holanda antes de 1992.

(41) *Op. cit.*, p. 507.

(42) *Ibidem*.

(43) *Op. cit.*, p. 512.

14. ROEL VAN LEUKEN, PARENTAL LIABILITY FOR KARTEL INFRINGEMENTS COMMITTED BY WHOLLY OWNED SUBSIDIARIES: IS THE APPROACH OF THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE IN 'AZKO NOBEL' ALSO RELEVANT IN A PRIVATE-LAW CONTEXT? (44)

El trabajo gira en torno al caso resuelto por s. del Tribunal de Luxemburgo de 12 diciembre 2007, T-112/05, *Azko Nobel NV and Others v. Commission*, que ha suscitado amplio interés doctrinal respecto a la legislación antitrust comunitaria. Entre 1992-1998, cuatro sociedades pertenecientes al Azko Nobel Group (Azko Nobel Nederland, Azko Nobel Chemicals International, Azko Nobel Chemicals, y Azko Nobel Functional Chemicals) tomaron parte en una serie de actividades anticompetitivas contra competidores en determinado sector químico, dentro del área económica europea. Pese a que el denominado *groupe parent* o *société mère*, (Azko Nobel NV) no había participado en el cartel, la Comisión Europea entendió que unas y otras habían participado en la realización de violaciones de la citada legislación, constituyendo *a single economic unit* imponiendo una multa del 10 %, no sólo al que intervino sino a la empresa principal.

El autor critica por excesiva esta decisión, ulteriormente reiterada, y entiende que el comportamiento anticompetitivo de una filial cuyo capital lo posee íntegramente la sociedad madre no le puede ser atribuido necesariamente aunque ambas formen parte de una unidad económica. A su juicio cabe dudar que la teoría de la identificación sea realmente el verdadero fundamento de la justificación de la condena conjunta y solidaria de una multa por incurrir en cartel. Ahonda en su verdadero fundamento y examina también si esta responsabilidad implica automáticamente una responsabilidad civil de la sociedad madre por los daños causados a un tercero como consecuencia de una infracción del derecho de la libre competencia cometido por una filial cuya capital detiene al 100 %. Después de la promulgación de la Directiva 2014/104/EU no queda aclarado si una sociedad madre incurre en responsabilidad civil conforme al art. 101 del TFEU. Lo analiza exclusivamente desde la perspectiva del Derecho holandés. A su juicio, en ausencia de reglas comunitarias, debe entenderse que los tribunales nacionales pueden aplicar su normativa sobre la separación de personalidad y la responsabilidad limitada.

(44) *Op. cit.*, pp. 513-528. El autor es Profesor Asistente de Derecho privado de la Radboud Univ. de Nimega.

15. HECTOR L. MACQUEEN, *UNILATERAL PROMISES: SCOTS LAW COMPARED WITH THE PECL AND THE DCFR* (45)

Es un trabajo comparativo sobre el tema en el que los países continentales de *Civil Law*, incluso los recientemente ingresados en la UE, poseen normativas más restrictivas que las reglas correspondientes de los PECL y del DCFR, que han sido también aceptadas en Derecho escocés. Debe destacarse por su utilidad para los juristas españoles, pues ordinariamente apenas nos asomamos doctrinalmente a este sistema codificado, diverso, en principio, del vigente en el Reino Unido. También por la amplia exposición de los antecedentes históricos del derecho propio, así como por las consideraciones sociológicas añadidas.

El punto de partida es el reconocimiento de un concepto general de promesa unilateral jurídicamente vinculante con independencia de su aceptación por el beneficiario, tal como se desprende del art. 2:107 de los PECL, y del art. II.1:103 del DCFR así como de una norma escocesa equivalente. El interés de esta comparación proviene de que dicha regla posee un campo de aplicación sensiblemente más amplio que los demás sistemas jurídicos europeos que tienden a no reconocer sino categorías más limitadas de promesas unilaterales o a exigir la aceptación del beneficiario. A pesar de la reciente reafirmación (2013) de tal regla por el Lord Presidente GILL en la *s. Regus (Maxim) Ltd. v. Bank of Scotland plc* CSIH 12, los Tribunales escoceses han interpretado generalmente tal concepto de manera limitada y restrictiva, aunque ocasionalmente la misma ha podido jugar algún papel en materia mercantil. La decisión de la *Supreme Court* del Reino Unido citada invita a poner en discusión esta circunspección aplicativa, y con mayor razón si se toma en consideración lo dispuesto en el DCFR. Por otra parte, la experiencia escocesa da que pensar que esta última norma que subordina la eficacia de la promesa al hecho de haberla dado a conocer al beneficiario –al margen de la hipótesis de una declaración en documento público– pudiera ser demasiado rigurosa. Con base en la DCFR y en la experiencia escocesa, el autor propone también que el comportamiento del beneficiario, una vez que ha tenido conocimiento de la promesa, puede ser pertinente para decidir si tal promesa es vinculante.

(45) *Op. cit.*, pp. 513-528. El autor es miembro de la Scottish Law Commission, Prof. de Derecho Privado de la Univ. de Edimburgo, y desde 1995 ha formado parte de la Comisión Lando.

16. ANNA MARIA MANCALEONI, *THE OBLIGATION ON DUTCH AND ITALIAN COURTS TO APPLY EU LAW OF THEIR OWN MOTION* (46)

La jurisprudencia del Tribunal europeo de Luxemburgo relativo a la apreciación de oficio del carácter abusivo de una cláusula contractual en el sentido de la Directiva 93/13 ha alcanzado un impacto significativo en el Derecho de los estados miembros, de modo general introduciendo derogaciones a las reglas y principios de derecho procesal que rigen la estimación de oficio y, en particular, cuando se trata de una invalidez contractual. El presente trabajo se apoya en el análisis realizado por el Prof. HARTKAMP (47), y, después de una breve descripción del marco, –fundamentalmente procesal–, legal vigente en Holanda e Italia, se centra en resoluciones recientes y significativas de los TS de ambos países (48), para confrontar sus respectivos sistemas jurídicos y subrayar el impacto del Derecho de la UE. Tratándose de una cláusula contenida en un contrato de consumo, resulta de la comparación que tal impacto ha sido mayor en Holanda que en Italia, lo que tiene su explicación en que, en el último país, la apreciación de oficio se previó específicamente al transponer la Directiva 93/13/EEC, mediante reglas similares a las derivadas por el Tribunal. En cuanto a la nulidad del contrato resulta que la aplicación holandesa es más restrictiva, mientras que en Italia la apreciación de oficio de la nulidad se admite en todos los supuestos, con la singularidad de que en caso de un contrato de consumo (nulidad de protección), el consumidor puede oponerse a ella.

La exposición se inicia con una visión histórica describiendo la aplicación de oficio del Derecho europeo antes de la creación del Tribunal Europeo de Justicia de Luxemburgo (European Court of Justice, o ECJ), regulada por el principio general de la autonomía procesal de los estados miembros, a menos que éstos contuvieran reglas menos favorables (principios de equivalencia y de no discriminación). De aquí se derivó el poder y la obligación de los tribunales nacionales para intervenir de oficio. Luego se detiene en explicar la solución del Código de procedimiento civil holandés antes y después del ECJ, con inclusión de los contratos de consumo. Con amplia documentación doctrinal y jurisprudencial expone también el marco legal italiano, finalizando con extensas conclusiones (49).

Las resoluciones de la *Hoge Road* y de la *Corte di Cassazione (Sezioni Unite)* reflejan el pleno reconocimiento de la jurisprudencia comunitaria en materia de cláusulas ilegales en los contratos de consumo. El TS holandés

(46) *Op. cit.*, pp. 553-578. La autora es Profesora Asociada en Derecho Privado Comparado en la Univ. de Cagliari).

(47) HARTKAMP, *European Law and National Private Law: Effects of EU Law and European Human Rights between Individuals Legal Relationship*, Deventer, Kluwer, 2014.

(48) *Hoge Road*, 13 sep 2013, NJ 2014 (274), y *Cass. Sez. Unite*, 12 dec 2014, nn. 26242 y 26243.

(49) *Op. cit.*, pp. 573-578.

afirma que los tribunales nacionales están obligados a valorar de oficio la ilegalidad de tales cláusulas anulándolas, a menos que el consumidor se oponga a ello, incluso en apelación. Además los tribunales deben adoptar las medidas necesarias para averiguar su fundamento. El poder y la obligación de un tribunal nacional para intervenir de oficio se ha reconocido reinterpretando el derecho interno relevante a la luz de la Directiva 93/13/EEC y la jurisprudencia del ECJ. La sentencia italiana trata de regular el poder de los tribunales de declarar la nulidad de oficio y enumera todas las formas de nulidad que establece el sistema legal del país, incluyendo la nulidad protectora de las cláusulas ilegales en los contratos de consumo, lo cual no innova nada sino que confirma el derecho anterior. La autora menciona otras legislaciones y la regulación propuesta en la materia por el DCFR.

17. HANS-W. MICKLITZ, *UBERLEGUNGEN ZU DEM SCHWIERIGEN VERHÄLTNIS VON EU-PRIVATRECHT UND NATIONALEM PRIVATRECHT* (50)

Su contribución trata de resaltar una importante laguna en los recientes trabajos sobre Derecho comunitario, a saber la minusvaloración o marginación de la persona como particular. Así, mientras la bibliografía es abundante sobre el DCFR y el derecho comunitario sobre la c.v., se ha olvidado, en cambio, tratar de la influencia del Derecho primario comunitario en el derecho del particular. El análisis estructural de los diferentes niveles de relación entre el Derecho de la UE y el Derecho privado pone en evidencia las específicas deficiencias existentes en cada uno de los referidos niveles. La última parte profundiza en las causas que pueden explicar la atención limitada prestada a tales cuestiones. El estudio utiliza no sólo la bibliografía germana sino, en general, la europea, con omisión –sin embargo– de la española.

18. FREDERIK PEERAER & ILSE SAMOY, *THE BELGIAN CIVIL CODE: HOW TO RESTORE ITS CENTRAL POSITION IN MODERN PRIVATE LAW* (51)

La presente colaboración parte de la singular posición del Código civil belga en el siglo XXI, ya que una vez consolidada la reforma francesa de 2016, Bélgica será uno de los pocos países europeos que sigue utilizando un texto codicial del siglo XIX. Cabe preguntarse si Bélgica precisa revisarlo

(50) *Op. cit.*, pp. 579-600. El autor Prof. de Wirtschaftrecht en la European University Institute de Florencia, es reconocido como uno de los pioneros europeos del estudio y elaboración del Derecho comunitario de consumo.

(51) *Op. cit.*, pp. 601-618. F. PEERAER es PHD investigador en Derecho Privado en la Univ. Católica de Lovaina, e Ilse SAMOY es Profesora de Derecho Privado en la misma.

realmente o si hay otras soluciones apropiadas, alternativas o complementarias. Si tal revisión fuera deseable, todavía queda pendiente la cuestión de cómo un código belga revisado puede afrontar debidamente la actual estratificación del Derecho privado y los numerosos retos a los que cualquier régimen jurídico europeo debe hacer frente en la actualidad.

En la primera parte examina las posibles soluciones: i) El poder legislativo se encarga de revisar, total o parcialmente, el código vigente. ii) El poder legislativo recodifica al menos parcialmente el Derecho privado mediante disposiciones separadas. Pero ambas posibilidades tienen limitaciones significativas a la hora de examinar la casuística jurisprudencial. Ciertamente cabe esperar una ayuda doctrinal, pero sus investigaciones con frecuencia presentan lagunas. De aquí se deduce la conclusión de la necesidad de una revisión total del CC belga y una ulterior clarificación sobre el desarrollo futuro del ordenamiento. En la segunda parte se examinarán con detalle las respuestas adecuadas, sin limitarse a una mera revisión. En la tercera parte se sostiene que la modernización del CC belga es un requisito esencial para restablecer su posición central en el Derecho privado. Dado que entre los valores añadidos al hecho de la codificación civil se encuentran su duración o perdurabilidad y su alcance global, su contenido debería limitarse a conceptos, principios de base y reglas generales. Toda tentativa de ofrecer un visión total y completa del Derecho privado en un único código civil sólo puede perjudicar a alguna de las características clave de lo que es un código. Debido a los poderes limitados que hoy posee el legislador nacional, el desarrollo normativo precisa de la colaboración de los múltiples actores jurídicos. La continua insistencia de los hechos subyacentes en torno a las cuestiones difíciles y la argumentación son elementos indispensables de tal contribución.

19. NORBERT REICH, *PRODUCT LIABILITY AND BEYOND: AN EXERCISE IN "GAP FILLING"* (52)

El trabajo gira en torno al famoso asunto PIP (53). Se fija en dos cuestiones, a su juicio, claves: Modos de compensar a las víctimas de productos

(52) El autor había sido Prof. emeritus de Derecho Privado y de Derecho Económico Europeo de la Univ. de Bremen. Falleció el 17 octubre 2015, según se indica en la lista final de colaboradores. (*Op. cit.*, p. 729).

(53) Tratado monográficamente en la "Revue Internationale de Droit Economique", 2015: C. JOURDAIN-FORTIER, *L'affaire PIP ou la difficile réparation en Europe des dommages corporels de masse causés par un dispositif médical défectueux*, RIDE 2015, pp. 5-36; H. MCKLITZ, N. REICH & L. BOUCON, *L'action de la victime contre l'assureur du producteur*, pp. 37-68; B. VAN LEEUWN, *La responsabilité des organismes notifiés du fait d'implants mammaires défectueux: TÜW Rheinland devant les tribunaux français et allemands*, pp. 69-86; P. ROTT & C. GLINSKI, *Le scandale PIP devant les juridictions allemandes*, pp. 87-98; S. FULLI-LEMAIRE, *Affaire PIP: quelques réflexions sur les aspects de droit international privé*, pp. 99-122.

defectuosos, y Procedimientos regulatorios adecuados para promover la seguridad de los productos.

Son cuatro las cuestiones que desarrolla: i) Una visión general del tema inspirada en el Derecho norteamericano y en el análisis económico del derecho; ii) Referencia a la reciente jurisprudencia de los Tribunales europeos en la materia; iii) Para llenar las lagunas del derecho comunitario analiza detalladamente la consulta previa al Tribunal europeo de Luxemburgo, por parte del *Bundesgerichtshof* de 9 abril 2015, relativa a las notificaciones que deben practicarse conforme a la Directiva 93/42/EEC; iv) El autor finalmente confía que sus reflexiones pueden ayudar a que los Tribunales europeos respondan adecuadamente a las mencionadas cuestiones planteadas por el TS alemán a los Tribunales europeos.

20. CARLA SIEBURGH, *THE ATTRIBUTION OF ACTS: TOWARDS A PRINCIPLED ASSESSMENT UNDER EU AND NATIONAL PRIVATE LAW* (54)

Destaca el planteamiento casi filosófico con que se inicia la colaboración, remontándose al Derecho Romano (distinguiendo la responsabilidad personal de los miembros de la casa por actos dañosos contra cualquier otro miembro de la familia, y la responsabilidad del *paterfamilias* por los daños causados por aquéllos a terceros), para analizar las resoluciones de los tribunales estatales y supraestatales en caso de daños o perjuicios causados a terceras personas. Su relevancia sobrepasa el Derecho privado pues pretende interesar a todos los operadores jurídicos.

La autora parte de que la imputación de un comportamiento afecta necesariamente a la esencia misma de la persona, tanto si es privada (una persona física y también la jurídica no pública), pudiendo incluso conducir a una reestructuración significativa de tal esencia. A través de una determinada imputación, un tribunal cualquiera contribuye a modelar la persona a quien el acto se imputa de suerte que ésta pueda llegar a insertarse en la conceptualización que del supuesto se formula el tribunal o, al menos, de que ello es algo deseable. Pero la autora sugiere que se realice una aproximación a la persona mucho más afinada y equilibrada, en lugar de limitarse a imputar mecánicamente un comportamiento como si hubiera sido efectivamente el suyo. El Tribunal debe incluir en el balance los intereses de la persona a la que el acto se imputa, y también los de la sociedad en su conjunto, así como la protección de las esperanzas legítimas y razonables de los terceros. Tratándose de la imputación de actos ilícitos, opina que el razonamiento empleado por el TS holandés en el caso *Knabel en Babbel* (55), puede constituir una fuente de inspiración: el comportamiento de una

(54) *Op. cit.*, pp. 645-672. La autora es Profesora de Derecho Privado en la Univ. Radboud de Nimega; también es codirectora del volumen.

(55) He aquí los hechos: Al amanecer un domingo, aparece derrumbado el *Kindergarten*, recientemente construido por cuenta de un municipio neerlandés. Al

persona será considerado como acto (ilícito) de otra cuando se admite en la sociedad que el comportamiento en cuestión debe ser considerado como un acto realizado por esta segunda persona. La imputación del comportamiento de la persona A, a la persona B como si se tratara del comportamiento de ésta, puede derivar simplemente del comportamiento de A y de su capacidad, una vez debidamente resituados en el contexto de los actos pertinentes, de las omisiones y demás circunstancias que caracterizan a la esfera de responsabilidad de B. Pero, más bien que proceder en base al fundamento de un principio susceptible de actuar en contra de otra persona o, al contrario, ser descartado en beneficio de otro, es preferible evaluar la imputabilidad sobre la base del conjunto de principios e intereses interrelacionados que intervienen en la causación de los hechos. Así se influirá –opina la autora– en materias tales como la responsabilidad del Estado, las ayudas públicas, el derecho de la competencia y de los mercados públicos, Internet, etc. utilizando una amplia argumentación. Los supuestos pueden derivar del Derecho internacional y transnacional, así como de la actuación de las personas jurídicas, y de las doctrinas privatistas relativas a la imputación (protección de las afecciones legítimas en materia de representación, imputación de actos ilícitos al Estado, a una empresa o a un empleador, con base en un vínculo de subordinación) y a los derechos fundamentales. De este modo, se respetarán las diferentes dimensiones de la persona de suerte que cabría actuar en calidad de funcionario que hace respetar las normas vigentes o que ejerce su libertad de expresión. Así las resoluciones judiciales contribuirán más eficazmente a realizar la justicia.

21. CHRISTIAAN TIMMERMANS, HORIZONTAL DIRECT/INDIRECT EFFECT OR DIRECT/INDIRECT HORIZONTAL EFFECT: WHAT'S IN A NAME? (56)

El trabajo se refiere inicialmente a las opiniones que, entre los privatistas, se han manifestado en favor de introducir una terminología relativa al fenómeno de los efectos horizontales del Derecho comunitario, que se diferencie de la normalmente utilizada por los especialistas de este dere-

día siguiente se inicia una fuerte discusión entre los funcionarios del mismo sobre la eventual responsabilidad civil de los daños y perjuicios causados por la ruina del edificio, con intervenciones incluso en radio y TVE, prevaleciendo que aquélla recaía sobre el constructor. Pero interviene *Arbitration Board for the Building Industry* quien opina que es responsable quien ha comisionado el trabajo y designado el constructor, es decir el servicio municipal de Enseñanza. El constructor se ha considerado injustamente tratado en su honorabilidad profesional, y ejerce una acción contra el municipio, pero los Tribunales de instancia desestiman su demanda. En cambio, el TS establece la doctrina contraria, admitiendo que una persona jurídica pueda responder en ciertos casos de los actos de una persona individual (*Op. cit.*, p. 669).

(56) *Op. cit.*, pp. 673-686. El autor ha sido Juez miembro de la *European Court of Justice*.

cho, con la finalidad de expresar más adecuadamente su especificidad. Así, modificando sutilmente el orden de las palabras, han tratado de reservar la expresión *effect horizontal direct* a las hipótesis en las que la invocación del Derecho de la UE tiene por efecto afectar directamente una relación jurídica de derecho privado. Por el contrario, una invocación del Derecho de la UE en el marco de un control de compatibilidad del derecho nacional (efecto exclusión), sería definido como *effect horizontal indirect*. En el trabajo se enumeran las consecuencias perjudiciales para la práctica de utilizar concurrentemente dos terminologías, próximas en sus formulaciones pero de alcances sensiblemente diferentes. Algunos inconvenientes concretos se analizan respecto de los Tribunales de la UE. Se finaliza con una propuesta susceptible de desembocar en una terminología uniforme, tratando de reconciliar las sensibilidades tanto de los privatistas como de los cultivadores del Derecho de la Unión.

22. REINHARD ZIMMERMANN, DIE VERJÄRUNG-VON DEN PRINCIPLES OF EUROPEAN CONTRACT LAW BIS ZUM ENTWURF EINES GEMEINSAMEN EUROPÄISCHEN KAUFRECHTS. TEXTSTUFEN TRANSNATIONALER MODELLREGELN (57)

Se trata de un profundo estudio de la prescripción extintiva o liberatoria, que es una de las materias más debatidas en la doctrina comunitaria y de los estados miembros, que le sirve para exponer su personal, y bien argumentada concepción. En los últimos veinte años de la discusión internacional relativa a la regulación de la mencionada modalidad prescriptiva, a su juicio, han llegado a predominar los siguientes principios o reglas: i) un breve plazo de prescripción de derecho común, generalmente trienal, que empieza a correr desde el momento en que el acreedor ha conocido, o podido razonablemente conocer, los hechos en que se fundamenta su crédito; ii) este primer plazo se completa con otro más largo, habitualmente de diez años, ampliables a treinta en los casos de daños corporales, cuyo transcurso no se somete a la exigencia de una razonable posibilidad del conocimiento de los hechos causantes del daño; iii) la prescripción extintiva o liberatoria no produce la extinción del crédito en cuestión sino que se otorga al deudor el derecho a rehusar su cumplimiento; iv) un cierto conjunto de circunstancias conducen a que la prescripción comience nuevamente a correr, o a su suspensión o a que actúe otro plazo de caducidad; v) las partes pueden modificar las reglas relativas a la prescripción extintiva, pero sólo dentro de ciertos límites. Este modelo, establecido en los

(57) *Op. cit.*, pp. 687-726. El autor es un romanista, decidido europeísta, y de merecida supranacional fama. Actualmente es Director del Max Plank Institute for Comparative and International Private Law, y Profesor en la Bucerius Facultad de Derecho de Hamburg.

Principios de Derecho europeo de contratos, ha sido adoptado en todos los instrumentos transnacionales, especialmente en DCFR, en el estudio sobre la posibilidad de un Derecho europeo de contratos, en la Proposición de Reglamento relativo a un derecho común europeo de la c.v., así como en algunas reformas nacionales. Hay, sin embargo, importantes diferencias a la hora de concretar normativamente tales reformas. El autor se propone examinar críticamente tales diferencias, advirtiendo que no siempre el texto más reciente necesariamente ha de ser el mejor. En este caso opina que los textos iniciales debieran constituir el punto de partida, con indudables mejoras, para lograr una mejor regulación de la institución, tanto a nivel nacional como internacional.

Excelente *mise au point* del tema a nivel comparativo y comunitario, en el que no falta incluso la cita de bibliografía española, aunque no he encontrado referencias normativas del ordenamiento jurídico español. Sorprende también la omisión de la abundante bibliografía sobre el tema en el Proyecto Gandolfi, citado en el volumen por otros colaboradores en materias diversas.

23. EPÍLOGO

A la vista del método general utilizado por los organizadores en la organización y distribución de las materias tratadas, me permito destacar su acierto inicial al no imponer un marco fijo y determinado a las colaboraciones seleccionadas. De hecho el lector comprueba, al finalizar su lectura, que en esta obra se ha logrado, de hecho, una singular trabazón lógica y estructural entre todas aquellas. Hay una –bien dotada bibliográficamente– novedosa exposición general que describe con amplitud el gran número de movimientos filosófico-jurídicos que han superado la tradicional igualdad entre el binomio legislación codicial y poder estatal, abriéndola en diversidad de direcciones.

Una de ellas es, sin duda, el fenómeno de la actualmente denominada Unión Europea. Surgido con fuerza entre las potencias intervinientes en la Segunda Guerra Mundial, ha ido evolucionando *ad intra* (para configurarse más democráticamente y, en cierto modo, parecerse estructuralmente a los antiguos estados soberanos) y, sobre todo, *ad extra*, logrando el reconocimiento internacional de su personalidad y, sobre todo, ampliando el número de miembros (de 6 a 28 al redactar el vol., ahora 27). Si bien, inicialmente, sólo se integraban en el nuevo ente, estados europeos continentales adscritos al *Civil Law*, en 1973 se adhirieron UK e Irlanda, y ulteriormente, Malta, pertenecientes al *Common Law*. Cabe observar que la UE no ha podido –o querido– sustraerse al visible fenómeno de la *americanización* de nuestra vida jurídica, manifestado no sólo en el predominio fáctico del idioma inglés en las publicaciones y documentación de la UE, sino también en algunos mecanismos de actuación política. Está por ver si el *Brexit* (no analizado, por razones cronológicas, en el volumen) permite que otros idiomas euro-

peos adquieran en el futuro algún protagonismo mayor, y, especialmente si la doctrina privatista europea se orienta a prestar menor atención a la jurisprudencia inglesa de la *Supreme Court* y a lo que disponen o resuelven los Tribunales federales norteamericanos.

Del volumen recensionado resulta, un tanto novedosamente, que la UE está actualmente sirviendo de modelo en otros continentes. Así ocurre con la OHADA en África y la OHADAC entre los países del Caribe. Sobre el tema se incluye una comunicación, ampliamente documentada, debida a quien trabaja actualmente en ambos proyectos. Siendo de notar la presencia de países que hablan español en ambos.

Hay varios trabajos que representan específicas aportaciones comparativas (concretamente: en relación con Escocia, Italia, Francia, Bélgica, Austria), sin perjuicio de que la mayoría de aportaciones estén centradas en el Derecho holandés y sus relaciones con el Derecho comunitario. Aquí la variedad de aspectos jurídico-privados analizados también resulta enriquecedora para el resto de países comunitarios cuya normativa no ha sido estudiada en particular (así ocurre *ad exemplum* con las siguientes materias: concepto de principios comunitarios, obligaciones con cláusula penal, relación entre los derechos fundamentales de la persona y los principios comunitarios, cláusulas abusivas, representación indirecta, promesas unilaterales, responsabilidad por los productos, fundamento de la responsabilidad personal por los daños, efectos directos o indirectos de la legislación comunitaria, prescripción extintiva).

Sin que pueda sostenerse que todas las conclusiones aquí establecidas, sean definitivas o difícilmente refutables, sino mayoritariamente opinables, considero que su lectura resulta aconsejable para el privatista español que maneje escasamente el Derecho y la doctrina neerlandesa, y (salvo los pocos y acreditados especialistas) tampoco tiene facilidad u oportunidad de acercarse a la doctrina europea *lato sensu*. Lo que paralelamente puede predicarse de la revista acogedora *European Review of European Law*.

EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LAS AGUAS Y LA AGRICULTURA COMO CAMPO DE BATALLA

J. A. Navarro Fernández

Ed. Reus,

Col. Derecho Agrario y Alimentario,
Madrid, 2017

Un volumen. 381 pp.

José María de la Cuesta Sáenz

Catedrático de Derecho civil

Universidad de Burgos

El título, algo apocalíptico pero bastante oportuno en el tiempo que corre, resalta el interés de la obra con los ribetes dramáticos de la guerra, que hoy por hoy no es sino dialéctica en nuestra tierra, entre modos de buscar mediante la ley el más eficiente empleo de este recurso innegablemente escaso por lo que se refiere a las aguas continentales.

No cabe duda de que las discusiones sobre el cambio climático y en general sobre los peligros de la actividad humana para el medio ambiente, proyectan su apasionamiento con especial virulencia en algo tan sensible para la vida (no sólo humana) como el agua, y es precisamente este tan candente tema jurídico al que se dedica esta amplia monografía.

Los planteamientos metodológicos de los que parte el autor, bien conocido como notable agrarista de formación civilística, son casi exclusivamente los proporcionados por autores (historiadores, economistas) de adscripción marxista y de notable prestigio, que son los más citados de su amplia bibliografía, lo que ni suma ni resta mérito al razonamiento técnico jurídico, que recibe tratamiento muy extenso en la obra por no ser su objeto principal, pese a lo cual, esta nota tratará de centrarse en las propuestas jurídicas y su fundamentación.

En efecto, el régimen del Código Civil y de las leyes de aguas del siglo XIX, fue profundamente alterado por la vigente Ley de Aguas aprobada en 1985, y ahora contenida en el Texto Refundido por el Real Decreto Legislativo 1/2001 de 20 de julio, y sus posteriores reformas, para sobre la base comúnmente admitida de la unidad del ciclo hidrológico, convertir en bienes de dominio público la mayor parte de las aguas continentales. Así las co-

sas, no se trata de una pugna entre el derecho público y el derecho privado como instrumentos de ordenación de la materia puesto que, sea cual sea el punto de vista, el aprovechamiento se patrimonializa de modo implacable, y resulta poco diferente ser propietario que ser concesionario (aunque para el medio ambiente y para el medio social parece menos peligroso presumiblemente ser propietario que ser beneficiario temporal de un acto del poder público, por causa de la presumible mayor responsabilidad del primero que del segundo). Y es que los innegables fallos del mercado pueden no ser más catastróficos en términos ecológicos que los fallos del planificador central (deseccación de Aral, por ejemplo), que el autor menciona en la página 34.

En cualquier la observación de la realidad de los problemas de todo tipo que comporta la aplicación de los recursos hídricos a la actividad agroalimentaria no difiere por razones ideológicas, que afectan más a las propuestas de tratamiento que a los diagnósticos acerca de una realidad más que problemática como la que nos ocupa.

Hay que destacar que la bibliografía, abundante y prestigiosa que ofrece el autor, contiene algunas obras que lanzan nuevas propuestas de diverso alcance y contenido, de las que destaco, sobre todo a J. MOORE, cuya teorización sobre el capitalismo como régimen ecológico, utiliza profusamente el autor en la parte introductoria, y L. FERRAJOLI, con propuestas de orden constitucional, y, por último, Ch. LAVAL y P. DARDOT cuya propuesta de considerar el agua cosa común inapropiable articula las formulaciones conclusivas.

Las propuestas que postula el autor como mejores vías de revertir el variado cúmulo de problemas que acarrea el necesario uso del agua para satisfacer necesidades humanas, y muy señaladamente en la actividad agraria, no es por lo tanto una propuesta legislativa revolucionaria o reformista sino más bien, como se desprende del párrafo de C. CASTORIADIS con que se cierra la obra, una "reforma del ser humano en tanto que ser sociohistórico, un ethos de la mortalidad y una autosuperación de la razón".

La agravación de la sequía en la península ibérica, unida al aumento de temperaturas medias ha proseguido después de la publicación de la obra que comentamos en primavera de 2017, hasta poner en riesgo serio el regadío, el secano y la ganadería, si se repitiese otro año hidrológico deficitario en igual o mayor medida que los precedentes.

En esta circunstancia hemos visto funcionar la administración estatal competente en administrar los caudales de agua, es decir, la correspondiente Confederación Hidrográfica, tomando medidas radicales que condenaban a muerte por sed a amplias extensiones de cultivos regados, en los que los agricultores habían depositado su trabajo y su esperanza, además de su dinero.

Y es que cuando la naturaleza aprieta, sea por "venganza" contra la agresiva especie humana, o sea porque a menudo "más que una madre parece una suegra", de poco sirven las previsiones por mucho despliegue científico-tecnológico que se lleve a cabo.

Si a las ciencias de la naturaleza les caben pocas posibilidades de mejorar nuestra suerte, al Derecho –privado o público– tampoco le resulta

posible otra función que mantener la paz social, priorizando en lo posible la satisfacción de las necesidades más perentorias de los ciudadanos, a la espera de que afloje la sequía o amaine el temporal, que son los extremos entre los que la humanidad vive en este valle de lágrimas.

Esperar algún beneficio permanente del ordenamiento jurídico de las aguas, ante algo regido por algo tan cambiante e impredecible como el clima, que se puede poner como ejemplo del indetermindismo en física (K. POPPER), nos pone sobre la pista de que estamos ante una parte del ordenamiento jurídico que rige conductas humanas especialmente sometidas a lo que el derecho llamó *vis maior*, lo impredecible o lo, en cualquier caso, inevitable. Si cambiamos el refrán *nunca llueve a gusto de todos*, por una despedida definitiva o por largo tiempo de la lluvia, las bases de la actividad agraria en un territorio cambiarían de tal modo que nos harían olvidar la agricultura como problema relacionado con el agua, e igualmente el problema desaparecería si la lluvia fuese siempre abundante y oportuna para el ciclo hidrológico y la actividad agraria.

Así las cosas resulta claro que es mucho más contingente y sometido a mayor incertidumbre el derecho de las aguas que cualquier otro sector del ordenamiento jurídico, y que la metáfora bélica, es decir al eclipse del derecho, que indica el propio título del autor, deja de ser una metáfora cuando el agua se recibe de territorios sometidos a otra soberanía, porque salvo acuerdo internacional, el conflicto será bélico realmente, como ha hecho patente la expansión de Israel. Entre tanto el ordenamiento jurídico ha solucionado la escasez con herramientas jurídico privadas (propiedad, heredamientos) y jurídico públicas a partes iguales con bastante éxito.

Llegados a este punto, hay que advertir al lector que el autor no rehúye al menos en apariencia, la función de interpretar los sucesivos ordenamientos del agua en España, y en tal sentido hay que destacar el capítulo V del libro, en el que bajo el título "La Ley de Aguas de 1985 y la delirante expansión del regadío", se pasa revista a la fundamentación y aplicación de las leyes de aguas de 1879 y de 1985, así como a los posicionamientos doctrinales sobre la propiedad de las aguas por parte de administrativistas y iusprivatistas, con un muy apreciable estado de la cuestión, aunque sin descender a la problemática actual del Registro de aguas, en la que sin duda habría realizado una aportación muy interesante.

En efecto, la vigente Ley mantiene la propiedad privada de algunas aguas, y en lo que atañe a las subterráneas alumbradas antes de la nueva ley, presiona sobre la propiedad mediante el Registro –ya cerrado– con la finalidad sin duda espuria de liquidar la propiedad privada subsistente, como si fuese la causa del imperfecto control de los acuíferos, cuando lo cierto es que ha sido más bien la desidia administrativa la causa de ese imperfecto control, ya que los alumbramientos anteriores a la ley de aguas eran gestionados por la administración minera. Ningún propietario de aguas subterráneas ha obstaculizado el control incluso mediante contadores de su consumo (la picaresca es más posible y frecuente en las concesiones administrativas). Simplemente lo que ocurre es que no se ha emprendido

esa tarea, y se quiere suplir por normas que conduzcan al mismo resultado enviando a los propietarios a la obtención de sentencias judiciales firmes, aunque nadie les discuta su derecho. Esa insidiosa inversión de la carga de la prueba, carece por completo de fundamento legal, y supone la consagración del principio, de integridad y exactitud registral de un registro meramente administrativo.

Esto, no sólo es un ataque en toda regla a la propiedad privada, sino a la propia institución registral y a la fe pública extrajudicial y extra-administrativa, que proporcionan la función notarial y registral.

Tampoco resulta concluyente este capítulo V respecto de la relación las propuestas (LAVAL y DARDOT) de contemplación del agua como *res communis omnibus hominibus*, y los ordenamientos jurídicos en materia de aguas, aspecto éste que induce cierta decepción al lector ávido de propuestas técnico jurídicas.

“EL ARCHIVO VICENTE ALEIXANDRE”

de Alberto Sáenz de Santa María Vierna
Servicio de Publicaciones de la Universidad,
de Extremadura,
Cáceres, 2017,
101 páginas

Manuel de Peralta Carrasco

Profesor titular de Derecho Civil
Universidad de Extremadura

Siete son los españoles que han recibido el Premio Nobel. Por orden cronológico: Echegaray, Ramón y Cajal, Benavente, Juan Ramón Jiménez, Severo Ochoa, Vicente Aleixandre y Cela. Si a ellos añadimos Vargas Llosa (nacido en Perú, pero con nacionalidad española), la cifra asciende a un total de ocho.

De su sola enumeración ya se deduce claramente el triunfo de las Letras frente a las Ciencias. Y todavía se puede precisar más: el Nobel que prevalece entre nosotros es el de Literatura. De los seis que lo han recibido, dos eran dramaturgos (Echegaray y Benavente), dos novelistas (Cela y Vargas Llosa) y dos poetas (Juan Ramón Jiménez y Vicente Aleixandre). Lo que significa que la proporción de poetas de primera magnitud debe ser elevadísima en España.

En el libro que recensamos, su autor se ocupa del último poeta español que, hasta el día de hoy, ha recibido el Nobel de Literatura: Vicente Aleixandre.

Alberto SÁENZ DE SANTA MARÍA VIERNA ambienta y define el objeto de su estudio con estas palabras:

“... Vicente Aleixandre, poeta universal, fue Premio Nobel de Literatura en 1.977 y, además, creador de un espacio único de cultura, literatura, poesía y arte en torno a su casa de Madrid, en calle Velintonia. Allí se formó al cabo de décadas un Círculo de amistades y vida, una “Academia de poesía y cultura” que giraba totalmente en torno a la persona de Aleixandre.

Y allí fue donde Aleixandre reunió su patrimonio personal más valioso: una Biblioteca espléndida llena de poesía y primeras ediciones, su correspondencia infinita (de ida y vuelta) con todos los grandes de la Literatura, mucho material poético, carpetas de trabajo con –al menos– 75 poemas

inéditos, documentos y objetos personales, objetos y documentos relacionados con la concesión del Premio Nobel, algunas obras de arte (no sólo pintura, también fotografías, ...) en fin, en una palabra: Aleixandre”.

Parte de ese patrimonio personalísimo se acabó convirtiendo en un cuerpo de bienes separado e independiente, parte de su herencia (según algunos) y objeto de donación (según otros).

En todo caso, lo seguro es que este “cuerpo de bienes” definido y separado es el que fue objeto de disputa judicial –i25 años después de la muerte del poeta!– hasta que recibió solución definitiva en la Sentencia de 18 de diciembre de 2.013 del Tribunal Supremo.

Definido el objeto, todo el libro se ocupa íntegramente de él. Y si hubiera que simplificarlo, yo diría que el libro es, en sí mismo y ante todo, un libro de Derecho Civil puro y duro. Es más, es un Libro que podría llamarse “de Derecho Civil y de Código Civil”.

Digo esto porque en los tiempos actuales es muy frecuente que las monografías de Civil que se publican estén llenas de Derecho de la Unión Europea, ya se trate de Reglamentos o Directivas, ya de Proyectos de futuro como el DRAFT –Marco Común de Referencia para el Derecho Privado Europeo– y de abundantes resoluciones de los Tribunales de Justicia de la Unión Europea. Son también continuas las referencias a las regulaciones de los Derechos autonómicos propios de cada Comunidad autónoma. Y por supuesto, de la abundante y omnipresente Legislación administrativa;

Este no es el caso del libro de SÁENZ DE SANTA MARÍA, pues es puro Derecho civil y Código Civil desde el comienzo al fin.

Y puestos a identificarlo aún más, he de decir que también es un Libro singular por su planteamiento y desarrollo, ya que ni es un libro doctrinal ni es un Comentario de Jurisprudencia.

No es un Libro doctrinal al uso como si fuera una monografía nacida en el seno de la Universidad, pues no analiza una figura jurídica por completo, sus antecedentes, su naturaleza jurídica, sus elementos, los efectos de su cumplimiento, los de su incumplimiento...

Tampoco es un Comentario de jurisprudencia, pues éstos se ocupan de la exégesis y el estudio de una Sentencia o –a lo sumo– de un grupo de Sentencias.

En este tipo de trabajos sobre jurisprudencia, la alusión a resoluciones anteriores dictadas por Tribunales inferiores suele estar presente sólo para recalcar que dijeron lo mismo que finalmente dijo la Sentencia final (o lo contrario). Pero las sentencias primeras o intermedias no suelen ser examinadas en sí y por sí mismas.

No suele ser habitual encontrarnos ante un trabajo de Jurisprudencia que siga un caso desde su nacimiento hasta su fin, es decir, un trabajo que analice la Sentencia de primera instancia, el Recurso de apelación ante la Audiencia Provincial y la Casación ante el Tribunal Supremo.

En este sentido se puede decir que el análisis jurídico que se realiza en el libro recensionado es, de verdad, un análisis transversal.

Si no es un Libro doctrinal al uso y tampoco es un Comentario de Jurisprudencia, la pregunta es obvia: ¿Qué es? Yo diría que el Libro es ante todo, un Dictamen. Y un Dictamen sobre un supuesto concreto de la vida real.

Pero tampoco es un Dictamen común, porque el Dictamen tiene su sentido al servicio de un pleito y para convencimiento del Juzgador que debe resolver (o para evitar el pleito en vía de asesoramiento o mediación). Y aquí el pleito ya está más que resuelto por la STS 18 de diciembre de 2013 y, por tanto, no hay Tribunal ninguno al que convencer, ni se puede tampoco evitar el pleito.

Además, su autor es Notario y se le nota. Por eso, ha hecho un Dictamen de Notario, porque no es un Dictamen de “instituciones” o “de naturalezas jurídicas”, sino que el de Alberto SÁENZ DE SANTA MARÍA VIerna es un auténtico “Dictamen de problemas”, que es –a mi juicio– el tipo de Dictamen que los Notarios mejor practican.

Entrando ya en el fondo de la cuestión del “Archivo Vicente Aleixandre”, hay que decir que el pleito, en todas sus instancias, se planteó como una contraposición frontal entre dos planteamientos radicalmente opuestos: el de la demandante (hija de un primo carnal del Nobel), que ejercita la acción reivindicatoria contra los poseedores del Archivo, por entender que este Archivo le pertenecía a ella en tanto que era heredera del Nobel; y el de los demandados (el poeta Carlos Bousoño y su mujer Ruth), que alegaron frente a ello la prescripción por haber transcurrido más de 23 años desde que comenzó su posesión del Archivo.

Por tanto, parece una simple discusión entre acción reivindicatoria y prescripción extintiva. Y todos los desarrollos del pleito, en todas las instancias, se centraron casi en exclusiva en esta antítesis reivindicación-prescripción.

Alberto SÁENZ DE SANTA MARÍA, sin embargo, hace un planteamiento mucho más poliédrico del asunto, porque el asunto lo es. Y por ello no se ocupa sólo de la antítesis planteada, sino que trata y profundiza en otros relevantes aspectos omitidos en la “litis”. Y por ello examina la dimensión sucesoria del asunto, centrándose tanto en la acción de petición de herencia como en la partición adicional. Y por ello también hace atinadas observaciones sobre la importantísima doctrina de los propios actos y la más reciente doctrina del retraso desleal (“*verwirkung*”).

Hasta llegar finalmente el autor a darnos su propia opinión sobre quién es el propietario legítimo del Archivo. Y esta opinión no consiste en aceptar la Reivindicación o la Prescripción, sino que el autor estima que hubo Donación. Claro que para llegar a fundamentar sólidamente esta solución final (como realmente hace de forma acertada, a nuestro juicio) tiene que argumentarla y lo hace en base a una pequeña figura diminuta –apenas tenida en cuenta en los manuales de hoy– perteneciente al mundo de la eficacia e ineficacia de los negocios jurídicos. Me refiero a la Convalescencia o Confirmación de los negocios jurídicos (“*ratihabitio*”).

Y éste es otro de los méritos de la obra objeto de estas líneas. Que, a diferencia de algunas monografías que confían la solución de cualquier pro-

blema jurídico a la eventualidad de acometer una futura reforma legislativa (las socorridas soluciones "de lege ferenda"), en ésta el autor halla la solución justa al caso concreto exprimiendo jurídicamente las leyes vigentes (solución "de lege lata") mediante el razonamiento, la interpretación y la integración jurídica.

No quisiera, finalmente, dejar de decir algo sobre dos detalles que adornan el libro y su valía. Uno es el cuadro de Aleixandre que se reproduce en la portada, obra de un gran pintor español amigo del autor: José Lucas. El otro es el Prólogo con que se abre el trabajo, obra de otro Notario y amigo del autor: Pablo GUTIÉRREZ-ALVIZ Y CONRADI; que siendo entrañable y amical con el autor, es sin embargo objetivo en su valoración del trabajo hecho. Conformando contenido, prólogo y portada una meritoria obra, digna de ser tenida, leída y considerada.

No quisiera concluir esta reseña sin una reflexión personal que enlaza al autor con su libro. Y es que, con esta obra, Alberto SÁENZ DE SANTA MARÍA VIerna demuestra que los Notarios pueden ser "juristas prácticos", con capacidad crítica y analítica; evitando ser meros "practicones" y prestigiando con ello la profesión que "profesa".

La diferencia está en que los meros practicones están pendientes sólo de la factoría de escrituras que gobiernan con la mano de firmar; mientras que los juristas prácticos (quizá muchos más de los que se pueda pensar, según mi personal experiencia), para el día a día de sus Despachos jurídicos y la solución de los problemas de sus clientes, no usan solo la mano de firmar sino que prefieren utilizar la cabeza, equipados para esa tarea con el equipaje que proporcionan los conceptos jurídicos. Por supuesto, interpretados siempre en clave finalista, de búsqueda de la "ratio legis".

Podría terminar con unas frases al uso acerca de la imprescindible necesidad de consultar este libro para tratar en el futuro esta materia, pero no voy a hacerlo. Prefiero concluir señalando que esta meritoria obra no se detiene en su caso concreto, sino que analiza con lupa y bisturí un caso mucho más frecuente de lo que parece: el de los abundantes casos de personas relevantes del mundo de la Cultura (pintores, escultores, autores, novelistas, poetas...) que no son suficientemente previsores acerca del destino final de sus obras y sus "bienes culturales", con lo que consiguen que éstos acaben dispersos, perdidos o malbaratados.

Una reflexión previa sobre este destino "post mortem" sería muy conveniente en muchísimos casos reales. Y con ello se podrían evitar abundantes pérdidas de "capital cultural relevante", como los que se han producido en muchas ocasiones que están en la mente de todos los lectores de esta Revista.

RETOS Y TENDENCIAS DEL DERECHO DE LA CONTRATACIÓN MERCANTIL

Miranda Serrano, L. M./Pagador López, J. (dirs.)
Madrid, Marcial Pons, 2017
864 pp.

José Miguel Embid Irujo

Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Valencia
(jose.m.embid@uv.es)

1. Han pasado ya varias décadas desde que –finales de los años setenta del pasado siglo– un gran iusprivatista italiano, FRANCESCO GALGANO, analizando los caracteres del Derecho mercantil del momento, afirmó que esta disciplina, siempre en constante evolución, se encontraba en una posición similar a la que le caracterizó en la época de su surgimiento, como rama separada y especializada del Derecho civil. Este singular extremo, una suerte de retorno al “corazón” del Derecho mercantil histórico, era consecuencia para nuestro autor, y para otros relevantes juristas de la época, como Gerardo SANTINI, de los diversos hechos que, a escala del comercio tanto interno como internacional, habían conformado una suerte de *producción privada* del Derecho relativo al tráfico económico.

El fenómeno, que en el terreno internacional, fue y sigue siendo conocido bajo la plástica fórmula de la “nueva *lex mercatoria*”, ha adquirido particular relieve en nuestros días a consecuencia de la globalización de la actividad económica, sin perjuicio del renacimiento de significativas actitudes proteccionistas. Como es bien sabido, este amplio complejo de realidades jurídicas dotadas, igualmente, de un intenso dinamismo, encuentra en la autonomía de la voluntad y, de manera más precisa, en la libertad contractual su principal fuente de enriquecimiento. Y si tuviéramos que situar dichas realidades en algún sector concreto de nuestra disciplina o, quizá mejor, del Derecho privado, el lugar idóneo sería sin duda alguna en el Derecho de obligaciones y contratos.

El pensamiento del profesor GALGANO al que acabamos de aludir se formulaba, por lo demás, en una época que veía florecer con inusitada fuerza otros sectores del Derecho mercantil, señaladamente el Derecho de sociedades, sin mengua del intenso relieve que la progresiva juridificación del mercado otorgaba a materias como el Derecho de la competencia o

de la propiedad industrial. Desde aquellos momentos, en los que podemos identificar algunas de las bases configuradoras de nuestra disciplina en la actualidad, puede decirse que la materia relativa a las obligaciones y los contratos no sólo no ha perdido importancia, sino que, en peculiar ejercicio de armonía con otros sectores jurídico-mercantiles y aun del entero Derecho privado, ha mantenido su vigencia efectiva en el mundo de los negocios y de la actividad económica.

Se trata, con todo, de un sector jurídico en el que se reflejan con especial intensidad algunos de los fenómenos que impregnan el discurrir de la sociedad actual. Así se advierte, desde luego, con la creación de nuevas figuras contractuales, susceptibles de atender las necesidades que la evolución social plantea de continuo y, por supuesto, con la persistente remodelación de las ya conocidas; también con la aportación de refinados instrumentos de tutela de los contratantes, en particular de los que pueden ser considerados débiles, sobre todo en el terreno del consumo.

Pero, del mismo modo, ha de resaltarse en la incesante evolución del Derecho de contratos *el papel de la técnica* o, si se prefiere, de las nuevas tecnologías, que en combinación con las anteriores circunstancias ofrece en nuestros días un mosaico complejo y abigarrado de supuestos negociales, no fácil de ordenar y sistematizar mediante las categorías dogmáticas heredadas. No es esta influencia técnica un fenómeno, en sí, del todo nuevo; la evolución y, si se quiere, el progreso del Derecho de contratos, sobre todo en algunos sectores, ha estado vinculado de manera indisociable con la perfección de ciertos elementos esencialmente técnicos, como prueba, entre otros, con especial relieve, el singular espacio de la navegación, tanto marítima como aérea, y los contratos relativos a/o vinculados con el transporte de mercancías y de personas en dichos ámbitos.

Se comprende, por ello, que desde hace algunos años se haya intensificado la atención de los juristas hacia el sector del Derecho de contratos. Y en ese plano, dentro de nuestras fronteras, debe destacarse la relevante actividad intelectual que, de manera continuada y rigurosa, lleva a cabo un grupo de profesores de Derecho Mercantil radicados en la Universidad de Córdoba, que promueve la elaboración de interesantes obras sobre aspectos, a la vez, generales y específicos, del Derecho de contratos. Debe mencionarse, por ello, la labor del profesor Luis María MIRANDA SERRANO, y con él la dedicación igualmente constante del profesor Javier PAGADOR LÓPEZ. Ambos, auxiliados con frecuencia por otros colegas de la misma Universidad, han contribuido a renovar en nuestros días los criterios fundamentales de tratamiento del Derecho de obligaciones y contratos.

En la presente ocasión, la obra que ambos profesores han dirigido recoge las ponencias y comunicaciones presentadas al congreso "Retos y tendencias del Derecho de la contratación mercantil", celebrado en Córdoba los días 14 y 15 de abril de 2016. En ella se nos ofrece un cuadro amplio, variado y siempre sugestivo de muy distintos supuestos, que van desde la más rigurosa teoría general del contrato hasta las especialidades de última hora en sectores caracterizados por una intensa innovación contractual. No

parece necesario destacar su interés, como consecuencia, por supuesto, de la actualidad de la temática analizada, pero también por el rigor que muestran las distintas aportaciones contenidas en la obra.

Por ser tan extenso el libro que nos ocupa y por referirse su contenido a un amplísimo conjunto de materias, no es posible exponer, en el marco estricto de una reseña, las particularidades de todas y cada una de las aportaciones. Me limitaré, por ello, a mencionar los distintos apartados en los que se divide la obra, con la indicación precisa del título de cada trabajo, así como de su autor. Aunque de este modo no se hace la justicia que se debe tanto a las aportaciones recogidas en el libro como a sus autores, es posible, no obstante, que así pueda el lector apreciar con detalle la ambiciosa finalidad que ha animado a los directores de la publicación, bien auxiliados por quienes lo han coordinado, los profesores José Manuel SERRANO CAÑAS y Antonio CASADO RODRIGO, ambos, igualmente, de la Universidad de Córdoba.

2. La primera parte de las seis en las que se divide el libro lleva por título "Retos y tendencias actuales en materia de disposiciones generales sobre obligaciones y contratos mercantiles" (pp. 41-229). En ella encontramos interesantes reflexiones sobre los aspectos que informan el Derecho de la contratación mercantil de nuestros días, buena parte de las cuales siguen el hilo de la todavía no conseguida codificación de la normativa sobre obligaciones y contratos en el Derecho español, sin perjuicio de atender también a las nuevas tendencias de la contratación, no siempre fáciles de individualizar, en la actualidad. Así, el profesor MIRANDA SERRANO se ocupa (pp. 41-89) de las "Aportaciones del Derecho mercantil a una regulación unitaria de la teoría general del Derecho de obligaciones y contratos (I)", perspectiva que, con igual título, se contempla en el trabajo del profesor PAGADOR LÓPEZ (pp. 91-120). En esa línea referida a la codificación del Derecho de contratos, se inscribe el trabajo del profesor Jesús QUIJANO titulado "El libro IV del Anteproyecto de Código mercantil como objeto de debate" (pp. 121-131), la contribución del profesor Francisco Javier PÉREZ-SERRABONA, titulada "Tendencias actuales en materia de obligaciones y contratos: el reto de un nuevo código unificado hecho realidad" (pp. 175-191), y el estudio de Eugenia GONZÁLEZ NIETO "La mercantilidad de los contratos en el Anteproyecto de Código mercantil. En concreto: contrato de compraventa y contrato de comisión mercantil" (pp. 219- 229).

Otros estudios de esta primera parte se ocupan de cuestiones relacionadas estrechamente con problemas específicos, con largo recorrido evolutivo, del Derecho de obligaciones y contratos, como son "El inmovilismo caprichoso del legislador respecto de control del contenido: no es país para empresarios o profesionales" (pp. 193-205), del que son autores Carmen MARTÍN FERNÁNDEZ y Pedro GONZÁLEZ JIMÉNEZ, o "La presunción de solidaridad en las obligaciones mercantiles como nueva tendencia legislativa" (pp. 207-218), escrito por Juan GÓMEZ BLANCAR.

El resto de las contribuciones a esta primera parte de la obra que re-

señamos se ocupa de fenómenos de "última generación", cabría decir, desde la perspectiva propia del Derecho de obligaciones y contratos. Así sucede con el trabajo "El Derecho mercantil y el consumo colaborativo" (pp. 133-144) del profesor Rafael Rojo ÁLVAREZ-MANZANEDA, con el estudio "La Economía colaborativa en el sector del alojamiento turístico" (pp. 145-158), escrito por la profesora Carmen HERRERO SUÁREZ, o, finalmente, con la aportación titulada "La nueva regulación sobre la contratación de viviendas con fines turísticos" (pp. 159-174), del que es autora la profesora Patricia BENAVIDES VELASCO.

3. La segunda parte del libro que nos ocupa (pp. 233-364) lleva por título "Retos y tendencias actuales en el ámbito de los contratos de distribución" y en ella encontramos aportaciones diversas, unidas por la comprensión, ciertamente amplia, de lo que constituye la categoría reseñada, no del todo bien construida por la doctrina. Se entiende, así, que lo propiamente contractual, si admitimos esta formulación, se vea completado en la parte ahora examinada por contribuciones radicadas, de manera sustancial, en otros ámbitos jurídicos, como pueden ser el Derecho de la competencia o el Derecho de la propiedad industrial.

Es esta perspectiva concurrencial la que da inicio a las ponencias y comunicaciones de la segunda parte de la obra que reseñamos. Así sucede con la contribución del profesor Juan Ignacio RUIZ PERIS, titulada "Asimetría y abuso en la cadena de distribución" (pp. 233-243), o con el trabajo "Reducción de precios (descuentos) en las leyes de comercio: análisis de su compatibilidad con la directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales" (pp. 245-273), del que es autor el profesor Pedro PORTELLANO DíEZ. En el Derecho de la propiedad industrial se insertan, por su parte, los estudios "La nueva Ley de patentes y la nueva directiva de Marcas. Nuevos retos y tendencias jurídicas" (pp. 325-334, elaborado por el profesor Juan Pablo GARBAYO BLANCH, y "Las licencias sobre el diseño industrial no regulado" (pp. 349-356), escrito por la becaria de investigación Sara LOUREDO CASADO.

Por lo que se refiere al estricto terreno contractual de los negocios de distribución, con criterio, en ciertos casos, de apoyo a su tratamiento legislativo, hemos de situar el grueso de las aportaciones de esta parte. Así sucede con los siguientes trabajos: "Una propuesta de normativa sobre la actividad de los agentes de deportistas" (pp. 275-296), del profesor Luis MARÍN HITA; "La regulación normativa como reto de futuro" (pp. 297-312), escrito por los profesores Enrique BARRERO RODRÍGUEZ y Rodrigo VIGUERA REVUELTA; "Los desequilibrios contractuales (y la necesidad de su control) en el sector de la distribución" (pp. 313-324), elaborado por la profesora Natalia MATO PACÍN; "Nuevas tendencias en torno a la regulación de la retribución en el contrato de mediación mercantil" (pp. 335-348), debido al becario de investigación Antonio CASADO NAVARRO, y, finalmente, "La retribución del comisionista en el Anteproyecto de Código Mercantil" (pp. 357-364), del que es autor Eduardo JIMÉNEZ PINEDA.

4. La tercera parte de la obra en estudio (pp. 367-584) lleva por título "Retos y tendencias actuales en el ámbito de la contratación bancaria", y es no sólo la más extensa sino también la que contiene mayor número de aportaciones. Se comprende muy bien esta floración de estudios sobre lo que, con evidente clasicismo, se sigue llamando "contratación bancaria"; y es que los muy relevantes efectos que ha dejado en este sector del ordenamiento la crisis económica, así como el protagonismo de la tecnología y la presencia de nuevos operadores en tal ámbito, otorgan al sector "bancario", utilizando el calificativo sin pretensión de exactitud, un extraordinario relieve.

Se inicia esta parte con el estudio, general e introductorio, del profesor Rafael MARIMÓN "Retos y tendencias actuales en el ámbito de la contratación bancaria" (pp. 367-399). También están informados de un carácter genérico, con referencia minuciosa al importante papel desplegado por los tribunales en los últimos años, los trabajos "Jurisprudencia reciente en materia de contratos bancarios y financieros" (pp. 401-424), del magistrado Pedro José VELA TORRES, y "El control de incorporación y transparencia de condiciones generales del contrato en los contratos bancarios según la Jurisprudencia del Tribunal Supremo" (pp. 459-474), del profesor Eduardo VALPUESTA GASTAMINZA. Aun con matices, pueden situarse en este terreno, por su carácter común a la actividad y la contratación bancarias, los estudios "La evaluación de la solvencia del cliente en la concesión de créditos" (pp. 505-518), elaborado por la profesora María Cruz MAYORGA TOLEDANO, y "Las comunicaciones comerciales en la contratación bancaria" (pp. 565-583) del que es autor el investigador Roberto COUTO CALVIÑO. En una cierta periferia de la contratación bancaria, podemos situar el trabajo "Retos y tendencias del actuales en materia de garantías mobiliarias" (pp. 519-538), debido al profesor Jorge FELIU REY.

El análisis de algunos contratos bancarios específicos ha atraído la atención de numerosos autores. Por una parte, hay que mencionar el trabajo "Observaciones ante el depósito de dinero en el proyecto de Código mercantil" (pp. 425-442), escrito por el profesor José María DE LA CUESTA RUTE; por otra, resulta necesario agrupar los estudios dedicados a modernas figuras financieras, algunas con notorio protagonismo en los últimos años, como el *swap*, y que, en numerosos casos, vinculan la actividad bancaria con los mercados de valores. Son los siguientes: "La negociación en mercados secundarios de las nuevas permutas (*swap* y *barter*)" (pp. 443-458), del profesor José Antonio VEGA VEGA; "La calificación concursal del crédito resultante de la liquidación anticipada de un *swap* de tipo de interés (IRS)" (pp. 475-489), elaborado por la profesora Gloria PUY FERNÁNDEZ; "*Qualified financial contracts* –*QFCS*– y otras operaciones de financiación en mercados de valores (págs. 491-504), escrito por la profesora Ana Felicitas MUÑOZ PÉREZ; "Información financiera y *swap*" (pp. 539-553), del que es autora la profesora Ascensión GALLEGO CÓRCOLES, y, por último, "Nuevas perspectivas del contrato de cuentas en participación en relación con el *crowdfunding* o alguna de sus modalidades" (pp. 555-563), del profesor Antonio GALACHO ABOLAFIO.

5. La cuarta parte del libro lleva por título "Retos y tendencias actuales en el ámbito de la contratación del transporte" (pp. 587-667) y contiene una variada gama de aportaciones sobre el fenómeno, esencialmente unitario, del desplazamiento geográfico de personas y cosas, más allá de las especialidades impuestas por el medio a través del que se desarrolle. Los mencionados estudios son los siguientes: "La conveniencia de una nueva ley sobre el contrato de transporte aéreo" (pp. 587-605), elaborado por la profesora María Victoria PETIT LAVALL; "Retos y tendencias actuales en la contratación del transporte terrestre y marítimo de mercancías" (pp. 607-627), debido al profesor Alberto EMPARANZA SOBEJANO; "La nueva directiva europea sobre viajes combinados" (pp.629-642), del que es autora la profesora Belén GARCÍA ÁLVAREZ; "El período de responsabilidad del porteador en la Ley de navegación marítima" (pp. 643-659), escrito por el profesor Juan Pablo RODRÍGUEZ DELGADO; y, por último, "La contratación con el consignatario de buques en la Ley 14/2014, de 24 de julio, de navegación marítima" (pp. 661-667), del profesor Antonio ABRIL RUBIO.

6. La quinta parte de la obra reseñada se ocupa de los "Retos y tendencias en el ámbito de la contratación del seguro" (pp. 671-803), y en él se entrelazan estudios relativos a materias propias del tradicional tronco dogmático del seguro con otros en los que se pone de manifiesto la incidencia de los nuevos fenómenos sobre este relevante mecanismo de cobertura de riesgos. Y, como en otras ocasiones, también aquí se observa la capacidad de adaptación de un instituto jurídico que acompaña, en su secular evolución, al desarrollo del Derecho mercantil. En este sentido, la ponencia de la profesora María José MORILLAS se ocupa de los "Retos y tendencias actuales en la contratación de los seguros de personas: la información precontractual" (pp. 671-696). Carácter más concreto revisten los restantes trabajos, que enumeramos a continuación: "La comercialización de seguros por entidades de crédito y los seguros vinculados a operaciones de préstamos" (pp. 697-728), del que es autor el profesor Carlos VARGAS VASSEROT; "El deber de declaración del riesgo y sus agravaciones en el seguro de enfermedad" (pp. 729-742), elaborado por la profesora María Jesús PEÑAS MOYANO; "El seguro de responsabilidad civil de los administradores de las sociedades de capital" (pp. 743-758), escrito por el profesor Javier VALENZUELA GARACH; "Legitimación y prescripción en el seguro «de transporte»: ¿Conviene reformar la Ley de transporte terrestre y la de contrato de seguro?" (pp. 759-773), debido al profesor ACHIM PUETZ; "Exigencias de la responsabilidad medioambiental en relación al transporte de mercancías por carretera: la contratación del seguro medioambiental", elaborado por la profesora Elena LEIÑENA MENDIZÁBAL; "El aplazamiento en el pago de la prima" (pp. 789-796), preparado por el profesor Javier VERCHER MOLL; y, por último, "El desvanecimiento de los elementos definitorios clásicos de la colaboración mercantil. Demandas específicas del sector asegurador" (pp. 797-803), escrito por la profesora Covadonga DÍAZ LLAVONA.

7. La sexta y última parte del libro que comentamos lleva por título "Retos y tendencias actuales en el ámbito de la contratación internacional" (pp. 807-864). Aun siendo la más breve, por extensión y por el número de trabajos a ella dedicados, adquiere un relieve singular, sobre la base del relevante papel que la contratación internacional juega desde hace tiempo como elemento de configuración y reconstrucción de aspectos relevantes del Derecho de obligaciones y contratos, según indicábamos al comienzo de la presente reseña. Y el hecho de que, en la obra que nos ocupa, se sitúe en el apartado final le otorga, a nuestro juicio, un destacado valor simbólico, como compendio o resumen de la visión, amplia y detallada a la vez, que en ella se ofrece al lector interesado en la materia. Quede aquí mención expresa de los cuatro trabajos aportados: "La aplicación jurisprudencial de los principios de UNIDROIT" (pp. 807-824), escrito por la profesora Pilar PERALES VISCASILLAS; "Tendencias del Derecho de la contratación internacional: el sistema de Ciudad del Cabo como moderno instrumento de Lex mercatoria" (pp. 825-846), elaborado por la profesora María Jesús GUERRERO LEBRÓN; "El *crowdfunding* en el marco de la contratación internacional" (pp. 847-857), cuyo autor es el profesor Enrique MORENO SERRANO; y, por último, "Lex mercatoria islámica: Sharia as Choice of Law under Rome I Regulation" (pp. 859-864), escrito por el profesor Bruno MARTÍN BAUMEISTER.

8. Tras esta sumaria descripción del libro sobre el momento actual del Derecho de la contratación, es obligado concluir destacando su alto valor y su singular interés, dos apreciaciones positivas que, sin referirse del mismo modo, como es notorio, al tema analizado, confluyen, por suerte, en esta ocasión. Ya ha quedado advertido que no es ésta la primera obra que los profesores MIRANDA SERRANO y PAGADOR LÓPEZ, bien coordinadamente, bien por separado, han dedicado al ámbito de la contratación mercantil. Puede entenderse mejor, gracias a esa experiencia previa, el acierto de su tarea en esta ocasión, sobre todo, a mi juicio, por haber dado a la obra una determinada "configuración espiritual", si vale la fórmula, desde la que analizar con el debido rigor jurídico los no pequeños retos que afectan hoy al Derecho de obligaciones y contratos, a la vez que se exponen e individualizan las tendencias predominantes o, simplemente, más destacadas en dicha parcela del ordenamiento.

Quizá, por su propia naturaleza, pero también por la heterogénea realidad en la que se desarrolla, es esta vertiente del Derecho privado de no fácil construcción dogmática en nuestros días e, incluso, de más complicada articulación sistemática. Muchas de las certezas heredadas, sin mengua de su rigor, nos sirven hoy sólo de manera relativa, produciendo en el jurista una llamativa sensación de inseguridad, del todo inconveniente para el desarrollo de su labor y, más precisamente, para la delimitación del ámbito adecuado que permita el mejor desarrollo de las transacciones comerciales. Podría decirse, incluso, que frente a otros sectores del Derecho privado, tal vez mejor "defendidos", desde el punto de vista sistemático, de las asechanzas imprevisibles del presente, el Derecho de obligaciones y contratos,

por la magnitud y variedad del terreno sobre el que ha de asentarse, se topa con numerosos problemas para configurar esa *red de seguridad* que imperiosamente le reclaman el mercado y los operadores económicos.

Para enfrentarse, en fin, con este "tema de nuestro tiempo" (Ortega *dixit*), cuya dificultad no puede ignorarse, resulta imprescindible disponer de bases firmes desde las que perfilar esa necesaria elaboración, a la vez dogmática y sistemática, del Derecho de obligaciones y contratos. El libro reseñado, en el que se recoge el esfuerzo de un amplio elenco de juristas, muchos de ellos profesores en distintas universidades españolas, ayuda a construir esas bases con un planteamiento abierto y plural, más allá de adscripciones a concretas áreas de conocimiento, por lo que resulta muy adecuado, precisamente, a la materia estudiada. Hay que felicitar a todos los autores por la gran obra lograda y, muy especialmente, a sus directores, con el deseo y la esperanza de que continúen en esta valiosa trayectoria.

RESPONSABILIDAD CIVIL POR VULNERACIÓN DEL DERECHO AL HONOR EN LAS REDES SOCIALES

Herrera de las Heras, R.
Reus, 2017

Esther Muñiz Espada
Universidad de Valladolid

La monografía forma parte de la colección de Derecho de Daños de la Editorial Reus. Su inclusión en la misma pretende contribuir a la presentación de temas de máxima actualidad y novedosos sobre la responsabilidad civil. Este, la responsabilidad civil por vulneración del derecho al honor en las redes sociales, es quizá uno de los más llamativos y en el que, en cierta medida, los múltiples usuarios de las redes sociales pueden conocer y plantearse cuáles son los límites, en materia de protección al honor, a los que nos enfrentamos. La falta de una regulación específica y reciente ha llevado al propio Congreso de los Diputados a plantearse la necesidad de actualizar la legislación, en vigor desde 1982, en materia de protección al honor.

No cabe duda que han cambiado muchas cosas desde entonces, y que la legislación de principios de los ochenta se ha quedado desfasada y ha sido superada por los avances tecnológicos y por los distintos comportamientos sociales. Acierta el autor iniciando su monografía con un estudio doctrinal del concepto del Derecho al honor, en el que destaca su amplio manejo de autores clásicos y obras de difícil acceso por no incluirse en las bases de datos tradicionales. El estudio detallado de la Ley 1/1982 de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidación personal y familiar y a la propia imagen y el importante papel que la jurisprudencia ha tenido en la materia, complementan una primera parte del libro que sitúa al autor ante el contenido del derecho objeto de estudio, el honor.

Continúa la monografía con un análisis sobre los derechos de información y expresión, así como su alcance constitucional. Es de destacar el interesante debate sobre si el derecho al honor se configura como un límite a estos derechos o, en cambio, si lo que se trata es de ponderar cada uno de ellos en caso de colisión. A lo largo de este apartado realiza un estudio pormenorizado sobre el concepto jurisprudencial de veracidad y sus diferencias con la verdad real.

La segunda parte del libro entra de lleno ya en la protección del derecho al honor en las redes sociales. Se inicia con un apunte sobre éstas y el derecho para analizar la responsabilidad de las redes sociales como prestadoras de servicios. Sobre ello es importante incidir en dos elementos: el conocimiento efectivo y la eliminación diligente del contenido que vulnera el derecho al honor. Esta es, sin lugar a dudas, la parte más compleja pero, a la vez, la más interesante. Se trata de determinar en qué casos los prestadores de servicios responderán de los comentarios realizados por los usuarios de las redes sociales en caso de que estos pudiesen contener intromisiones ilegítimas en el honor de terceras personas. Por lo tanto, será fundamental establecer en qué casos consideran los tribunales que ha existido, por parte de las redes sociales, ese conocimiento efectivo. En este sentido se analiza si es necesaria una resolución judicial sobre la intromisión ilegítima del comentario o, si por el contrario, en algunos casos en el que éstos sean evidentes bastará una simple notificación por parte del afectado. Sobre la diligencia en la retirada del comentario por parte de las redes sociales, que es otro de los elementos trascendentales, se hace un análisis sobre su comprensión y tratamiento en la jurisprudencia.

Y todo ello a través de un amplio estudio jurisprudencial en el que destacan las sentencias de nuestro Tribunal Supremo y las recientes decisiones que sobre la materia ha tomado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. No se olvida el autor de la responsabilidad de los usuarios de las redes sociales, pues ellos también pueden vulnerar el derecho al honor de terceros. En este sentido hay que destacar la especial mención que se realiza a los mensajes realizados de manera anónima y a los subidos por los *community manager* de las empresas. Quizá uno de los temas más complejos, pero a la vez mejor tratados, es el de la problemática de los retuits y el hecho de compartir mensajes y enlaces a través de las redes sociales.

La última parte de la monografía trata de la reparación una vez producida la intromisión ilegítima en el honor de un tercero. En primer lugar con un carácter general para finalizar con un estudio específico de la reparación del daño en los casos en los que la vulneración del derecho al honor se haya producido en las redes sociales, debido a las importantes particularidades que ello conlleva. Además de todo esto, los profesionales del Derecho podrán encontrar 3 anexos de interés. Se tratan de modelos de demandas sobre las materias comprendidas a lo largo de la obra, de especial utilidad, pues incluyen las últimas novedades jurisprudenciales.

En definitiva, se trata de una obra muy completa, actual, y que, además del análisis crítico que se le presupone a cualquier trabajo de investigación, realiza interesantes propuestas de *lege ferenda* a tener muy en cuenta en este ámbito.

LA PROPIEDAD COMPARTIDA Y LA PROPIEDAD TEMPORAL

Vol. col. dir. S. Nasarre Aznar
Tirant lo Blanch,
Valencia, 2017

Esther Muñiz Espada

Universidad de Valladolid

La ordenación del mercado inmobiliario se plantea como un tema clave y se sitúa en el centro de los problemas, en buena medida por la existencia de numerosas políticas dependientes de ella y uno de sus más importantes aspectos se refleja en la política de vivienda. Profundas deficiencias estructurales de nuestro sistema dificultan verdaderamente el acceso a la vivienda o, con carácter general, la primera accesión. Una ordenación en coherencia con la realidad demanda nuevos modelos más allá del clásico acceso a la propiedad o al alquiler, cabe pensar en otras fórmulas intermedias o alternativas que dinamicen el sector inmobiliario, y, en definitiva, que se adecúen en cada caso a los intereses concretos y particulares de los adquirentes.

Sobre esta base se aborda en la obra el análisis de la Ley 19/2015 de 29 de julio, de incorporación de la propiedad temporal y de la propiedad compartida al libro quinto del Código Civil de Cataluña, cuyo diseño podría ser adoptado, así como otras fórmulas no reguladas, que podrían asumir diversas combinaciones, al amparo de la autonomía de la voluntad.

Si bien, todo ello debería formar parte de una política integral bajo una adecuada coordinación de todas las actuaciones que convergen sobre ella: así, el sistema financiero, cuya solidez está todavía por llegar; los aspectos fiscales y tributarios, de los que debería eliminarse el exceso o sobreimposición a la vivienda; la necesaria recuperación del mercado hipotecario; la búsqueda del reequilibrio entre los distintos usos del espacio –urbano-rural-; y una innovación o posible desarrollo de los distintos títulos jurídicos que permiten el acceso a la vivienda.

Estas figuras intermedias, como métodos alternativos de ocupación de la vivienda, entre el acceso tradicional al dominio pleno y directo o al alquiler, pretenden reducir los inconvenientes de cada una de estas formas y dar una salida especialmente a quienes, sin contemplar como opción el alquiler, pretenden dirigirse con precaución de manera progresiva hacia la propie-

dad; buscan asequibilidad, estabilidad y flexibilidad en la forma de tenencia, sobre la base de la combinación de sus diversas vertientes, superando la ineficacia multiseccular de los clásicos derechos reales para estructurar nuevas vías de acceso a la vivienda. Por un lado, la posibilidad de comprar una vivienda por un número de años determinado, o *propiedad temporal*; por otro, la posibilidad de ir adquiriendo partes de la vivienda progresivamente, o *propiedad compartida*.

La obra comienza con el análisis de la Exposición de Motivos de la mencionada ley y de su marco competencial, que comenta NASARRE AZNAR, partiendo de los modelos de acceso a la vivienda, la naturaleza de la propiedad compartida y de la propiedad temporal, la regulación general de estas figuras con aplicaciones prácticas concretas y el concepto de propiedad temporal, del art. 547-1. CCC "El derecho de propiedad temporal confiere a su titular el dominio de un bien durante un plazo cierto y determinado, vencido el cual el dominio hace tránsito al titular sucesivo"-, teniendo en cuenta sus antecedentes, interpretación y cláusulas tipo en el contrato; asimismo se ocupa del régimen voluntario del art. 547-5 CCC: "En el título de adquisición de la propiedad temporal puede establecerse: a) El pago a plazos del precio de adquisición. b) La facultad del propietario temporal de prorrogar su derecho por un plazo que, sumado al inicial, no exceda del máximo legal, sin perjuicio de terceros. c) El derecho de adquisición preferente del propietario temporal para el caso de transmisión onerosa del derecho del titular sucesivo, y el derecho de adquisición preferente de este último para el caso de transmisión onerosa de la propiedad temporal. d) Un derecho de opción de compra de la titularidad sucesiva a favor del propietario temporal. e) El derecho del propietario temporal a que el titular sucesivo le pague los gastos por obras o reparaciones necesarias y exigibles, atendiendo, principalmente, al tiempo que queda de la duración de la propiedad temporal y al importe de dichos gastos".

Molina Roig aborda el análisis del art. 547-2, es decir, el objeto de la propiedad temporal, bienes inmuebles y bienes muebles, interpretación, cláusulas tipo en el contrato, el régimen jurídico de la propiedad temporal y otras formas jurídicas que implican de igual modo propiedad temporal, por tanto, los límites del art. 574-3: "1. La propiedad temporal, en todo lo no establecido por el título de adquisición ni por las disposiciones del presente capítulo, se rige por las normas del presente código relativas al derecho de propiedad. 2. Los regímenes del fideicomiso, de la donación con cláusula de reversión, del derecho de superficie o cualesquiera otras situaciones temporales de la propiedad se rigen por sus disposiciones específicas". Sobre la adquisición y duración, del art. 547-4, trata sus antecedentes, la facultad de transmisión del propietario temporal, las formas de adquisición de la propiedad temporal, la propiedad temporal vitalicia, el plazo máximo y mínimo de esta propiedad y el inventario, junto a las cláusulas tipo en el contrato; "1. El titular del derecho de propiedad puede retener la propiedad temporal y transmitir la titularidad sucesiva a un tercero o a la inversa o transmitir ambas. En la transmisión de la propiedad temporal de un bien sometido a

propiedad horizontal se aplican, con carácter general, las reglas establecidas por el capítulo III del título V. 2. La propiedad temporal se adquiere por negocio jurídico entre vivos, a título oneroso o gratuito, o por causa de muerte. 3. En el negocio jurídico de adquisición debe constar el plazo cierto y determinado de duración de la propiedad temporal, que no puede ser inferior a diez años para los inmuebles y a un año para los muebles, ni superior, en ningún caso, a noventa y nueve años. 4. La transmisión de la propiedad temporal debe acompañarse con un inventario de los bienes que, en su caso, la integran". Ocupándose, asimismo, de las facultades del propietario temporal –art. 547-6, y las relaciones con el régimen de propiedad horizontal, "El propietario temporal tiene todas las facultades del derecho de propiedad, sin más limitaciones que las derivadas de su duración y de la existencia del titular sucesivo. 2. La propiedad temporal se puede enajenar, hipotecar y someter a cualquier otro gravamen con el límite del plazo fijado, sin necesidad de la intervención del titular sucesivo y sin perjuicio de que le sea notificado el acto una vez celebrado. La propiedad temporal también puede transmitirse por causa de muerte. 3. Si el bien objeto de propiedad temporal es un inmueble en régimen de propiedad horizontal, el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones derivados de este régimen corresponden en exclusiva al propietario temporal. 4. El propietario temporal puede transmitir otra propiedad temporal de menor duración a favor de una o más personas, a la vez, o una después de la otra". Sobre las facultades del titular sucesivo, se analiza el art. 547-7, por tanto, la acción de reparación por daños cuando recae sobre un bien inmueble y los daños a reclamar por este titular: "1. El titular sucesivo puede enajenar, hipotecar y someter a cualquier otro gravamen su derecho, y también puede disponer de él por causa de muerte. 2. Los actos y contratos no consentidos por el titular sucesivo que excedan de la duración de la propiedad temporal no le perjudican. 3. El titular sucesivo puede exigir al propietario temporal que se haga cargo de las obras de reparación o reconstrucción si el bien se deteriora en un 50 % o más de su valor por culpa o dolo del propietario temporal. A tales efectos, debe tomarse como referencia el valor del bien en el momento en que se produce el hecho culpable o doloso".

SIMÓN MORENO aborda el tratamiento de la inscripción, es decir, el art. 547-8 "1. El título de adquisición de la propiedad temporal se inscribe en el registro correspondiente de conformidad con lo establecido por la ley y con los efectos correspondientes. 2. En la inscripción del título de adquisición debe hacerse constar la duración de la propiedad temporal y, si procede, el régimen voluntario que se haya pactado de acuerdo con lo establecido por el artículo 547-5", tratando los aspectos formales del título de adquisición de la propiedad temporal y la forma de practicar la inscripción. Así como las causas de extinción de dicha propiedad: las previstas en el título de adquisición, por deterioro del bien en un 50% o más de su valor, por voluntad del propietario temporal, por la reunión de titularidades en una sola persona y por las propias del Derecho de propiedad. Sobre los efectos de la extinción, del art. 547-10, analiza los efectos ordinarios de la extinción de la

propiedad temporal, el derecho real de retención del propietario temporal, la responsabilidad del propietario temporal, la liquidación de la situación posesoria y la elaboración de un inventario.

Seguidamente la obra pasa al análisis de la propiedad compartida, ocupándose LAMBEA LLOP de su concepto, objeto y su régimen jurídico, así de los arts. 556-1 a 556-3 1; entendiéndose por propiedad compartida la que “confiere a uno de los dos titulares, llamado propietario material, una cuota del dominio, la posesión, el uso y el disfrute exclusivo del bien y el derecho a adquirir, de modo gradual, la cuota restante del otro titular, llamado propietario formal”; de igual modo, se contempla las facultades del propietario material: posesión, uso y disfrute, facultades de disposición y gravamen, la forma de la adquisición gradual de la propiedad, división del bien y reparto de gastos y las aplicaciones del régimen de propiedad horizontal –art. 556-6–; sobre las obligaciones del propietario material analiza la adquisición de cuotas de propiedad, contraprestación dineraria y gastos e impuestos; y sobre las facultades del propietario formal: la facultad de disposición y las obras de reparación y reconstrucción.

Su constitución, su inscripción y las causas de extinción de la propiedad compartida son tratadas por SIMÓN MORENO, aludiendo a los supuestos de reunión de titularidades, destrucción o pérdida del bien, vencimiento del plazo de duración, falta de ejercicio de los derechos de adquisición gradual, conversión en una comunidad ordinaria, acuerdo de los titulares y renuncia de cualquiera de los titulares, así como los efectos del deterioro del bien –art. 556-11–.

Estos aspectos son completados con el estudio de los derechos de tanteo y retracto, la ejecución forzosa en relación con cualesquiera de las cuotas, que no extingue la propiedad compartida, por lo que el rematante se subroga en los derechos y obligaciones correspondientes, art. 556-12, y la contraprestación dineraria del art. 556-9 en relación con el art. 556-4, que se abordan por NASARRE AZNAR.

CABALLÉ FABRA, más específicamente, trata los límites en el acceso del titular sucesivo –propiedad temporal– y del propietario formal –propiedad compartida– al bien objeto de propiedad.

Para una mayor profundidad del estudio, T. ALONSO PÉREZ hace una comparación del acceso a la propiedad de la vivienda a través del Derecho de superficie con esta normativa expuesta de la propiedad compartida y la propiedad temporal.

No falta en su análisis los comentarios de la Disposición adicional primera de la Ley 19/2015, sobre colaboración de las administraciones públicas; la Disposición adicional segunda, sobre medidas fiscales y normativas, y de la Disposición adicional tercera sobre relaciones de consumo, comentadas respectivamente por GARCÍA TERUEL, RIVAS NIETO y SIMÓN MORENO.

Las tenencias intermedias también son tratadas, por GARCÍA TERUEL, en su aplicación en la vivienda social; la fiscalidad de las tenencias intermedias es valorada por RIVAS NIETO; y el análisis económico de estas tenencias en propiedad compartida y en propiedad temporal corre a cargo de LORCAN SIRR,

y más específicamente el análisis económico sobre la accesibilidad a la vivienda lo aborda SOLER TARRADELLAS.

Con independencia de cómo sean recibidas estas formas por el mercado, las condiciones sociológicas parecerían avalarlas, así por los efectos de la globalización que favorece una mayor movilidad, también profesional, el aumento de la esperanza de vida, el aumento del número de separaciones y divorcios, las nuevas formas o necesidades de estructuración del patrimonio, condicionado por los ciclos de la economía y los problemas de niveles de renta o capitalización del ahorro; en definitiva, cada vez se necesitan instrumentos mejor adaptados a las diferentes coyunturas, y la flexibilidad es la clave.

TRATADO DE DERECHO AGRARIO

Esther Muñiz Espada y Pablo Amat Llombart
Editorial *La Ley*, Wolters Kluwer, 2017,
972 páginas

Begoña González Acebes

Profesora Contratado Doctor
Universidad de Valladolid
(acebes@der.uva.es)

La obra objeto de la presente reseña reúne en un único y exhaustivo "Tratado" las bases y fundamentos del sistema normativo agrario, abordando de forma sistemática y científica las materias del Derecho agrario, agroalimentario, agroindustrial, agroambiental, así como el desarrollo rural. La obra profundiza en dichos ámbitos del conocimiento partiendo de una depurada metodología, y abarcando el campo normativo, doctrinal y jurisprudencial.

Por lo que respecta al contenido de este relevante "Tratado de Derecho agrario", se identifica con claridad una estructura tripartita, dispuesta en tres grandes bloques temáticos que facilitan la comprensión sistemática de la materia.

Así nos encontramos con una primera parte titulada "Introducción. Derecho agrario patrimonial y empresarial". En ella se analizan las nociones generales del Derecho agrario, su esencial especialización dentro del Derecho civil, desentrañando las vicisitudes de la moderna evolución del Derecho relativo a la agricultura ante los retos que debe afrontar en el siglo XXI.

También se estudia en este primer bloque la institución jurídica de la "empresa agraria", tanto en su dimensión orgánica, estructural como dinámica. Resulta de gran interés la profundización que se efectúa en cuanto a los diversos elementos que la configuran como tal, y que están al servicio y buen fin del ejercicio de la actividad agraria en su complejidad y trascendencia actual.

Asimismo, la institución de la clásica propiedad agraria, rústica o rural conforma otro de los ámbitos relevantes que aborda este libro. Igualmente se analizan todas aquellas figuras jurídicas que, aún vigentes, permiten la ordenación de las estructuras agrarias.

Por cuanto a los contratos que constituyen el mecanismo imprescindible para el normal desenvolvimiento de la actividad agraria profesional,

dentro del marco de la empresa, han sido objeto de especial tratamiento y consideración. Se estudia su configuración orgánica y sus especialidades. Entre otros, cabe citar los arrendamientos rústicos, las aparcerías, aquellos negocios vinculados al uso del agua destinada al regadío, la contratación agroalimentaria, el crédito agrícola y los seguros agrarios, etc.

Para culminar este primer bloque temático, son analizadas las especialidades del Derecho laboral y de la seguridad social que afectan a la empresa agraria y a los trabajadores del campo, del medio rural.

Respecto a la segunda parte de la obra, podemos afirmar que se centra en uno de los aspectos sustantivos de mayor impacto, desarrollo y relevancia de los últimos tiempos. Nos referimos a la parte del "Derecho agroalimentario" tradicionalmente vinculado a la principal e histórica función de la agricultura en cuanto proveedora de alimentos y sustento para el ser humano.

En particular, dentro de este segundo bloque temático se analizan, en primer término, aquellas instituciones que fomentan y cualifican la producción agroalimentaria de calidad, campo donde las denominaciones de origen ocupan un papel preeminente.

También vinculado a la moderna tecnología implementada en los avances de la agricultura, se estudia la materia relativa a los alimentos y piensos modificados genéticamente (OMG). Se trata de una materia bastante "administrativizada", si se permite la expresión, teniendo en cuenta la reglamentación del procedimiento de autorización de estos cultivos, desde el nivel básico de laboratorio hasta su comercialización en el mercado y puesta al abasto de los consumidores. Ciertamente no resulta ajeno al análisis la polémica y los debates teóricos y prácticos que la materia ha generado en las últimas décadas, cuestión que se aborda con profundidad. En otro orden de cosas, también la producción ganadera para abasto y su régimen jurídico es analizada con detalle.

Por cuanto atiende al campo de la seguridad alimentaria, constituye una materia de gran impacto social y jurídico en los tiempos recientes. De hecho, los sistemas de trazabilidad de los alimentos a lo largo de la cadena agroalimentaria se configuran como un mecanismo necesario de seguridad y de garantía para empresarios y consumidores finales, por lo que su estudio deviene esencial. Por ello el consumidor final de alimentos se convierte en sujeto merecedor de la tutela y protección jurídica que le concede la legislación especial, resultando en esta sede esencial acometer el análisis del régimen de responsabilidad derivada de los daños causados por alimentos defectuosos, como así se hace en esta obra.

Llegando a la tercera y última parte de la obra, recibe el título de "Derecho agroambiental y rural". En la misma se incluyen aquellas otras, pero relevantes funciones que el sector agrario está llamado a desarrollar, tales como las que afectan al adecuado desarrollo territorial del medio rural (desarrollo rural), así como la protección del medio ambiente y la responsabilidad medioambiental.

A la vista del extenso contenido de la obra, las materias e instituciones abordadas y el tratamiento que los autores efectúan del mismo en este

“Tratado de Derecho agrario”, cabe concluir que nos hallamos ante un ámbito material, el relativo al sector agrario y alimentario, que por su relevancia estratégica tanto a nivel económico, territorial como social, no solo en España sino también en la UE, ha cristalizado en una regulación nacional y supraestatal muy especializada (el Derecho agrario), que constituye evidentemente un subsistema jurídico regulador de las relaciones agrarias, que en definitiva resulta de sumo interés e importancia. De ahí lo afortunado y lo oportuno de la publicación de esta obra colectiva, plenamente actualizada.

A nadie se le escapa la gran complejidad que comporta esta materia, por su contenido y su amplia regulación, en constante cambio y dinamismo, la cual se ha visto incrementada exponencialmente en las últimas décadas, debido a la multiplicación de fuentes de creación del Derecho (internacional, comunitario, estatal, autonómico). Todo ello supone mayores dificultades para compilar y sintetizar una amplísima materia en un único volumen perfectamente sistematizado desde la perspectiva científica, pero que a su vez resulta de gran utilidad para teóricos y prácticos, como es claramente su objetivo.

La relevancia de la obra destaca sobremanera por la selección de los expertos y especialistas colaboradores en esta primera edición, grandes juristas, universitarios, abogados y prácticos en la materia, todos ellos de sobrado y reconocido prestigio en el foro.

Destacar, finalmente, la labor de dirección y coordinación de los directores de este “Tratado de Derecho agrario”, que han sabido con tenacidad e ingente esfuerzo, juntamente con la prestigiosa editorial La Ley, llevar a buen puerto la feliz publicación de esta magna obra.

COMENTARIOS A SENTENCIAS Y RESOLUCIONES



LA PERSONALIDAD LATENTE DE LA SOCIEDAD EXTINGUIDA

Comentario a la sentencia del Tribunal
Supremo (sala de lo civil, pleno) 1991/2017,
de 24 de mayo

José Miguel Embid Irujo

Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Valencia
(jose.m.embid@uv.es)

Palabras clave: liquidación societaria, cancelación registral, pasivos sobrevenidos, personalidad jurídica latente de la sociedad.

Resumen: La entidad Jardines-V, SA, mantiene personalidad jurídica, no obstante haber sido disuelta, liquidada y cancelada su inscripción en el Registro Mercantil. De este modo, puede ser sujeto pasivo de una demanda encaminada a reclamarle pasivos sobrevenidos que deberían haber formado parte de las operaciones de liquidación.

Disposiciones legales aplicadas y consideradas: Art. 278 de la Ley de sociedades anónimas de 1989; arts. 395, 396, 399 y 400 de la Ley de sociedades de capital.

A) HECHOS

Genoveva interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de primera instancia núm. 17 de Valencia contra la entidad Jardines-V, SA, para que se llevaran a cabo las reparaciones necesarias en su vivienda y, en su defecto, para que dicha entidad le entregara diversas sumas de dinero a fin de que la demandante procediera a realizarlas a su costa y para cubrir las necesidades derivadas de

tal circunstancia. Contestó a la demanda Rebeca, en calidad de liquidadora de dicha sociedad, alegando prescripción de la acción. El Juzgado estimó la demanda en parte condenando a la demandada al pago de las cantidades reclamadas. Apelada la sentencia por Rebeca, la sección 7.^a de la Audiencia Provincial de Valencia, con fecha 27 de junio de 2014, estimó el recurso por la falta de personalidad o de capacidad de ser parte de la demandada, al haberse inscrito en el Registro Mercantil, con fecha 13 de marzo de 2009, la escritura pública de disolución y liquidación de la entidad Jardines-V, SA. Por su parte, Genoveva interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo, casando la sentencia de la Audiencia y confirmando la sentencia de primera instancia apelada.

B) DOCTRINA DE LA SENTENCIA

1. La cancelación no tiene carácter sanatorio de los posibles defectos de la liquidación. La definitiva desaparición de la sociedad sólo se producirá cuando la cancelación responda a la situación real; o sea, cuando la sociedad haya sido liquidada en forma y no haya dejado acreedores insatisfechos, socios sin pagar ni patrimonio sin repartir.

2. Aunque la inscripción de la escritura de extinción y la cancelación de todos los asientos registrales de la sociedad extinguida conlleva, en principio, la pérdida de su personalidad jurídica, en cuanto que no puede operar en el mercado como tal, conserva esta personalidad respecto de reclamaciones pendientes basadas en pasivos sobrevenidos, que deberían haber formado parte de las operaciones de liquidación.

3. La actual Ley de sociedades de capital, en su art. 399, prevé la responsabilidad solidaria de los antiguos socios respecto de las deudas sociales no satisfechas hasta el límite de sus respectivas cuotas de liquidación en caso de pasivos sobrevenidos. En muchos casos, para hacer efectiva esta responsabilidad, no será necesario dirigirse contra la sociedad. Pero reclamaciones como la presente, sin perjuicio de que acaben dirigiéndose frente a los socios para hacer efectiva la responsabilidad solidaria hasta el límite de sus respectivas

cuotas de liquidación, pueden requerir de un reconocimiento judicial del crédito, para lo cual resulta conveniente dirigir la demanda frente a la sociedad.

4. A los meros efectos de completar las operaciones de liquidación, está latente la personalidad de la sociedad, quien tendrá capacidad para ser parte como demandada, y podrá estar representada por la liquidadora, en cuanto que la reclamación guarda relación con labores de liquidación que están pendientes. El art. 400 LSC atribuye esta representación a los (antiguos) liquidadores para la formalización de actos jurídicos en nombre de la sociedad, tras su cancelación.

C) COMENTARIO

1. Presentación

Es una cuestión sumamente tradicional entre los juristas, al menos los que pertenecen a países de *civil law*, la de debatir sobre el alcance que han de tener determinados conceptos esenciales del Derecho –como el de personalidad jurídica, entre otros muchos– a la hora de precisar su concreta operatividad en el ámbito de una determinada situación fáctica. No es nuestra época, desde el punto de vista metodológico, especialmente proclive al conceptualismo, frente a lo que fue común en etapas pasadas, como, sobre todo, buena parte del siglo XIX por obra del pandectismo alemán. Los excesos lógicos y sistemáticos de esta orientación fueron denunciados desde muy temprano, en beneficio de planteamientos más atentos a la realidad de los hechos y de los intereses en presencia o, si se prefiere, menos formalistas.

El caso es que, sin perjuicio de esta circunstancia, el recurso a los viejos conceptos –ya que nuestro tiempo no parece haber acuñado otros nuevos– parece ineludible, y así lo confirman numerosos extremos; por supuesto, las obras de los juristas académicos, en las cuales, y con todos los matices que se quieran, la trama conceptual específica, según el sector del Derecho de que se trate, claro está, constituye un requisito esencial para el debido tratamiento del problema analizado. Pero así sucede también, y repetidamente, en la

Jurisprudencia, en el campo propicio, como quería IHERING, para la realización del Derecho. Como es natural, tanto en un ámbito como en otro, la puesta en juego de los correspondientes conceptos se lleva a cabo con arreglo a las peculiaridades de su propia operativa jurídica, por lo que no resulta del todo homogéneo el tratamiento, aunque, a la postre, las consecuencias en lo que aquí interesa puedan situarse en terrenos comunes.

No podemos entrar aquí en las muchas vertientes, algunas de ellas de orden metodológico general, que circundan el asunto que venimos comentando, si bien esta somera alusión puede facilitar al lector el "ambiente espiritual" en el que se mueve la sentencia objeto del presente comentario. En ella, como se verá, la personalidad jurídica, bien que aplicada al terreno específico de las sociedades de capital, constituye su "centro organizador", de modo que el análisis del supuesto de hecho, la delimitación de sus distintos perfiles y la inserción de todos ellos en una unidad de sentido que haga posible la sentencia final, se entienden y se elaboran desde esa noción. No obstante, hay que decir, de inmediato, que en el fallo no encontramos reflexiones eruditas sobre la personalidad jurídica societaria ni se produce algo parecido a la "construcción" civilista, acremente censurada en sus versiones más extremas por el mismo IHERING. El manejo de tal noción –sin duda medular en el Derecho de sociedades– por el Tribunal Supremo puede considerarse, en una valoración introductoria, esencialmente instrumental, a la vista, volvamos una vez más al gran jurista alemán, de la situación de intereses presente en el supuesto de hecho enjuiciado (1).

Y por ello, como también se verá, lo que hace el alto tribunal, mediante la ponencia del magistrado Ignacio SANCHO GARGALLO, es "funcionalizar", si cabe tal término, y en grado máximo, la noción de personalidad jurídica, de acuerdo con planteamientos comunes en la metodología jurídica de nuestro tiempo (2). Incluso podría

(1) Que constituye, por cierto, una cuestión general, no limitada a nuestro ordenamiento. Para el caso en Derecho italiano, véase recientemente BUSOLETTI, M., "La cancellazione della società e gli effetti dell'estinzione nella giurisprudenza recente", *Riv. Dir. Comm.*, CXV, 2017, II, pp. 223-239.

(2) El "funcionalismo" o, quizá mejor, la orientación "funcional" no constituye, propiamente, una metodología del todo consolidada en el ámbito del Derecho, a pesar de que muchos juristas se consideren practicantes de la misma en nuestros días. Al margen de los precedentes que puedan

llegar a decirse, siguiendo una fórmula filosófica consagrada, que la sentencia ayuda a “deconstruir” dicha noción, cuya esencia unitaria y monolítica todavía está presente en nuestro Código de comercio (art. 116; en adelante, C. de c.) (3), al servicio de la realidad contemplada. De este modo, y alineándose con reflexiones ya expresadas, tanto en la doctrina, como en la propia Jurisprudencia (judicial y registral), se afirma la personalidad “latente” de una sociedad ya extinguida, tras haberse cancelado la correspondiente inscripción en el Registro mercantil como resultado del proceso iniciado con su disolución y continuado con el trámite liquidatorio.

No falta, con todo, su particular dosis de paradoja o, incluso, de contradicción en este reconocimiento, cuya auténtica razón de ser intentaremos poner de manifiesto en el presente comentario. Ello se debe a que, como tributo, seguramente, a las exigencias derivadas de un pensamiento lógico-formal todavía relevante en la materia que nos ocupa dentro del Derecho de sociedades, el Tribunal Supremo no puede por menos de afirmar que “la inscripción de la escritura de extinción y la cancelación de todos los asientos registrales de la sociedad extinguida conlleva, en principio, la pérdida de su perso-

encontrarse sobre la misma en otras ciencias sociales, es lo cierto que en el marco jurídico dicho planteamiento se caracteriza por prescindir de reflexiones sustantivas, incluso cuando se ocupa de nociones, como la de personalidad, situadas en su origen más allá del ámbito del Derecho, con una notable dimensión filosófica. Ello ha dado lugar a críticas de diverso orden por entenderse (así, por muchos, IRTI, N., *L'uso giuridico della natura*, Roma-Bari, Laterza, 2013, pp. 39, 45 y 49, entre otras) que de la orientación funcionalista sólo pueden obtenerse “respuestas funcionales”, ajenas a la “eterna verdad o a la defensa de una ética de la vida”. A pesar de ello, el planteamiento que nos ocupa ha encontrado importante acogida en algunos sectores del Derecho mercantil, como el concursal, tal y como se puede deducir de algunas relevantes aportaciones publicadas entre nosotros; al respecto, véanse las obras de GARRIDO, J. M.^a, *Garantías reales, privilegios y par condicio. Un ensayo de análisis funcional*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 1999, y TIRADO, I., *Los administradores concursales*, Cizur Menor, Aranzadi, 2005.

(3) Véase, por muchos, GIRÓN TENA, J., *Derecho de sociedades. I. Teoría general. Sociedades colectivas y comanditarias*, Madrid, edición del autor, 1976, pp. 145 y ss. Aun en el contexto de la sociedad civil, véase, igualmente, PAZ-ARES, C., “Art. 1669”, en AAVV, *Comentario del Código Civil*, Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1991, pp. 1354-1366.

nalidad jurídica, en cuanto que no puede operar en el mercado como tal". La inmediata rectificación de este criterio en el sentido que ya se ha avanzado, con la aceptación firme y ampliamente reiterada a lo largo de la sentencia de la personalidad jurídica latente de la sociedad extinguida, no evita el relativo desconcierto del intérprete, forzado así a buscar, más allá de las apariencias, el auténtico motivo impulsor del fallo.

Aun de manera sintética, y desprovisto del minucioso aparato crítico que la cuestión en estudio requeriría, este comentario se centrará, por tanto, en cuestiones propias del Derecho de sociedades, por ser éstas las decisivas a la hora de resolver el conflicto de intereses enjuiciado. Hay otros asuntos relevantes, situados en la órbita del Derecho de contratos, y en el marco de las circunstancias propias del Derecho de la edificación, si bien su consideración por el alto tribunal, como decimos, es el resultado inmediato y directo de la estimación de la personalidad jurídica de la sociedad extinguida.

2. El contexto de la personalidad jurídica latente: la extinción de la sociedad

Ya se ha descrito, sumariamente, el supuesto de hecho y la historia procesal que ha conducido hasta la sentencia que nos ocupa. Dejando al margen, por lo expuesto, las vicisitudes contractuales relativas a las reparaciones que habían de efectuarse en la vivienda de la demandante, lo verdaderamente significativo, para lo que aquí interesa, es considerar la situación de la sociedad demandada. De acuerdo con lo que consta en el fallo, esta última, la sociedad Jardines-V, SA, otorgó escritura pública de disolución y liquidación el 2 de febrero de 2009, que fue inscrita algo más de un mes más tarde en el Registro Mercantil, procediendo éste a cancelar la hoja registral de la sociedad. Parece indudable, por tanto, que la sociedad en cuestión quedó extinguida, circunstancia que constituye el núcleo del debate planteado en el fallo, pues en torno a ella se trata de determinar si tal extinción acarrearía su desaparición absoluta del mundo jurídico o si, al contrario, podría mantener intacta la capacidad de ser demandada, ante el surgimiento de pasivos no considerados en el proceso de liquidación.

A este respecto, la sentencia se refiere a fallos anteriores del alto tribunal que dan pie a sostener ambas posturas. De este modo,

admiten la subsistencia de la personalidad jurídica de la sociedad extinguida las sentencias de 27 de diciembre de 2011 y 20 de marzo de 2013, en tanto que la sentencia de 25 de julio de 2012 considera que la cancelación de los asientos registrales "señala el momento de la extinción de la personalidad social". Estas orientaciones contrapuestas ponen de manifiesto, como subraya la sentencia en estudio, "el interés casacional del recurso", y de ahí se deduce, seguramente, el cuidado con el que se contemplan los fallos que se acaban de citar, alegados, respectivamente, por las dos partes del proceso.

A la hora de optar por una de las indicadas orientaciones, concretamente la que reconoce la personalidad jurídica latente de la sociedad extinguida, además de tomar en cuenta las sentencias favorables antes aludidas (superiores en número a la que afirma lo contrario), el alto tribunal presta detenida atención a la jurisprudencia registral, donde el planteamiento del problema que nos ocupa, relativamente frecuente, no ha dado lugar a criterios discrepantes. Son numerosas las resoluciones en las que se contempla, con idéntica perspectiva, el problema aquí considerado y varias de ellas aparecen consignadas expresamente en la sentencia comentada. Como criterio de orden general, el Centro directivo afirma de manera reiterada que la cancelación de los asientos de una sociedad "es una mera fórmula de mecánica registral que tiene por objetivo consignar una determinada vicisitud de la sociedad (en el caso debatido, que ésta se haya disuelto de pleno derecho), pero que no implica la efectiva extinción de su personalidad jurídica, la cual no se produce hasta el agotamiento de todas las relaciones jurídicas que la sociedad entablara" (en tal sentido, resolución de 13 de mayo de 1992).

Por otra parte, en la resolución de 27 de diciembre de 1999 se sostiene, de acuerdo con la doctrina dominante en la materia, que "al no haberse concluido el proceso liquidatorio en sentido sustancial, aunque sí formal, los liquidadores continuarán como tales y deberán seguir representando a la sociedad mientras surjan obligaciones pendientes o sobrevenidas, máxima cuando la inscripción de cancelación en el Registro Mercantil no tiene efecto constitutivo, sino meramente declarativo". Por último, y de manera sintética, se afirma que "después de la cancelación persiste todavía la personalidad jurídica de la sociedad extinguida como centro residual de imputación en tanto no se agoten totalmente las relaciones jurídicas

de que la sociedad es titular” (resolución de 14 de diciembre de 2016, que resume y engloba la línea jurisprudencial reseñada).

Este amplio elenco de resoluciones y, en menor medida, de sentencias, constituye referencia bastante y segura para el alto tribunal a la hora de decidir respecto de la opción planteada a propósito del supuesto de hecho (4). En este sentido, el Tribunal Supremo asume sin género de dudas la existencia de una “cierta personalidad jurídica” de la sociedad extinguida “respecto de reclamaciones derivadas de pasivos sobrevenidos”, por cuanto tales reclamaciones “presuponen que todavía está pendiente alguna operación de liquidación”. Todo ello, claro está, sin perjuicio de lo indicado en los preceptos pertinentes de nuestro Derecho de sociedades, como los arts. 395, 396, 399 y 400 Ley de sociedades de capital (en adelante, LSC); y también, sin perjuicio de referencias diversas a las ya derogadas Ley de sociedades anónimas de 1989 y Ley de sociedades de responsabilidad limitada de 1995, teniendo en cuenta que la primera de ellas, en particular, resultaba de consideración necesaria en el presente caso, dadas las fechas en que se produjeron los principales acontecimientos.

No se le oculta al alto tribunal que el art. 399 LSC prevé, en tal caso, la responsabilidad solidaria de los antiguos socios respecto de las deudas sociales hasta el límite de sus respectivas cuotas de liquidación. Pero se añade a continuación, y esto parece decisivo a los efectos del fallo, que “reclamaciones como la presente, sin perjuicio de que acaben dirigiéndose frente a los socios..., pueden requerir de un reconocimiento judicial del crédito, para lo cual resul-

(4) Desde el punto de vista doctrinal, por muchos, MARTÍNEZ FLÓREZ, A./RECALDE, A., “Los efectos de la cancelación registral en relación con la extinción de las sociedades de capital”, *RDM*, 290, 2013, pp. 171-212 y, más recientemente, MARTÍNEZ FLÓREZ, A., “Sobre las vías de solución al problema de las relaciones jurídicas pendientes tras la cancelación de las sociedades de capital”, en ROJO, Á./CAMPUZANO, A. B. (coord.), *Estudios jurídicos en memoria del profesor Emilio Beltrán. Liber Amicorum*, I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 869-907, así como la bibliografía allí indicada. Puede considerarse, con las debidas cautelas, que entre nosotros buena parte de la doctrina, es decir, el sector mayoritario, mantiene, como indica la autora citada (*ibídem*, p. 894), “la eficacia extintiva de la cancelación sobre la base de establecer un paralelismo entre el momento de constitución de la sociedad de capital y el de su extinción, considerando que *como la sociedad de capital nace con la inscripción se extingue igualmente con la inscripción*”.

te conveniente dirigir la demanda frente a la sociedad. En estos supuestos, en que la reclamación se basa en que el crédito reclamado debería haber formado parte de la liquidación, y que por lo tanto la practicada no es definitiva, no sólo no debemos negar la posibilidad de que pueda dirigirse la reclamación frente a la sociedad sino que, además, no debemos exigir la previa anulación de la cancelación y la reapertura formal de la liquidación”.

Como consecuencia de lo anterior, “no debe privarse a los acreedores de la posibilidad de dirigirse directamente contra la sociedad, bajo la representación de su liquidador, para reclamar judicialmente el crédito sobre todo cuando, en atención a la naturaleza del crédito, se precisa su previa declaración. Dicho de otro modo, a estos meros efectos de completar las operaciones de liquidación, está latente la personalidad de la sociedad, quien tendrá capacidad para ser parte como demandada, y podrá estar representada por la liquidadora, en cuanto que la reclamación guarda relación con labores de liquidación que se advierte están pendientes”, lo que termina llevando al Supremo a ratificar la doctrina contenida en las dos sentencias alegadas por la recurrente.

3. La indeterminación del alcance de la personalidad de la sociedad extinguida

Se ha indicado más arriba que la sentencia en estudio, tras reconocer, con carácter latente, la personalidad jurídica de la sociedad extinguida, no se extiende en consideraciones dogmáticas o eruditas sobre su concreto significado técnico. No parece, por lo demás, que esta orientación instrumental, atendida exclusivamente a la utilidad de la fórmula empleada, merezca especiales críticas. No es una sentencia, desde luego, el sitio más adecuado para sentar cátedra en una materia, por otra parte, llena de matices y complejidades de diverso orden. Lo que importa al Tribunal Supremo, de acuerdo con la línea jurisprudencial en la que se basa, es reconocer, por razones en las que, entre otras cosas, concurren a nuestro juicio criterios de equidad, la permanencia de la sociedad anónima extinguida como ente dotado de personalidad a fin de que pueda ser demandada en un proceso donde interese poner de manifiesto la naturaleza de un determinado derecho de crédito mediante su correspondiente declaración.

Se echa en falta, con todo, alguna reflexión sobre el alcance efectivo de esa personalidad jurídica "latente", cuya existencia se "activaría", si vale el término, por el ejercicio de concretos derechos vigentes, no debidamente contemplados en el proceso de liquidación de la sociedad. El carácter inerte de esa singular personalidad no sirve por sí solo, con todo, para que el intérprete pueda comprender hasta donde llega o qué posibilidades de actuación comprende dicha personalidad. Quizá quepa entender, por el contexto donde se produce el reconocimiento de su efectiva vigencia, que se trataría de una realidad de contenido puramente *negativo*; en cuanto tal, la sociedad, por el hecho de haber quedado extinguida, no dispondría de posibilidad alguna de actuar en el mercado, quedando su capacidad procesal (la única que, en principio, interesaría) a expensas de un agente exterior que la hiciera emerger a la realidad del proceso mediante la oportuna demanda (5). Y ello, en el bien entendido de que, como afirma el art. 399 LSC, cuya significación no escapa al Tribunal Supremo, los responsables del pago de ese crédito serían los socios de la sociedad en cuestión, en lógica proporción a la cuota que les hubiera sido asignada.

El supuesto que nos ocupa constituye, por lo tanto, una realidad bien distinta de la que se produce en el contexto de la sociedad en proceso de liquidación, materia que ha interesado vivamente a la doctrina (6). En tal caso, las operaciones que podría llevar a cabo la sociedad se mueven en un espectro no fácil de precisar, sin que hayan de limitarse a ser pura y exclusivamente conservativas. Dejando, por tanto, al margen este importante supuesto, conviene decir que la situación aquí es otra y, en principio, nada tiene que ver con una hipotética actividad en el mercado, circunstancia que resulta de imposible planteamiento por el hecho de que la sociedad en cuestión ha quedado extinguida sin paliativo alguno, según se ha expuesto anteriormente. Se entenderá mejor, en consecuencia, que

(5) Quizá sea esta idea la que se intenta explicar en la jurisprudencia registral cuando se califica a la sociedad extinguida, desde el punto de vista jurídico, como un "centro residual de imputación". En tal sentido, puede verse, por muchas, la resolución de 14 de diciembre de 2016.

(6) De gran interés, por el sesgo comparado que la informa, es la monografía de TURELLI, S., *Gestione dell'impresa e società per azione in liquidazione*, Milano, Giuffrè, 2012, y la amplia bibliografía, sobre todo italiana, allí citada.

hayamos asignado a la personalidad jurídica latente, con motivo de la determinación de su alcance, una valencia puramente negativa, sin posibilidad alguna de traspasar, por iniciativa propia, el umbral delimitado por su particular carácter.

Siendo las cosas así, y no parece razonable pensar algo distinto, se plantea un nuevo problema a la hora de concretar el alcance de la mencionada personalidad jurídica. El asunto ahora es el relativo a su *duración*, cuestión ésta que, en abstracto, parecería improcedente, pues cuando se habla de que una entidad (en nuestro caso, una sociedad anónima) ha obtenido la personalidad jurídica, con arreglo a las normas correspondientes, nada se dice en cuanto a su extensión temporal. Y es que la atribución de este grado, en apariencia máximo, de subjetividad jurídica tiene, por su propia naturaleza, carácter permanente, sólo susceptible de remoción de acuerdo con los procedimientos extintivos previstos en el respectivo ordenamiento (7). Si planteamos, entonces, el problema del alcance temporal de la personalidad jurídica latente no es, desde luego, por la noción en sí de personalidad jurídica, sino por el elemento añadido –su carácter latente– que condiciona, a nuestro juicio, de manera decisiva su significado.

No parece adecuado, por tanto, extender sin más las consideraciones antedichas al supuesto en estudio, entre otras cosas porque la sociedad dotada de personalidad jurídica latente ha quedado, como sabemos, extinguida; a la vez, según venimos reiterando, su puesta en práctica no depende de la sociedad en cuestión sino de quien, seguramente un acreedor, ponga en marcha el mecanismo de su activación, mediante la correspondiente demanda. En tal sentido, pensamos que, a diferencia de la personalidad jurídica “ordinaria”, la que ahora nos ocupa tendrá una existencia inevitablemente *claudicante* (8), no sólo porque no pueda activarse por sí misma, sino,

(7) Sin perjuicio de que, como es notorio, pueda haberse establecido en los estatutos sociales una cláusula específica que fije un preciso plazo de duración para dicha sociedad, cumplido el cual, salvo que se acordara la oportuna prórroga, quedaría disuelta de pleno derecho. No es éste, con todo, el caso más frecuente en la práctica española, según es sabido.

(8) Podría traerse a colación, para describir más precisamente el supuesto que nos ocupa, la noción de “situación jurídica interina”, autorizada teóricamente entre nosotros (cfr. DE CASTRO, F., *Derecho civil de España*, 3.ª ed., Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1955, pp. 676 y ss.) Y ello,

sobre todo, porque resultará de imposible pervivencia más allá de los plazos de prescripción aplicables, en su caso, a las demandas susceptibles de plantearse. No obstante la claridad de este argumento, queda una zona insegura, por el amplio espectro de pretensiones que cabe tomar en consideración, si bien entendemos difícil llegar a otro resultado en una materia, como la que nos ocupa, por la misma imprecisión inherente al supuesto considerado, es decir, el carácter *latente* de la personalidad jurídica atribuida a una sociedad extinguida (9).

4. La personalidad latente de la sociedad extinguida y otros supuestos singulares de personalidad jurídica en el Derecho de sociedades

Entre los razonamientos contenidos en la sentencia comentada, interesa destacar en este momento el paralelismo trazado por el Tribunal Supremo entre la atribución de personalidad jurídica a la sociedad extinguida, bien que con carácter latente, y los supuestos de la sociedad en formación y la sociedad irregular, reconocidos en nuestro Derecho de sociedades de capital desde hace tiempo. En tal sentido, afirma el alto tribunal que “aunque con carácter general suele afirmarse que las sociedades de capital adquieren su personalidad jurídica con la inscripción de la escritura de constitución y la pierden con la inscripción de la escritura de extinción, esto no es del todo exacto. En el caso de las sociedades de capital anónimas y limitadas... la inscripción en el Registro Mercantil de la escritura de constitución es y era necesaria para adquirir la personalidad jurídica

en el bien entendido de que no estamos contemplando, como es notorio, la vicisitud relativa a un concreto derecho subjetivo, sino a una específica sociedad dotada originariamente de personalidad jurídica que por mor de su extinción registral deviene latente, en los términos que repetidamente se exponen en el texto.

(9) Sobre el régimen jurídico de la sociedad cancelada, MARTÍNEZ FLÓREZ, A., “Sobre las vías de solución al problema de las relaciones jurídicas pendientes tras la cancelación de las sociedades de capital”, cit., pp. 899-907. Destaca allí la autora, entre otros extremos, que no resulta necesario impugnar la inscripción de la escritura pública de extinción, lo que concuerda, a nuestro juicio, con el criterio sostenido por el Tribunal Supremo en la sentencia comentada.

propia del tipo social elegido... Pero la falta de inscripción de la escritura de constitución no priva de personalidad jurídica a la sociedad, sin perjuicio de cuál sea el régimen legal aplicable en función de si se trata de una sociedad en formación o irregular. En uno y otro caso, tienen personalidad jurídica y consiguientemente gozan de capacidad para ser parte conforme al art. 6.1.3.º LEC”.

No podemos entrar ahora en una discusión puramente dogmática sobre el empleo de la fórmula “personalidad jurídica”, asumida, sin mayores matices, por el Tribunal Supremo a propósito de las situaciones societarias consideradas en el fallo. Bastará con decir que la doctrina, de manera ampliamente mayoritaria, afirma el carácter gradual de la atribución de personalidad jurídica a las sociedades mercantiles (10), que, como es bien sabido, se efectúa sin distinción alguna en el art. 116 C. de c. Ello es así, desde luego, con respecto a las sociedades constituidas regularmente, y, con mayor razón, ha de sostenerse a propósito de los supuestos que, como la sociedad en formación y la sociedad irregular, coinciden en no haber realizado en su totalidad o en haber repudiado, respectivamente, los mecanismos propios de la regular constitución societaria.

Es claro, por tanto, que ambos supuestos societarios son reconocidos como tales por nuestro Derecho, superando de manera definitiva anteriores situaciones de debate y de inseguridad conceptual (11). La personalidad que se les atribuye, con todo, no alcanza los

(10) Al respecto, por muchos, GIRÓN TENA, J., *Derecho de sociedades. I. Teoría general, Sociedades colectivas y comanditarias*, cit., pp. 168-172. Con posterioridad, y ya en el contexto del moderno Derecho español de sociedades de capital, por lo que a este tema se refiere, véase EMBID IRUJO, “Perfiles, grados y límites de la personalidad jurídica en la ley de sociedades anónimas”, en AA.VV., *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, I, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, pp. 1023-1035

(11) La bibliografía existente entre nosotros sobre la sociedad en formación y la sociedad irregular es, como resulta notorio, considerablemente amplia, quizá con mayor abundancia en el caso de la segunda, por haber sido analizada por la doctrina desde fechas ciertamente lejanas, al hilo de su frecuente presencia en la práctica, según atestigua el notable elenco de sentencias vertidas al respecto (por muchos, VALPUESTA, E., *La sociedad irregular*, Cizur Menor, Aranzadi, 1995, FARIAS BATLLE, M., *La irregularidad de la sociedad de capital. Aspectos societarios y registrales*, Granada, Comares, 2001). La sociedad en formación, por su parte, también ha merecido una significativa atención doctrinal, una vez que el legislador español, siguien-

caracteres de la correspondiente al “tipo social elegido”, según recuerda con acierto el Tribunal Supremo en el párrafo anteriormente transcrito. Se trata, no obstante, de un grado de subjetividad que, con las consecuencias oportunamente señaladas en las normas aplicables, les permite intervenir en el mercado, bien que de manera circunscrita, en el caso de la sociedad en formación, a los fines propios de la regular constitución societaria, bien con carácter genérico, en el caso de la sociedad irregular, con la aplicación, eso sí, de un estricto régimen de responsabilidad ante terceros (12).

De acuerdo con lo que antecede, la equiparación o el paralelismo que el alto tribunal traza entre la personalidad correspondiente a cada uno de dichos supuestos y la personalidad latente asignada a la sociedad registralmente extinguida no puede sostenerse sin incurrir en evidente confusión. Ello se debe, como es fácil de deducir, a la considerable diferencia que separa a las mencionadas figuras. Ya se ha indicado que tanto en el caso de la sociedad en formación, como en el de la sociedad irregular, nos encontramos, si vale la fórmula, con sociedades “activas”, en el mercado, al margen, en este momento, de la evidente distancia que separa su respectivo *modus operandi* y sus concretas posibilidades de acción. Por el contrario, la sociedad extinguida es un ente inerte, por lo tanto “pasivo”, sin pre-

do, al menos en parte, caminos trazados en otros ordenamientos, decidió dar valencia societaria a dicho supuesto (véanse, entre otros trabajos, las monografías de GARCÍA-CRUCES, J. A., *La sociedad de capital en formación*, Cizur Menor, Aranzadi, 1996, y SÁEZ LACAVE, M.^a I., *La sociedad mercantil en formación*, Madrid, Civitas, 2001). Es interesante anotar, por otra parte, que la mayor parte de esa destacada bibliografía es significativamente anterior a la aprobación de la LSC; y ello, no porque la temática en estudio haya perdido relieve después de 2010 –como pone de manifiesto, si bien de manera limitada, la sentencia en estudio–, sino porque, asumido con carácter inmutable el régimen jurídico previo, el predominio, tanto entre nosotros, como más allá de nuestras fronteras, de los temas relativos al gobierno corporativo, con la incorporación añadida de una metodología singular, con notable impronta económica, ha situado a dichas figuras, junto con otras materias, en un terreno menos estimulante para el jurista, como consecuencia, tal vez, de su notable impronta dogmática, desde la perspectiva clásica de la técnica jurídica.

(12) Alude también a este asunto MARTÍNEZ FLÓREZ, A., “Sobre las vías de solución al problema de las relaciones jurídicas pendientes tras la cancelación de la sociedad de capital”, cit., p. 896.

sencia en el mercado, cuya personalidad, en lógica coherencia con tal circunstancia, tiene –no es inconveniente reiterarlo– un notorio carácter latente. Su capacidad de ser parte, consecuencia principal y prácticamente única de la personalidad jurídica que se le atribuye, no puede ponerse de manifiesto por sí misma, y requiere, de ahí su ya advertido carácter negativo, la activación por un tercero.

Cabe concluir de lo expuesto que el citado paralelismo tiene sentido sólo y exclusivamente en relación con el hecho del “gradualismo”, si cabe este término, de la personalidad jurídica en el Derecho español de sociedades (13). En la escala que termina en lo que, con terminología clásica, podría llamarse personalidad jurídica perfecta (14), y que sería la propia, en dicha disciplina, de las principales sociedades de capital, la personalidad jurídica latente podría ser, tal vez, su punto de partida, como consecuencia de los elementos, bien que esquemáticamente expuestos, que le corresponderían.

5. Consideraciones finales

La sentencia comentada tiene indudable interés, desde luego, por la singular doctrina en ella contenida en torno a la “personalidad jurídica latente” de la sociedad extinguida, la cual, por lo demás, da continuidad a la línea iniciada por el propio Tribunal Supremo en algunas sentencias anteriores y de la que la Dirección General de los Registros y del Notariado se había hecho portavoz mediante numerosas resoluciones. Resulta notoria la utilidad del planteamiento que nos ocupa para concluir de la mejor manera posible las relaciones todavía pendientes o el surgimiento de pasivos sobrevenidos, tras

(13) De manera análoga a la situación existente en otros ordenamientos, como el alemán y el italiano, bien alejados de la influencia francesa, todavía presente en el viejo Código de comercio español.

(14) Véase DE CASTRO, F., *La persona jurídica*, 2.ª ed., Madrid, Civitas, 1984, p. 267. No podemos olvidar, con todo, que, incluso en el nivel de estos sujetos, no es posible trazar una equivalente plena entre *ser* persona y *tener* personalidad, dejando al margen las alusiones que esta formulación puede sugerir desde una perspectiva filosófica, bien sea realista o nominalista. A pesar de ello, sirven las esquemáticas consideraciones expuestas en el texto, siempre restringidas a comprender y analizar el alcance de la sentencia comentada.

la conclusión del proceso liquidatorio, muchas veces llevado a cabo sin el debido rigor.

Hay con todo algunas cuestiones abiertas en torno a esa personalidad jurídica latente, como consecuencia del carácter esencialmente instrumental que se le ha atribuido en el fallo y del carácter limitado del análisis que sobre la misma ha llevado a cabo el alto tribunal. Al margen, una vez más, de toda discusión dogmática, y del consiguiente reconocimiento de personalidad jurídica a la sociedad extinguida, no es seguro que sea acertado seguir utilizando dicho concepto sin los debidos matices, a la vista del carácter genérico que, por supuesto, sigue manteniendo en textos tan relevantes como el C. de c., pero también entre una buena parte de los operadores jurídicos. El Tribunal Supremo acierta al calificar esa personalidad jurídica como latente, a propósito del grado de subjetividad propio de la sociedad extinguida, si bien hubiera sido mejor, aunque desde luego no fácil, emplear otra fórmula lingüística que expresara de manera más adecuada el alcance efectivo de la misma.

No conviene olvidar que bajo ese amplio sintagma se cobijan supuestos institucionales y posibilidades de acción sumamente diversas, como se deduce del simple repaso del repertorio de tipos jurídicos existentes en nuestro Derecho de sociedades. Lo mismo se advierte, además, cuando se recurre, a los efectos de legitimar el tratamiento llevado a cabo en la sentencia, a supuestos singulares como son los de la sociedad en formación y la sociedad irregular. Es necesario reiterar que tanto estas dos figuras, dentro de lo que permite claro está su específico régimen jurídico, como los tipos societarios constituidos regularmente nos sitúan ante sociedades "activas", presentes en el mercado y con un margen de maniobra ciertamente amplio.

Distinto es, por completo, el caso de la personalidad jurídica latente por venir atribuida a ese ser inerte que es la sociedad extinguida, siempre que, tras reconocer dicha extinción, maticemos de inmediato su alcance considerándola sujeto apto para disfrutar de capacidad procesal, sobre todo para ser demandada. Y es que, en este contexto, se entiende mucho mejor el carácter negativo que aquí hemos atribuido a la singular personalidad jurídica de tal sociedad; no se trata de reconocer posibilidades de obrar, sino de constatar, meramente y a los efectos, entre otros, señalados en el fallo, su "emergencia" a la realidad jurídica por obra y gracia de un

tercero, generalmente acreedor, en busca de la mejor tutela para su crédito insatisfecho.

Por ello, nos parece necesario señalar que, como motivo impulsor del fallo, hay en el proceder del Tribunal Supremo un singular componente de *equidad* que, de manera desde luego implícita, sirve para dar consistencia al supuesto de hecho, deduciendo de él las consecuencias que nos son bien conocidas. Aunque pueda parecer discutible o, quizá, mero argumento retórico, consideramos que esta sentencia refleja, de nuevo implícitamente y por su claro, a nuestro juicio, carácter equitativo, la singular operativa de la ficción en el mundo del Derecho y, con especial relieve, en el Derecho privado relativo al ejercicio de actividades económicas en el mercado. Si existe ficción, en cuanto *ultima ratio* de los operadores jurídicos, sobre todo de los jueces, "cada vez que una realidad natural sufre por parte del jurista constructor del derecho una denegación o una desnaturalización consciente" (15), no estaríamos demasiado lejos de dicha técnica en el caso que nos ocupa. Es evidente, desde luego, que la personalidad jurídica no es "una realidad natural", sino, ante todo, una construcción del Derecho con la que los juristas pueden comprender, de manera sustancialmente unitaria y a los propios efectos jurídicos, ciertos fenómenos conjuntos producidos en la sociedad con decidido propósito institucional.

Pero, del mismo modo, parece también cierto que el Tribunal Supremo en su sentencia ha "desnaturalizado conscientemente", con el propósito que nos es conocido, el significado de la personalidad jurídica, como realidad propia del mundo del Derecho. Con todo, y por tratarse de una realidad abstracta o artificial, por ser específicamente jurídica, la *fictio iuris* llevada a cabo en este caso por el Tribunal Supremo respecto de la personalidad jurídica sería derivada, secundaria o, quizá mejor, de segundo grado. Su puesta en práctica ha sido posible gracias al criterio, según se prefiera, "funcionalizador" o "deconstructivo", recurriendo de nuevo a los calificativos que hemos empleado en otro apartado del presente comentario (16), que ha

(15) Cfr. LUNA SERRANO, A., *Las ficciones del Derecho en el discurso de los juristas y en el sistema del ordenamiento*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Editorial Temis, 2013, p., con cita del jurista francés Jean DABIN que hace suya plenamente el autor.

(16) Véase *supra* C) 1. Al margen de lo que pueda pensarse de estos

empleado el alto tribunal para el reconocimiento y delimitación de la personalidad jurídica latente de la sociedad extinguida. Esta forma de proceder es seguramente el resultado de la insatisfacción producida en el juzgador por las consecuencias derivadas de la asunción automática de una cierta lógica formal en el modo de operar con los conceptos jurídicos (17). Y es que no conviene olvidar que, aun a riesgo de parecer contradictorio, el propio Tribunal Supremo se ve obligado a asumir, como presupuesto de su razonamiento inverso, la desaparición de la personalidad jurídica tras la extinción registral de la sociedad (18).

calificativos y del proceder mismo del Tribunal Supremo en la sentencia comentada, parece indudable, viendo las cosas desde el resultado producido, es decir, desde el fallo, que de esta manera se hace más “poroso” –si vale el término– el universo de las nociones jurídicas fundamentales y se facilita la debida comunicación de las mismas, a través del paso inexorable por la norma jurídica, con la realidad concreta, siempre compleja y única. Por la dimensión cuasi filosófica que resulta inherente a buena parte de esas nociones (así IRTI, N., *L’uso giuridico della natura*, cit., p. 45), resulta pertinente traer a colación formulaciones específicas de ese campo del saber, radicalmente originario, que es la Filosofía. Así, se ha podido decir (cfr. MARIAS, J., *Una vida presente. Memorias*, Madrid, Páginas de Espuma, 2008, p. 492) que “la teoría filosófica tiene que ser a la vez sencilla y compleja; posee la sencillez de la visión, que es un movimiento unitario en la mirada, y la complejidad de la realidad vista, que por ser concreta tiene una especie de infinitud. Las fórmulas de la teoría filosófica no tienen más función que disparar la visión en una nueva dirección; por eso no puede “quedarse” en ellas. Y esto hace que la filosofía sea *transitable*: el filósofo ha de poder recorrer su propia doctrina, enfrentarse desde ella con cualquier nueva cuestión, responder a ella o una objeción que la ponga en un aprieto –en una *aporía*, decían los griegos”. Estas palabras, especialmente idóneas para comprender el alcance del supuesto de hecho contemplado en la sentencia comentada, así como el fallo del Tribunal Supremo, quizá sirvan también para avalar la utilidad de la *fictio iuris* en la misión, a nuestro juicio imprescindible, de conseguir que el Derecho pueda llegar a ser “transitable”.

(17) Que en el límite no estaría demasiado lejos del papel que en la obra literaria de Kafka parece corresponder al mundo jurídico y, en particular, a la ley: “La ley vicia el aire de la vida; destruye la libertad y la frescura del universo; nos ahoga y no nos deja respirar libremente” (cfr. CITATI, P., *Kafka*, trad. esp., de José Ramón Monreal, Barcelona, Acantilado, 2012, p. 146, que se refiere, esencialmente, a la conocida novela *El proceso*).

(18) Para la referencia exacta véase *supra* C) 1.

Llegamos así, finalmente, a uno de los terrenos consustanciales en la experiencia jurídica universal, susceptible de resumirse de muchos modos, bien mediante razonamientos técnicos, bien mediante el empleo de criterios valorativos condensados en aforismos, de los cuales quizá sea el tan conocido "*summum ius, summa iniuria*" uno de los más oportunos. Al servicio de los propósitos subyacentes a tales fórmulas comparece a lo largo de la historia y el presente del Derecho un heterogéneo arsenal, algunas de cuyas figuras, como la ficción, nos remontan a los orígenes mismos del saber jurídico, en el marco, siempre de renovado interés, constituido por el Derecho romano.

La historia de la ficción no ha sido pródiga, precisamente, en elogios, como consecuencia del frecuente juicio crítico sobre su relativa pobreza intelectual, sobre su confusión con otras categorías jurídicas (como la presunción) y sobre su sesgo no siempre "santo", cabría decir (19). A pesar de ello, si se mira bien el proceder de los juristas y, en numerosas ocasiones, también del legislador, no puede decirse que la ficción esté ausente de la realidad jurídica actual. Quizá la sentencia del Tribunal Supremo 1991/2017, de 24 de mayo, de la que ha sido ponente el magistrado Ignacio SANCHO GARGALLO, y cuya importancia quiere resaltar este comentario, sea un testimonio, si se quiere, implícito, de la pervivencia de la ficción en la práctica jurídica de nuestro tiempo (20).

(19) Para todo ello, véase, con amplias referencias, LUNA SERRANO, A., *Las ficciones del Derecho en el discurso de los juristas y en el sistema del ordenamiento*, cit., *passim*.

(20) Parece oportuno recordar que en la formación del concepto de persona jurídica encontramos a la ficción, precisamente empleada por juristas diversos, sobre todo en la Edad Media, con la finalidad de negar entidad real a las agrupaciones e instituciones que, modernamente, serán consideradas personas jurídicas. Sobre este complejo asunto, y sobre la transición de la persona *ficta* a la persona jurídica, puede verse el esclarecedor estudio de DE CASTRO, F., "Formación y deformación del concepto de persona jurídica (Notas preliminares para el estudio de la persona jurídica)", en su importante obra *La persona jurídica*, cit., especialmente pp. 144-164. Tampoco conviene olvidar, por último, que lo inmediato y urgente en la tarea del jurista, a propósito de la noción que nos ocupa, es, en palabras del propio DE CASTRO (*ibidem*, p. 260) "averiguar qué ha de entenderse por persona jurídica cada vez que ese término se emplea en un precepto jurídico", es decir, "fijar su puesto y significado en el sistema de conceptos que constituye la ciencia del Derecho".

CONTRATOS DE COMPRAVENTA, FIGURAS AFINES Y “CONTRATOS MIXTOS” EN EL MARCO DE LA REFORMA DEL DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO

A propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 10.^a), de 7 de septiembre de 2017 (asunto C-247/16)

Luis Hernando Cebriá

Profesor ayudante doctor de Derecho Mercantil
(acreditado a Profesor Titular)
Universidad de Valencia

Palabras clave: contrato de compraventa, arrendamiento de obra y servicios, contratos mixtos, suministro, servicios relacionados, contenidos digitales.

Resumen: El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en un entorno de diferentes propuestas legislativas comunitarias que se ocupan de los contratos de compraventa y de suministro de bienes de diferente naturaleza, que son tratados a lo largo de este comentario, analiza el concepto del “contrato de compraventa”. Esta calificación respecto del objeto principal del contrato en “contratos mixtos”, con prestaciones de dar y de hacer, tiene relevancia, entre otros aspectos, y en particular lo que aquí afecta, en relación con el ámbito de aplicación de la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo. En suma, la exclusión de este ámbito de los “contratos de arrendamientos de servicios y obra” impide al Tribunal europeo pronunciarse sobre la cuestión, por lo que reconoce que tal normativa no resulta de aplicación a los consumidores de los Estados miembros.

Fuente: Curia: Asunto C-247/16.

Disposiciones legales aplicadas: Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, firmada en Viena el 11 de abril de 1980; y artículos 1, 2 y 3 de la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo.

A) HECHOS

El marido de la Sra. Schottelius encargó al Sr. Seifert, empresario, la renovación de la piscina situada en el jardín de casa de la pareja. La recepción de la obra tuvo lugar en 2011, con pago de su importe. El terreno en el que fue construida la piscina pertenece a la Sra. Schottelius, si bien ésta cedió a su marido los derechos de garantía de los que era titular frente al empresario. Al usar la piscina, surgieron diversos defectos que afectaban, en particular, al sistema de limpieza y a la bomba, lo que llevó a que los esposos solicitaran al Sr. Seifert su reparación. Ante la falta de contestación, incoaron un «procedimiento de prueba autónomo» en el que un perito declaró la existencia de defectos graves y el incumplimiento por parte del contratista de las normas habituales de construcción. Así las cosas, los trabajos de reparación de la obra fueron ejecutados por el marido, a cuyo efecto hubo de adquirir el material necesario.

Presentada demanda ante el Tribunal Regional (*Landgericht*) de Hannover en la que la Sra. Schottelius solicitaba los gastos de reparación, el Tribunal procedió a su inadmisión de acuerdo con el Derecho alemán. De una parte, debido a que el consumidor ha de fijar de manera expresa un plazo adicional para que el empresario repare los defectos de la cosa, salvo que la fijación de dicho plazo sea superflua, lo cual no resultó acreditado. De otra, la reclamación y, dentro de ella, la fijación del plazo, fue realizada mediante un escrito del abogado del Sr. Schottelius, que no era el titular de los derechos de garantía, sino que lo era su esposa y, pese que ésta le había cedido sus derechos de garantía, la cesión debía considerarse ineficaz por ser contraria al Derecho alemán. En consecuencia, el Sr.

Schottelius debía mantener la condición de tercero respecto de la relación contractual entre la Sra. Schottelius y el Sr. Seifert.

En estos términos, el Tribunal alemán traslada al Tribunal de Justicia de la Unión Europea la cuestión relativa a la aplicación del art. 3.5 (2) de la Directiva 1999/44, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, en lo que atañe al principio en materia de derechos de los consumidores según el cual, para hacer valer los derechos secundarios de garantía, resulta condición de suficiencia que el profesional sujeto a la obligación de garantía no haya actuado en un plazo razonable, sin necesidad de la fijación expresa de un plazo para la reparación de los defectos. En lo que aquí interesa, el debate, a la luz de las alegaciones presentadas por la Comisión Europea y el Gobierno Alemán, se desarrolla en torno a la falta de competencia del Tribunal de Justicia para dirimir este asunto, pues la Directiva 1999/44 únicamente resulta de aplicación a los "contratos de compraventa" y no a los "contratos de obra". En suma, se trata de una materia que se sustancia sobre la calificación jurídica del contrato, soslayando así la parte de la cuestión que gira en torno a los requisitos para el correcto ejercicio de los derechos de garantía del consumidor.

B) DOCTRINA

1. En la distinción entre el "contrato de compraventa" y el "contrato de obra" se ha de partir de una interpretación autónoma y uniforme del contrato, aun cuando la Directiva 1999/44 no define el concepto de "contrato de compraventa". No obstante, la Directiva limita su ámbito de aplicación a este contrato y en su artículo 1.4, en comunión con el artículo 3.1 del Convenio sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, incluye "los contratos de suministro de bienes de consumo que hayan de fabricarse o producirse". La Directiva 1999/44, por lo tanto, no se aplica exclusivamente a los contratos de compraventa en sentido estricto, sino también a determinadas categorías de contratos que conllevan una prestación de servicios, los cuales, conforme al Derecho nacional aplicable, pueden recibir la calificación de contratos de arrendamiento de servicios o de obra; a saber, los contratos de suministro

de bienes de consumo que hayan de fabricarse o producirse y los contratos en los que se prevea que la instalación de tales bienes esté vinculada a la compraventa.

2. El artículo 3.1 del Convenio indica que «se considerarán compraventas los contratos de suministro de mercaderías que hayan de ser manufacturadas o producidas, a menos que la parte que las encargue asuma la obligación de proporcionar una parte sustancial de los materiales necesarios para esa manufactura o producción». En los contratos mixtos que conlleven la prestación de servicios se advierte la dificultad con la que se encuentra el consumidor a la hora de distinguir estas dos prestaciones realizadas por el profesional y, en segundo lugar, de garantizar, con arreglo al considerando 1 de la Directiva 1999/44, un alto nivel de protección del consumidor. En definitiva, la dificultad radica en la calificación de estos contratos, que conllevan a la vez una obligación de hacer, propia de los contratos de arrendamiento de servicios y de obra, y una obligación de entregar un bien, que es característica de un contrato de compraventa. Ello obliga a buscar, para la correcta calificación del contrato, su objeto principal.

3. En el caso planteado, el contrato de compraventa incluyó la entrega de un sistema de filtración equipado de una bomba, pero a su vez, como contrato de arrendamiento de servicios y obra, incorporó una obligación de hacer, esto es, la instalación de dichos bienes. No obstante, la prestación de servicios consistente en la instalación de esos bienes constituye el objeto principal de ese contrato de obra, mientras que su venta presenta un carácter meramente accesorio respecto de la prestación de servicios. Por otro lado, el contrato no puede calificarse de contrato de "suministro de bienes de consumo que hayan de fabricarse o producirse", en los términos previstos por del artículo 1, apartado 4, de la Directiva 1999/44, ya que los bienes necesarios para la renovación de la piscina no tenían que ser fabricados ni producidos por el empresario. En consecuencia, la calificación del contrato como contrato de obra excluye que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sea competente para resolver sobre la cuestión planteada, y ello en tanto que la Directiva 1999/44 solo es de aplicación a los contratos de compraventa.

C) COMENTARIO

1. Distinción entre los contratos de compraventa y los contratos de arrendamientos de servicios y obra. El contrato de compraventa como contrato de duración. Parte la Sentencia del Tribunal de Justicia objeto de este comentario de la ausencia en la Directiva 1999/44, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, de una definición del término «contrato de compraventa». Ello no obsta, sin embargo, para que tal concepto merezca un tratamiento autónomo y una interpretación uniforme en toda la Unión Europea (1). Aunque la Convención de Viena sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (en adelante, la Convención de Viena) puede servir para alumbrar el concepto de compraventa, también se ha de dejar constancia que la Convención no ha sido suscrita por todos los Estados miembros de la Unión (2). Con todo, cuando las normas de derecho internacional privado remitan a la ley de un Estado contratante, puede resultar su extensión a sujetos a los que, en principio, no sería de aplicación según su normativa interna (cfr., art. 1.1.b de la Convención de Viena). En consecuencia, el Tribunal acude al exponente normativo que representa el artículo 3 de la Convención, que incluye "los contratos de suministro de mercaderías que hayan de ser manufacturadas o producidas", pero que los excluye cuando "la parte que las encargue asuma la obligación de proporcionar una parte sustancial de los materiales necesarios para esa manufactura o producción". Tal exclusión la hace también extensiva respecto "los contratos en los que la parte principal de las obligaciones de la parte que proporcione las mercaderías consista en suministrar mano de obra o prestar otros servicios" (3).

(1) Para ello remite a la sentencia de 18 de octubre de 2011, Brüstle, C-34/10, EU:C:2011:669, apartado 26.

(2) Aun cuando el Brexit puede reducir la inaplicación del Convención dentro de la Unión, téngase en cuenta que, además del Reino Unido, tampoco Irlanda, Portugal y Malta han suscrito la Convención de Viena.

(3) Igualmente y como antecedente, se puede acudir, si bien con menor incidencia en los Estados miembros, al artículo 6 de la Convención sobre prescripción de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Nueva York, el 14 de junio de 1974, que, se pronuncia en similares términos: "1. La presente Convención no se aplicará a los contratos en los que la parte

En este orden de cosas, en el plano europeo, diversas propuestas también avanzan en la consecución de un concepto unánimemente aceptado de contrato de compraventa. La Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a una normativa común de compraventa europea de 11 de octubre de 2011 (4), reconoce las limitaciones de la Convención de Viena en torno a la delimitación de un régimen completo, en tanto deja fuera de su ámbito de aplicación cuestiones como los vicios de consentimiento, las cláusulas contractuales abusivas y la prescripción (5). La Propuesta de Reglamento para una normativa común de compraventa aborda, en su artículo 2 letra k, la definición de "contrato de compraventa" como "contrato en virtud del cual el comerciante («el vendedor») transfiere o se compromete a transferir a otra persona («el comprador») la propiedad de los bienes y el comprador paga o se compromete a pagar su precio"; mientras que en la letra l del mismo artículo define el "contrato de compraventa de bienes de consumo" como el "contrato de compraventa, en el que el vendedor es un comerciante y el comprador es un consumidor".

Ahora bien, la cuestión presenta dificultades añadidas cuando atañe a la aplicación de la Directiva 1999/44 a contratos que no son exclusivamente de compraventa en sentido estricto, sino que además incorporen una o varias prestaciones de servicios. En tal caso, surge la duda acerca de la calificación contractual y de su interpretación en los distintos Derechos nacionales, en particular cuando a la prestación de la entrega característica de la compraventa se añadan otras prestaciones de hacer, típicas de los contratos de

principal de las obligaciones del vendedor consista en suministrar mano de obra o prestar otros servicios. 2. Se asimilan a las compraventas los contratos que tengan por objeto el suministro de mercaderías que hayan de ser manufacturadas o producidas, a menos que quien las encargue asuma la obligación de proporcionar una parte esencial de los materiales necesarios para dicha manufactura o producción".

(4) Bruselas, 11.10.2011 COM(2011) 635 final. Al respecto, GÓMEZ POMAR, F. y GILI SALDAÑA, M., "El futuro instrumento opcional del Derecho contractual europeo: una breve introducción a las cuestiones de formación, interpretación, contenido y efectos", *Indret, Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2012, pp. 1-27.

(5) En este último punto, téngase también en cuenta la Convención sobre prescripción de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Nueva York, el 14 de junio de 1974.

arrendamientos, como la instalación de tales bienes (6). En este punto, la Directiva 1999/44/CE, en su artículo 2, sí que establece reglas de conformidad del contrato dentro del régimen imperativo de su regulación en defensa de los consumidores (cfr., art. 7 de la Directiva 1999/44/CE). Así, su apartado tercero excluye la falta de conformidad cuando el defecto tenga su origen en materiales suministrados por el consumidor, mientras que su apartado quinto la atribuye al vendedor cuando la instalación esté incluida en el contrato de compraventa del bien y haya sido realizada por el vendedor o bajo su responsabilidad (7).

Ahonda en esta necesidad de reconocer la relevancia de la instalación en los contratos de compraventa con los consumidores en el Derecho europeo proyectado la más reciente Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes (8). Vuelve así a incidir en la falta de conformidad con el contrato cuando resulte de una instalación incorrecta de los bienes a cargo del vendedor o bajo su control, o, aun si los bienes son instalados por el consumidor, cuando la instalación inco-

(6) Confróntese, en todo caso, con el artículo 1464 del Código Civil, que remite al artículo 1462, para entender entregada la cosa vendida cuando se ponga en poder y posesión del comprador y al otorgamiento de escritura pública como entrega si de ella no resulta o se deduce claramente lo contrario, y que en su caso remite a la entrega de los títulos de pertenencia y, por último, al uso que haga el comprador, con consentimiento del vendedor.

(7) Esta solución también será aplicable cuando se trate de un bien cuya instalación esté previsto que sea realizada por el consumidor, y sea éste quien lo instale y la instalación defectuosa se deba a un error en las instrucciones de instalación.

(8) Bruselas, 9.12.2015 COM(2015) 635 final. Téngase en cuenta, en nuestro fuero interno, la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, con motivo de la trasposición de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, en relación, en particular, con los contratos a distancia y los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles y el suministro de contenidos digitales. Con mayor detalle, CÁMARA LAPUENTE, S., "La nueva protección del consumidor de contenidos digitales tras la Ley 3/2014, de 27 de marzo", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 11, 2014, pp. 79-167.

rrecta se deba a unas instrucciones de instalación incorrectas. Además, recoge la postura anterior en torno a la definición de “contrato de compraventa” en su artículo 2 letra a (9), al paso que el apartado segundo de su artículo 1 excluye de su ámbito de aplicación los contratos de servicios a distancia para la prestación de servicios (10).

No obstante, mantiene su vigencia para los contratos “mixtos”, esto es, los que contemplan tanto la compraventa de bienes como la prestación de servicios, respecto de la parte relativa a la compraventa (11). De otro lado, en cuanto a la instalación incorrecta, su artículo 6 comprende tanto la de bienes como la de contenidos digitales. Todo ello sin perjuicio de la exclusión de la aplicación de la Propuesta de Directiva respecto de los soportes duraderos que incorporen contenidos digitales cuando sean utilizados exclusivamente como soporte para el suministro de los contenidos digitales al consumidor (cfr., art. 1.3). Esta Propuesta se ha de poner en conexión, en este punto, con su gemela y correlativa en su numeración, sobre determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales (12), que, en su artículo 7, también alude a la incorrecta integración de los contenidos digitales en similares términos a los anteriores.

(9) (a) “contrato de compraventa”: todo contrato en virtud del cual el vendedor transfiere o se compromete a transferir la propiedad de los bienes, incluidos los bienes que hayan de fabricarse o producirse, al consumidor, y el consumidor paga o se compromete a pagar su precio.

(10) No se puede soslayar, a estos efectos, la relevancia que cobra la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, en relación con la libertad de la prestación de servicios. Con todo, el artículo 2 de la Directiva deja al margen determinadas actividades, por mor de su interés general, su carácter regulado por sectores específicos de actividad y su vinculación al ejercicio de la función pública, entre otros.

(11) En los contratos que impliquen un diseño y una ejecución, los *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law (Draft Common Frame of Reference (DCRF)*, ed. Sellier, 2009, p. 1849) reconocen que, aunque las reglas aplicables al posterior servicio de ejecución, en referencia al contrato de construcción, prevalecen en este ámbito, todavía se han de aplicar las normas del contrato de diseño de forma subsidiaria, ante la necesidad de regular las partes contractuales relativas al servicio prestado.

(12) Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales Bruselas, 9.12.2015 COM(2015) 634 final.

El Tribunal de Justicia ya ha tenido oportunidad de pronunciarse acerca de la distinción entre la "compraventa de mercaderías" y la "prestación de servicios" (13). En las conclusiones del Caso Car Trim (C-381/08), presentadas el 24 de septiembre de 2009, el Abogado general, el Sr. Ján Mazák, puso de manifiesto las diferentes perspectivas respecto de la cuestión presentadas por el Gobierno alemán, que entonces prestó atención a los criterios económicos que obligan a examinar qué obligaciones caracterizan el contrato, y por el Gobierno del Reino Unido, para el que el elemento determinante había de residir en el hecho de que la prestación del vendedor conduce a la entrega y a la transferencia de la propiedad de los bienes (párr. 15). A lo anterior añadió la Comisión Europea, en consonancia con la Convención de Viena, que había de ser tenido en cuenta si la persona que solicita los bienes debe aportar una parte esencial de los elementos materiales necesarios para su fabricación o producción (párr. 14) (14).

Sobre los considerandos anteriores, la precedente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de febrero de 2010 reconoce un indicio a favor de la calificación del contrato como «contrato de prestación de servicios» en el caso en el que sea el comprador el que suministre la totalidad o la mayor parte de los materiales con los que se fabrique la mercancía (párr. 40). Este indicio es completado con el régimen de la responsabilidad atribuible al proveedor.

(13) Sobre los conceptos de "compraventa de mercaderías" y de "prestación de servicios", a tenor del artículo 5, apartado 1, letra b), del anterior Reglamento núm. 44/2001 y la génesis, el objetivo y el sistema de este Reglamento, véanse las sentencias del Tribunal de Justicia de 3 de mayo de 2007, caso Color Drack (C-386/05, Rec. p. I-3699), apartado 18; de 23 de abril de 2009, caso Falco Privatstiftung y Rabitsch (C-533/07, Rec. p. I-0000), apartado 20; y de 9 de julio de 2009, caso Rehder (C-204/08, Rec. p. I-0000), apartado 31.

(14) Sobre los problemas que suscita que el comprador aporte una parte sustancial de los materiales necesarios para que los bienes sean fabricados o producidos y cuando el vendedor, además de la entrega, lleve a cabo otros servicios, todo ello en relación con los criterios de sustancialidad (*test of substantiality*) y parte preponderante (*preponderant part*), respectivamente, MARTIN-DAVIDSON, S. J., "Selling Goods Internationally: The Scope of the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)", *Michigan State Journal of International Law*, vol. 17, núm. 3, 2009, pp. 657-702, p. 676-680.

Así, cuando el vendedor quede como el responsable de la calidad y conformidad de la mercancía con el contrato, que sea el resultado de su actividad, habrá de ser considerado como un "contrato de compraventa de mercaderías". Por el contrario, cuando el vendedor únicamente sea responsable de una correcta ejecución, según las instrucciones del comprador, se tratará de un "contrato de prestación de servicios". En todo caso, aunque el comprador, sin facilitar los materiales, haya formulado determinadas exigencias, y siempre que el vendedor sea responsable de la calidad y conformidad de las mercancías con el contrato, éste habrá de ser reputado un "contrato de compraventa de mercaderías" y no un "contrato de prestación de servicios" (párrs. 42 y 43) (15).

No parece que la normativa nacional pueda arrojar excesiva luz al respecto, dada la anquilosada y limitada regulación del arrendamiento de servicios, orientado a la actividad de "criados domésticos", "menestrales", "artesanos" y "demás trabajadores asalariados" (16). En esta misma sede parece quedar ubicado, en una relación de especie a género el arrendamiento de obras, que es objeto de consideración en la sentencia ahora comentada. En tal sentido pareció caminar el borrador del Marco Común de Referencia (*Draft Common Frame of Reference –DCFR–*) en materia de Derecho europeo de contratos (17), que frente a la dicotomía entre el contrato de

(15) Asimismo, CANEDO ARRILLAGA, M. P., "Notas breves sobre la sentencia del TJUE (Sala Cuarta) de 25 febrero 2010 (Car Trim: asunto C-381/08): los contratos de compraventa y los contratos de prestación de servicios en el Reglamento 44/2001", *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 3, núm. 1, 2011, pp. 263-269; y ALTMAYER, S., "Car Trim si sta facendo strada: "contratto di vendita" vs. "contratto di prestazione di servizi" ai fini del foro contrattuale di cui all'art. 5, n.1, lett. b), Reg. (CE) núm. 44/2001", *Giurisprudenza Italiana*, núm. 5, 2014, pp. 1123-1128.

(16) Sobre la falta de una regulación general de los contratos de servicios en el Derecho codificado privado español, VAQUERO PINTO, M. J., "Contratos de servicios", en *Contratos Mercantiles* (dir. A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y M. A. CALZADA CONDE), T. I., ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 957-993, p. 960; y anteriormente, MORALES MORENO, A. M., *La modernización del derecho de obligaciones*, ed. Thomson Civitas, Madrid, 2006, esp. p. 28.

(17) Así, en la edición anotada de los *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCRF)*, ed. Sellier, 2009. El Marco de referencia europeo, no obstante, solo con-

servicios y el de obra, en su libro IV, parte C, relativa a los contratos de servicios, distingue entre unas disposiciones generales y otras especiales, y en estas últimas regula, entre otros, los contratos de construcción (18).

Ahora bien, tampoco se puede negar la influencia de sus principios en la renovación de la regulación de los contratos de servicios y de obra (19). Así, si acudimos al Anteproyecto de Ley del Código Mercantil de 30 de mayo 2014, en barbecho desde esa fecha hasta nuestros días, se puede apreciar la preocupación de la Comisión de codificación patria por distinguir el "contrato de obra por empresa" de "los contratos de prestación de servicios mercantiles" y, como especialidad, los "contratos sobre bienes inmateriales" (VI-13) (20). Además de la oportunidad de prescindir del término genérico "arrendamiento" para aunar todas estas figuras contractuales,

forma una "guía" académica en pos de una unificación del Derecho civil europeo en materia de contratos, lo cual solo es alcanzado en forma de normativa proyectada mediante la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea a través de sus disposiciones contractuales generales, y que, con todo, solo aspira a actuar como un "instrumento opcional".

(18) Sobre la necesidad de articular los contratos de arrendamientos de servicios y de obras bajo una única categoría de contratos de servicios, DE BARRÓN ARNICHES, P., "Arrendamiento de obra y servicios: una distinción evanescente a la vista de la regulación del contrato de servicios en el CFR", *Derecho contractual europeo: problemática, propuestas y perspectivas*, dir. E. Bosch Capdevila, 2009, pp. 475-490. Todo ello según la clasificación auspiciada por los Principios de Derecho europeo para los contratos de servicios (*Principles of European Law. Services contracts –PEL SC–*), a su vez, provenientes de los llamados "Principios Lando". (*Principles of European Law, Services Contracts*), ed. Sellier, 2007, en relación con los Principios de Derecho europeo de los contratos (Partes I y II), (*Principles of European Contract Law*, ed. Kluwer Law International, La Haya, 2000, pp. 1-93). Sobre este movimiento, REDONDO TRIGO, F. "De los Principios Lando al marco común de referencia del Derecho Privado Europeo. Hacia un nuevo "Ius Commune"", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 63, núm. 4, 2010, pp. 1643-1682.

(19) VAQUER ALOY, A., "El Marco Común de Referencia", *Derecho contractual europeo: problemática, propuestas y perspectivas*, dir. E. Bosch Capdevila, 2009, pp. 239-266; y DE BARRÓN ARNICHES, P., "Cuestiones sobre el contrato de servicios diseñado en el Marco Común de Referencia", *Indret, Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2008, pp. 1-28.

(20) Ya anteriormente, acerca de estas categorías, VAQUERO PINTO, M. J., "Contrato de obra por empresa", en *Contratos Mercantiles* (dir. A. BERCOVITZ

el Anteproyecto parte de la distinta naturaleza del objeto de cada uno de estos contratos, consistente en un simple "hacer" o actividad considerada en sí misma en el caso del contrato de servicios, y en un concreto resultado en el caso del contrato de obra (VI.-55) (21).

Básicamente, la distinción entre las obligaciones de medios y las de resultados, y su incidencia en la regulación contractual, son un factor determinante de la clasificación, de modo que en el contrato de servicios la exigencia de ejecución y entrega o terminación no constituye el objeto del contrato, incluso cuando el resultado tenga naturaleza intangible. Ahora bien, el contrato de obra por empresa no abarca únicamente la construcción, la reparación o la transformación de una cosa, sino también la consecución, por cualquier medio o actividad, de otro resultado convenido por las partes, lo que permite, asimismo, la integración de resultados puramente intelectuales o inmateriales (VI-56). En suma, la amplia variedad de "los contratos de prestación de servicios mercantiles" es vertebrada a través del compromiso de una parte de realizar una actividad destinada a satisfacer ciertas necesidades de la otra, para lo cual se obliga a organizar los medios adecuados, pero sin que ello comporte la obtención de un resultado (VI-71).

De otro lado, también para la distinción entre el "contrato de obra por empresa" y el "contrato de compraventa de mercaderías", el artículo 521-2 del Anteproyecto exige que el contratista suministre los medios y los materiales necesarios y de la calidad adecuada (22). Por el contrario, si los materiales fueran suministrados por el comitente y presentasen vicios o defectos, corresponderá a éste su subsanación. Con ello se ha de volver la vista a la posición del Tribunal de Justicia que establece la calificación del contrato como un "contrato de compraventa de mercaderías" y no de "prestación

RODRÍGUEZ-CANO y M. A. CALZADA CONDE), t. I, ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 995-1027, p. 1011-3.

(21) Cfr., Título II: Del contrato de obra por empresa; Capítulo I: Disposiciones generales; Artículo 521-1: Noción.

(22) Con carácter general, sobre estas notas distintivas, PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, A., "El contrato de obra por empresa en general", *Curso de Derecho Mercantil*, vol. 2 (La contratación mercantil. Derecho de los valores. Derecho concursal. Derecho de la navegación), Madrid, 2006, pp. 247-266; y VALENZUELA GARACH, F., "Arrendamientos de obra", *Lecciones de Derecho Mercantil* (dir. G. J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ), ed. Tecnos, Madrid, 2007, pp. 449 ss.

de servicios", en cuyo caso también los medios han de ser aportados por el prestador del servicio, a tenor del apartado segundo del artículo 531-1 del Anteproyecto (23). Ahora bien, esta distinción tampoco debiera ser óbice para reconocer, en cada caso, cuál sea la prestación principal y, en consecuencia, la remisión de la relación entre las partes al ámbito de los contratos traslativos del dominio o de ejecución de obra (24).

Otro tanto se podría pensar respecto del contrato de compraventa como contrato de duración. Aun cuando el contrato de compraventa es tradicionalmente de tracto único, no se puede negar que el carácter determinable de la cosa y el precio puede hacer que devenga de tracto sucesivo. La evolución del mercado ha dado carta de naturaleza al llamado "contrato de suministro", que incluso cuando se trata de mercaderías, ha tenido un cierto reconocimiento legislativo a través del artículo 73 de la Convención de Viena. Esta norma ya prevé soluciones normativas para los "contratos que estipulen entregas sucesivas de mercaderías", en relación con el concepto abstracto o indeterminado de "incumplimiento esencial". Esto puede legitimar, en consecuencia, un derecho de resolución contractual en relación con esa específica entrega, o bien para el futuro, o incluso respecto de entregas ya efectuadas por razón de su interdependencia para el destino de los bienes al uso previsto.

En este orden de cosas, también el artículo 6 de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea, en el número segundo del apartado al mismo ordinal, admite la aplicación de su régimen para los contratos entre un comerciante y un consumidor en los que se suministren o se presten bienes, contenidos digitales o servicios

(23) Cfr., artículo 531-1, dentro del capítulo dedicado a los contratos de prestación de servicios mercantiles en general.

(24) Sobre la evolución normativa en materia de contratos, a través de diferentes instrumentos europeos e internacionales, y la crítica vertida en torno a la falta de unificación a nivel nacional, OLIVA BLÁZQUEZ, F., "El Anteproyecto de Código Mercantil en el contexto del proceso internacional de unificación del Derecho privado de los contratos", *Revista de Derecho Civil*, vol. 1, núm. 3, 2014, pp. 37-66; y MIRANDA SERRANO, L. M., "A favor de una regulación unitaria de la teoría general del derecho español de obligaciones y contratos: reflexiones de un mercantilista", *Revista de derecho privado*, núm. 101, 2017, pp. 47-102.

relacionados del mismo tipo de forma continuada y el consumidor pague por ellos de manera escalonada mientras dure dicho suministro o prestación. Y en el específico ámbito de los contratos de suministro de contenidos digitales, la Propuesta de Directiva (25), ante la necesidad de interacción con los equipos (de *hardware* y *software*) y la funcionalidad de los contenidos digitales, en relación con eventuales restricciones técnicas, requiere que el contenido digital sea conforme con el contrato durante su vigencia y, a tal fin, la remisión a las oportunas actualizaciones. En correspondencia, la complejidad técnica de los contenidos digitales lleva a que el artículo 16 de la Propuesta de Directiva establezca los criterios que permitan al consumidor resolver estos "contratos de larga duración".

El legislador español, aparte de reconocer la extraordinaria importancia de estos contratos en la práctica del mercado, en particular, dentro de los "contratos de prestación de servicios mercantiles", de los "contratos para las comunicaciones electrónicas", que se habría de enlazar, en el plano europeo, con el "contrato de suministro de contenidos digitales", en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil incorpora por primera vez el hasta ahora atípico "contrato de suministro". Sin embargo no lo hace como una modalidad especial de compraventa, como las ventas al gusto o con reserva de aprobación, las ventas a ensayo o prueba y las ventas con precio aplazado, sino como un tipo contractual distinto de la compraventa, si bien con vinculación evidente en cuanto a la prestación principal del contrato(26). Pero si esto es así, bien pudiera aceptarse su integración, fuera de las especialidades reconocidas a estos contratos de suministro, en el marco más general de la compraventa.

2. Inclusión de los "contratos de suministro de bienes de consumo que hayan de fabricarse o producirse". El artículo 1 de la Directiva 1999/44, en su apartado cuarto, incluye "los contratos de

(25) Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, Bruselas, 9.12.2015 COM(2015) 634 final.

(26) Según el artículo 513-1, "Por el contrato de suministro, el suministrador se obligará a realizar a favor del suministrado prestaciones periódicas o continuadas de los bienes objeto del contrato y aquél a pagar el precio".

suministro de bienes de consumo que hayan de fabricarse o producirse". Otro tanto tiene lugar en el apartado primero del artículo 3 del Convenio de Viena, que da cabida a estos "contratos de suministro". Esto no obsta para que, atendidas la circunstancias, el Tribunal considere que el contrato analizado no pueda ser calificado de contrato de "suministro de bienes de consumo que hayan de fabricarse o producirse", en tanto que los bienes necesarios para la renovación de la piscina no tenían que ser fabricados ni producidos por el empresario.

También la Propuesta de Reglamento para una normativa común de compraventa europea, aunque como "instrumento opcional" para las partes, si bien con la aspiración, hasta ahora no conseguida, de convertirse en un "segundo régimen nacional", al menos en las relaciones entre las pymes y los terceros, contempla estos "contratos de suministro" (cfr., arts. 7 a 9) (27). En todo caso, ello obligaría a que las partes excluyeran el régimen la Convención de Viena si les fuera de aplicación (28). La definición de la letra k del artículo 2, asimismo, ampara los contratos de suministro de bienes que se deban fabricar o producir bajo el manto del "contrato de compraventa". Igualmente la Propuesta relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes, con el ánimo de armonizar el Derecho contractual en materia de consumo en toda la Unión y los elementos esenciales de los contratos de compraventa, avanza en este camino. Para ello, en su artículo 2 letra a, mantiene la definición del "contrato de compraventa" para aquellos contratos en los que los bienes hayan de ser producidos o fabricados, incluso de acuerdo con las especificaciones del consumidor.

Esta cuestión ya fue tratada en el Caso Car Trim al que se ha hecho referencia. En sus conclusiones, el Abogado general consideró pacífica la calificación como "contrato de compraventa" aun cuando el cliente hubiese formulado determinadas exigencias respecto de la

(27) Así, el artículo 9 regula la "Ficha informativa estándar en los contratos entre un comerciante y un consumidor". Además, el artículo 13 establece la opción para los Estados miembros de decidir que se pueda recurrir a la normativa común de compraventa europea para regular otros supuestos, como cuando no se trate de contratos transfronterizos, sino de carácter interno, o como cuando, siendo ambas partes comerciantes, ninguna sea una pyme.

(28) *Vid.* considerando 25.

obtención, la transformación y la entrega de los bienes, en particular en relación con la garantía de la calidad de fabricación, la fiabilidad del suministro y la buena gestión administrativa de los pedidos (29). En este punto, sin embargo, es de interés la consideración efectuada respecto de otras obligaciones de hacer, relativas, en resumen, al corte y a la transformación de elementos adquiridos a proveedores que intervienen en una fase anterior del proceso de producción para adaptarlos a las necesidades del cliente. Aun y con esto, si tales obligaciones únicamente constituyen obligaciones subsidiarias respecto de la obligación de entrega de los bienes, todavía la relación ha de mantener su condición de "contrato de compraventa".

El Tribunal de Justicia de la Unión mantiene este mismo criterio en su Sentencia de 25 de febrero de 2010 (C-381/08). Al hilo de las conclusiones del Abogado general, el Tribunal de Justicia responde a las cuestiones presentadas por el Tribunal Federal alemán (*Bundesgerichtshof*) sobre la calificación de los contratos de suministro de bienes que han de fabricarse o producirse previamente y si influye que el comprador formule determinadas exigencias. Arranca en este punto la sentencia reconociendo que en el sector automovilístico tiene lugar un elevado grado de cooperación entre los fabricantes, de modo que es frecuente que la oferta del producto acabado deba adaptarse a las exigencias precisas y a las especificaciones del comprador. Sin perjuicio de la incidencia que esto pueda tener en la conformación de relaciones empresariales en determinados mercados en los que una empresa se halle bajo la dependencia económica de otra, en el plano contractual se ha de estar, en todo caso, a la obligación característica. Esto impone la búsqueda de la prestación más relevante y, en la dialéctica entre la compraventa de mercaderías y la prestación de servicios, si la obligación característica la constituye la entrega de un bien ha de resultar la existencia de un contrato de compraventa, y por lo tanto, la aplicación de la Directiva 1999/44/CE, de 25 de mayo de 1999. Y ello aun cuando el comprador formule determinadas exigencias respecto de la obtención, la transformación y la entrega de los productos que han de fabricarse, incluida la garantía de la calidad de fabricación.

La ausencia de mención en este punto en la regulación patria quizá pudiera verse integrada a través de la admisibilidad de la com-

(29) Párr. 14.

praventa de cosa futura. Como es bien sabido, el artículo 1271 de nuestro Código civil admite que puedan ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras. En defecto de acuerdo expreso de las partes, la cosa ha de entenderse transmitida bajo la figura de la *emptio rei speratae*, referida a su variabilidad cuantitativa y cualitativa, pero no de su existencia. La adopción de la *emptio rei speratae*, frente a la *emptio spei*, en la cual permanece en el comprador la obligación de pagar el precio pese a la posible inexistencia de la cosa futura, aproxima la relación a los contratos de obra y los aleja de los de servicios (30). No obstante, todavía se habrá de estar a la prestación principal de la entrega del objeto, frente a la obligación de hacer, como elemento definitorio de la relación. Además, como acertadamente recoge la Sentencia objeto de este comentario, que viene a completar las consideraciones anteriores, mal puede ser calificado el contrato como de "suministro de bienes de consumo que hayan de fabricarse o producirse", cuando los bienes que son objeto de la entrega, dentro de un conjunto de prestaciones de hacer más amplias, básicamente, la bomba de agua, no tenían que ser fabricados ni producidos, ni lo fueron, por el empresario.

3. Objetos del contrato de compraventa en el ámbito europeo. La Convención de Viena tiene por objeto específico las mercaderías destinadas a la venta. Quedan por lo tanto, excluidas, en virtud de su artículo 2, las compraventas para uso personal, familiar o doméstico, salvo que el vendedor no conociera tal uso. Pero también quedan excluidas el ámbito del Convenio las transmisiones de dominio llevadas a cabo a través de subasta o de forma forzosa, mediante mandato judicial. Otras transmisiones, sin embargo, quedan fuera de su ámbito en atención a la naturaleza de los objetos, como los medio de pago o los valores liquidables, como es el caso de los valores mobiliarios, los títulos o los efectos de comercio y el dinero (31);

(30) Por todos, CALONGE MATELLANES, A., *La compraventa de cosa futura (desde Roma a la doctrina europea actual)*, Salamanca, 1963.

(31) También, de forma similar, aun con mayor desarrollo, en este punto el artículo 2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales, hecha en Nueva York el 1 de marzo de 2013, establece que no será de aplicación

o los medios de transporte, respecto de buques, embarcaciones, aerodeslizadores y aeronaves. Adicionalmente, y de conformidad con el término económico de suministro contenido en la partida 628 el Plan General de Contabilidad (32), en referencia a la "electricidad y cualquier otro abastecimiento que no tuviere la cualidad de almacenable", el Convenio también excluye la electricidad de su ámbito de aplicación.

En este punto, la misma postura es mantenida por la Propuesta de Reglamento de una normativa común de compraventa europea, si bien añade, en la letra h de su artículo 2, que, además de la electricidad, también han de quedar excluidos "el gas natural; y el agua y otros tipos de gases a menos que estén envasados para la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas" (33). Seguramente se pueda hablar aquí de "contratos respecto de suministros", diferenciados del contrato general de compraventa y del "contrato de suministro" como contrato de duración afín al anterior. Sea como fuere, la Propuesta de Reglamento de una normativa común de compraventa europea da cuenta de la creciente relevancia que, junto a la clásica venta de bienes muebles, incluida la de su fabricación o producción, viene adquiriendo en la contratación contemporánea el comercio electrónico y, dentro de él, los contratos de suministro de contenidos digitales. Ciertamente la transferencia de contenidos digitales entraña su posibilidad de almacenamiento,

a los contratos concluidos con fines personales, familiares o domésticos; a las operaciones en un mercado de valores reglamentado; a las operaciones de cambio de divisas; a los sistemas de pago interbancarios y a los acuerdos de pago interbancarios o sistemas de compensación y de liquidación relacionados con valores bursátiles u otros títulos o activos financieros; y a la transferencia de garantías reales constituidas sobre valores bursátiles u otros títulos o activos financieros que obren en poder de un intermediario y que puedan ser objeto de un acuerdo de venta, de préstamo, de tenencia o de recompra; así como tampoco a las letras de cambio, pagarés, cartas de porte, conocimientos de embarque o resguardos de almacén, ni a ningún documento o título transferible que faculte a su portador o beneficiario para reclamar la entrega de las mercancías o el pago de una suma de dinero.

(32) Aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre.

(33) Igualmente, el artículo 2, en su letra k, excluye de la definición del "contrato de compraventa" a las transmisiones forzosas como la "compraventa judicial o los contratos que impliquen, de cualquier otra manera, el ejercicio de autoridad pública".

procesamiento o acceso, así como de su uso reiterado, lo cual permite su distinción de los "contratos respecto de suministros" cuando se trata de electricidad, gas o agua para ser consumidos, bien en el proceso de producción o en la prestación de servicios, bien para usos particulares.

El artículo 5 de la Propuesta de Reglamento incluye la compraventa de bienes, el suministro de contenidos digitales y la prestación de servicios relacionados, y, por otra parte, no requiere que los contenidos digitales se suministren en un soporte material (34). Es más, tanto en este caso como en el de los servicios relacionados admite que, respecto de ellos, puede que no sea acordado un precio específico. Esto obedece al hecho de que en el primero de los supuestos, a menudo, los contenidos digitales se suministran en combinación con bienes o servicios pagados por separado, lo que puede implicar otras contraprestaciones no pecuniarias; entre ellas, por ejemplo, el acceso a datos personales. Pero también cuando el suministrador permita al consumidor el acceso gratuito a los contenidos digitales en el contexto de una estrategia de marketing basada en la expectativa de que el consumidor adquirirá posteriormente contenidos digitales adicionales o más sofisticados (35).

La inclusión de los contenidos digitales como objeto de transmisión es específicamente tratada, al objeto de superar las dificultades en la aprobación de la Propuesta de Reglamento, por la Propuesta de Directiva relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales. Aun cuando se trata de una Di-

(34) Así, el artículo 2, en su letra j, define los "contenidos digitales" y excluye, por razón de la especialidad, de los servicios prestados "i) los servicios financieros, incluidos los servicios bancarios en línea; ii) el asesoramiento jurídico o financiero prestado por vía electrónica; iii) los servicios sanitarios electrónicos; iv) los servicios y redes de comunicaciones electrónicas y los recursos y servicios asociados; v) los juegos de azar; vi) la creación de nuevos contenidos digitales y la modificación de los ya existentes por los consumidores o cualquier otra interacción con las creaciones de otros usuarios".

(35) Apartado 18 de sus considerandos. En este punto, sobre la posibilidad de otra contraprestación distinta, puede verse el artículo 5 tras la Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 26 de febrero de 2014, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea [COM(2011)0635-C7-0329/2011-2011/0284(COD)].

rectiva de armonización plena, todavía deja a la consideración de los Estados miembros la calificación del contrato como un contrato de compraventa, un contrato de servicios, un contratos de arrendamiento o un contrato sui generis, incluso en atención al tipo de contenido digital ofrecido (36). Por ello se ha optado por su calificación dentro del concepto amplio de "contratos de suministro" en el que encuentren encaje todos los tipos de contenido digital (vgr., películas descargadas o transferidas en internet, almacenamiento en la nube, redes sociales o archivos de modelado visual para impresión 3D) que se ofrezcan al consumidor o a un tercero que opera una instalación física o virtual y que permitan el tratamiento, el acceso o la transmisión de contenidos digitales al consumidor final (cfr., art. 5 de la Propuesta de Directiva) (37).

Por otra parte, al igual que la Propuesta de Reglamento para una normativa común de compraventa europea, la Propuesta de Directiva admite que los contenidos digitales puedan ser suministrados no solo a cambio de un pago en efectivo, sino también mediante una contraprestación diferente al dinero, es decir, a través del acceso a datos personales o a otro tipo de datos facilitados por los consumi-

(36) Sobre la configuración de este contrato de suministro de contenidos digitales como un contrato autónomo, desligado de la compraventa, CASTILLO PARRILLA, J. A., "La previsible evolución de la regulación de los contenidos digitales en el Derecho de la Unión Europea (Propuesta de Directiva 634/2015, de 9 de diciembre, sobre ciertos aspectos relativos al suministro de contenidos digitales)", *Revista Lex Mercatoria*, núm. 2, 2016, pp. 12-16.

(37) Véase el artículo 2 en relación con las definiciones de "contenido digital", "entorno digital", "suministro" y "soporte duradero". Entre la amplia variedad de formas de suministro, cabe la transmisión en un soporte duradero, la descarga por los consumidores en sus dispositivos, la transmisión a través de la web, el permiso para acceder a capacidades de almacenamiento de contenidos digitales o el acceso al uso de redes sociales. Con todo, la Propuesta de Directiva solo cubre los servicios automatizados, prestados sin un elemento significativo de intervención humana, si bien incluye los contratos para el desarrollo de contenidos digitales personalizados para los requisitos específicos del consumidor (como el *software* personalizado y el suministro de archivos de modelado visual requeridos en el contexto de la impresión 3D). Con todo, deja fuera de su ámbito de aplicación los bienes resultantes del uso de tecnología de impresión 3D, así como el denominado "internet de las cosas" y la responsabilidad por daños que tales bienes puedan causar.

dores de manera activa (38). Esta posibilidad, no obstante, se ha de excepcionar cuando los datos sean obtenidos con el único fin de cumplir requisitos legales, o cuando sean necesarios para que los contenidos digitales funcionen de conformidad con el contrato (vgr., localización geográfica para que una aplicación móvil funcione correctamente). O también cuando se obtengan de forma automática (a través de la cookie) o para fines publicitarios de contenidos digitales (cfr., arts. 3 y 6 de la Propuesta de Directiva) (39).

Aun de manera más amplia, la inclusión de bienes inmateriales en el régimen de la compraventa tiene su significación en el Anteproyecto de Ley de Código mercantil. Dentro del marco de la mercantilidad de la compraventa del artículo 511-1, y sin perjuicio de la aplicación de la legislación sobre protección del consumidor, la sección segunda añade un régimen común para la "compraventa de bienes muebles y de bienes inmateriales". No obstante estas normas generales compartidas, la especialidad del objeto lleva a un tratamiento separado del contrato de cesión de bienes inmateriales, tal y como queda definido en su artículo 535-1, con referencia a cualquier "derecho sobre un bien inmaterial".

Sin pretenden ahondar en esta intrincada cuestión, realizado el excursus anterior, sin duda necesario para enfocar el movimiento de reforma legislativa europea en torno a los objetos susceptibles de compraventa, cuando se trata de la protección de los consumidores

(38) Si bien no se puede considerar una lista cerrada, debido a la rápida evolución del sector, entre los contenidos generados por los clientes pueden aparecer imágenes digitales, archivos de vídeo y audio, blogs, foros de discusión, formatos de colaboración basados en texto, publicaciones, chats, tuits, registros, *podcasting*, contenido creado en dispositivos móviles y cualquier contenido o enlace creado en el contexto de entornos virtuales en línea. Al respecto, ROSELLÓ, F. M., "Las contraprestaciones no dinerarias en la Propuesta de Directiva sobre suministro de contenidos digitales", *Revista de derecho mercantil*, núm. 303, 2017, pp. 163-190.

(39) También quedan excluidos los servicios de comunicación electrónica y los contratos en ámbitos sectoriales específicos (vgr., servicios sanitarios, del juego o financieros). Sobre el amplio ámbito de aplicación de la Propuesta de Directiva y su naturaleza abstracta, lo cual no obsta para la exclusión de determinados tipos contractuales, SPINDLER, G., "Contratos de suministro de contenidos digitales: ámbito de aplicación y visión general de la Propuesta de Directiva de 9.12.2015", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2016, pp. 1-18.

dentro de la Unión, lo bien cierto es que la Directiva 1999/44/CE, en el apartado segundo de su artículo 1, define como "bien de consumo" cualquier "bien mueble corpóreo". En los términos ya aludidos de otros cuerpos normativos referidos a la compraventa, de otro lado, excluye las transmisiones forzosas (esto es, las ventas realizadas por la autoridad judicial tras un embargo u otro procedimiento) y los "contratos respecto de suministros" (entre ellos, la electricidad y el agua y el gas cuando no estén envasados para la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas). Estos mismos criterios son reproducidos en el artículo 2 de la Propuesta de Directiva relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes, si bien define estos "bienes" con referencia a cualquier "artículo mueble material" (40).

Pero de forma complementaria a la Propuesta de Directiva relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales, excluye los DVD y los CD, en tanto sean considerados soporte de contenidos digitales. Esto se ha de entender, por otro lado, sin perjuicio de su integración en otros "artículos muebles materiales" como los aparatos domésticos o los juguetes, cuando los contenidos digitales puedan ser considerados un accesorio de las funciones principales de tales bienes. Con perspectiva diversa en otros supuestos de contratos complejos y mixtos, la Propuesta de Reglamento para una normativa común de compraventa, que asimismo limita el concepto de "bienes" a "todo artículo mueble material", a su vez también ha previsto la integración de los contratos de suministro de contenidos digitales. Permite así la inclusión, en su caso, de programas informáticos junto con otros servicios relacio-

(40) Cfr., art. 6 del el texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, respecto de la definición de producto como bien mueble, y el artículo 59 bis, con referencia a las cosas muebles corporales, excepto las que sean vendidas por la autoridad correspondiente tras un embargo u otra medida similar; y la sola consideración de «bienes» del agua, el gas y la electricidad "cuando estén envasados para su comercialización en un volumen delimitado o en cantidades determinadas". No obstante, en relación con los daños causados, el artículo 136 del texto refundido considera producto cualquier bien mueble, aun cuando esté unido o incorporado a otro bien mueble o inmueble, así como el gas y la electricidad.

nados, como la instalación, el mantenimiento, la reparación o cualquier otro tratamiento (cfr., artículo 2 en su letra m). De este modo, ha tratado de adaptar la normativa y el objeto de la compraventa a la realidad económica actual y a las exigencias de una adecuada seguridad jurídica.

4. Contrato de compraventa en el ámbito europeo y figuras afines: contratos complejos y objeto principal. En los contratos mixtos el Tribunal Europeo advierte la dificultad con la que se encuentra el consumidor a la hora de distinguir estas dos prestaciones realizadas por el profesional o por el empresario. Reconoce así que la cuestión radica en la calificación de estos contratos, que conllevan a la vez una obligación de hacer, propia de los contratos de arrendamiento de servicios y de obra, y una obligación de entregar un bien, que es característica de los contratos de compraventa. Ello obliga a buscar, para la correcta calificación del contrato, su objeto principal. También el apartado segundo del artículo 3 del Convenio de Viena excluye su aplicación "a los contratos en los que la parte principal de las obligaciones de la parte que proporcione las mercaderías consista en suministrar mano de obra o prestar otros servicios".

En este aspecto conviene distinguir, a la luz de la Propuesta de Reglamento para una normativa común de compraventa europea, entre los "servicios relacionados" y los "contratos conexos". De un lado, los "servicios relacionados" han de recaer dentro del ámbito de aplicación de la compraventa europea, a fin de recoger aquellos contratos de compraventa que incorporen, dentro de su contenido o como contrato vinculado, determinados servicios prestados por el vendedor que guarden una estrecha relación con los ya aludidos bienes o contenidos digitales, tales como los servicios de reparación, mantenimiento o instalación (41). Con todo, determinados

(41) En su Considerando 19. A ellos, la Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 26 de febrero de 2014, sobre la Propuesta de Reglamento, añade el almacenamiento temporal de contenidos digitales en la nube del prestador de servicios.

servicios, por su carácter regulado, como los de transporte, formación, telecomunicaciones o financieros, han de quedar fuera de esta calificación (42).

De otro, los "contratos conexos" quedan fuera del ámbito de la normativa común de compraventa europea, en particular cuando se trate de contratos de intermediación o colaboración con el vendedor, en los que sea el comprador el que directamente adquiera bienes de un tercero o este tercero, que no forme parte del contrato, le preste un servicio. Aun cuando no se trate de una materia de sencilla delimitación, en su redacción originaria, el apartado primero de la Propuesta de Directiva excluía los contratos mixtos que incorporaran cualquier elemento que no fuera la venta de bienes, el suministro de contenidos digitales y la prestación de servicios relacionados. No obstante, la Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 26 de febrero de 2014, permite la inclusión voluntaria por las partes de los "contratos vinculados", sin perjuicio de la regulación nacional aplicable en relación con la nulidad y con los derechos de defensa de las partes (43). También la normativa común de la compraventa europea ha de resultar de aplicación en el caso de los «contratos mixtos», aun a falta de tal remisión expresa, que incluyan cualquier elemento distinto de la venta de bienes, el suministro de contenidos digitales y la prestación de servicios relacionados, pero siempre y cuando tal elemento sea divisible y se le pueda asignar un precio separado.

Esta misma cuestión también se plantea en otras Directivas de armonización plena como son las Propuestas de Directivas relativas a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales y de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes (44). La primera solo es de aplicación a aquellos servi-

(42) Artículo 2 letra m de la Propuesta de Reglamento. En relación con la exclusión de los servicios financieros, la Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 26 de febrero de 2014, incorpora los servicios de pago y la emisión de dinero electrónico y los seguros de cualquier tipo para bienes y contenidos digitales u otros.

(43) Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 26 de febrero de 2014, sobre la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea [COM(2011)0635-C7-0329/2011-2011/0284(COD)].

(44) Critica el doble régimen jurídico a que da lugar esta regulación

cios cuyo objeto principal sea el suministro de contenidos digitales. Esto obliga, en consecuencia, a que los servicios sean prestados personalmente por el proveedor y a que los soportes digitales solo se utilicen con fines de acceso o entrega; pero, sin embargo, excluye cualesquiera otros servicios de telecomunicaciones o bienes que no funcionen solamente para transferir los contenidos digitales, así como los derechos de propiedad intelectual ligados al suministro de contenidos digitales (45). En el marco de los contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes, la Propuesta de Directiva, respecto de los «contratos mixtos» que incluyan elementos tanto de compraventa como de prestación de servicios, contempla su aplicación exclusiva a la compraventa de los bienes en línea (46).

En consideración al Derecho vigente, el Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (conocido como Roma I), en defecto de elección de Ley aplicable, distingue en su artículo 4 entre el contrato de compraventa de mercaderías y el contrato de prestación de servicios, al paso que trata de forma separada el contrato que tenga por objeto un derecho real inmobiliario o el arrendamiento de un bien inmueble. Pero, a los efectos que aquí interesan, cuando el contrato no pueda quedar incardinado en uno de los tipos recogidos en el apartado primero de la norma o, en la línea de lo señalado para los "contratos mixtos", sus elementos correspondan a más de uno de los tipos especificados, acude al criterio de la «prestación característica del contrato». Es más, cuando en el contrato concurren derechos y obligaciones de las partes que se

para las ventas *online* y para las *offline*, así como el riesgo que entraña esta técnica de una disminución del nivel de protección de los consumidores en algunos Estados miembros, ARROYO I AMAYUELAS, E., "La Propuesta de Directiva relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas de bienes a distancia", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2016, pp. 1-33; y en esta misma línea, MILÀ RAFEL, R., "The Directive Proposals on Online Sales and Supply of Digital Content (Part I). Will the new rules attain their objective of reducing legal complexity?", *Revista de Internet, derecho y política*, núm. 23, 2016, p. 1-14.

(45) *Vid.*, Considerandos 20 y 21.

(46) Cfr., Directiva 2011/83/UE del Parlamento europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores.

correspondan a más de uno de los tipos especificados de contrato, para determinar la prestación característica del contrato, acude al llamado, criterio del "centro de gravedad" (47).

D) CONCLUSIÓN

Como bien refleja la normativa europea proyectada, junto a los contratos típicos, otras fórmulas contractuales, que generalmente incorporan determinados servicios que han de ser prestados durante un cierto tiempo, vienen adquiriendo una creciente relevancia en la contratación contemporánea (48). Ello hace que en determinados supuestos quepa moldear la normativa de la compraventa para acoger estos fenómenos, pero siempre y cuando no suponga una alteración de la prestación característica de entrega dentro del conjunto. En otros casos, como la sustitución del precio como contraprestación por determinadas informaciones, relevantes desde un punto de vista de su valoración económica, nuevas fórmulas contractuales pueden incorporarse, a tenor de las relaciones jurídicas características entre las partes, si bien no como una especialidad, sí como una figura afín.

En unas ocasiones, la disparidad de objetos dificulta un tratamiento unificado dentro del régimen jurídico del contrato de compraventa. Así se puede ver cuando se trata de la adaptación, por el objeto, de los aquí llamados "contratos respecto de suministros" (v. gr. electricidad, agua, gas) al régimen del contrato de compraventa, o cuando se trata de la clasificación de mercaderías, de bienes o no de consumo y de bienes inmuebles. En otras, sin embargo, la pluralidad de prestaciones, así como las diversas modalidades que pueden adoptar estos contratos, dificultan su aprehensión por el Derecho y su incardinación en alguna de las categorías típicas de la contratación. La integración de prestaciones en un único contrato

(47) Considerando 19.

(48) Se pronunció sobre estos contratos complejos de larga duración (*komplexe Langzeitverträge*) y la necesidad de adoptar una regulación expresa, NICKLISCH, F., "Empfiehl sich eine Neukonzeption des Werkvertragsrechts? Unter besonderer Berücksichtigung komplexer Langzeitverträge", *Juristen Zeitung (JZ)*, 1984, p. 757 ss.

o en contratos vinculados o con servicios relacionados, es contemplada en la disposición II.-1: 107 del Marco de referencia europeo, en relación con los "contratos mixtos", esto es, cuando sus partes se enmarquen en dos o más categorías contractuales. Considera en tal caso de aplicación las normas de la categoría a la que pertenezca, con las modificaciones oportunas, según la naturaleza y el objeto del contrato. En consecuencia, por vía de la *analogía iuris*, tanto, en unos casos, la teoría de la absorción, como, en otros, la teoría de la combinación, pueden integrar los criterios de interpretación en torno a voluntad perseguida por las partes y el régimen legal aplicable (49).

En este contexto, también conviene mantener diferenciados los contratos de arrendamientos de servicios y obra del contrato de compraventa. Si bien el contenido contractual puede presentar prestaciones de hacer y de entrega diversas, cuando se trate de la construcción de instalaciones industriales o civiles parece que quepa anteponer, como prestación principal, o más característica, la ejecución de la obra proyectada. Este es el supuesto contemplado por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, tras el examen del caso y la identificación de la prestación contractual más característica, concluye que si bien el contrato incluía la entrega de un sistema de filtración equipado de una bomba, a su vez, como contrato de arrendamiento de servicios y obra, incorporó una obligación de hacer, esto es, la instalación de dichos bienes.

Considera entonces el Tribunal de Justicia que la prestación de servicios consistente en la instalación de esos bienes constituye el objeto principal del contrato, mientras que su venta presenta un carácter meramente accesorio respecto a la prestación de los servicios y la ejecución de la obra. En consecuencia, la calificación del contrato como contrato de obra excluye que el Tribunal sea competente para resolver sobre la cuestión planteada, en tanto que la Directiva 1999/44 solo resulta de aplicación a los contratos de com-

(49) Asimismo, VALPUESTA GASTAMINZA, E. M., "Libro II. Contratos y actos jurídicos", *Unificación del derecho patrimonial europeo: marco común de referencia y derecho español*, 2011, pp. 99-162, p. 102; y BARRÓN ARNICHES, P., "Diseño", *Derecho europeo de los contratos: libros II y IV del marco común de referencia* (coord. A. VAQUER ALOY, E. BOSCH CAPDEVILA, M. P., SÁNCHEZ GONZÁLEZ), vol. 2, 2012, pp. 1281-1298, p. 1282.

praventa. Con todo, si el defecto derivara del incorrecto funcionamiento de la bomba objeto de entrega, y si ésta tuviera un precio separado del resto de la instalación, a la vista de las tendencias normativas expuestas, cabría todavía plantearse si pudiera el comprador acudir a la protección que la regulación europea dispensa al consumidor.

IN MEMORIAM



José María Castán Vázquez.

¿CÓMO HOMENAJEAR A JOSÉ MARÍA CASTÁN VÁZQUEZ?

Gabriel García Cantero

Catedrático emérito de Derecho Civil

Universidad de Zaragoza

En la prensa diaria se ha generalizado ya la sección fija del *Obituario*, lo que indica que el periódico en cuestión ha oficializado el recuerdo y homenaje a los ciudadanos ilustres que han dejado de estar entre nosotros, propósito –sin duda–, digno de aplauso. Incluso se encomienda, a veces, su redacción a una agencia de noticias. Pero en el fallecimiento de José María CASTÁN VÁZQUEZ hemos podido constatar que se han desbordado los cauces normales, pues su óbito ha originado una espontánea multiplicidad de testimonios, a cual más emotivo, surgidos en diferentes puntos de la geografía española, a mi juicio, todos ellos sobradamente justificados. En efecto, mantener una prolongada vida profesional, rica y polifacética, dedicada esencialmente al servicio de la Justicia, desplegada en una amplia gama de funciones muy diversa (tales como la de Fiscal de Audiencia, Letrado del Ministerio de Justicia, Secretario de Comisión de Cortes, Secretario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, y Profesor de Derecho Civil en dos de las más prestigiosas Universidades privadas españolas), constituye un envidiable *currículum* que, sin duda, satisfizo plenamente en vida a quien las desempeñó, y, a su muerte, llenó merecidamente de legítimo orgullo a su querida familia, especialmente a su esposa, hijos y nietos, algunos de ellos también juristas.

Me adhiero *ex toto corde* a este difundido sentimiento laudatorio, y deseo explicar los motivos que a ello me impulsan, al tiempo que, simultáneamente, compruebo que acude a mi memoria la singular relación que inicialmente mantuve con su progenitor, pues durante algunos años me encargó de la Sección de Jurisprudencia sobre “Derecho Civil y Mercantil” en la Revista General de Legislación y

Jurisprudencia, que durante muchos años dirigió. En el lejano Madrid de 1968 yo era un catedrático recién ingresado en el escalafón, y también acababa de acceder a magistrado excedente, y Don José CASTÁN TOBEÑAS tuvo la gentileza de presidir mi primera conferencia en la capital, pronunciada en los locales del desaparecido Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, en la calle Duque de Medinaceli.

En años sucesivos, destinado yo primeramente en la Universidad de Santiago, inicié y profundicé, con su hijo José María, una prolongada amistad, no sólo en el ámbito profesional, que ha supuesto, en muchos aspectos de mi vida, un profundo enriquecimiento. Recibí como inmerecido honor, a partir de 1974, el encargo de actualizar varios tomos del *Castán*, lo que he realizado en sucesivas ediciones, siendo coautor con José María de los dos volúmenes del Derecho de Familia.

Creo que lo anterior me legitima para hacer una propuesta encaminada a lograr que se recoja y publique la, –sin duda–, extensa y dispersa producción jurídica, emanada de la rica personalidad de José María, que excede de la habitual del Profesor universitario. En las impresionantes Exequias que su familia le dedicó el 20 de septiembre de 2017, el celebrante recordó la importante dimensión humanista de José María que le impulsó a escudriñar no pocas joyas de nuestra Literatura, para descubrir en ellas sus parcamente tratados aspectos jurídicos; trabajos que, a mi juicio, también deben figurar en el elenco que propongo. Añado, por mi parte, además, que no me considero preparado para opinar sobre su proyección poética que el celebrante conocía de primera mano. En resumen, considero de general utilidad algunas reflexiones sobre esa pluralidad de campos con proyección jurídica, en que, a lo largo de su vida, laboró concienzudamente José María, y que realizo a continuación.

Su especialidad relativa al Derecho foral aragonés ha sido ampliamente confirmada y adecuadamente destacada por varios foralistas actuales. Me complace señalar que, si bien nació en Valencia, en cuya Universidad su padre ejerció bastantes años, como Catedrático de Derecho civil, su vecindad era aragonesa *iure filiationis*, sin que conste voluntad en contrario a lo largo de su vida, pese a desarrollarse ésta en su integridad fuera de Aragón. Por ello, que nadie se sorprenda si trató siempre de favorecer jurídicamente a su Derecho, con todos los medios a su alcance.

Hay otros campos de su actuación de nada difícil reconstrucción para la tarea que aquí sugiero. Así, en su gestión como Letrado del

Ministerio de Justicia, dado que se conserva el archivo oficial de su documentación, cabe pensar que éste pueda ser consultado para rescatar toda clase de informes, expedientes y notas en que intervino al preparar los expedientes correspondientes. Algo análogo puede decirse de su actividad como Secretario de Comisión de las Cortes, pues, al parecer, ejerció como tal en la elaboración de varias leyes de aquel periodo. Y, avanzando ya en el tiempo no resulta tan lejana su destacada intervención como Secretario General de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, bajo la Presidencia de VALLET DE GOYTISOLO, lo que permitirá, sin mucho esfuerzo, recopilar íntegramente la amplia actividad científica y organizativa desarrollada por José María. Finalmente, cabe añadir que tampoco surgirán graves dificultades para describir y recoger fielmente la notable actividad científica desarrollada antes de su jubilación en las mencionadas Universidades de Comillas y San Pablo, tarea al alcance, sin duda, de cualquier investigador.

Hay, sin embargo, un terreno que creo escasamente conocido. Me refiero a su activa presencia en varias Universidades iberoamericanas, en la difícil época de la Guerra Fría, cuando apenas habían cicatrizado las heridas de nuestra contienda. José María continuó, aunque con menor protocolo, la labor de su progenitor, pronunciando conferencias y defendiendo ponencias en diversos centros universitarios, interviniendo en nombre de España, en muchas actividades jurídicas, de todo lo cual no siempre se ha conservado o difundido la pertinente documentación. Hoy, afortunadamente, jóvenes profesores han abierto fecundas y abundantes vías de colaboración con las Universidades de Ultramar, pero ello no justificaría el olvido de los costosos esfuerzos desplegados en tiempos pasados por juristas españoles, para conservar y robustecer nuestros seculares vínculos, entre ellos, destacadamente, los llevados a cabo por José María.

Quienes han publicado numerosos y valiosos homenajes en homenaje suya ponderan unánimemente su innata humildad, su decidida opción por los puestos menos brillantes pero más eficaces, y siempre con su enorme y habitual discreción. Uniéndome, como ya expuse, a tales y merecidas alabanzas, sugiero y propongo que también se haga lo conveniente para poder conmemorar en años venideros esa amplísima actividad jurídica, aquí esbozada y llevada a término por ese gran jurista que fue José María CASTÁN VÁZQUEZ.

