

REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO



REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

ENERO - MARZO 2000



REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

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

Número 33, enero-marzo 2000

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

© CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO

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

Depósito legal: GU-72/92

Impreso en España - *Printed in Spain*

Gráficas Minaya, S.A., C/ Méjico, 45 - 19004 GUADALAJARA

Consejo de Redacción

Presidente: D. Antonio Rodríguez Adrados

Director: D. Rafael Gómez-Ferrer Sapiña

Secretario: D. Juan-Francisco Delgado de Miguel

Consejeros:

D. Juan Bolás Alfonso
D. Ricardo Cabanas Trejo
D. Adolfo Calatayud Sierra
D. Francisco Calderón Alvarez
D. Elías Campo Villegas
D.^a Ana Fernández-Tresguerres García
D. José-Manuel García Collantes
D. Francisco-Javier García Más
D. Augusto Gómez-Martinho Faerna
D. Carlos Marín Calero
D. Jesús Marina Martínez-Pardo
D. Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés
D. Ignacio Paz-Ares Rodríguez
D. Ángel Pérez Fernández
D. Manuel-Ángel Rueda Pérez
D. Carlos Ruiz-Rivas Hernando
D. José-Carlos Sánchez González

SUSCRIPCIÓN Y DISTRIBUCIÓN:

Consejo General del Notariado
Paseo del General Martínez Campos, 46-6.º
28010 MADRID
Tf. 913 087 232
Fax 913 087 053

SUMARIO

	<u>Pág.</u>
Presentación del Presidente del Consejo General del Notariado	7
ESTUDIOS DOCTRINALES	
FRAGA IRIBARNE, Manuel: “La economía de mercado y la función notarial como garantía de la seguridad jurídica”	11
GARCÍA MÁS, Francisco Javier: “La firma electrónica: Directiva 1999/93/CE, de 13 de diciembre de 1999 y Real Decreto-Ley 14/1999 de 17 de septiembre”	23
GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, Rafael: “Los complejos inmobiliarios privados”	75
MARTÍNEZ SANCHIZ, José Ángel: “Sobre el título inscrito”	137
RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: “El documento y la práctica documental”	181
VALLET DE GOYTISOLO, Juan Bms: “Seguridad jurídica estática y seguridad jurídica dinámica”	207
PRÁCTICA NOTARIAL	
CALATAYUD SIERRA, Adolfo: “La obligación notarial de suministrar datos al Catastro”	225
POU AMPUERO, Felipe: “Uso de guarismos en las escrituras”	271
Auto del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 30 de julio de 1998, relativo al artículo 40.5 LSRL	275
NAVARRO VIÑUALES, José-María: “La interpretación flexibilizadora del artículo 40.5 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada”	279
CABANAS TREJO, Ricardo: “Breve nota”	287

JURISPRUDENCIA

Resolución comentada

CAMPO VILLEGAS, Elías: "Sentencia de 1 de junio de 1999, n.º 490/1999, acerca del arbitraje, convenio y forma"	293
"La capacidad de testar en la jurisprudencia"	315

OBSERVATORIO NOTARIAL

DELGADO DE MIGUEL, Juan-Franciso: "El notario y el arbitraje en Italia y Alemania"	325
--	-----

La «Revista de Derecho Notarial» fue fundada en 1953 por Rafael Núñez-Lagos y conservó su formato originario hasta 1992, año en que fue objeto de una renovación formal, conservando su esencia, como «Revista Jurídica del Notariado».

Actualmente, en el año 2000, la explosión de las nuevas tecnologías electrónicas amenaza seriamente con arrinconar las revistas en papel e introducir nuevos hábitos de lectura.

El notariado, por un lado, está abierto a todos los cambios sociales, pero, por otro, siente un profundo respeto por la tradición.

Por ello, su Consejo General ha hecho un gran esfuerzo para mantener y potenciar la «Revista Jurídica del Notariado», que últimamente había atravesado un periodo de cierta parálisis.

A partir de enero de 2000, la Revista se presenta con un nuevo formato pero con el mismo espíritu renovador y abierto que caracterizó su relanzamiento en 1992.

El Consejo General del Notariado no regateará esfuerzos para que la Revista llegue a todos sus suscriptores puntualmente, con periodicidad trimestral, así como para que su contenido haga interesante su lectura.

Se han introducido algunas novedades en sus secciones, tendentes a abarcar todas aquellas materias con las que los juristas de hoy deben familiarizarse con cierta frecuencia, y que corresponden primordialmente al Derecho Civil, Derecho Mercantil, Derecho Fiscal, Derecho Comunitario y al Derecho Documental.

Fiel a sus orígenes, la «Revista Jurídica del Notariado» no es una Revista especializada, es una Revista que combina temas de Derecho práctico con temas de nivel científico, acordes con los dictados de la realidad jurídico-social de cada momento.

Finalmente, debe quedar constancia explícita del agradecimiento del notariado a todas las personas, notarios y no notarios, que han formado parte de los anteriores Consejos de Dirección, así como a todos los que han aceptado generosamente hacerse cargo de la dirección y elaboración de la Revista en esta nueva etapa.

JUAN BOLÁS ALFONSO
Presidente del Consejo General
del Notariado

LA ECONOMÍA DE MERCADO Y LA FUNCIÓN NOTARIAL COMO GARANTÍA DE LA SEGURIDAD JURÍDICA (*)

MANUEL FRAGA IRIBARNE
Presidente de la Xunta de Galicia

Excmo. y Mgfc. Sr. Rector; Excmos. e Ilmos. Sres., Sras. y Sres.:

Quiero comenzar mi intervención, al margen de cualquier formalismo protocolario, agradeciendo a la Unión Internacional del Notariado Latino su amable invitación para participar en esta importante y trascendental reunión científica, lo cual constituye para mí un gran honor que me llena de satisfacción y que mucho agradezco.

Aprovecho también esta oportunidad para manifestar públicamente mi congratulación por la celebración, coincidiendo con este vigésimo segundo congreso, de los cincuenta años de existencia de la Unión Internacional del Notariado Latino, desde que fuera creada, precisamente aquí en Buenos Aires, a instancias del primer Congreso Internacional en octubre de 1948.

Quiero igualmente rendir público testimonio de gratitud a la prestigiosa corporación notarial española, y agradezco, de modo singular, en la

(*) Intervención del Excelentísimo Señor Presidente de la Xunta de Galicia en el "XXII Congreso Internacional del Notariado Latino", en Buenos Aires, el 2 de octubre de 1998.

representación que me honro en ostentar como presidente de la Xunta de Galicia, a todos los notarios gallegos el trabajo realizado a lo largo de tantos años por mantener viva la esencia de las instituciones y costumbres más características del Derecho civil de Galicia, el cual afecta a parcelas de la vida de los ciudadanos que repercuten de manera muy directa en su entorno inmediato, como la propiedad rústica, los contratos o las herencias, que han recibido respaldo parlamentario a través de nuestra Ley 4/1995, de 24 de mayo, en desarrollo de las más modernas decisiones del Tribunal Constitucional español sobre la competencia autonómica en materia de Derecho civil foral.

Resulta para mí, por todo ello, singularmente atractiva la presencia entre ustedes, en esta magnífica ciudad, acompañado de muy destacadas personalidades del máximo nivel, para debatir además sobre el sugerente tema de “La economía de mercado y la función notarial como garantía de la seguridad jurídica”.

En efecto, en una época en que tanto se habla de la competitividad de las economías, resulta, desde luego, necesario estudiar la mejor ordenación del tráfico jurídico posible en un contexto óptimo de libertad de mercado y de seguridad para los terceros intervinientes, puesto que conseguir un sistema que produzca gran seguridad a un coste bajo constituye uno de los objetivos básicos de cualquier país que pretenda, no ya un mínimo de presencia internacional, sino simplemente subsistir en un marco de economías nacionales cada vez más interrelacionadas.

En tal sentido, la existencia de instituciones eficaces que garanticen la seguridad de las transacciones entre particulares es reconocida, de forma cada vez más generalizada, como un prerrequisito básico para el mejor funcionamiento de la vida económica. Así lo indica taxativamente, por ejemplo, el Banco Mundial en su Informe de 1996 (“From Plan to Market, World Development Report”).

Algunos expertos llegan incluso a afirmar que la economía de los países que cuentan con sistemas adecuados de seguridad jurídica crece hasta tres veces más rápidamente que la de aquellos otros con sistemas menos eficientes de garantía jurídica.

En consecuencia, la seguridad jurídica constituye así un factor económico de importancia estratégica, y no ya sólo una mera característica del sistema legal sin mayor trascendencia sobre la vida económica.

Así, el papel que juega el notariado en el tráfico jurídico y en la ordenación económica, es fundamental, incidiendo de manera especial en la seguridad jurídica, la prevención de litigios o, incluso, la reducción de costes. Su presencia es constante en los actos más corrientes de las sociedades mercantiles, o en la más insignificante transmisión inmobiliaria o sucesoria, pasando por el ámbito financiero.

Ahora bien, desde que la fe pública fue configurada en el siglo pasado con los rasgos fundamentales que se mantienen en la actualidad debido, básicamente, a la libertad contractual y al concepto de propiedad individual de la época, mucho ha cambiado el tráfico jurídico.

Efectivamente, como nos recuerda TENA ARREGUI, desde las clásicas figuras contractuales perfectamente definidas de los Códigos civil y de comercio españoles, que partían de la libertad y la igualdad de los contratantes a la hora de negociar, sin intervención estatal alguna, hasta el moderno tráfico con sus contratos de adhesión o con condiciones generales que relacionan a la gran empresa con los consumidores, pasando por las relaciones contractuales de hecho y la proliferación de los negocios abstractos, la transformación, jurídica y económica, en el ámbito contractual ha sido enorme.

La diferente fuerza económica de los contratantes, que lleva consigo necesariamente desigualdad de información y, por tanto, situaciones no equitativas, ha motivado una cada vez mayor intervención estatal en el tráfico, imponiendo el contenido del contrato, mediante la exclusión de cláusulas o, incluso, estableciendo límites al mismo, todo lo cual ha sido regulado recientemente en España por la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, en transposición de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

Dicha intervención ha sido en ocasiones objeto de crítica y en otras utilizada como el único recurso para defender precisamente la referida autonomía de la voluntad, al igual que sucede con la legislación antimonopolio o de defensa de la competencia en el ámbito de la política económica.

Todas estas circunstancias repercuten, sin duda alguna, en la forma de trabajar del notario y en su aportación a la seguridad y buen funcionamiento del tráfico jurídico.

El notariado tiene que adaptarse a la sociedad en la que vive para contribuir a hacer efectiva en ella los derechos fundamentales a los que sirve: tanto la seguridad jurídica (formal y material) como también la libertad y la intimidad de las personas. Y ello porque la sociedad actual se caracteriza no sólo por el “tráfico jurídico en masa” y la prepotencia de las grandes compañías, privadas o públicas, que imponen sus condiciones en la contratación, sino también por una reacción individual de defensa de la propia libertad e intimidad.

Efectivamente, el ejercicio de la función notarial se realiza en un campo de relaciones sociales marcadas por exigencias diferentes y, en ocasiones, contrapuestas, por cuanto que resulta necesario aunar, por una parte, rapidez y certeza, y por otra, libertad y respeto de la personalidad.

En tal sentido, el artículo 1 de los estatutos del Reglamento de la Unión Internacional del Notariado Latino, del año 1989, establece que los notarios son “juristas que por delegación de la autoridad pública, confieren a los documentos que redactan autenticidad, y los convierten en instrumentos de garantía de la seguridad jurídica y de la libertad contractual”.

En consecuencia, gracias al notariado latino, se complementan la seguridad y la libertad, puesto que el notario se comporta como instrumento tanto del poder del Estado, contribuyendo a la seguridad jurídica mediante la función pública autenticadora, cuanto de la sociedad, mediante la confección del negocio jurídico que da cauce, con eficacia, a la libertad de disposición de los particulares.

En esta línea, en el primer Congreso de la Unión Internacional del Notariado Latino, celebrado, como se ha dicho, en esta misma ciudad en el año 1948, se definió al notario latino como “el profesional del Derecho encargado de una función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin, confiriéndoles autenticidad, conservar los originales de éstos y expedir copias que den fe de su contenido”.

En cuanto al notario español, se integra en el modelo latino, señalando el Reglamento, de 2 de junio de 1944, en su artículo primero, que “Los Notarios son a la vez profesionales del Derecho y funcionarios públicos, correspondiendo a este doble carácter la organización del Notariado. Como profesionales del Derecho tienen la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquéllos se proponen alcanzar.

Como funcionarios ejercen la fe pública notarial, que tiene y ampara un doble contenido:

- a) En la esfera de los hechos, la exactitud de los que el Notario ve, oye o percibe por sus sentidos.
- b) Y en la esfera del Derecho, la autenticidad y fuerza probatoria a las declaraciones de voluntad de las partes en el instrumento público redactado conforme a las leyes.”

Se diferencia así el notariado español y, en general, el latino del llamado “notariado anglosajón”, propio de los países pertenecientes al sistema jurídico denominado “Common law”, caracterizado –como decía FONT BOIX y recoge GÓMEZ-FERRER SAPIÑA– por tener de común con el latino la consagración del principio de la libertad de los particulares para la reglamentación de sus relaciones privadas, pero diferente de aquél en que el Derecho se forma mediante lo que se ha llamado procedimiento “aporético”, o sea, un “pensamiento sobre problemas”, que consiste en

abordar una cuestión, un caso, y analizarlo en sus componentes —de abajo hacia arriba—, lo cual lleva a resolver los supuestos controvertidos mediante la consideración del caso concreto apreciado por las sentencias de los jueces, apoyadas en un Derecho de costumbres, inicialmente no escrito.

En concreto, las diferencias entre el notariado anglosajón y el latino podrían resumirse en las siguientes:

— El notario latino es profesional del Derecho, con título universitario habilitante. En los diferentes Estados norteamericanos el notario público no necesita ser jurista ni acreditar estudios especiales de clase alguna, siendo suficiente la condición de ciudadano honrado.

— El notario latino es funcionario público, encargado de recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, siendo redactor de los instrumentos adecuados a ese fin. El notario anglosajón o “notary” no asesora a los particulares que han de celebrar un contrato o que han de firmar un documento, ni recibe ni da forma legal a la voluntad de los particulares.

— El notario latino es autenticador de los documentos de que es su autor. El notario anglosajón no es autor del documento, que recibe ya redactado por los propios interesados —supuesto frecuente en Norteamérica—, o por otros profesionales del Derecho —el “solicitor”, en Inglaterra—, limitándose a añadir al mismo un certificado o diligencia, para identificar a los firmantes, legitimar sus firmas y recoger su declaración, con o sin juramento, de que lo contenido en el documento corresponde a su libre voluntad.

— El notario latino es conservador de los documentos que redacta y autoriza y expedidor de sus copias. El notario anglosajón debe devolver el documento original a los interesados, tras tomar nota, aunque no siempre, en el libro o registro que puede llevar.

— Por último, resulta oportuno destacar, siguiendo al citado FONT BOIX, que el documento público propio del notario latino tiene fuerza probatoria mientras no sea tachado de falso por la correspondiente sentencia judicial, frente a todos, *erga omnes*, a diferencia del documento privado, que sólo cuando se haya reconocido legalmente, posee el mismo valor que el público entre los que lo suscribieron y sus causahabientes, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.225 del Código civil español. El sistema anglosajón sólo conoce el documento privado, sin necesidad de formalidad alguna, si bien ciertas leyes del Parlamento exigen que determinados actos —transmisiones inmobiliarias, poderes, etc.— deban hacerse constar mediante “act under seal”, llamado también en Inglaterra “deed” o “specialty” (imposición del sello y entrega del documento al interesado).

Teniendo presente todas estas diferencias, es posible decir que, en conjunto, en los países económicamente más desarrollados se pueden distinguir dos grandes sistemas de regulación del tráfico jurídico, o lo que es lo mismo, dos grandes formas de articulación de la seguridad jurídica:

a) Por un lado, existe un sistema de libertad de forma, característico de los países del “Common law” (y más significativamente de Estados Unidos), en el cual el Estado no establece apenas controles formales previos sobre las transacciones entre particulares, que disfrutan de la máxima libertad y flexibilidad para establecerlas. Posteriormente, y en caso de desacuerdo acerca del contenido o alcance real de lo pactado, las partes implicadas resuelven el conflicto recurriendo a la ayuda legal especializada o, en su caso, a la instancia judicial.

En la práctica, este sistema tiende a derivar con frecuencia en la generalizada conflictividad judicial de los acuerdos, según pueda convenir en cada momento a alguna de las partes una determinada reinterpretación de algún aspecto de los mismos. El recurso a la asistencia legal especializada (abogados o tribunales) permite entonces garantizar, *a posteriori* y en última instancia, la seguridad de la transacción realizada. En este tipo de sistemas, los mecanismos de seguridad jurídica sólo entran, en realidad, en funcionamiento cuando se produce un conflicto entre las partes respecto de lo acordado.

b) Por el contrario, en los países herederos de la tradición jurídica romano-germánica (es decir, la práctica totalidad de los países europeos y latino-americanos) una de las metas principales del sistema jurídico es, justamente, prevenir y evitar posibles conflictos o litigios entre las partes intervinientes en un acuerdo o transacción. Para ello, el Estado encomienda en exclusiva a funcionarios especializados el ejercicio de la fe pública: la intervención de los fedatarios públicos en las transacciones entre particulares dota a éstas de autenticidad.

Se genera, así, un sistema de seguridad jurídica preventiva: se trata, desde el primer momento en que los particulares concluyen su acuerdo, de evitar posibles defectos de legalidad o de información, probables errores o malentendidos interpretativos, tanto de forma como de fondo, que pudieran derivar, en su momento, en ineficacia o ilegalidad de lo acordado, o, incluso, en conflicto o litigio. Si, pese a todo, la relación se torna conflictiva, la existencia de documento público contribuye a facilitar y agilizar la resolución judicial del caso.

Así las cosas, la organización de la seguridad jurídica preventiva se concreta en lo que se conoce técnicamente como “sistema de notariado latino”, basado en la existencia de una figura (el notario) a quien se encomienda en exclusiva la dación de fe pública.

Como señala la Resolución del Parlamento Europeo de 18 de enero

de 1994 sobre “La situación y la organización del Notariado en los doce Estados miembros de la Comunidad (hoy Unión Europea)”, la existencia de la figura del notario implica una “delegación parcial de la soberanía del Estado que garantiza el servicio público de la elaboración de contratos y la legalidad y autenticidad y fuerza ejecutoria y probatoria de éstos, así como el asesoramiento previo e imparcial prestado a las partes interesadas con miras a descongestionar a los tribunales”.

Esta definición que realiza el Parlamento Europeo pone claramente de relieve los rasgos distintivos tanto de la figura del notario latino como del sistema general de seguridad jurídica basado en su existencia:

1. En primer lugar, el notario es un funcionario que ejerce la fe pública, competencia ésta que le es delegada por el Estado y que constituye, por tanto, un servicio público.

2. En segundo lugar, la función básica del fedatario público es intervenir en la elaboración de contratos garantizando el asesoramiento e información imparcial de las partes, y el control de legalidad. La autenticidad del documento permite así dotarle de la fuerza ejecutiva y probatoria que le atribuye la legislación vigente.

3. Y todo ello con dos efectos fundamentales:

- a) De una parte, la creación de títulos aptos para el tráfico jurídico y económico. El documento público goza de eficacia directa por sí mismo y se convierte en un título de gran fiabilidad en las transacciones sin necesidad de recurso a los tribunales;

- b) y de otra parte, para prevenir en la medida de lo posible conflictos y litigios ante los tribunales y para facilitar la acción de la Justicia cuando ésta resulte inevitable. La existencia del documento público y la previsibilidad del resultado de un eventual proceso en torno a su forma o contenido actúan como potentes factores desincentivadores del recurso a los tribunales.

El sistema de seguridad jurídica preventiva parece ser especialmente eficaz en la prevención de litigios. De hecho, la auténtica “explosión de litigios” que se registra, por ejemplo, en Estados Unidos se suele explicar por la inexistencia en su sistema jurídico de la figura del notario y del documento público, tal y como señaló en 1989, en el Congreso de Macao, la Unión Internacional de Magistrados, que recomendó el desarrollo de la institución notarial como medio de prevención en materia contractual.

Por otra parte, la actuación notarial consiste en la prestación de un servicio, que colabora muy directamente en hacer cumplir la Ley y, en concreto, los derechos de la propiedad, reduciendo los riesgos inherentes al intercambio de bienes y disminuyendo los costes de transacción. Ello se deriva de la garantía jurídica y de la seguridad sobre los derechos y cargas adquiridos.

La actividad notarial no se limita a su actuación en intercambios de bienes sino que la presunción y garantía de certeza que implica sirve para preconstituir pruebas. En resumen, al adquirir los servicios de un notario se está comprando certidumbre, se está adquiriendo un servicio de un gran valor cual es la seguridad jurídica.

Ciertamente, la garantía de la seguridad jurídica consagrada por la Constitución Española, en su artículo 9.3, así como la competencia exclusiva del Estado sobre las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas y la ordenación de los registros e instrumentos públicos, del artículo 149.1.8, establecen una base para la utilización de la palabra “pública” calificando a la fe notarial. Todo ello sin necesidad de acudir a otras normas jurídicas, como la Ley Hipotecaria, cuyo artículo 131.3.^a.2.º ejemplifica la *preconstitución de pruebas por medio de un acta notarial*.

Esta calidad de pública de la actividad notarial, desde el punto de vista del Derecho, no supone, para la economía, una variación sustancial de dicha actividad a efectos de su análisis.

La actividad notarial actúa, pues, sufriendo las inclemencias del mercado en no pocos de sus aspectos. Y lo que es más significativo, muestra sus ventajas en el mar abierto de la competencia. Por ejemplo, para la compra de un inmueble no es imprescindible el binomio notario-registrador; ahora bien, en la mayor parte de estas transacciones se utilizan simplemente porque ofrecen ventajas. Y lo mismo cabe decir de los testamentos, se puede hacer uno ológrafo, pero la enorme mayoría se lleva a cabo ante notario. El ciudadano elige utilizar los servicios notariales porque le resulta útil y beneficioso, porque le da seguridad jurídica.

Por estas razones, el tráfico mercantil siempre ha echado mano de la escritura notarial, lo que es general en la Europa del notariado latino. Y esto es así porque en este ámbito sigue siendo fundamental lo que se ha denominado “la relación de causa y efecto”, que consiste en la lógica necesidad de que si el documento va a producir unos efectos privilegiados, esté redactado o calificado por un jurista que haya llevado a cabo un control de legalidad y asesorado jurídicamente a los interesados. Esto explica además por qué muchas de las figuras típicas de ese tráfico, como por ejemplo la sociedad de responsabilidad limitada, han nacido precisamente de los protocolos notariales.

La ley española, recogiendo ese hecho innegable, exige la intervención notarial en cada vez mayor número de ámbitos. Así, en los apoderamientos y, en general, en los actos inscribibles en el Registro Mercantil; en los títulos valores; en los contratos mercantiles; en el Derecho concursal; en el Derecho marítimo; en el ámbito de las inversiones extranjeras; en el del comerciante individual; y sobre todo en los actos más frecuentes de nuestras sociedades mercantiles.

Incluso en aquellos supuestos en que se pensaba que la intervención notarial podía suplirse con ventaja, como en el caso del protesto de letras de cambio, luego resulta que, con independencia de la pérdida de garantías que supone que la declaración sustitutoria pueda realizarla la propia entidad tenedora, el coste económico para el consumidor no es inferior.

Pues bien, en una sociedad desarrollada y compleja, con una notable división del trabajo, con una profunda especialización, las transacciones se multiplican, teniendo en dicho ámbito un futuro promotor todos aquellos instrumentos que reduzcan los costes de transacción.

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

Los efectos económicos beneficiosos para el usuario (en términos de ahorro de costes de transacción) de la existencia de un sistema de seguridad jurídica preventiva se evidencian de forma paradigmática de las dos maneras siguientes:

En primer lugar, en lo referente al pronto cumplimiento de las obligaciones contraídas, por cuanto da lugar a la existencia de títulos ejecutivos (con la consiguiente rapidez y economía procesal).

En segundo lugar, al producir la inoponibilidad e irreivindicabilidad de las transacciones, derivadas de la publicidad de las mismas a través del Registro de la Propiedad. Dicha publicidad tiene efectos decisivos (desconocidos en el área jurídica anglosajona) derivados del hecho de que el título que accede al Registro goza de autenticidad tanto de forma como de fondo. Es decir, que garantiza su adecuación al ordenamiento jurídico. Las transacciones devienen indisputables.

Tales efectos asociados a la publicidad serían impensables si el título objeto de inscripción no gozase de dicha autenticidad. De hecho, resulta oportuno señalar que la eficacia misma de nuestro sistema registral descansa sin duda en gran parte en la calidad de los “inputs” que recibe. Un deterioro en la calidad del documento público conllevaría así, con toda probabilidad, un deterioro en la agilidad y eficacia de los Registros.

Estudios empíricos recientes (por ejemplo, los realizados por SANTOS PASTOR, *Intervención notarial y litigiosidad civil*, Madrid, 1995, o PAZ-ARES, *El sistema notarial. Una aproximación económica*, Madrid, 1995) muestran con claridad que, contra lo que de forma casi tópica suele pensarse, y en comparación con el sistema de libertad de forma anglosajón, el sistema de seguridad jurídica preventiva resulta más barato para los

usuarios no sólo a largo plazo, por lo que afecta a la prevención de conflictos, sino incluso también en el momento mismo de la transacción.

En tal sentido, resultaría extraordinariamente útil estimular con más detalle la investigación de los efectos económicos de la seguridad jurídica sobre los costes de transacción.

Por otro lado, resulta oportuno señalar que la citada Resolución del Parlamento Europeo de 18 de enero de 1994, que representa una clara apuesta por la conservación y perfeccionamiento del sistema de seguridad jurídica preventiva del modelo del notariado latino, señala que dada la peculiar naturaleza de su función no resultan aplicables a la figura del notario o fedatario público las disposiciones del Tratado de la Unión Europea referidas al libre establecimiento y a la libre prestación de servicios.

Considera, en efecto, dicha Resolución, que la función notarial es una “actividad relacionada, aunque sólo sea de modo ocasional, con el ejercicio del poder público”, no siéndole en consecuencia aplicables las disposiciones referidas al resto de las actividades profesionales.

Ahora bien, algunos organismos internacionales, como la OCDE (Organización de Cooperación y Desarrollo Económico) o el GATT (General Agreement on Tariff and Trade), han insistido en sus recomendaciones en que es preciso concebir los servicios ofrecidos por las profesiones jurídicas como “productos”, sometidos a las reglas del mercado económico. De esta forma, dichos servicios estarían enmarcados en un contexto de competencia generalizada, podrían utilizar la publicidad y no estarían sujetos a ningún arancel.

En esta misma línea, todavía quedan muchas otras cuestiones sugerentes para debatir, como el apuntado análisis de las consecuencias económicas para los usuarios del sistema de retribución, por tarifas o precios fijos, de los fedatarios públicos, o la conveniencia de la coexistencia, en España, de dos cuerpos, notarios y corredores de comercio, que, si bien *en distinta medida y con diferente alcance*, desempeñan la fe pública.

Por otra parte, desde que el profesor GANDOLFI convocó el importante Coloquio de Pavía de octubre de 1990, se ha venido estudiando la posibilidad de elaborar un código europeo de obligaciones y contratos, lo cual, desde luego, no resulta tarea fácil ante la coexistencia de sistemas jurídicos tan distintos como el del Reino Unido (con la excepción parcial de Escocia) y la República de Irlanda, que siguen el sistema del “Common law” y los restantes países continentales, de corte latino, sin olvidar, por lo demás, que el Reino de Dinamarca pertenece al “sistema escandinavo”.

Todas estas cuestiones que simplemente hemos esbozado son, desde luego, temas muy complejos con numerosas implicaciones y consecuen-

cias, de índole jurídica y económica, que resultan imposibles abordar con el detenimiento y rigor necesarios en el tiempo de que disponemos, por lo cual simplemente me limito a apuntarlos, señalando que, sin duda, precisan de una consideración monográfica detallada y técnica a nivel internacional.

En definitiva, y a modo de recapitulación, quiero reiterar mi opción clara y unánime por el sistema de seguridad jurídica preventiva de los países de tradición jurídica romano-germánica, articulado a través del sistema de notariado latino, que supone una contribución decisiva a la vida económica.

Asimismo, mi reconocimiento más sincero a la loable función que desempeña el fedatario público, figura que en la conciencia social española tiende a ser identificada fundamentalmente con el notario, cuyo mantenimiento y preservación, con los retoques y adaptaciones que, conjuntamente, puedan resultar precisos, está, a mi juicio, fuera de toda duda.

Finalmente, quiero concluir mi exposición reiterando mi más sincero agradecimiento a la Unión Internacional del Notariado Latino, por haberme brindado la oportunidad de participar con todos ustedes en este importante foro de un colectivo, el de notarios, que, en el ámbito de la Comunidad Autónoma Gallega, cuyo Gobierno me honro en presidir, ha tenido en el transcurso de la historia una relevancia aún mayor si cabe que la dispensada en otras sociedades, pues, como he adelantado, contribuyó a mantener vivo y preservar el Derecho civil propio de Galicia.

Por todo ello, si hoy se dice en Galicia y en España que el notariado es una de las instituciones que gozan del máximo prestigio, ello se debe a que, a lo largo de los años, la profesión notarial demostró con creces eficacia al asegurar el orden contractual, que es uno de los pilares fundamentales del orden económico y social.

Muchas Gracias.

**LA FIRMA ELECTRÓNICA:
DIRECTIVA 1999/93/CE, DE 13 DE DICIEMBRE
DE 1999 Y REAL DECRETO-LEY 14/1999
DE 17 DE SEPTIEMBRE**

FRANCISCO JAVIER GARCÍA MÁZ

Notario

*Letrado Adscrito a la Dirección General
de los Registros y del Notariado*

SUMARIO: **I.** INTRODUCCIÓN. **II.** ANÁLISIS DE LA DIRECTIVA POR LA QUE SE ESTABLECE UN MARCO COMUNITARIO PARA LA FIRMA ELECTRÓNICA. **III.** INFORME GENERAL EN RELACIÓN CON EL DOCUMENTO Y EL COMERCIO ELECTRÓNICOS. **IV.** ALGUNOS COMENTARIOS SOBRE LAS LEYES ALEMANA E ITALIANA SOBRE FIRMA ELECTRÓNICA. **1.** Legislación alemana. **2.** Legislación italiana. **V.** LA NORMA ESPAÑOLA: EXÉGESIS DEL REAL DECRETO-LEY 14/1999, DE 17 DE SEPTIEMBRE, SOBRE FIRMA ELECTRÓNICA. **1.** Introducción. **2.** Ámbito de aplicación. **3.** Definiciones. **4.** Efectos jurídicos de la firma electrónica. **5.** La prestación de servicios de certificación. **6.** Cuestiones de naturaleza técnica. **7.** Régimen de infracciones y sanciones. **8.** Otras cuestiones.

I. Introducción (1)

El objeto del presente trabajo es el de analizar el texto definitivo de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica, Directiva que ha sido aprobada recientemente, en concreto, el 30 de noviembre del año en curso, es decir, de 1999. Ya en su momento realicé un análisis y una primera aproximación a esta Directiva (2), que se encontraba, obviamente, en otra fase y momento de elaboración, por ello, he creído conveniente el reflejar, desde aquel tiempo, cómo ha quedado el texto definitivo, para así establecer los puntos de comparación necesarios a los efectos de poder mejor entender la evolución en su tramitación, y analizar con mejor perspectiva los problemas que plantea esta Directiva.

Por otro lado, durante la tramitación de la Directiva se aprobó el Real Decreto-Ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica, Real Decreto que después fue convalidado, y que en la actualidad se encuentra en vigor; no obstante, en el Parlamento se está tramitando un proyecto de Ley sobre firma electrónica, que tiene como base el citado Real Decreto-Ley, por lo que la Ley definitiva, en su caso, modificará el

(1) Además de la BIBLIOGRAFÍA específica, citada en la exposición del presente trabajo, pueden consultarse:

— ALCOVER GARAU, Guillermo, "La firma electrónica como medio de prueba: valoración jurídica de los criptosistemas de claves asimétricas". *Cuadernos de Derecho y Comercio del Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio*, n.º 13, abril 1994.

— ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, José María, "Las obligaciones concertadas por medios informáticos y la documentación electrónica de los actos jurídicos", revista *La Ley*, vol. 4, 1992.

— ANDREU MARTÍ, María del Mar, "Consideraciones en torno al pago con tarjetas electrónicas", *Revista del Instituto Nacional del Consumo*, n.º 33, junio 1995.

— BARRIUSO RUIZ, Carlos, *La contratación electrónica*, Dykinson, 1998.

— GALINDO, Fernando, "Los proveedores de servicios de certificación", *La Ley* n.º 4.566, de 19 de junio de 1998.

— MARTÍNEZ NADAL, Apolonia, "Comentarios de urgencia al urgentemente aprobado Real Decreto-Ley 14/1999 de 17 de septiembre, sobre firma electrónica", *La Ley* núms. 4.939 y 4.940, 1 y 2 de diciembre de 1999.

— MARTÍNEZ NADAL, Apolonia, "Comercio electrónico, firma digital y autoridades de certificación", *Estudios de Derecho Mercantil*, Civitas, Madrid, 1998.

— RECALDE CASTELLS, Andrés, "La firma de las partes del contrato en la carta de porte (firma manual y firma impresa, mecánica o electrónica). El régimen del Código de Comercio y del Convenio Internacional sobre Transporte por Carretera", *Revista General de Derecho*, n.º 606, marzo 1995.

— RIBAS ALEJANDRO, Javier, *Aspectos jurídicos del comercio electrónico en Internet*, editorial Aranzadi, 1999.

— ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo, "El valor probatorio del documento signado en forma digital", en revista *La LLei de Catalunya*, n.º 216, julio 1998.

(2) GARCÍA MÁS, Francisco Javier, "La contratación electrónica: la firma y el documento electrónico", *Boletín de Información del Colegio Notarial de Granada*, número 210, octubre de 1998, pp. 2593 y ss.

contenido del citado Real Decreto-Ley ahora en vigor. Como ya indicaremos posteriormente, esta norma española surge antes de la aprobación definitiva de la Directiva, por considerarse de importancia básica el crear un marco jurídico que regulara el tema de la firma electrónica, no esperando a la transposición, en definitiva, a que existiera una Directiva ya aprobada definitivamente.

Parece, pues, interesante el centrarnos en este trabajo, en los dos textos, a efectos de su comparación y de la mejor comprensión de la norma española, todo ello con independencia de que volvamos a insistir sobre algunos aspectos ya tratados en el anterior trabajo citado, sobre Derecho comparado, en relación con las leyes alemana e italiana sobre firma electrónica.

Como indicaba la exposición de motivos de la proposición de Directiva COM (1998/297/2), sobre la firma electrónica, las redes abiertas como Internet, son cada vez más importantes para la comunicación, y a través de ellas se permite que personas que no han mantenido ninguna relación previamente puedan tener una comunicación interactiva, a partir de este marco técnico, las aplicaciones de estas nuevas tecnologías son muy amplias, y en concreto en las relaciones económicas, donde las empresas bien con otras, así como con los consumidores, pueden utilizar el comercio electrónico consiguiendo un abaratamiento de costes y una mayor rapidez. Pero esta rapidez debe ir acompañada de un principio general de seguridad en todos los órdenes, por supuesto en el jurídico. Dentro de este mecanismo, en el comercio internacional uno de los elementos claves es el de la firma electrónica, y sobre todo la autenticación electrónica, con los diferentes métodos de firmar un documento electrónicamente, desde los más simples, como por ejemplo mediante la inserción de una imagen escaneada de una firma hecha a mano en un documento, realizada por tratamiento de textos, a métodos más avanzados como las firmas numéricas denominadas de clave criptográfica pública. Pero dentro de este proceso existen algunos elementos esenciales que aparecen en la propuesta de Directiva en los que además de constatar la integridad y autenticidad de los informes y datos emitidos, el punto esencial es el de la identidad de la firma del remitente y como consecuencia de ello la seguridad que debe tener el destinatario de que la persona con quien contrata es realmente ella, así como que su firma pertenece efectivamente al mismo. Esta información podría ser suministrada por el propio firmante, mediante pruebas que satisfagan al destinatario, pero también por otros medios consistentes en recibir esa confirmación por un tercero, a través de una persona o una institución que tenga la mutua confianza de ambas partes, y esos terceros son denominados en la proposición de Directiva como prestatarios de servicios de certificación.

No cabe la menor duda de que la Directiva sobre firma electrónica está en íntima relación con otra proposición de Directiva que se está elaborando sobre el comercio electrónico, y que está en posición común, ya que para desarrollar éste es indudable que debe existir un soporte técnico y jurídico como es el de la firma electrónica, ya que la única manera de que el comercio electrónico pueda desarrollarse es consiguiendo que todos los que en él participan tengan confianza en el mismo, y eso sólo se puede conseguir si existe un soporte articulado, y unos mecanismos de seguridad y fiabilidad mínimamente imprescindibles para conseguirlo. Estos mecanismos deben articularse a través de la firma electrónica. El estudio de la proposición de Directiva de comercio electrónico será objeto por nuestra parte de otro trabajo, para así completar las dos caras de una misma moneda, que se encuentran dentro del concepto amplio y general de los llamados Servicios de la Sociedad de la Información.

II. Análisis de la Directiva por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica

1. Los considerandos básicos de la Directiva. "... Considerando lo siguiente: ... la comunicación y el comercio electrónicos requieren firmas electrónicas y servicios conexos de autenticación de datos... por otro lado, un marco claro comunitario sobre las condiciones aplicables a la firma electrónica aumentará la confianza en las nuevas tecnologías y la aceptación general de las mismas... el mercado interior permite a los proveedores de servicios de certificación llevar a cabo sus actividades transfronterizas para acrecentar su competitividad y, de ese modo, ofrecer a los consumidores y a las empresas nuevas posibilidades de intercambiar información y comerciar electrónicamente de una forma segura con independencia de las fronteras... los sistemas voluntarios de acreditación... pueden aportar a los proveedores de servicios de certificación un marco apropiado para aproximarse a los niveles de confianza, seguridad y calidad exigidos por un mercado en evolución... los rápidos avances tecnológicos y la dimensión mundial de Internet hacen necesario el planteamiento abierto a diferentes tecnologías y servicios de autenticación electrónica de datos... la presente Directiva contribuye al uso y al reconocimiento legal de la firma electrónica en la Comunidad... que, no obstante, deben reconocerse legalmente las firmas electrónicas que cumplan los requisitos establecidos en la presente Directiva... que la presente Directiva no pretende armonizar las legislaciones nacionales sobre contratos, en particular por lo que respecta al perfeccionamiento y eficacia de los mismos, ni tampoco otras formalidades de naturaleza no contrac-

tual relativas a la firma; que, por dicho motivo, las disposiciones sobre los efectos legales de la firma electrónica deberán entenderse sin perjuicio de los requisitos de forma establecidos por las legislaciones nacionales en materia de celebración de contratos... las firmas electrónicas avanzadas basadas en certificados reconocidos se pueden utilizar para confirmar la identidad de la persona que firma electrónicamente; que las firmas electrónicas avanzadas basadas en certificados reconocidos pretenden lograr un mayor nivel de seguridad... debe garantizarse la admisibilidad de la firma electrónica como prueba en procedimientos judiciales en todos los Estados miembros... los proveedores de servicios de certificación al público están sujetos a la normativa nacional en materia de responsabilidad... las disposiciones relativas al uso de seudónimos en los certificados no deben impedir a los Estados miembros exigir la identificación de las personas de conformidad con el Derecho comunitario nacional... para la aplicación de la presente Directiva, conviene que la Comisión esté asistida por un comité de gestión.”

Estos son algunos de los considerandos básicos de la Directiva, que nos pueden dar una idea aproximada del contenido y de la esencia de la misma, que después queda plasmada en el articulado correspondiente.

2. Estudio concreto del articulado de la Directiva. Hay que tener en cuenta, a la hora de realizar este trabajo, que ya se ha aprobado el texto definitivo de la Directiva, y que las variaciones que se han ido produciendo lo son teniendo en cuenta las distintas concepciones y sistemas jurídicos que operan en el seno de la Unión Europea en relación con los Estados miembros.

En el primer documento presentado, el artículo 1, al definir el ámbito de aplicación, establecía que tenía por finalidad facilitar el uso de la firma electrónica y establecer su reconocimiento legal; por otra parte, el artículo indicaba que la Directiva no regula otros aspectos en relación con la conclusión o validez de los contratos u otras formalidades no contractuales que precisen firma. Desde un primer momento, en los informes que surgen de la Dirección General de los Registros y del Notariado a través del Ministerio de Justicia se indicó la necesidad de delimitar campos de exclusión en la aplicación de la Directiva, en el sentido de excluir determinados tipos de contratos o negocios jurídicos, ajenos a la necesidad de agilidad y celeridad que preside la contratación mercantil como pueden ser los contratos societarios, los de carácter sucesorio, los contratos sobre bienes e inmuebles y los derechos reales sobre ellos constituidos, los contratos de relaciones familiares, los matrimoniales, etc.

En las distintas redacciones del artículo, hasta el momento presente no se hizo esa exclusión, por ello se intentó que fuera la legislación na-

cional la que a la hora de hacer la transposición estableciera esos ámbitos de exclusión por razón de la legislación específica. De ahí que en los siguientes informes se quisiera introducir con claridad que la legislación nacional de cada Estado es la que determinaría el destino, forma y efectos de los documentos electrónicos, consiguiéndose posteriormente el que desapareciera la palabra electrónicos y quedara únicamente la palabra documentos, aunque no se ha conseguido introducir el término destino, efectos, o formas de los documentos. Pero quizás con esta redacción pueda ser viable el tener amplitud y movilidad a la hora de hacer la transposición de la Directiva.

El artículo 1.º de la Directiva, relativo al ámbito de aplicación, establece que: “La presente Directiva tiene por finalidad facilitar el uso de la firma electrónica y contribuir a su reconocimiento jurídico. La presente Directiva crea un marco jurídico para la firma electrónica y para determinados servicios de certificación con el fin de garantizar el correcto funcionamiento del Mercado interior... La presente Directiva no regula otros aspectos relacionados con la celebración y validez de los contratos u otras obligaciones legales cuando existan requisitos de forma establecidos en las legislaciones nacionales o comunitaria, ni afecta a las normas y límites contenidos en las legislaciones nacionales o comunitaria, que rigen el uso de documentos”. Ya que no debemos olvidar que debe dejarse a los Estados miembros el remitirse a sus respectivas legislaciones en los ámbitos o campos, sobre todo el relativo a los actos o contratos en los que el notario, por ejemplo, interviene, siendo esta intervención necesaria, bien con el valor constitutivo del negocio que se contiene bajo la forma pública, bien con su eficacia (necesaria por ejemplo para la inscripción en un Registro público), bien por su fuerza ejecutiva. De ahí, ya se verá si se debe o no, y en qué grado, realizar las modificaciones necesarias, en aspectos como en su caso el llamado documento público electrónico, sus consecuencias y requisitos, las garantías basadas en la intervención de los notarios, etc., o incluso en una ley específica como en el caso de Italia y Alemania, que también serán objeto de estudio en este trabajo.

El artículo 2.º hace referencia a las definiciones que después aparecen en la Directiva, así, se define la **firma electrónica** como los datos en forma electrónica anejos a otros datos electrónicos o asociados de manera lógica con ellos, utilizados como medio de autenticación. La firma electrónica avanzada es aquella firma electrónica que cumple los requisitos de estar vinculada al signatario de manera única, de permitir la identificación del signatario, de haber sido creada por medios que el signatario pueda mantener bajo su exclusivo control y estar vinculada a los datos

firmados, de modo que se detecte cualquier modificación ulterior de los mismos. Asimismo, se designa **signatario** a la persona que está en posesión de un dispositivo de creación de firma y que actúa en su propio nombre o en el de la entidad o persona a la que representa; se define el **dispositivo de creación de firma**, dispositivo de verificación de firma, el certificado reconocido que es el certificado que cumple los requisitos establecidos en el anexo I y que deberá contener la identificación del proveedor de servicios de certificación y el Estado en que está establecido, el nombre del firmante o un seudónimo que conste como tal, un atributo específico del firmante, en caso de que fuera significativo en función de la finalidad del certificado; los datos de verificación de firma que correspondan a los datos de creación de firma bajo control del firmante, una indicación relativa al comienzo y al fin del período de validez del certificado, y el código identificativo del certificado; asimismo, el **proveedor de servicios de certificación**, que es la persona física o jurídica que expide certificados o presta otros servicios públicos. El anexo II de la Directiva regula los requisitos de los proveedores de servicios de certificación que expiden certificados reconocidos. El anexo III hace referencia a los requisitos de los dispositivos seguros de creación de firma electrónica, y por último el anexo IV, relativo a las recomendaciones para la verificación segura de firma. A la firma electrónica avanzada se le conceden determinados efectos, que no tienen las firmas electrónicas no avanzadas. En este artículo 2 se establece otro conjunto de definiciones como los relativos a los datos de creación de firma, datos de verificación de firma, dispositivo seguro de creación de firma, producto de firma electrónica, acreditación voluntaria. En cuanto a la cuestión de la acreditación voluntaria, es un tema esencial, ya que como luego veremos no puede existir ningún tipo de autorización previa para los prestadores de los servicios de certificación, ello no obstante, se permite a través de la ya citada acreditación voluntaria el establecer un permiso que determine los derechos y obligaciones específicas para la prestación de servicios de certificación, que se concederían, a petición del proveedor de servicios de certificación interesado, por el organismo público o privado encargado del establecimiento y supervisión del cumplimiento de dichos derechos y obligaciones.

A los efectos de clarificar un poco el significado de esta **terminología**, se ha de indicar que las firmas electrónicas son unos mecanismos o instrumentos utilizados para conseguir en esas redes informáticas, abiertas, la seguridad de la identidad del sujeto que emite un mensaje y el contenido del mismo. Ello parte de la ayuda de la “criptografía”, de la encriptación de un mensaje, en definitiva, de enmascarar ese mensaje. Existen, además, en el proceso una clave pública y otra privada. Uno de los medios es la llamada firma digital, que es una firma electrónica que resuel-

ve el tema de la identificación de la persona que envía el mensaje, con el sistema de claves asimétricas. **El proceso sería el siguiente:** el emisor encripta su mensaje (lo cifra) a través de una clave privada y secreta que sólo él conoce, y la clave pública es la que descifra ese mensaje por el receptor, una vez que se le da a conocer a éste la misma, por el emisor. Para determinar, pues, la autoría del documento, basta aplicar esa clave pública de esa persona a la firma electrónica. Si ello da un resultado positivo se consigue identificar al firmante del documento electrónico, y la de asegurarnos que el contenido del texto firmado no ha sido modificado.

En el artículo 3.º se ha mantenido el texto continuadamente, en el sentido de que los Estados miembros no condicionarán la prestación de servicios de certificación a la actuación de autorización previa. En este sentido, los informes de Justicia establecieron desde un primer momento la necesidad de este requisito de la autorización previa por creerlo esencial a la hora de que por parte de los Estados existiera un control previo de autorización o licencia debido a la importancia que tenían estos proveedores de servicios de certificación, ya que a las entidades certificantes según los anexos de la certificación de Directiva se les atribuían facultades de identificación y de calificación jurídica, de capacidad de obrar y de legalidad así como de suficiencia de las facultades de sus apoderados sin exigirles una específica titulación, salvo que se diera esta facultad a aquellos que sí la tienen en nuestro sistema jurídico, como por ejemplo, los notarios.

Esto no se ha conseguido, aunque se ha introducido un párrafo relativo a que los Estados miembros establecerán un sistema apropiado que les permita la supervisión de los proveedores de servicios de certificación, establecidos en su territorio que expidan al público certificados reconocidos. Asimismo, en el número 2 de este artículo se permite que los Estados miembros puedan establecer o mantener sistemas voluntarios de acreditación destinados a mejorar los niveles de provisión de servicios de certificación.

En cuanto al **artículo 4.º**, se establecen los principios del mercado interior, en el sentido de que los Estados miembros no podrán restringir la prestación de servicios de certificación en los ámbitos regulados por la presente Directiva que procedan de otro Estado miembro, garantizando que los productos de firma electrónica que se ajusten a lo dispuesto en la Directiva puedan circular libremente en el mercado interior. Como puede observarse, principio básico en esta Directiva, que está en conexión con el de libertad de establecimiento y de competencia. Ello con independencia de que los Estados miembros aplicarán las disposiciones

nacionales que adopten en cumplimiento de la Directiva, a los proveedores de servicios de certificación establecidos en su territorio, y a los servicios prestados por ellos.

En cuanto al **artículo 5.º, referente a los efectos legales de las firmas electrónicas**, en un primer momento se hablaba de que éstas tendrán fuerza ejecutiva. Ello planteaba muchísimos problemas desde el punto de vista de la legislación interna, en cuanto a la consideración de medio de prueba de este documento electrónico bajo firma electrónica, en relación con el sistema jurídico español. Hay que tener en cuenta que en principio, la redacción genérica que establecía que los Estados miembros velarán para que no se niegue efecto legal, validez, ni obligatoriedad a una firma electrónica por el hecho de que ésta se presente en forma electrónica, no era incongruente con nuestro propio Derecho interno, donde existe este reconocimiento en diversas leyes y también por nuestro Tribunal Supremo siempre que se cumplieran una serie de requisitos.

Para que estas firmas electrónicas, o firmas seguras electrónicas, o firmas avanzadas, en la última redacción, fueran admisibles como prueba en los procedimientos legales, requieren que estén basadas en un certificado acreditado, que cumpla una serie de requisitos.

Lo que ocurre que en el punto 2.º de este artículo se derrumbaba este aparente principio de seguridad al hablar de otras firmas electrónicas, dejando en el aire toda la problemática ya que en este caso no se requerían los requisitos de los certificados acreditados.

En la última redacción se distingue de una manera más clara en relación a estos efectos jurídicos de la firma electrónica, por una parte el relativo a que la firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido y creada por un dispositivo seguro de creación de firma, en este supuesto los Estados miembros procurarán que este tipo de firma satisfaga el requisito jurídico de una firma en relación con los datos en forma electrónica, del mismo modo que una firma manuscrita satisface dichos requisitos en relación con los datos en papel, y además sea admisible como prueba en procedimientos judiciales.

Asimismo, en el apartado 2, al hablar de las otras firmas electrónicas implica a los Estados miembros para que éstos controlen que no se niegue eficacia jurídica ni su admisibilidad como prueba en procedimientos judiciales.

Posteriormente analizaremos este contenido del artículo, muy especialmente cuando hablemos de la norma española sobre firma electrónica, llegando a la conclusión de que ciertamente será la firma electrónica avanzada la que efectivamente pueda tener auténticos efectos jurídicos.

También hay que hacer hincapié en el sentido de que cuando se equi-

para firma electrónica avanzada y firma manuscrita, se pretende equiparar documento electrónico con documento privado en soporte papel, aunque esta asimilación ni mucho menos es tan clara y rotunda.

En cuanto al **artículo 6.º, referente a la responsabilidad de los proveedores de servicios o entidades certificantes**, el texto de la Directiva siempre ha sido demasiado ambiguo, con términos poco claros, como por ejemplo estableciendo demasiados límites y salvaguardias a dicha responsabilidad, como por ejemplo para el supuesto de que el prestador de servicios demuestre que ha adoptado todas las medidas razonables.

Por ello, es imprescindible para garantizar y asegurar la confianza de los consumidores en la contratación electrónica, que la responsabilidad de los proveedores de servicios de certificación quede claramente establecida y nunca en perjuicio del usuario. Como después veremos, en el Real Decreto-Ley sobre firma electrónica, se consagra con carácter general la responsabilidad por culpa o negligencia, pero invirtiendo la carga de la prueba.

El texto definitivo de la Directiva, ciertamente, ha sido mucho más positivo que el que se establecía en un primer momento, y durante el proceso de elaboración de la misma. Se ha introducido el concepto de la negligencia, como uno de los puntos esenciales a la hora de determinar esa posible responsabilidad. Se permite que el proveedor de servicios de certificación pueda consignar en un certificado reconocido, límites en cuanto a sus posibles usos, siempre y cuando los límites sean reconocibles para terceros, no siendo responsable de los daños y perjuicios causados, por el uso de un certificado reconocido, que exceda de esos límites. Asimismo, se establece que "... Los Estados miembros velarán por que el proveedor de servicios de certificación pueda consignar en el certificado reconocido un valor límite de las transacciones que puedan realizarse con el mismo, siempre y cuando los límites sean reconocibles para terceros".

El artículo 7.º hace referencia a los aspectos internacionales relativos al reconocimiento jurídico de los certificados reconocidos por un proveedor de servicios de certificación establecido en un tercer país, y como consecuencia su equivalencia jurídicamente reconocida a los expedidos por un proveedor de servicios de certificación establecido en la Comunidad, pero siempre que cumplan determinadas condiciones, entre otras, la de los requisitos establecidos en la propia Directiva, así como que el certificado o el proveedor de servicios de certificación estén reconocidos en virtud de un acuerdo bilateral o multilateral entre la Comunidad y terceros países u organizaciones internacionales.

El artículo 8.º hace referencia a la protección de datos, en el marco de esta Directiva, debiéndose cumplir los requisitos de otras Directivas que regulan esta cuestión, es decir, a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de los datos personales y a la libre circulación de estos datos, todo ello en relación con los requisitos establecidos en la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995. También se permite la utilización de seudónimos por parte del signatario o firmante, pero sin perjuicio de los efectos jurídicos concedidos a los seudónimos con arreglo al Derecho nacional. La problemática de los seudónimos también se contempla en la actual elaboración de la Directiva sobre comercio electrónico.

El artículo 9.º se refiere al Comité de Firma Electrónica compuesto por representantes de los Estados miembros y presidido por el representante de la Comisión, que someterá al Comité un proyecto de las medidas que deban adoptarse, fijándose las funciones del Comité en el artículo 10, en el sentido de clarificar los requisitos establecidos en los respectivos anexos, así como los sistemas de supervisión de los proveedores, y las normas para los productos de firma electrónica que gocen de reconocimiento general.

En el artículo 11.º se establece el sistema de notificación por parte de los Estados miembros a la Comisión, y a los demás Estados miembros, lo relativo a la información, entre otras circunstancias, acerca de los sistemas voluntarios de acreditación de ámbito nacional, el nombre y dirección de los organismos nacionales, competentes en materia de acreditación y supervisión, etc.

En el artículo 12.º se establece el mecanismo de revisión, ya que la Comisión procederá al examen de la aplicación de la Directiva, presentando el oportuno informe al Parlamento Europeo y al Consejo, y dicho examen podrá permitir determinar si conviene o no modificar el ámbito de aplicación de la Directiva en vista de la evolución tecnológica y del contexto jurídico. No hay que olvidar que todo lo relacionado con la firma electrónica está en un proceso de avance continuado, y las novedades tecnológicas que pueden ir apareciendo son impredecibles, por ello es lógico este mecanismo de revisión.

En cuanto a los anexos I, II, III y IV, ya hicimos referencia anteriormente a su contenido.

3. Problemas que se plantean en el comercio electrónico, la firma digital, firma electrónica, documento electrónico, derivados del articulado de la Directiva. No cabe duda que esta Directiva, aunque hable de la firma electrónica, está en íntima relación con la contratación electrónica. Aunque ciertamente no quiere meterse en el tema de la validez del documento electrónico, indirectamente su conexión es clara y rotunda. Un primer aspecto es que la contratación electrónica está incardinada dentro de los llamados contratos entre ausentes o contratos a distancia, y ello plantea entre otras circunstancias la determinación del momento en que se entienda perfeccionado este contrato.

Existe una Directiva 97/7 CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo del 97, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, que aún no ha sido traspuesta a la legislación interna, y en su artículo 3.º establece un ámbito de exclusión, entre otros, a los contratos celebrados para la construcción y venta de bienes inmuebles y a los contratos que se refieran a otros derechos relativos a bienes inmuebles con excepción del arrendamiento.

En la contratación electrónica es importante tener en cuenta el momento en que se pueda entender perfeccionado el contrato, bien por el sistema del Código civil, que es el momento del conocimiento de la **aceptación de la oferta, artículo 1.262**, o bien en el sistema mercantil que es el momento de la emisión de aquélla, contemplado en el artículo 54 del Código de Comercio.

En este sentido (3): "... Aunque ciertamente en la contratación electrónica la diferencia práctica es casi irrelevante, ya que lo que se ha llamado el diálogo entre ordenadores se realiza en tiempo real, pero sí que es importante la diferenciación no entre el momento de emisión y de recepción de la oferta sino el del momento de emisión y de su conocimiento por el oferente, ya que en la comunicación electrónica el mensaje enviado se graba en un ordenador que no es del destinatario, de modo que el conocimiento de la aceptación por el oferente no se produce hasta que no abre esa correspondencia, por ello al depender sólo de la voluntad de su destinatario, cabe entender como perfectamente lógico el sistema de perfección de los contratos previstos en el Código de Comercio. Este criterio del artículo 51 del Código de Comercio, podría ser aplicado en el supuesto de la contratación electrónica, y ello en conexión con el Real Decreto 263/1996 de 16 de febrero relativo a la utilización de técnicas electrónicas en las Comunicaciones entre Administración y particulares en el sentido de que esos medios o soportes electrónicos sólo gozarán de

(3) DÍAZ FRAILE, Juan María, "Estudio de la regulación de la firma electrónica en la Directiva Europea", revista *La Ley*, vol. 6, 1998, pp. 2149 a 2162.

validez y eficacia jurídica en caso de que hayan sido previamente aceptados de forma expresa”.

Con posterioridad, en otro apartado de este trabajo, haremos referencia a estas autoridades certificantes, y al papel del notariado en esta cuestión de la firma electrónica, y la problemática que se puede plantear, así como la posibilidad de que se pueda ser entidad de certificación.

En nuestro Derecho interno existen normas que regulan determinados aspectos de la comunicación electrónica

Así, por ejemplo:

— La Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, dictada en desarrollo del artículo 18.4 de la Constitución (“la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”), de singular importancia por la debilidad de la posición no sólo contractual sino, sobre todo, técnica en que se encuentran los usuarios de sistemas de certificación de firmas electrónicas. La mera remisión que hace el artículo 8.º de la Directiva sobre firma electrónica a la regulación contenida en las Directivas sobre protección de datos, Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 95/46/CEE y 97/66/CEE, no despeja todas las dudas en este aspecto. Así, por ejemplo, la autorización del uso de pseudónimos en la contratación electrónica pone de manifiesto la escasa confianza que merecen las transacciones electrónicas desde el punto de vista de su confidencialidad, sobre lo que no hay garantías plenas.

Igualmente problemático es el tema de las transacciones de información electrónica con terceros países no vinculados por la normativa europea (especialmente grave es el problema de las comunicaciones con Estados Unidos, que cuenta con una legislación muy permisiva, y con los llamados “paraísos informáticos” —países y territorios sin restricciones en el uso de la información—).

— La Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

— La Ley 30/1992, de 21 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. En este sentido, de los artículos 45 y 46 se deriva que “Los documentos emitidos, cualquiera que sea su soporte, por medios electrónicos, informáticos o telemáticos por las Administraciones Públicas, o los que éstas emitan como copias de originales almacenados por estos mismos medios, gozarán de la validez y eficacia de documento original, siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y conservación y, en su caso, la recepción por el interesado, así como el cumplimiento de las garantías y requisitos exigidos por esta u otras leyes”.

— El Real Decreto 263/1996, de 16 de febrero, dictado en desarrollo de la Ley 30/1992.

Igualmente en el ámbito de las notificaciones se establece un sistema netamente garantista para el particular por cuanto la validez de las cursadas por procedimientos electrónicos o telemáticos se condiciona a que exista constancia de la recepción, de la fecha y del contenido íntegro, que se identifique “fidedignamente” al remitente y destinatario, y que el particular haya no sólo autorizado la utilización del soporte o medio de comunicación empleado, sino que lo haya señalado como medio de comunicación preferente (art. 6.2).

En el ámbito fiscal cabe destacar entre otras:

— La Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido.

— El Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, de desarrollo del Texto Refundido de 24 de septiembre de 1993 sobre el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Pues bien, un problema no resuelto en este ámbito es el de las contrataciones electrónicas, que por estar amparadas por el principio de la confidencialidad son fiscalmente opacas.

— Incluso en el ámbito de la contratación privada: la Ley 7/98, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación, en especial su artículo 5.3, establece como requisito de incorporación de las cláusulas que contengan condiciones generales en los supuestos de contratación telefónica o electrónica el que “conste en los términos que reglamentariamente se establezcan la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato, sin necesidad de firma convencional. En este supuesto, se enviará inmediatamente al consumidor justificación escrita de la contratación efectuada, donde constarán todos los términos de la misma”. Como podemos apreciar, el requisito que se exige, sobre la justificación escrita posterior, supone una mayor protección al consumidor, y en ningún caso se opone a los principios de la Directiva sobre firma electrónica, en relación con la Directiva sobre cláusulas abusivas. Teniendo en cuenta que en todo caso esta Directiva no puede ni debe alterar otras Directivas relativas a la protección de los consumidores, del mismo modo que ocurre en la propuesta de Directiva sobre comercio electrónico. En este sentido, con fecha 31 de diciembre de 1999, se publicó en el *BOE* el Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del artículo 5.3 de la Ley 7/98, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación. Como indica el artículo 1 de la norma citada, se aplicará a los contratos a distancia, o sin presencia física simultánea de los contratantes, realizados por vía telefónica, electrónica o telemática, que contengan condiciones generales de la contratación. No será de aplicación a los con-

tratos administrativos, los contratos de trabajo, los de constitución de sociedades, los que regulan relaciones familiares, los contratos sucesorios, los contratos referidos a servicios financieros consistentes en servicios de inversión, instituciones de inversión colectiva, los relativos a la construcción y venta de bienes inmuebles y demás relativos a derechos reales sobre los mismos, entre otros. El artículo 3 regula el importante aspecto de la confirmación documental de la contratación efectuada ya que una vez celebrado el contrato, el predisponente deberá enviar al adherente inmediatamente y, a más tardar, en el momento de la entrega de la cosa o comienzo de la ejecución del contrato, justificación por escrito o, a propuesta del mismo, en cualquier otro soporte duradero adecuado al medio de comunicación empleado y en su propio idioma o en el utilizado por el predisponente para hacer la oferta, relativa a la contratación efectuada donde deberán constar todos los términos de la misma. A los efectos de lo indicado en este apartado, el predisponente deberá indicar en la información previa a que se refiere el artículo anterior, los distintos tipos de soportes entre los que podrá elegir el adherente como medio de recepción de la justificación de la contratación efectuada. El importante artículo 5 de este Real Decreto, se refiere a la atribución de la carga de la prueba en el sentido de que esta carga de la prueba, sobre la existencia y contenido entre otras circunstancias, de la información previa de las cláusulas del contrato, de la entrega de las condiciones generales, de la justificación documental de la contratación, de la renuncia expresa al derecho de resolución, así como de la correspondencia entre la información, entrega y justificación documental y el momento de sus respectivos envíos, corresponde al predisponente.

— La Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, atribuyendo a la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre el carácter de proveedor de servicios de certificación de comunicaciones electrónicas de las Administraciones Públicas entre sí y de éstas con particulares. Así, el artículo 81 faculta a la citada FNMT para la prestación de los servicios técnicos y administrativos necesarios para garantizar la seguridad, la validez y la eficacia de la emisión y recepción de comunicaciones y documentos a través de técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos (EIT) en las citadas relaciones. Se prevé la extensión de tales servicios, mediante convenios, a las comunidades autónomas, entidades locales y demás entes de Derecho público, y sus requisitos serán los establecidos por el Consejo Superior de Informática. Entre tales requisitos parece que se incorporará un Registro de Usuarios, ya que por un lado la utilización de los procedimientos EIT tendrá carácter voluntario para los usuarios (ejerciendo tal voluntad a través de solicitudes de alta y baja en el Registro) y, por otro,

la utilización del sistema se sujeta a la previa aceptación de las condiciones generales que se determinen, que habrán de ser objeto de publicación oficial, por parte del propio usuario, quien quedará obligado por las mismas.

Pues bien, nada dice la propuesta de Directiva sobre requisitos de utilización de los sistemas de firma electrónica por los usuarios, carencia denunciada por diversas delegaciones de Estados miembros en el Consejo de Telecomunicaciones, aspecto sobre el que la situación de la tramitación del proyecto es muy abierta.

— El acuerdo de 11 de marzo de 1998, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, para la implantación del sistema de Cifrado/CNMV (sistema de intercambio de información a través de línea telemática).

Los elementos básicos de esta regulación son:

- **Ámbito de aplicación:** se extiende a la tramitación prevista por la Ley 24/1988, de 24 de julio, del Mercado de Valores, recepción de las informaciones que periódicamente deben enviar a la CNMV las entidades supervisadas, atención de reclamaciones y consultas y cualquier otro intercambio de información.

- **Medios a través de los que se realiza el intercambio de información.** Red Internet y Boletín Informático (BBS); en todo caso la CNMV adaptará su sistema de cifrado al previsto en el artículo 81 de la citada Ley 66/1997, cuando esté operativo.

- **Destinatarios:** las entidades sujetas a supervisión y las demás personas físicas o jurídicas en cuanto estén afectadas por la Ley 24/1988, de 24 de julio, del Mercado de Valores.

- **Régimen jurídico de la autorización:** las personas físicas o jurídicas que pretendan utilizar el sistema deben solicitar una autorización a la CNMV, que deberá ir acompañada de una aceptación del mismo en documento que será objeto de registro; la autorización podrá ser denegada por falta de medios técnicos del administrado o por cualquier otra causa fundada.

- **Uso del soporte de papel:** la CNMV podrá realizar la impresión de los documentos emitidos, recibidos y almacenados, considerándose como copia fiel del original tramitado, de acuerdo con lo señalado por el artículo 6 del Real Decreto 263/1996, pudiendo ser solicitada en todo momento por el remitente, las autoridades o a instancia de un tercero interesado, gozando de la misma validez y eficacia que el documento original.

- **El titular de la autorización garantizará el uso exclusivo por las personas físicas incluidas en la relación nominal de operadores contenida en el documento de aplicación.**

En todo caso, la compatibilidad de este sistema de cifrado, así como el previsto por el artículo 81 de la Ley de Acompañamiento a los Presu-

puestos de 1998 respecto de la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre y, en definitiva, el marco general diseñado por el Real Decreto 263/1996, respecto de la propuesta de Directiva es compleja, por cuanto en esta última se parte del principio de libre establecimiento y acceso al mercado por parte de cualquier operador de servicios de certificación electrónica, sin que éstos estén sujetos siquiera a trámite alguno de autorización administrativa previa”.

Existen otras normas que se refieren expresamente a la firma electrónica u otros medios de autenticación electrónica, y que se han utilizado de una manera práctica, así por ejemplo, dentro del ámbito tributario, pueden citarse las Circulares 8/1993, de 30 de septiembre, y 4/1996, de 9 de diciembre, del departamento de Aduanas e Impuestos Especiales de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, relativas a la presentación telemática del Documento Único Administrativo, que permiten la sustitución de la firma manuscrita por otros medios de identificación electrónica, incluida la firma digital, y la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda del 13 de abril de 1999, por la que se establecen las condiciones generales y el procedimiento para la presentación telemática de declaraciones del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. La Orden de 30 de septiembre de 1999 por la que se establecen las condiciones generales y el procedimiento para la presentación telemática de las declaraciones-liquidaciones, correspondientes a los modelos 110, 130, 300 y 330.

En el campo de los Registros Mercantiles hay que tener en cuenta la Instrucción de 30 de diciembre de 1999 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, relativa a la presentación de cuentas anuales, a través de medios telemáticos, con la aplicación de la firma electrónica, teniendo en cuenta el Real Decreto-Ley 14/1999, de 17 de septiembre; asimismo, la Instrucción de 31 de diciembre de 1999 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre legalización de libros en los Registros Mercantiles a través de procedimientos telemáticos.

En el ámbito de la Seguridad Social, cabe mencionar la Resolución de 23 de mayo de 1996 de la Dirección General de la Tesorería General de la Seguridad Social, por la que se desarrolla la Orden de 3 de abril de 1995, sobre uso de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en relación con la inscripción de empresas, afiliación, altas y bajas y trabajadores, cotización y recaudación en el ámbito de la Seguridad Social, y la resolución de 17 de enero de 1996, de la Secretaría General para la Seguridad Social, por la que se establecen nuevas medidas de mejora en la gestión de la Seguridad Social y de la atención e información prestada al ciudadano, que introduce, como novedad, una nueva tarjeta personal de la Seguridad Social basada en la huella digital como método de autenticación.

Asimismo, en regulaciones más generales sobre el empleo de medios telemáticos, además de todas las que anteriormente se han ido indicando, cabe destacar, el artículo 230 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y el Reglamento de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales, aprobado por Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial de 7 de junio de 1995.

Otro problema importante es el de la eficacia jurídica de los documentos firmados electrónicamente, ya que la propia Directiva parte del principio de que toda firma electrónica certificada tiene el mismo valor ejecutivo y probatorio que la firma manuscrita. En este sentido, el problema es ver qué tipo de prueba de los admitidos en nuestro Derecho es asimilable a la firma electrónica, por ejemplo, el documento privado, el reconocimiento judicial y o pericial o confesión extrajudicial. Por ello, dada la complejidad de asimilar plenamente el documento privado al electrónico parece preferible su reconducción a la categoría de prueba de reconocimiento judicial y pericial. Pero ello debe dejarse a las propias leyes procedimentales de los Estados miembros, que determinen su eficacia y alcance. Otro tema sería el de la necesidad de incorporar en nuestro ordenamiento el valor probatorio de esos documentos electrónicos, ya que de la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo en sentencias de 3 de octubre y noviembre del 97 establece esa efectividad indicando que el documento electrónico es firmable, en el sentido de que el requisito de la firma autógrafa o equivalente puede ser sustituida por el lado de la criptografía por medio de cifras, signos, códigos, barras, u otros atributos numéricos que permitan asegurar la procedencia y veracidad de su autoría y la autenticidad de su contenido. Lo que ocurre es que aquel certificado de autenticidad, veracidad y fidelidad difícilmente se verá suplido por las certificaciones expedidas por unas entidades certificantes tan carentes de controles como las previstas en aquélla, ante cuya ausencia será preciso acudir a la vía del reconocimiento judicial.

El Tribunal Supremo ha tenido ocasión en varios momentos de referirse al valor de estas firmas electrónicas, por supuesto, antes de la aparición de la Directiva de firma electrónica, y del Real Decreto-ley. En este sentido, el Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, de desarrollo del texto refundido de 24 de septiembre de 1993, sobre el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, a la hora de establecer la lista de los hechos imposables, hace referencia, al libramiento de cualquier documento de giro mercantil “en cualquier soporte escrito, incluidos los informáticos, por los que se pruebe, acredite o haga constar alguna cosa” (art. 76.3). Este artículo, introducía de manera explícita, la posibilidad de que el soporte por medio informático, por ejemplo el mag-

nético, podía servir de base para el libramiento de documentos de giro mercantiles, como la letra, el cheque, el pagaré, etc. La Asociación Española de la Banca Privada interpuso un recurso, basado en la imposibilidad de que pudieran existir este tipo de documentos, por ejemplo, de naturaleza cambiaria en un soporte magnético, considerando la esencialidad de la firma escrita. El Tribunal Supremo, en las sentencias de 3 de octubre y 3 de noviembre de 1997, admite explícitamente esa posibilidad del soporte magnético, para la existencia de un documento de naturaleza cambiaria. Claro está esta determinación y declaración de principios ha ido acorde con otras sentencias, en el sentido de que para ese reconocimiento se deben establecer una serie de requisitos y garantías que ineludiblemente determinen y permitan establecer claramente la autenticidad de autoría, y como consecuencia, la firma de quien asume esa autoría y su contenido, y por supuesto, en relación al documento electrónico con función de giro mercantil, establece que es firmable, pudiendo el requisito de la firma autógrafa o equivalente ser sustituida por el lado de la criptografía, por medio de cifras, signos, códigos, barras u otros atributos numéricos que permitan asegurar la procedencia y veracidad de su autoría y la autenticidad de su contenido. En otras ocasiones anteriores, y en relación al posible encaje de estos otros medios, diferentes al soporte papel y a la firma manuscrita, el Tribunal Supremo se decantó no a través de la prueba documental, sino a través del reconocimiento judicial, y en este sentido, la sentencia de 30 de noviembre de 1992, que hacía referencia a las cintas de vídeo, magnetofónicas, y otros medios de reproducción, el alto tribunal está exigiendo, para que puedan ser utilizados como pruebas, debe exigirse en todo caso la previa adveración, certificación de autenticidad, veracidad y fidelidad, y cuyo cauce adecuado será mediante el reconocimiento judicial.

Como luego tendremos ocasión de analizar, a la hora de estudiar el Real Decreto-Ley sobre firma electrónica en mayor profundidad, la Directiva de firma electrónica en su artículo 5 regula los efectos jurídicos de la firma electrónica.

Este artículo está haciendo referencia a dos tipos de firmas, el párrafo 1.º a la llamada firma electrónica avanzada, que es la que está basada en un certificado reconocido y que está creada por un dispositivo seguro de creación de firma, y la firma electrónica simple, que no está basada en un certificado reconocido, o no está basada en un certificado expedido por un proveedor de servicios de certificación acreditado, o no está creada por un dispositivo seguro de creación de firma. El principio general es que en el supuesto de la firma electrónica simple o no avanzada, los Estados miembros velarán porque no se niegue eficacia jurídica, ni la admisibilidad como prueba en procedimientos judiciales, a la firma electrónica

simple. En relación a la avanzada, se establece que los Estados miembros procurarán que en este caso, esta firma satisfaga el requisito jurídico de una firma en relación con los datos en forma electrónica, del mismo modo que una firma manuscrita satisface dichos requisitos en relación con los datos en papel. En este caso, parecen correlacionarse la firma electrónica avanzada con la firma manuscrita así como el documento en soporte papel con el documento electrónico.

Ya hemos indicado el criterio tanto legislativo como jurisprudencial en España, sobre los medios telemáticos, y su utilización y su posible eficacia, que incluso estaban de forma directa o indirecta reconocidos, con anterioridad a las normas, por ejemplo de firma electrónica, en el Real Decreto-ley que analizaremos e incluso en la propia Directiva, y la asimilación de estos documentos electrónicos, de manera más coherente, en la llamada prueba de reconocimiento judicial y/o pericial. Incluso, como luego estudiaremos al analizar la Ley de firma digital del Derecho alemán, y en concreto en la jurisprudencia y en la doctrina, la tesis más ampliamente aceptada de que el documento electrónico, su valor probatorio, a los efectos de su admisión, debe reconducirse a la prueba del reconocimiento judicial.

En la Ley 1/2000, de 7 de enero de 2000, de Enjuiciamiento Civil, BOE de 8 de enero de 2000, con entrada en vigor al año de su publicación, establece esta orientación, partiendo de la base del artículo 812, con la posibilidad de la ejecución de créditos, que se acrediten mediante cualquier documento, incluso cualquiera que sea su forma o el soporte físico en que se encuentren, y que aparezcan firmados por el deudor, incluso por cualquier señal física o electrónica. Por otro lado, también se prevé la posibilidad de los medios de reproducción de la palabra como medio de prueba, incluidos en su caso los medios de grabación informática, y cerrando el círculo, las partes procesales que quieran y propongan este medio de prueba, podrán aportar los dictámenes y medios de prueba instrumentales que consideren convenientes, conforme a lo establecido en los artículos 382 y 384 de la citada Ley.

III. Informe general en relación con el documento y el comercio electrónicos

En un informe, en el seno del Consejo General del Notariado, sobre este balance de investigación y de orientación se indica que “el notariado español está muy sensible en materia de comercio electrónico... algunos de sus miembros asisten a coloquios, organizados por otros notariados en materia de tráfico jurídico electrónico... y siendo miembros

permanentes en Comisiones organizadas por la Unión Internacional del Notariado Latino... ejemplos de la utilización de la vía telemática son los de la conexión vía fax entre los notarios y el Registro de la Propiedad... el Registro Mercantil Central, aun sin eficacia jurídica, sólo informativa... el mismo Registro de Actos de Última Voluntad que se crea por vía telemática... la Intranet creada por el Consejo General... se está estudiando el deseo ampliamente sentido por notarios, asesores jurídicos... de que exista una conexión «on line» con los Registros Públicos, concretamente con el de la Propiedad y el Mercantil... que en la pantalla del notario en cuestión aparezcan los datos registrales necesarios para asegurar en tiempo real la existencia de la representación de las sociedades mercantiles, el ámbito de los poderes y la titularidad, descripción y cargas de los asientos del Registro de la Propiedad, así como la posibilidad de que el asiento de representación... sea también realizado «on line»...”. Asimismo, en este informe, se parte de unas ideas básicas que el notariado cree imprescindibles para este tráfico jurídico electrónico, exigencias de carácter técnico y exigencias de carácter jurídico. En las exigencias técnicas entre otras cuestiones para establecer la similitud entre el documento electrónico y el del papel se han de exigir unos requisitos: “... debe ser susceptible de ser guardado en un almacén... esto es, no se permite ningún cambio. El cambio sin autorización debe ser impedido... Las copias sin autorización deben ser impedidas... Dado que no hay posibilidad de firma autógrafa, la digitalizada dada su copiabilidad no sirve, por tanto se exige una función equivalente a una firma manual, o sea, la firma electrónica. El autor debe ser indubitadamente identificado... En la transmisión... hay que guardar también una serie de medidas encaminadas a: evitar escuchas... la manipulación... el autor de la comunicación ha de ser claro. La integridad y autenticidad del origen de los datos debe poder ser demostrada. El documento debe ser fechado...”.

También en este informe se determinan una serie de exigencias de tipo jurídico en el sentido de que la manifestación y su soporte tienen que reunir una serie de requisitos jurídicos para que estos efectos se produzcan. En este sentido se indica que “ha de ser una manifestación de voluntad vinculante... ha de emanar de una persona con capacidad... creado el documento, éste ha de reunir... los requisitos de autoría, esto es, que ha sido creado por el declarante, que su contenido es el mismo que ha expresado su autor... y se ha fijado en un soporte, esto es, que ha sido grabado. El documento debe también ser impreso en papel... que ha de ser firmado por el oferente o parte y el propio notario quien asegura la identidad, la capacidad, la voluntad, y la autoría. Creado el documento éste es transportado... el receptor, teniendo a la vista el documento manifestará su voluntad y consentimiento mediante los mismos procedimien-

tos... el documento recibido tendría que ser trasladado a papel y el asentimiento debería ser al igual que el del emisor, constatado no sólo electrónicamente, sino reflejado en el papel, mediante la firma de la otra parte junto con el notario que daría fe de la identidad, capacidad, firma y autoría... admitiendo la posibilidad de los negocios entre ausentes, el notariado sólo puede concebir estas posibilidades con la presencia de una de las partes ante el notario quien debe poseer una clave privada y pública para acceder a través del sistema notarial a la red propia y enviar su documento electrónico al centro receptor de otro notario... Por tanto, este código que identifica a una persona dentro de esa red, por el momento sólo puede ser creado de manera privada y producido por alguien que pertenezca a la red, sea su propietario, gestor o entidad encargada de certificar ese correo electrónico; en definitiva lo que los técnicos han llamado la notaría electrónica, esto es, la entidad que se encarga de certificar que ese tráfico electrónico se ha realizado. Esta es la que asignaría la clave privada a cada emisor. Por tanto, sería un tercero ajeno a las partes el encargado de certificar que la clave pertenece a una determinada persona... los problemas técnicos en cuanto a seguridad podrían quedar resueltos si la gestión de la firma electrónica no quedase encomendada a una entidad privada sino al Ministerio de Justicia... a través de sus distintos servicios, Autoridades Certificantes, Juzgados, Notarías y Registros, Civil, de la Propiedad, y Mercantiles. La red sería la pública o la privada, y el centro gestor, a través del organismo creado al efecto dentro del Ministerio o utilizando los existentes, tales como la propia organización notarial...”.

Asimismo, en la Asamblea de Notariados Miembros de la Unión Internacional del Notariado Latino, celebrada en Buenos Aires el 2 de octubre de 1998, se declara: “... 1.- La necesidad de promover la promulgación de leyes que reconozcan la intervención del Notariado de tipo Latino, asegurando la legalidad, autenticidad y conservación de los documentos electrónicos que sirvan de base a la relaciones jurídicas entre las personas físicas y jurídicas de todo el mundo.

2.- Las organizaciones notariales nacionales aportarán su apoyo técnico a los respectivos poderes estatales, para materializar normas que regulen esta nueva forma documental para que mantenga las mismas garantías que ofrece el documento público notarial. Las organizaciones notariales nacionales sostengan a sus notarios afiliados creando las infraestructuras que sean necesarias.

3.- La UINL, a través de su Comisión de Informática y de Seguridad Jurídica, colaborará en la solicitud de apoyo que demanden los Notariados Miembros...”.

IV. Algunos comentarios sobre las leyes alemana e italiana sobre firma electrónica

1. Legislación alemana.

La legislación alemana está compuesta por la Ley de Firmas Digitales aprobada por el “Bundestag” el día 13 de junio de 1997. Esta Ley forma parte integrante de una ley más amplia denominada Ley Multimedia, que regula con carácter general las condiciones de los servicios de información y documentación.

La Ley de Firmas Digitales debe ser objeto de desarrollo mediante un reglamento del que existen ya varios anteproyectos. Esta Ley empieza por hacer cuatro definiciones.

Define la firma digital, como un sello de datos digitales creado por una llave privada que permite determinar a través de la llave pública asociada a ella y determinada en un certificado, quién es el titular de la firma y que los datos firmados no han sido alterados.

Define al certificador, como a la persona física o jurídica que atestigua la atribución de una llave pública a una persona física, disponiendo para ello de la correspondiente licencia.

Define dos tipos de certificados: el certificado de firma digital, es un testimonio relativo a la atribución de una llave pública a una persona física, a la que se asocia una firma digital. El certificado de atributos es un testimonio especial digital en el que se contienen datos adicionales sobre el mismo. Y define finalmente el sello temporal como un testimonio digital expedido por un certificador, que tiene unida una firma digital. La Ley establece un marco formal para la utilización de las firmas digitales. La utilización de una firma digital, con arreglo a la Ley exige la previa obtención de un certificado de firma digital. Estos certificados los expiden los certificadores y para ser certificados, hay que obtener una licencia. En la cúpula del sistema, la Ley coloca a la denominada autoridad, la autoridad es el organismo encargado de conceder la licencia. Regula la Ley la emisión de los certificados, el certificador tiene que identificar al solicitante de una forma fiable. La Ley impone al certificador un cierto deber de información y de asesoramiento al solicitante del certificado.

El artículo 6 de la Ley establece un deber de asesoramiento en el sentido de que el certificador deberá advertir al solicitante, de acuerdo con el artículo 5, párrafo 1, en relación a las medidas necesarias para contribuir a dar seguridad a las firmas digitales y a su verificación fiable. El artículo 7 regula el contenido de los certificados que deberán tener como mínimo el nombre del titular de la firma de llave pública, al que deberán añadirse una anotación adicional si hay posibilidades de confusión, una

llave pública atribuida, un algoritmo con el que la llave pública del titular, así como la llave pública del certificador puede usarse, el número del certificado, el inicio y final de la validez del certificado, el nombre del certificador y la información sobre si el uso de la firma digital está limitado a aplicaciones determinadas. Asimismo, en este artículo 7 se establece la información relativa al poder de representación de un tercero, o a la profesión u otra titulación. El artículo 8 hace referencia a la suspensión de los certificados, en el sentido de que la autoridad podrá suspender certificados por ella expedidos si un certificador ha cesado en sus actividades. Los artículos 9, 10 y 11 hacen referencia respectivamente a los sellos temporales, a la documentación relativa a las medidas de seguridad tomadas por el certificador, así como el fin de actividades, en el sentido de que al cesar en sus actividades, el certificador deberá notificarlo a la autoridad tan pronto como sea posible. El artículo 12, relativo a la protección de datos, intenta establecer los mecanismos para esa protección de los datos personales de la persona afectada. El artículo 13 regula el control y exigencia de responsabilidades, en el sentido de que la autoridad, podrá tomar las medidas en relación a los certificadores para asegurar el cumplimiento de esta Ley y de su reglamento, permitiendo éstos a la autoridad el acceso a sus establecimientos y locales, teniendo en cuenta que en el supuesto de incumplimiento de las obligaciones derivadas de la Ley, la autoridad deberá revocar tal licencia. El artículo 14 hace referencia a los componentes técnicos que se utilizan en todo el procedimiento, teniendo en cuenta que éstos deberán estar suficientemente verificados, mediante las técnicas más modernas, y el cumplimiento de los requisitos deberá ser notificado por un organismo reconocido por la autoridad. Por último, hace referencia la Ley a los certificados extranjeros en conexión con las firmas digitales que puedan ser comprobadas con una llave pública que haya sido certificada por otro Estado miembro de la Unión Europea o por otro Estado firmante del Tratado del Área Económica, previendo la Ley la autorización al Gobierno Federal para promulgar mediante reglamento, las disposiciones necesarias para desarrollar los artículos de la misma. Como podemos observar, uno de los puntos más importantes de esta Ley es el control de la autoridad con respecto a los certificadores en el sentido de que será necesaria una concesión de licencia por parte de la autoridad, así como la supervisión del cumplimiento de la Ley.

Esta licencia o autorización previa ha sido el caballo de batalla en la negociación que se está llevando a cabo para la ya tan comentada Directiva sobre firma electrónica, donde justamente la posición alemana era la de la exigencia de esa autorización previa, y esta fue la posición mantenida también en los informes del Ministerio de Justicia, para que existie-

se un control del Estado que exigiera la autorización previa para los certificadores, o como dice la Directiva aún en elaboración, los proveedores de servicios de certificación. Esta idea fue bastante rechazada por la mayoría de los Miembros del Grupo de Trabajo bajo la presidencia austriaca, y como hemos indicado anteriormente a la hora de hablar de la elaboración de esta Directiva, el texto ha ido cambiando mediante diversas transacciones. En nuestra opinión es ciertamente éste uno de los puntos esenciales, que se escapan de la Directiva, en el sentido de que parece lógico que en un tema tan esencial los Estados miembros de la Unión pudieran tener un control previo mediante la autorización o licencia, debido a la importancia que tienen esos proveedores de servicios de certificación, así como un control en la extensión de los certificados que se expidan, en cuanto al cumplimiento de los requisitos. Aunque esta opinión no está tan generalizada.

El proyecto de reglamento de firmas digitales, de la Ley alemana de dichas firmas, establece un desarrollo más pormenorizado de los principios generales determinados en la propia Ley. Es de resaltar el artículo 3 relativo al procedimiento de solicitud para la obtención de certificados, el artículo 5 sobre la creación y custodia de llaves de firmas y claves de identificación, el artículo 7 sobre validez de los certificados que no podrá ser superior a cinco años, el artículo 8 sobre los registros públicos de certificados, el artículo 15 sobre el control de los certificados, en el sentido de que un certificador deberá sufrir un examen, en conexión con el artículo 4, párrafo tercero, frase tercera de las firmas digitales, pudiendo la autoridad llevar a cabo exámenes en intervalos razonables.

2. Legislación italiana.

La legislación italiana en esta materia está conformada por el reglamento de actos, documentos y contratos en forma electrónica aprobado el 5 de agosto de 1997. El capítulo 1 hace referencia a los principios generales, dando en su artículo 1 un conjunto de definiciones de lo que debe entenderse por documento informático, que es la representación informática de actos, hechos o datos jurídicamente relevantes; por firma digital, el resultado del proceso informático basado en un sistema de claves o llaves asimétricas, una pública y otra privada, que permite al firmante, a través de la llave privada, y al destinatario, a través de la llave pública respectivamente, hacer manifiesta y verificar la proveniencia y la integridad de un documento informático o de un conjunto de documentos informáticos. Asimismo, define lo que debe entenderse por llave privada, por llave pública, por certificación, mediante la cual se garantiza la correspondencia biunívoca entre la llave pública y el sujeto titular a la que ésta

pertenece, se identifica a este último, y se declara el período de validez de la citada llave; por certificador, el sujeto público privado, que efectúa la certificación. Existe un importante artículo 5 de este reglamento acerca de la eficacia probatoria del documento informático, en el sentido de que el documento informático firmado con firmas digitales tiene la eficacia de documento privado y que el documento informático revestido de los requisitos previstos en el presente reglamento tiene la eficacia prevista en el artículo 2712 del Código civil. El artículo 10 habla en general de la firma digital y el artículo 16 hace una especial referencia a la intervención del notario, en el sentido de hablar de *firma digital* autenticada, teniendo por reconocida a los efectos del artículo 2703 del Código civil, la firma digital cuya aposición sea autenticada por notario, u otro oficial público autorizado. El propio artículo 16 define lo que debe entenderse por la autenticación de la firma digital, que consistirá en la declaración por parte del oficial público, de que la firma digital ha sido puesta en su presencia por el titular, previo el aseguramiento de su identidad personal, de la validez de la llave pública y del hecho de que el documento firmado responde a la voluntad de la parte, y no es contrario a ordenamiento jurídico. Por su parte, el artículo 9 hace referencia a la responsabilidad civil, con las obligaciones que asume el certificador, el artículo 12 referente a la transmisión del documento por vía telemática; se entiende enviado y recibido al destinatario, si se transmite a la dirección electrónica por éste declarada, teniendo en cuenta que la fecha y hora de formación, de transmisión o de recepción de un documento informático redactado de conformidad con las disposiciones del reglamento, será oponible a terceros y que la transmisión del documento informático por vía telemática con modalidad que asegura la futura recepción, equivale a la notificación por medio de correo en los casos permitidos por la Ley. También se hace una especial consideración a los documentos informáticos de las Administraciones Públicas así como la firma de esos documentos informáticos.

En este reglamento de la legislación italiana se hace referencia específica a la actuación del notario, en relación a los actos, documentos y contratos en forma electrónica. Del comentario resumen de esta normativa italiana en la propia documentación del Consejo General del Notariado, se revelan las referencias que se hacen con respecto a los notarios: "... en primer lugar, el artículo 6 establece que las copias sobre soporte informático de los documentos formados en origen sobre soporte papel o de cualquier modo no informático, sustituyen a todos los efectos legales, a sus originales si su conformidad con el original está autenticada por un notario u otro funcionario público autorizado, con declaración escrita en el documento informático... En segundo lugar, el artículo 7 establece que el titular de la copia de llaves asimétricas podrá obtener el depósito en

forma secreta de la llave privada en la oficina de un notario u otro depositario público autorizado... Y acaba haciendo una revisión al artículo 605 del Código civil... El artículo a que se remite es precisamente el que regula el testamento cerrado... Así, por aplicación de dicho artículo el sobre que sirva de envoltorio a la llave privada que se deposite, deberá ser sellado de tal manera que no pueda ser abierto ni extraerse sin rotura o alteración. En el mismo envoltorio se firma el acta de recepción, en la que se indicará el hecho del depósito y de la declaración del titular de la llave privada... tal acta debe ser suscrita por el titular de la firma digital por los testigos y por el notario... Finalmente el artículo 16 regula la firma digital autenticada estableciendo que se tendrá por reconocida a los efectos del artículo 2703 del Código civil, la firma digital cuya aposición sea autenticada por notario u otro oficial público autorizado... Lo siguiente que hace este artículo constituye una novedad, ya que establece que la aposición de la firma digital por parte del oficial público integra y sustituye a todos los fines de las leyes, la aposición de los sellos, punzones, timbres, contraseñas, y marcas de cualquier modo previsto. Con ello los notarios italianos entran en la era digital, al poder firmar, al menos este tipo de legitimaciones de firmas con su firma digital, sustituyendo a la tradicional, y a los sellos y otras marcas que la acompañan". Como podemos observar en este punto la legislación italiana es mucha más específica que la alemana en relación a la eficacia de la firma digital autenticada, al carácter del documento informático, y sobre todo a la intervención de los notarios en cuanto al documento electrónico y sus efectos.

V. La norma española: exégesis del Real Decreto-Ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica

1. Introducción.

En el proceso de redacción de la Directiva sobre firma electrónica, el Estado español ha tenido una participación muy esencial y sobre todo activa, tanto en las diversas lecturas que se fueron haciendo en las discusiones de trabajo como en la posición común a la que se llegó, estando pendiente en estos momentos la aprobación definitiva de esta Directiva comunitaria.

Como se ha reseñado anteriormente, la legislación española ya contenía una serie de normas que prevén la posibilidad de comunicación con la Administración a través de medios telemáticos. No obstante, era fundamental e imprescindible el sacar una norma general y marco que estableciera los principios generales sobre la utilización de nuevos sistemas

de comunicación que tuviesen la seguridad, validez y eficacia de los sistemas tradicionales. La Sociedad de los Servicios de la Información es un nuevo concepto acuñado en la Unión Europea, que implica en definitiva todo el panorama que se nos presenta, a través de las nuevas redes de comunicación, redes abiertas y que suponen un nuevo reto, de carácter político, tecnológico, jurídico y social, que no ha hecho más que empezar un camino, con unas perspectivas de futuro que aún no pueden ser aqulitadas en su totalidad, pero que es necesario ir fijando las bases desde un primer momento para conseguir que el camino esté lo mejor planificado posible.

En este marco se incardina, y de manera muy especial, la nueva norma española sobre firma electrónica, que como hemos indicado anteriormente respeta esencialmente el contenido que tenía la posición común respecto al proyecto de Directiva sobre firma electrónica, y de ahí surge el Real Decreto-Ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica. El preámbulo de esta norma justifica la urgencia de sacar esta disposición, incluso antes de que fuera aprobada definitivamente la Directiva, cosa que ha ocurrido el 30 de noviembre del año en curso. En este sentido se indica que "... Se considera que debe introducirse, cuanto antes, la disciplina que permita utilizar, con la adecuada seguridad jurídica, este medio tecnológico que contribuye al desarrollo de lo que se ha venido en denominar, en la Unión Europea, la Sociedad de la Información. La urgencia de la aprobación de esta norma deriva, también, del deseo de dar a los usuarios de los nuevos servicios, elementos de confianza en los sistemas, permitiendo su introducción y rápida difusión".

La norma tiene varias partes fundamentales perfectamente delimitadas, partiendo de su ámbito de aplicación, dejando bien claro la no intromisión en campos relativos a los principios generales de la formalización, validez y eficacia de los contratos, ni al régimen jurídico aplicable a las obligaciones como después analizaremos, ni a otras normas relativas a la función de aquellas personas que por delegación del Estado tienen atribuida la fe pública. Se establecen un conjunto de definiciones, basadas en el propio proyecto de Directiva, así como los efectos jurídicos de la firma electrónica. Un segundo apartado fundamental se encuentra en los principios generales de la prestación de servicios de certificación, tanto en lo relativo a los llamados prestadores de los servicios de certificación como a los propios certificados que éstos emiten y a los sistemas de acreditación y de certificación. Se crea un Registro Especial de Prestadores de Servicios de Certificación, así como la regulación de las obligaciones que tienen estos prestadores y su responsabilidad, punto esencial de todo el sistema jurídico, y un régimen de inspección y de control de la actividad de los prestadores, así como un conjunto de infracciones y sanciones,

para el caso de incumplimiento de las normas reguladoras de la firma electrónica. Desde el punto de vista tecnológico se establecen los principios básicos de los dispositivos de la firma electrónica y de la evaluación de su conformidad con la normativa aplicable, así como las normas técnicas para efectuar esa evaluación, estableciéndose por último desde el punto de vista fiscal, una tasa por el reconocimiento de acreditaciones y certificaciones.

En definitiva, se intenta fijar y establecer con carácter general estos mecanismos que permitan partir de una norma a la que deben acogerse todos aquellos que quieran estar dentro de los principios enmarcados en la sociedad de la información, definidos por la Unión Europea. No olvidando por último, el importante campo de aplicación de esta norma, relativo al empleo de la firma electrónica por las Administraciones públicas. Por ello se da un primer paso esencial que posteriormente tendrá que ser desarrollado, entre otros aspectos el relativo al Registro de Prestadores de Servicios de Certificación, que como prevé el propio artículo 7 será desarrollado por Real Decreto. A la hora de estudiar el texto, hay que tener en cuenta todo lo que se ha indicado anteriormente en relación a la Directiva sobre firma electrónica, y para evitar repeticiones innecesarias, nos remitiremos a los comentarios allí expuestos, pues no olvidemos que el texto de esta norma española de firma electrónica respeta los parámetros y el contenido de la posición común respecto a la Directiva sobre firma electrónica.

En la actualidad, esta norma sobre firma electrónica se está tramitando en el Parlamento español, como un proyecto de Ley, sobre la base del articulado del ya citado Real Decreto-Ley, es decir, en la actualidad la norma vigente es este Real Decreto-Ley, convalidado en el Parlamento, y cuando se apruebe el proyecto de Ley, lo será en su caso con las modificaciones que haya sufrido el texto en el iter parlamentario. Se han presentado en este momento cuarenta y cinco enmiendas en el Congreso provenientes de los grupos parlamentarios vasco, del catalán, de Izquierda Unida y del Grupo Socialista, a la mayor parte del articulado, pero sobre todo, dirigidas al ámbito de aplicación, a las definiciones, a aspectos relacionados sobre competencias de las comunidades autónomas, a la responsabilidad y obligaciones de los prestadores de servicios de certificación, entre otras cuestiones.

2. Ámbito de aplicación.

El artículo 1, relativo al ámbito de aplicación, establece dos apartados muy importantes para saber cuál es el marco de actuación y los límites que el legislador ha querido dar a la firma electrónica. Por un lado, se

quiere regular el uso de la firma electrónica, el reconocimiento de su eficacia jurídica y la prestación al público de los servicios de certificación, teniendo en cuenta que la aplicación se va a realizar con relación a los prestadores de servicios establecidos en España.

Este artículo 1.º parte de la entonces proposición de Directiva de firma electrónica, y en concreto de la posición común aprobada por el Consejo, ya que en el artículo 1.º de esta Directiva, se indica que la finalidad de la misma es facilitar el uso de la firma electrónica y contribuir a su reconocimiento jurídico, creando un marco jurídico para esta firma y para determinados servicios de certificación. El artículo 1 del Real Decreto-Ley especifica que las normas sobre la actividad de la prestación al público de los servicios de certificación, son de aplicación a los prestadores de servicios establecidos en España, ello en concordancia y conexión con el artículo 4.1 de la Directiva de firma electrónica.

El número 2, párrafo primero, del Real Decreto-Ley, es también consecuencia de la propia Directiva en el sentido de que no se alterarán las normas relativas a la celebración, la formalización, la validez y la eficacia de los contratos y otros actos jurídicos, ni al régimen jurídico aplicable a las obligaciones. Podría haber sido más correcto el introducir también el término conclusión, a los efectos de fijar todo el proceso evolutivo del contrato, introduciendo también además de la palabra contratos y actos jurídicos, el de documentos, que no entran dentro del término específico contrato como por ejemplo un testamento, e incluso, por ejemplo, el propio negocio jurídico de donación que no puede calificarse estrictamente como contrato, existiendo al respecto divergencias de carácter doctrinal. Incluso la utilización de la palabra documento se encuentra así reflejada, en el propio artículo 1 de la entonces proposición de Directiva, hoy ya texto definitivo. Con este apartado se establece la no injerencia o intromisión en las legislaciones nacionales o comunitaria que rijan estos aspectos, siendo éste uno de los elementos esenciales, que se tuvieron en cuenta, y que se tienen en cuenta en la discusión de la Directiva, como sabemos aún pendiente de su aprobación definitiva.

Relacionado con lo anterior, parecía conveniente el que en la norma española sobre firma electrónica se especificara, con carácter expreso, un apartado esencial relativo a la delegación que el Estado realiza en aspectos de su soberanía en cuanto a la fe pública, de ahí que el texto de la norma establezca que lo relativo a la prestación de servicios de certificación de firma electrónica, no sustituye ni modifica, en cuanto a sus normas, las que regulan las funciones que corresponde realizar a las personas facultadas, con arreglo a Derecho, para dar fe de la firma en documentos, o para intervenir en su elevación a públicos. Quizás, aunque el fondo del párrafo está queriendo establecer la no interferencia en esas

competencias, atribuidas a determinadas personas, se podría haber logrado un texto más concreto y específico que hiciera más hincapié en la esencia del problema. Por ello, en ese artículo 1.2, párrafo 2.º, y a los efectos de evitar cualquier duda de que, por ejemplo, la categoría del documento público electrónico, únicamente existe cuando interviene un sujeto, especialmente facultado por el Estado, es cuando se puede hablar de documento público, y no cuando cualquier entidad de certificación emita un certificado reconocido, con firma electrónica avanzada, se debería cambiar el texto por el siguiente: “las normas sobre la prestación de servicios de certificación de firma electrónica que recoge este Real Decreto-Ley no sustituyen ni modifican las que regulan las funciones que corresponde realizar a las personas facultadas, con arreglo a derecho, para dar fe de la firma en documentos, **autorizarlos, intervenirlos, o elevarlos a públicos, incluso en su propio ámbito**”.

Es necesario dejar bien aclarada esta cuestión ya que queda bien especificado y concretado por el artículo 1.216 del Código civil, el concepto de documento público, que lo define como los documentos autorizados por un notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la Ley. Por ello, únicamente tendrán la categoría de públicos, cuando en su autorización haya intervenido el notario o un empleado público.

Si el notario autoriza un documento electrónico, está claro que surgirá la categoría de documento público notarial electrónico, y más en concreto afinando la terminología se podría hablar como subcategoría del instrumento público electrónico, ya que este concepto de instrumento público sólo es predicable cuando el sujeto que lo autoriza es un notario, no ya solamente por la terminología acuñada por la doctrina, sino también por la Ley y el Reglamento Notarial.

Estas matizaciones al artículo 2 son muy importantes ya que el notariado español, y en general, el notariado latino, no se comporta como un simple legitimador de firmas, aunque entre sus funciones pueda estar la de legitimación de firmas, sino que muy al contrario, su actuación es de carácter activo, asesorando a las partes, redactando el documento, dando un juicio de capacidad, de identidad, estableciendo en definitiva un control de legalidad; por ello, cuando a veces escucho la palabra notario cibernético o notario electrónico, me echo a temblar ya que ello implica un desconocimiento absoluto del significado, esencia y función del notario español, y de nuestro sistema notarial. Incluso en la proposición de Directiva de comercio electrónico, en su artículo 1 se establece el ámbito de exclusión de esta Directiva de las actividades de los notarios y de otras profesiones que participan de una autoridad pública, como podrían ser, por ejemplo, los corredores de comercio o los registradores de la pro-

piedad y mercantiles. Esta exclusión, no significa en absoluto, el apartar a los notarios, por ejemplo, del mundo del comercio electrónico, de la firma electrónica, etc. Lo que significa es que en esta Directiva de comercio electrónico, no puede establecerse una armonización en materia de la fe pública, que es competencia exclusiva de los Estados miembros, al tratarse de una delegación de la soberanía en determinadas personas, y nos estamos refiriendo a aquellas profesiones que se encuentran dentro del actual artículo 45 del Tratado, anteriormente artículo 55.

En este sentido, la propia Conferencia de Notariados de la Unión Europea (CNUe), en la Asamblea de los Presidentes, recientemente celebrada en Valencia en octubre de 1999, se orientan sus resoluciones en este sentido, incardinando el ámbito de exclusión en aquellas profesiones oficiales, del artículo 45 del Tratado, y por otra parte, dejando bien clara la actitud positiva del notariado en intervenir en el proceso del comercio electrónico, instando cada uno de los notariados de dicha conferencia a sus Estados miembros para que realicen las adaptaciones normativas que sean necesarias para esta participación del notariado en el comercio electrónico.

Otro punto de discusión sería ver la conveniencia o no, que en este texto de firma electrónica español, se definieran algunos conceptos como los de documento público electrónico, instrumento público, etc. Una postura sería la de considerar conveniente estas definiciones, para evitar que puedan surgir malentendidos de base, en el sentido de que no se comprendiera que existe, o que puede existir la categoría del documento público electrónico, que será documento público por razón del sujeto que lo autoriza, y así evitar posibles malentendidos de dar una consideración especialmente cualificada, que pudiera rozar estos conceptos, para aquellos documentos electrónicos amparados en una firma electrónica avanzada con un certificado reconocido. Otra postura es la de pensar que con una buena definición del ámbito de aplicación de esta Ley de firma electrónica, en relación con el propio enunciado de la Directiva de firma electrónica que establece en su artículo 1, párrafo 2.º, que “la presente Directiva no regula otros aspectos relacionados con la celebración y validez de los contratos u otras obligaciones legales cuando existan requisitos de forma establecidos en las legislaciones nacionales o comunitaria, ni afecta a las normas o límites contenidos en las legislaciones nacionales o comunitaria, que rigen el uso de documentos”, con estos antecedentes queda bien claro que la regulación de los documentos públicos electrónicos debe ser contemplada en la legislación, en la ley y los reglamentos del propio sector, como ocurre en el caso de los documentos administrativos en la Ley de Administraciones Públicas de 1992, ya citada en este trabajo, y en su artículo 45, o por ejemplo, en relación a los documentos

judiciales, en este sentido el artículo 230 de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial y el Reglamento de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales, aprobado por acuerdo del Consejo General del Poder Judicial de 7 de junio de 1995.

En cuanto al **documento privado electrónico** creo que efectivamente el notariado, y en este caso estoy haciendo especial mención al notariado español, puede tener un papel esencial como autoridad certificante, ya que la propia Directiva establece los requisitos del certificado que emite el proveedor de servicios de certificación, que implica en muchos casos la exigencia desde el punto de vista material y práctico de tener unos conocimientos especiales para poder actuar con seriedad. En este campo la organización notarial puede aportar toda una base organizativa, técnica y de conocimientos esencial. En este sentido se ha indicado que “el papel de tales Autoridades de certificación consiste en recoger la certificación de voluntad del titular de una firma digital, asumiendo la obligación de quedar obligado por aquellos documentos cuya firma pueda ser comprobada mediante el uso de una llave pública determinada. Esta declaración ... tiene como medio ideal de su expresión el documento público notarial y, dentro de éste, siguiendo la distinción entre actas y escrituras públicas que establece la legislación notarial, el de la escritura pública ... Además, puesto que la firma podrá servir no sólo para obligar a una persona física, sino también para obligar a una persona jurídica, a través de sus órganos de administración o de sus apoderados, el notario deberá juzgar si la persona que ostenta la representación de tal persona jurídica tiene o no la legitimación adecuada para autorizar el uso de una firma digital...” (4).

Otro avance más sería el plantearse si los notarios actúan como autoridades certificantes, convendría en su caso conservar, en lo que podríamos llamar “protocolo electrónico”, esos certificados, con el carácter y significado que tiene en nuestro sistema notarial dicho protocolo. Hemos reseñado en otra parte de este trabajo uno de los informes del Consejo General del Notariado sobre la Contratación Electrónica y el papel del Notario, incluso en cuanto a la consideración de que determinados certificados puedan tener el carácter de documento público, si reúnen determinados requisitos y exigencias. En este sentido (5), en relación con la intervención notarial en el documento privado, referido a la firma electrónica, y al documento privado electrónico, entiende la importancia

(4) PRADA GUAITA, Vicente de, *El documento informático: su encaje en el sistema de notariado latino*, septiembre de 1997.

(5) SIMÓ SEVILLA, Diego, en el estudio sobre el *Papel del notariado en la criptografía de clave pública*.

de estar presentes en este ámbito. La actuación notarial, indica, puede suministrar como valor añadido distintivo, un asesoramiento jurídico imparcial y un especial rigor en la comprobación del contenido de los certificados, teniendo en cuenta que la presencia notarial en este campo debe ir acompañada de una idea esencial: la necesidad de una gradación jurídica en la labor de certificación, no debiendo admitirse que las “autoridades de certificación” privadas se conviertan en fedatarios. Esta idea ha sido apuntada cuando hicimos referencia al análisis de la proposición de Directiva sobre firma electrónica, y los efectos jurídicos de la firma electrónica. También las cuestiones que se plantean en torno a las autoridades certificadoras, las del Registro, lo que el notario determina como identidad, juicio de capacidad, poder de representación, etc., quiénes han de ser autoridades de certificación, etc. Otro punto a debatir sería la posibilidad del depósito de claves privadas en el notario.

También la Conferencia de Notariados de la Unión Europea (CNUE) ha mostrado su preocupación por el tema, en diversas reuniones y comunicaciones a la Comisión Europea, y con distintas perspectivas según los países.

A continuación, vamos a intentar analizar el problema, en relación **con el documento público notarial y el documento electrónico con firma electrónica, yendo a la posibilidad del documento público notarial electrónico.**

Las opiniones han sido variadas, en el sentido de la oportunidad o no, del momento de hablar del documento público electrónico, en definitiva de la autorización, por ejemplo, de escrituras públicas electrónicas, como tipo emblemático de documento público; ello conllevaría la desaparición, por ejemplo, de la unidad de acto documental, incardinándose dentro de la contratación a distancia, entre ausentes, que ya analizamos al hacer el comentario sobre la proposición de Directiva. También arrastraría los nuevos mecanismos de la oferta y de la aceptación del contrato, con la presencia física de un notario en cada uno de esos momentos, con la utilización de la telemática en las redes de información, para su elaboración; los cambios normativos, tanto en *Derecho público como en privado*, por ejemplo, la contratación entre ausentes, la forma, la fuerza y los medios probatorios, y un largo etc., además de las reformas correspondientes en la legislación notarial, en cuanto al protocolo, expedición de copias, etc. En mi opinión, en este momento, esta cuestión específica debe quedar en suspenso, debiendo ser prudentes, aunque no aparcando el estudio del tema, y ello no es contrario a que pueda haber algunos casos en sectores muy específicos y en ámbitos muy concretos, donde pueda existir la introducción de algún documento público notarial informático, pero no con carácter general, y menos aún ahora, por lo que entendemos por

la escritura pública. Sin desechar algunos supuestos de aplicación como los poderes.

Se puede plantear **la expedición de copias en documento electrónico** de matrices que están realizadas en soporte papel. En este sentido, se ha indicado (6), que: "... la idea no me parece descabellada, siempre que se arbitren los medios técnicos necesarios para garantizar el sistema de firmas digitales, que hagan inviable la utilización de la firma del notario por otra persona... en este punto, la admisión de este tipo de copias chocará con algún precepto...". Ello plantea en nuestra opinión muchos problemas, en cuanto a la libre circulación de esas copias en las redes informáticas, con los problemas de su numeración a efectos ejecutivos, asimismo en las copias de poderes en cuanto a la legitimación que el Reglamento Notarial exige para poder solicitar una copia del mismo, y si se enviara por vía telemática se podrían duplicar las mismas con facilidad, sin existir control en principio para su utilización. Quizás debería reducirse a la expedición de copias simples.

Todo este campo está inmerso en el uso y la regulación del uso de la informática en la actuación notarial. En el marco de este último apartado, se ha indicado (7), que: "... **LA PROTOCOLIZACIÓN DE DOCUMENTOS EXTENDIDOS EN SOPORTE INFORMÁTICO...** la incorporación al protocolo tanto puede hacerse por medio de un Acta, específica, como por consecuencia de que el documento en cuestión deba quedar unido a una escritura o a cualquier tipo de acta... **EXPEDICIÓN DE COPIAS POR PROCEDIMIENTOS INFORMÁTICOS...** se propone también que los notarios puedan expedir copias simples de los documentos extendidos en papel... se trata de una opción del notario, y no de una facultad del peticionario... **LEGITIMACIÓN DE FIRMAS INFORMÁTICAS:** En este punto se regula la forma de hacer la legitimación... **AUTORIZACIÓN NOTARIAL INFORMÁTICA...** **REQUERIMIENTOS HECHOS POR CORREO ELECTRÓNICO...** La posibilidad reglamentaria de requerir la actuación del notario, por medio de escrito enviado por correo... deberá permitir en el futuro que los notarios puedan usar también el correo electrónico para el envío de cédulas de notificación, y otros documentos... de que una persona requiera específicamente del notario, que envíe una carta por medio de correo electrónico... **Sistema de comunicaciones propio y exclusivo para notarios...**".

También la utilización de la telemática, en el campo específico, con determinados registros públicos es muy interesante. Los Reales Decretos

(6) PRADA GUAITA, Vicente de, ob. cit.

(7) MARÍN CALERO, Carlos, en "Informe al Consejo General del Notariado, sobre propuesta de regulación del uso de la informática en la actuación notarial". Asimismo, el "Informe a la Comisión Especial del Senado, sobre el uso de redes informáticas".

del 92 y del 94, sobre coordinación entre notarías y Registros de la Propiedad, han dado hasta el momento en mi opinión, buenos frutos y contribuido a conseguir un elemento más en el principio de la seguridad jurídica preventiva. Como siempre la cuestión del espacio tiempo y la inmediatividad de la información, hacen aconsejable la utilización de los medios telemáticos, para solucionar estos temas, tanto en la fase de la información registral que se solicita, como en la posterior comunicación al Registro, para practicar el correspondiente asiento de presentación. Ello nos llevaría, quizás, a que en el momento inmediatamente anterior a la firma de una escritura de compraventa de un piso, por ejemplo, el notario pueda tener e informar en ese mismo instante, de la situación jurídico registral de la finca objeto de la compraventa, así como una vez autorizada la escritura comunicarla al Registro de la Propiedad, por los mismos medios, sin entrar ahora en los mecanismos que se pueden utilizar desde el punto de vista jurídico entre la reserva de rango y el cierre registral, aunque ya me decanté en su momento por la reserva de rango.

CARLOS MARÍN (8), además, se plantea la posibilidad de este procedimiento telemático, en otros registros, tanto en el aspecto de consulta al mismo, como en el de la información notarial a cada uno de los registros públicos, con distinto alcance, posibilidad y necesidad; así, con el Registro de Actos de Última Voluntad, Registro de la Propiedad, Registro Mercantil Central, Registro Mercantil Provincial, Catastro; la posibilidad de creación de un Registro de Revocación de Poderes, de Testimonio de Poderes, incluso de Prohibiciones Judiciales de Contratar.

Por último, otras aplicaciones notariales se darían en el campo de las legitimaciones de firmas electrónicas.

En definitiva, las espadas están en alto; no hay que cerrar los ojos a los nuevos tiempos, pero es necesario analizar con sosiego cada paso que se vaya dando.

En un inmejorable trabajo de RODRÍGUEZ ADRADOS (9), relativo al documento negocial informático, analiza todas las cuestiones relativas al papel del notariado, y más en concreto, del notariado español en relación con esta nueva forma negocial informática, y en este sentido ha indicado que "... Autoridad de certificación y Notario en manera alguna se identifican, aunque tengan algunas tareas comunes; el Notario tiene otras funciones más amplias de determinación de la voluntad de los otorgantes,

(8) MARÍN CALERO, Carlos, en el informe, "Conexión telemática de los notarios con Catastros y Registros Públicos".

(9) RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, "El documento negocial informático". Comunicación leída el 25 de mayo de 1998 en el Pleno de los Excmos. Señores Académicos de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Publicada en la *Revista Jurídica del Notariado*, número 28, octubre-diciembre 1998.

información y consejo, redacción y adecuación, ajenas totalmente a esas autoridades de certificación nacidas, no se olvide, en el ámbito del Derecho norteamericano; pero la Autoridad de Certificación tiene también funciones que actualmente no competen al Notario latino, algunas de las cuales quizás, no le sea posible asumir... Pero prefiero mantenerme, y más en esta Casa, en términos generales, y sin perder de vista que los Notarios estaríamos sirviendo de soporte a la documentación privada, y por tanto fomentándola, cuando nuestra misión es redactar y autorizar documentos públicos; recordemos que el documento informático es un documento privado; y que también es documento privado el certificado expedido por una Autoridad de Certificación que no sea un funcionario público (art. 1.216 C.c.)... una situación intermedia entre el documento privado y el documento público, en alguna medida análoga a la que pretende el certificado de la Autoridad de Certificación, es el de la legitimación de firmas que ha intentado el Reglamento italiano de 1997... El citado Reglamento de 1997... dispone en su artículo 16 que «se tiene por reconocida, en los sentidos del artículo 2.703 del Código Civil, la firma digital cuya aposición está autenticada por Notario o por otro oficial público autorizado... y que la autenticación de la firma digital consiste en la atestación, por parte del oficial público, de que la firma digital ha sido puesta en su presencia por el titular, previo accertamiento de su identidad personal, de la validez de la clave pública y del hecho de que el documento suscrito responde a la voluntad de la parte y no está en contraste con el ordenamiento jurídico»... esto es, de la Ley italiana del Notariado; con este último inciso, el precepto entiende salvar los dos pilares del Ordenamiento notarial italiano, y de todo el Notariado latino... Una disposición semejante no sería admisible entre nosotros al faltarle su base en el Código; según hemos visto, el reconocimiento legal del documento privado, conforme al artículo 1.225 de nuestro Código civil, es exclusivamente judicial, y al Notario sólo le están abiertos dos caminos, la elevación a público del documento privado conforme al artículo 1.218, o la escritura de reconocimiento con arreglo al artículo 1.224; no la simple legitimación de firmas. Pero tampoco creemos pueda tener aplicación en Italia... porque la firma digital no se lleva a cabo mediante la clave pública, sino mediante la clave privada del signante, y ésta es secreta, desconocida también para el Notario ante quien se aplica... la posibilidad del otorgamiento informático de la escritura pública ha sido defendida recientemente por el Notario chileno, Gaete... Hay afirmaciones que no puedo compartir... «lo que se requiere es la visión física de la persona, que hable a la vista del Notario, que manifieste su consentimiento delante de él; pero este delante de él, hoy es posible realizarlo sin que el interesado esté materialmente presente...». No parece, sin embar-

go, que se pueda dar fe de una realidad virtual, que será lo que quiera, pero que no es una realidad. Pero la cuestión tiene todavía más profundidad, porque si cada una de las partes tiene que comparecer personalmente ante el Notario, parece que se habrán esfumado las principales ventajas del documento informático concebido para la contratación a distancia; sin perjuicio de la confección informática de otros documentos notariales...”.

3. Definiciones.

El artículo 2 del Real Decreto-Ley establece un conjunto de definiciones basados en el propio artículo 2 del entonces texto de la proposición de Directiva, en la redacción dada en la Posición Común. Como ya indicamos a la hora de analizar la Directiva, la evolución, en los diferentes textos, llegó a distinguir dos tipos de firma electrónica, la llamada simplemente firma electrónica, y la llamada firma electrónica avanzada, que como luego veremos van a tener unos efectos jurídicos distintos, en relación con su papel a los efectos de su valor jurídico. En este sentido, se define la firma electrónica como el conjunto de datos, en forma electrónica, anejos a otros datos electrónicos o asociados funcionalmente con ellos, utilizados como medio para identificar formalmente al autor o a los autores del documento que la recoge. Por su parte, la firma electrónica avanzada es la firma electrónica que permite la identificación del signatario y ha sido creada por medios que éste mantiene bajo su exclusivo control de manera que está vinculada únicamente al mismo y a los datos a los que se refiere, lo que permite que sea detectable cualquier modificación ulterior de éstos. En definitiva, esta firma avanzada debe estar basada en un certificado reconocido. El concepto de firma avanzada contenido en la norma española es bastante similar a la Directiva, y el concepto de firma electrónica en la norma española intenta desarrollar o explicar el concepto de la Directiva, ya que esta última establece que ese conjunto de datos en forma electrónica son utilizados como método de autenticación. Las diferencias entre ambos tipos de firma son claras ya que la firma electrónica avanzada debe cumplir esos requisitos que aseguran de manera clara e inequívoca la vinculación al signatario o firmante de manera única, permitiendo su identificación, que los medios por los que ha sido creada, el propio firmante pueda mantener bajo su exclusivo control, y además debe estar vinculada a los datos a que se refiere, de modo que cualquier cambio ulterior de los mismos sea detectable. Todos esos requisitos de manera conjunta, no los cubre ni protege la firma electrónica simple.

Hay que tener en cuenta que la Directiva de firma electrónica no

podía, ni en nuestra opinión debía, decantarse por ningún medio o tecnología específica, entre otras consideraciones, porque los cambios que se producen en este campo van a una velocidad vertiginosa, e incluso en la propia negociación de la Directiva, este fue uno de los argumentos, en algún punto conflictivo, entre las delegaciones, pero en todo caso estando claro que no podía haber una decantación tecnológica, sino crear un espacio o marco jurídico general, sobre el cual debía operar la firma electrónica. Como ya indicamos líneas arriba uno de los medios técnicos de este proceso de firma electrónica era el de la firma digital, a través del sistema de encriptación, y por el método de unas claves asimétricas, existiendo una clave privada sólo conocida por la persona que envía el mensaje, y que a través de esa clave se produce la encriptación del mensaje, y la existencia de una clave pública, que conoce el receptor del mensaje, y que utilizando esa clave pública, por un proceso matemático de combinaciones, se puede llegar a descifrar el mensaje encriptado del transmitente. Este es uno de los métodos que se están utilizando, y en concreto en España en la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre, a través del proyecto CERES.

En este artículo 2, de la norma española, se definen toda una serie de conceptos, como los de firmante o signatario, los de datos de creación de firma, dispositivo de creación de firma, dispositivo seguro de creación de firma, datos de verificación de firma, dispositivo de verificación de firma, certificado, certificado reconocido, prestador de servicios de certificación, producto de firma electrónica, y acreditación voluntaria del prestador de servicios de certificación.

A los efectos de evitar repetir los conceptos que están en la propia norma, nos fijaremos en algunos de ellos, que son esenciales en todo este proceso. El signatario, según la norma española, es la persona física que cuenta con un dispositivo de creación de firma, y que actúa en nombre propio o en el de una persona física o jurídica a la que representa. Por ello siempre el signatario es una persona física, con independencia de que pueda actuar en su propio nombre o bien en el de otro, que puede ser a su vez una persona física o jurídica. El artículo 2 de la Directiva, define al firmante como la persona que está en posesión de un dispositivo de creación de firma y que actúa en su propio nombre o en el de la entidad o persona física o jurídica a la que representa.

El certificado es la certificación electrónica que vincula unos datos de verificación de firma a un signatario, y que confirma su identidad, y el certificado reconocido es un certificado, por decirlo de alguna manera, de superior categoría, que contiene unos datos e informaciones específicas, y que además es expedido por un prestador de servicios de certificación, que cumple unos determinados requisitos. En cuanto a la información

específica y los requisitos, los analizaremos más adelante, ya que se encuentran en el propio articulado. El prestador de servicios de certificación es la persona física o jurídica que expide certificados, pudiendo prestar, además, otros servicios, en relación con la firma electrónica. Esta definición es transcripción literal de la propia Directiva. Por último, se hace referencia a la acreditación voluntaria del prestador de servicios de certificación, que consiste en una resolución que se dicta a petición del prestador de servicios de certificación, en la que se establecen los derechos y obligaciones específicos para la prestación de servicios de certificación, por el organismo público encargado de su supervisión. En el texto de la Directiva se hace referencia al organismo, público o privado, en el texto español del Real Decreto-Ley se habla sólo del organismo público.

4. Efectos jurídicos de la firma electrónica.

El artículo 3 de la norma española, y su correspondiente artículo 5 en la Directiva, establecen, lo que desde el punto de vista jurídico puede tener una de las mayores consecuencias en la introducción de esta norma de firma electrónica.

Ya tuvimos ocasión de analizar los sucesivos avatares que se produjeron en los diferentes textos de la Directiva, y las distintas posturas que se podían tener en cuanto a este sistema de la eficacia jurídica de la firma electrónica. El artículo 3 del Real Decreto-Ley distingue entre la llamada firma electrónica avanzada, que esté basada en un certificado reconocido, y que haya sido producida por un dispositivo seguro de creación de firma, tendrá respecto de los datos consignados en forma electrónica, el mismo valor jurídico que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel y que será admisible como prueba en juicio, valorándose ésta según los criterios de apreciación establecidos en las normas procesales. El artículo 5 de la Directiva, con un texto similar, establece que esta firma electrónica avanzada sea admisible como prueba en procedimientos judiciales. De otro lado, a la firma electrónica que no reúna los requisitos de firma avanzada, no se le negarán efectos jurídicos, ni será excluida como prueba en juicio por el mero hecho de presentarse en forma electrónica. Nos remitimos, para evitar innecesarias repeticiones, a lo que indicamos a la hora de interpretar y analizar los artículos de la Directiva, en relación a los diferentes medios de prueba, establecidos en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil. La redacción podría haber sido técnicamente más perfecta, incluso más clara en el sentido de que efectivamente la firma electrónica avanzada va a tener el mismo valor jurídico respecto de los datos consignados en forma electrónica, que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel, pero debería haberse

matizado que todo ello sin perjuicio en su caso de los requisitos de forma establecidos en las leyes, y que sea admisible como prueba a efectos procesales, también en los términos previstos en las leyes, en relación con el comentario que ya hicimos al hablar del artículo correspondiente en la Directiva. En cuanto a la firma electrónica no avanzada no se le niega efecto jurídico, ni su admisibilidad como prueba a efectos procesales, pero debería haberse establecido para los dos tipos de firma el que la valoración de la prueba en ambos casos se realizará por el órgano jurisdiccional, según los criterios de apreciación establecidos en las leyes.

La matización que hemos hecho en relación a que en todo caso sin perjuicio de los requisitos de forma establecidos en las leyes, lo era para dejar a salvo y preservar, en su caso, las normas nacionales y comunitarias, que pueden poner requisitos especiales a distintos negocios, contratos o actos jurídicos en los que se determinan tanto la validez, como en su caso, la eficacia de los mismos por tener que autorizarse ante una determinada autoridad o funcionario público.

5. La prestación de servicios de certificación.

El título segundo de la norma española hace referencia al concepto genérico de la prestación de los servicios de certificación. Bajo este epígrafe aparecen normas que incorporan a nuestro Derecho el contenido del entonces proyecto de Directiva comunitaria sobre la materia; así, los relativos a las que determinan la prestación de servicios de certificación en régimen de libre competencia, y ordenan el reconocimiento de los certificados emitidos en países pertenecientes o no a la Comunidad Europea (arts. 4 y 10), las relativas a la utilización de la firma electrónica en el ámbito de las Administraciones Públicas (art. 5), las referentes a la responsabilidad de los prestadores de servicios de certificación y a la protección de datos personales (arts. 14 y 15), así como todas aquellas relativas a los requisitos que han de cumplir los certificados reconocidos, los prestadores que los expidan y los dispositivos de creación y verificación de firmas, introduciendo en todo caso modulaciones para adaptar la normativa comunitaria al ordenamiento español.

El artículo 4 parte del principio de régimen de libre competencia, que tiene su conexión con el artículo 3 de la Directiva en el sentido de lo que se vino denominando el no sometimiento a una autorización previa. Se trata del acceso al mercado, lo que provoca que los Estados miembros no condicionarán la prestación de servicios de certificación a la obtención de autorizaciones previas. También hemos explicado con anterioridad la posición de la delegación española en la Directiva de firma electrónica, y

cómo se pensaba en esa necesidad, de establecer una autorización previa como requisito para que el prestador de servicios de certificación pudiera empezar a actuar. Esta postura no tuvo acogida, salvo específicamente por la delegación alemana, que coincidía en la importancia de esta circunstancia. Vista esta situación, se intentó en todo caso el que se pudieran establecer por los Estados sistemas de vigilancia y de control, que estarían englobados dentro de las leyes o reglas de mercado. En este sentido el número 2 y 3 del artículo 3 de la Directiva en el texto de la Posición Común, permitía que los Estados miembros puedan establecer o mantener sistemas voluntarios de acreditación destinados a mejorar los niveles de provisión de servicios, así como establecer sistemas adecuados que permitan la supervisión de los proveedores de servicios de certificación establecidos en su territorio, y que expidan al público certificados reconocidos. En este marco, en numerosos informes del Ministerio de Justicia se pensó en que podía existir una forma de control y supervisión de estos prestadores de servicios, a través de la creación de un registro, que cumpliera unos determinados fines esenciales para este tema, registro al que haremos mención con posterioridad y que creemos en ningún caso va en contra de los principios del mercado interior, ni mucho menos del acceso al mercado. La norma española sigue fielmente la regulación del entonces proyecto de Directiva, hoy ya Directiva, en lo que se refiere a los requisitos y garantías técnicas de los certificados reconocidos y de los dispositivos de creación y verificación de firma, pero además establece una serie de obligaciones aplicables incluso a aquellos prestadores que no emitan certificados reconocidos, obligaciones fundamentales y esenciales, exigiendo su cumplimiento en todo caso y permitiendo al órgano de control supervisar el cumplimiento, por los prestadores de servicios que no expidan certificados reconocidos, de las obligaciones que les sean exigibles, a diferencia de lo que ya hemos visto que establece la Directiva en su artículo 3.3, en la que sólo se obliga a los Estados a establecer un sistema de supervisión respecto a los prestadores que expidan al público los certificados reconocidos.

El artículo 5 de la norma española hace referencia al empleo de la firma electrónica por las Administraciones Públicas. La Directiva, a pesar del criterio liberalizador relativo al acceso al mercado, en su artículo 3 número 7 parece que da una mayor posibilidad a ese control previo, en el uso de la firma electrónica, cuando se está en el sector público, y ello es lógico. El número 7 del artículo 3 de la Directiva prevé la posibilidad de que los Estados miembros podrán supeditar el uso de la firma electrónica en el sector público a posibles prescripciones adicionales, para a continuación indicar que, por supuesto, tales prescripciones serán objetivas, transparentes, proporcionadas y no discriminatorias, y que en ningún

caso podrán obstaculizar los servicios transfronterizos a los ciudadanos. En el campo de las Administraciones Públicas ciertamente hay apoyo en la norma comunitaria, para poder hacer más supeditaciones y condiciones adicionales. En el artículo 5 de la norma española, también se reconoce a las comunidades autónomas la posibilidad de establecer condiciones adicionales, para regular el uso de la firma electrónica en las relaciones con sus respectivas Administraciones, y por supuesto en las relaciones que mantengan estas Administraciones Públicas y sus entes públicos con los particulares. De otro lado, las normas estatales que regulen las condiciones adicionales sobre el uso de firma electrónica se tendrán que dictar a propuesta del Ministerio de Administraciones Públicas y previo informe del Consejo Superior de Informática. En todo caso esas condiciones adicionales deben entenderse como parte del procedimiento administrativo común a todas las Administraciones Públicas, para garantizar la aplicación y el cumplimiento de lo previsto en el artículo 45 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Común. En concreto como condición adicional se podrá incluir la prestación de un servicio de consignación de fecha y hora respecto de los documentos electrónicos integrados en un expediente administrativo, y que consistirá en la acreditación por el prestador de servicios de certificación, o por un tercero, de la fecha y hora en que un documento electrónico es enviado por el signatario, o recibido por el destinatario. Aunque también debería haberse incluido el momento en que se produce, porque ese servicio de estampación de día y hora, se refiere no sólo al hecho de la recepción o emisión, sino también al momento en que se produce. Por otra parte, indicar que ese servicio de estampación, el denominado "Time Stamping", se ha incorporado en la Directiva como novedad recogida en el apartado c) del anexo segundo, entre los requisitos exigibles a los prestadores de servicios de certificación que expidan certificados reconocidos, consistente en permitir que la certificación pueda recoger la fecha y la hora en que se produce la actuación certificante.

El campo de aplicación en las Administraciones Públicas es esencial en todo el sistema, sobre el cual se basa la Directiva, no solamente en las comunicaciones o relaciones de las distintas Administraciones Públicas entre sí, sino también en las relaciones de éstas con los administrados. Hemos reflejado anteriormente, en otra parte de este trabajo, el conjunto de normas que en Derecho español existían sobre el documento electrónico así como la práctica jurisprudencial, que se referían a la firma electrónica, u otros medios de autenticación electrónica, además de las regulaciones más generales sobre el empleo de medios telemáticos. Por ejemplo, desde el punto de vista del Ministerio de Justicia, existe un am-

plio campo de actuación en materia de registros civiles, así como por ejemplo en relación a los depósitos de cuentas en los Registros Mercantiles, e incluso, el acceso al Registro General de Actos de Última Voluntad a los efectos de conseguir directamente el certificado de dicho Registro, pero en este caso es necesario tener en cuenta que el paso al soporte papel del mismo, desde la pantalla requerirá en todo caso, la intervención de una persona, facultada para poder legitimar que lo obtenido en el soporte papel coincide con el original que aparece en la pantalla, ello como elemento esencial de nuestro sistema de legitimación, y por ello creemos que no podrá ser cualquier persona la que directamente pueda obtener esta certificación por lo anteriormente indicado, sino aquellas personas especialmente facultadas por la Ley para dar fe pública.

Partiendo de lo establecido en el propio artículo 3 del entonces proyecto de Directiva, como indica la Memoria justificativa del Real Decreto-Ley, se prevé en la norma española el establecimiento de un sistema de acreditación abierto a todos los prestadores de servicios de certificación, en su artículo 6, además un sistema de supervisión en el capítulo IV del título II, y un sistema de evaluación de la conformidad de los dispositivos de creación y de verificación de firma, en el título III del capítulo citado en el último lugar. Como ya hemos indicado, aunque el proyecto de Directiva permitía la posibilidad de que fuera el sector privado quien pudiera controlar estas funciones, la norma española opta por la conveniencia de que sean los organismos encargados de acreditar y supervisar a los prestadores de servicios de certificación, así como de reconocer la conformidad de los dispositivos de firma electrónica con las normas establecidas en la Ley, el que sean los organismos públicos, e incluso el haberse así orientado en otros países de Europa. En este sentido, los únicos órganos cualificados de certificación existentes en Europa, y que han sido reconocidos en el marco del acuerdo mutuo de reconocimiento de certificados de 1997, son un organismo alemán, otro británico y un tercero francés, que en los tres casos son organismos públicos.

El artículo 6 de la norma española regula los sistemas de acreditación de prestadores de servicios de certificación, así como la propia certificación de productos de firma electrónica, teniendo en cuenta que el Gobierno, por Real Decreto, podrá establecer sistemas voluntarios de acreditación de los prestadores de servicios de certificación de firma electrónica, a través de un régimen que permita lograr el adecuado grado de seguridad y proteger, debidamente, los derechos de los usuarios. Las funciones de certificación serán ejercidas por los órganos en cada caso competentes, referidos en la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, en la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria, y en la demás legislación vigente sobre la materia. Siguiendo además los pará-

metros de la Directiva, el artículo 6, en su número 3, establece que las normas que regulen los sistemas de acreditación y de certificación deberán ser objetivas, razonables y no discriminatorias, y los prestadores de servicios que se sometan voluntariamente a ellos podrán obtener la correspondiente acreditación de su actividad, o en su caso la certificación del producto de firma electrónica.

El proceso para la acreditación de los prestadores de servicios, que en la norma española se llama homologación, así como la determinación de la conformidad de los dispositivos de firma electrónica, que son denominados certificación de dispositivos de firma electrónica, se prevé la aplicación de un mismo sistema de control, como indica la propia memoria justificativa, teniendo en cuenta que la estructura del sistema de control se basa en el modelo existente en Alemania, Francia y Reino Unido, para la evaluación de la seguridad de las tecnologías de la información, y en este modelo, como continúa indicando la memoria, conocido como Esquema Nacional de Certificación, los sistemas y productos de las tecnologías de la información son evaluados por unas entidades llamadas Entidades de Evaluación, que realizan todas las pruebas pertinentes sobre los mismos, para comprobar que ofrecen un nivel de seguridad declarado por su fabricante o prestador; a su vez las Entidades de Evaluación deben estar acreditadas por un organismo de acreditación, que a su vez, verifica que éstas reúnen las condiciones necesarias para llevar a cabo este tipo de evaluaciones, estableciéndose en el vértice de la pirámide del modelo un Organismo de Certificación, independiente tanto del Organismo de Acreditación, como de las Entidades de Evaluación así como de los fabricantes o prestadores.

El artículo 8 de la norma española de firma electrónica prevé la creación del denominado Registro de Prestadores de Servicios de Certificación, que va a depender del Ministerio de Justicia, por ser este Ministerio claramente del que dependen importantes registros, tanto de carácter administrativo como de carácter jurídico, debiendo solicitar la inscripción todos los prestadores de servicios establecidos en España, con carácter previo al propio inicio de su actividad. De iguales características en la República Italiana, existe un registro similar, y una obligación específica de estos prestadores de notificar el comienzo de su actividad, según se regula en el artículo 8.3 del Decreto Presidencial sobre la creación, almacenamiento y transmisión de documentos por medios informáticos o telemáticos, de 31 de octubre de 1997. Como puede observarse, el ámbito subjetivo de este registro se extiende a todos los prestadores de servicios, no sólo a los que expidan certificados reconocidos; se trata de un efecto meramente declarativo y de control, y ha sido uno de los puntos claves de la posición de España en la negociación de la Directiva, así como de

otros países, en el grupo de trabajo del Consejo. La propia formulación de la solicitud de inscripción, es la que les va a permitir iniciar o continuar su actividad. Para conseguir dicha solicitud, reglamentariamente se establecerá la documentación que se debe aportar, pero fundamentalmente dirigida a la identificación del prestador, y a la justificación de que éste reúne los requisitos necesarios en su caso para ejercer su actividad. El propio artículo 7 de la norma española en su número 3 declara el carácter público de dicho registro, debiendo mantenerse permanentemente actualizada, y a disposición de cualquier persona una relación de los prestadores inscritos, en la que debe figurar su nombre o razón social, la dirección de su página en Internet o de correo electrónico, los datos de verificación de su firma electrónica, y en su caso su condición de acreditado, o de tener la posibilidad de expedir certificados reconocidos, y cualesquiera otros datos que se establezcan por Real Decreto. Un punto importante que no se recoge en la Ley, pero que debería haberse hecho es que los propios prestadores de servicios deberían comunicar al registro, para que constara en el mismo, toda la información relevante de los certificados que expidan con carácter de certificados reconocidos, y ello debido a la importante transcendencia que tiene esta información, para los posibles terceros contratantes con el propio signatario, determinada información, así por ejemplo, las limitaciones de los usos, entre otras la limitación de las facultades de los signatarios que actúen por representación, las limitaciones de cuantías, e incluso la fecha de posibles revocaciones o suspensiones temporales de la vigencia o eficacia del certificado. No cabe duda que la labor del Registro de Prestadores es esencial, ya que para el acceso al mismo y a los efectos de establecer que el prestador reúne los requisitos necesarios, debe haber un control de esos requisitos, muchos de carácter técnico, incluso el propio registro podrá controlar que se han realizado todas las supervisiones y que incluso, por ejemplo, la empresa que ha realizado una determinada evaluación se encuentra entre las que legalmente han sido designadas como cualificadas para ello. Por supuesto, como indica el párrafo final del número 3 del artículo 7, los datos inscritos en el registro podrán ser consultados por vía telemática o a través de una certificación registral.

En cuanto al artículo 8, relativo a los certificados, se regulan los requisitos para la existencia de un certificado reconocido, que tiene una equivalencia total en cuanto a su contenido, al del anexo I de la Directiva. Para evitar una exposición demasiado pormenorizada, indicaremos que estos requisitos son esenciales para determinar una especial eficacia a la propia firma electrónica, que se basa en un certificado reconocido. Éstos habrán de contener la indicación de que se expide como tal, el código identificativo, la propia identificación del prestador de servicios de

certificación, la firma electrónica avanzada del prestador de servicios de certificación que expide el certificado, la identificación del signatario, en los supuestos de representación, la indicación del documento que acredite las facultades del signatario, para actuar en nombre de la persona física o jurídica a la que represente, los datos de verificación de firma, que correspondan a los datos de creación de firma que se encuentren bajo el control del signatario, el comienzo y fin del período de validez del certificado, los límites de uso del certificado si se prevén, y los límites del valor de las transacciones para las que puede utilizarse el certificado, si se establecen. Quizás podría haberse también introducido una mayor especificidad en relación a la persona física o jurídica que debe haber solicitado la expedición del certificado a favor de su titular, o autorizado a éste para su solicitud, con ello se trataría de que nadie puede obligarse en nombre de otro mediante técnicas de firma electrónica sin estar por él autorizado en cuanto al medio empleado para ello. También hubiera sido conveniente el haber hecho referencia en los casos de representación, de una manera clara, a la identificación en cuanto a sus datos de la persona física o jurídica representada por el signatario o titular.

El artículo 9 hace referencia a la vigencia de los certificados, circunstancia ésta no especificada en la Directiva, y que no obstante han sido introducidos en la norma española, con la idea de establecer un mecanismo suficiente, que cree confianza en el usuario, dentro del mecanismo de la firma electrónica, teniendo en cuenta en su caso algunas normas de Derecho comparado. Como indica la memoria justificativa, en este artículo 9 sobre vigencia de los certificados, se enumeran las causas determinantes de la extinción de la eficacia de los certificados, que tratándose de reconocidos, no podrá ser superior a cuatro años, y enumerándose las causas determinantes de la extinción de la eficacia de los certificados, regulándose la forma en que surtirá efecto frente a terceros de buena fe la extinción o suspensión de la eficacia de un certificado, no siendo oponible a terceros hasta que dichas circunstancias no hayan sido anotadas por el prestador de servicios en el registro al que hace referencia el artículo 11 letra e), que consiste en la obligación del prestador de servicios de certificación, de mantener un registro de certificados, en el que quedará constancia de los emitidos, figurando las circunstancias que afecten a la suspensión o pérdida de vigencia de sus efectos. Esta no oponibilidad frente a terceros, de lo no anotado, deja de actuar cuando el prestador pruebe que el tercero tenía conocimiento del hecho determinante de la extinción o suspensión antes de su publicación. Asimismo, se regulan obligaciones que deben cumplir los prestadores de servicios de certificación cuando vayan a cesar en su actividad, o se haya iniciado respecto a ellos, un procedimiento de concurso, quiebra o suspensión de pagos,

teniendo en cuenta por el artículo 9.1 g), que los certificados que estén aún dentro de su período de validez, no podrán ser transferidos a otro prestador de servicios, sin el consentimiento de sus titulares o signatarios, y que asimismo el Ministerio de Justicia deberá hacerse cargo de la información relativa a los certificados, que por no transferirse, se dejen sin efecto, hasta el momento en que, de acuerdo con el artículo 12 h), cese la obligación de conservar dicha información. En conexión con los certificados, el artículo 10 regula la equivalencia de los certificados de prestadores de servicios, establecidos en un Estado que no sea miembro de la Unión Europea, y que sea expedido como reconocido por dicho país; en estos casos se considerarán equivalentes a los expedidos por los establecidos en España, siempre que cumplan determinados requisitos tanto en relación al prestador de servicios, como al contenido del certificado.

Se establecen un conjunto de obligaciones a los prestadores de servicios de certificación, pero no sólo a aquellos que expidan certificados reconocidos, sino en general a todos, y en ello la norma española va más allá del proyecto de Directiva que hacía referencia a dichas obligaciones únicamente a los que emitían certificados reconocidos, por ello el Real Decreto-Ley permite al órgano de control supervisar el cumplimiento, por los prestadores de servicios que no expidan certificados reconocidos, de las obligaciones que les sean exigibles, extendiendo el régimen sancionador también a los que no expiden esos certificados reconocidos.

El artículo 11 regula esas obligaciones generales, que van desde la comprobación de la identidad y de las circunstancias personales de los solicitantes, la de poner a disposición del signatario los dispositivos de creación y de verificación de firma electrónica, no almacenar ni copiar los datos de creación de firma de la persona a la que se hayan prestado esos servicios, informar antes de la emisión de un certificado a la persona que solicite esos servicios de su precio, de las condiciones de su utilización; mantener un registro de certificados, comunicar en el caso de cese de actividad, a los titulares de los certificados por ellos emitidos, y que estuvieran inscritos en él, al Registro de Prestadores de Servicios del Ministerio de Justicia, teniendo en cuenta que la comunicación según el artículo 13.1, se llevará a cabo con una antelación mínima de dos meses al cese efectivo de la actividad, solicitar la inscripción en el Registro de Prestadores de Servicios de Certificación, etcétera. El artículo 12 regula, además de todas las obligaciones de los artículos 7 y 11, algunas más específicas para los prestadores de servicios que expidan certificados reconocidos, muchas de ellas provenientes de la Directiva, y que van desde la indicación de la fecha y hora en las que se expidió un certificado o se dejó sin efecto, emplear personal cualificado, utilizar sistemas y produc-

tos fiables, tomar medidas contra la falsificación de certificados, la muy importante relativa a la disposición de los recursos económicos suficientes para operar en dicho tráfico, y sobre todo para afrontar el riesgo de la responsabilidad por daños y perjuicios, debiendo constituir una garantía, que bien pueda ser un afianzamiento mercantil o un seguro de caución, con unas cantidades o tantos por cientos distintos según se limite o no el importe de las transacciones en las que pueda emplearse el conjunto de los certificados, además de conservar registrada toda la información y documentación relativa a un certificado reconocido, durante quince años, así como por último entre otras informar a cualesquiera usuarios de sus servicios de los criterios que se comprometen a seguir, con respeto al Real Decreto, y a sus disposiciones de desarrollo en el ejercicio de su actividad; de esta forma se da cabida a la autorregulación de los prestadores de servicios de certificación, en aquellos aspectos que no estén tasados por la propia norma, por ejemplo, el tema relativo a la forma en que se comprobará la personalidad de los solicitantes de certificado. Este tema está en íntima relación con el de la posibilidad que tienen los prestadores de servicios de delegar en un tercero, la comprobación de la identidad y otras circunstancias personales relevantes, por ejemplo, las facultades de representación del signatario, el cargo que ostente en la entidad, la vigencia del mismo, etcétera. Este punto es esencial, ciertamente, porque nos encontramos en las llamadas autoridades de registro, y estos terceros pueden ser personas físicas como los notarios, a los que la ley les encomienda función pública de dación de fe, a través de una delegación de parte de la soberanía, en este aspecto concreto, y que en ningún caso, estos prestadores de servicios podrán, como dice el párrafo final del artículo 1 de la norma española, sustituir ni modificar las normas que regulan las funciones que corresponde realizar a las personas facultadas, con arreglo a Derecho, para dar fe de la firma en documentos, o para intervenir en su elevación a públicos.

También en cuanto a esas garantías se podría haber permitido la constitución de un derecho de prenda o de hipoteca mobiliaria o inmobiliaria, resultando claramente más económico para el propio prestador de servicios, pero esta circunstancia al final no se incluyó en el texto definitivo. Otra obligación a la que ya hemos hecho referencia en otro momento de este trabajo, y que no consta en el texto definitivo, es la de comunicación al Registro de Prestadores del Ministerio de Justicia, de toda la información relevante de los certificados reconocidos que ellos expidan, por esa posible transcendencia que frente a terceros posibles contratantes con el signatario tienen algunos de dichos datos.

Se recoge también todo el sistema de responsabilidad de los prestadores de servicios de certificación, partiendo el artículo 12 del principio

general de que esta responsabilidad será exigible conforme a las normas generales sobre la culpa contractual y extracontractual. El tema de la responsabilidad, como ya analizamos en la Directiva, fue y es uno de los caballos de batalla, que se han puesto sobre el tapete a la hora de las distintas posiciones tanto de los Estados miembros como de terceros países, desde los extremos de una responsabilidad objetiva en todo caso, a una responsabilidad de carácter subjetivo. Por ello, se parte de esta responsabilidad, por los daños y perjuicios, cuando incumplan las obligaciones de la norma, o actúen con negligencia, correspondiendo al prestador demostrar que actuó con la debida diligencia. Se especifica también en el artículo 14 esa responsabilidad por los daños causados, por el uso indebido del certificado reconocido, siempre que no haya consignado en él, de forma claramente reconocible por terceros, el límite en cuanto a su posible uso o al importe del valor de las transacciones válidas que pueden realizarse empleándolo.

El artículo 15 regula el tema de la protección de los datos personales, remitiéndose a la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, así como la utilización del pseudónimo y la posible revelación de la identidad de los titulares de certificados, cuando lo soliciten los órganos judiciales. Es este un punto especialmente controvertido debido a que justamente se pueden establecer líneas claras de opacidad en toda esta relación de la sociedad de servicios de la información, en la que está enmarcada claramente la firma electrónica y los mecanismos del control de la confidencialidad.

6. Cuestiones de naturaleza técnica.

El título III contiene un único capítulo dedicado a los dispositivos seguros de firma electrónica, su correspondiente evaluación de la conformidad con la normativa aplicable, así como los dispositivos de verificación de firma electrónica avanzada, contenido en los artículos 19 a 22 inclusive. Lo que se pretende es crear esa seguridad en el mundo telemático, y en concreto en relación a la firma electrónica. Todo ello en conexión con el artículo 6 relativo a los órganos de certificación, y a las normas técnicas cuyos números de referencia hayan sido publicados en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*. En definitiva lo que se pretende es crear esa confianza tan importante y tan esencial en el usuario, a través del mecanismo de la firma electrónica, ya que en las redes abiertas como Internet, las personas que participan, en una posible relación comercial, quizás ni siquiera se conocen. Por ello, la Memoria Justificativa establece que “entre todos los instrumentos que se han experimentado para garantizar dicha confianza (claves de paso secretas, identificación biométrica mediante el reconocimiento de la voz o de las huellas digita-

les, la utilización de una misma clave para encriptar y desencriptar un mensaje...), la firma digital basada en el uso de claves asimétricas o criptografía de clave pública es la que mejor satisface las exigencias de seguridad y confianza que requieren las comunicaciones electrónicas. Ello es así porque la firma digital cumple, en relación con los documentos electrónicos, las dos principales funciones que se atribuyen a la firma manuscrita sobre un documento en papel, a saber, permite identificar al autor del escrito (autenticación) y constatar que el mensaje no ha sido alterado después de su firma (integridad). En realidad, la firma digital no identifica por sí sola al autor de un escrito, ya que sólo confirma que a la clave privada utilizada para firmar el mensaje le corresponde la clave pública que permite descifrarlo, sino mediante el complemento de un certificado electrónico, que constata que la clave pública del firmante pertenece a quien dice haberlo hecho. Este certificado es emitido por un tercero, digno de confianza, denominado en el argot, Entidad de Certificación, en el que descansa, en gran medida, la fiabilidad del sistema de autenticación mediante firma electrónica, al tener la misión de comprobar la identidad del signatario antes de expedir un certificado...”.

Por todo ello, los artículos 19 a 22 inclusive del texto, hacen referencia a los requisitos, tanto de dispositivos seguros de creación de firma electrónica, como a los dispositivos de verificación de firma, así como la evaluación de la conformidad con la normativa aplicable de los dispositivos seguros de creación de firma electrónica. Estos requisitos son esenciales para que se cumplan los grados de fiabilidad y seguridad que se pretenden, y sobre todo, para que en el caso de la firma electrónica avanzada se reconozcan los efectos contemplados en el artículo 3 de la norma española, y en el 5 de la proposición de Directiva.

7. Régimen de infracciones y sanciones.

El propio Real Decreto-Ley contempla en los artículos 24 a 28 inclusive un conjunto de infracciones, que divide en: muy graves, graves y leves, en razón al hecho que comporta la misma, y todas ellas son consecuencia de los posibles incumplimientos de las normas reguladoras de la firma electrónica.

Junto a las infracciones se establecen un conjunto de sanciones, previéndose inclusive la anotación en el Registro de Prestadores de Servicios de Certificación, de las sanciones impuestas por resolución firme, a los prestadores, por la comisión de cualquier infracción grave o muy grave. Las anotaciones relativas a las sanciones se cancelarán una vez transcurridos los plazos de prescripción de las sanciones administrativas previstos en la Ley Reguladora del Procedimiento Administrativo Común, pu-

diéndose establecer un conjunto de medidas cautelares que se estimen necesarias para asegurar la eficacia de la resolución que definitivamente se dicte, y que podrán consistir en la orden de cese temporal de la actividad del prestador de servicios de certificación, en la suspensión de la vigencia de los certificados por él expedidos o en la adopción de otras cautelas que se estimen precisas, conforme establece el artículo 27 de la norma española. El artículo 28, relativo al procedimiento sancionador, atribuye el ejercicio de la potestad sancionadora a la Secretaría General de Comunicaciones del Ministerio de Fomento, sin perjuicio de que el Ministerio de Justicia, y los demás órganos que ejercen competencias con arreglo al Real Decreto-Ley, podrán instar la incoación de un procedimiento sancionador, mediante petición razonada dirigida a la propia Secretaría General de Comunicaciones.

8. Otras cuestiones.

La disposición transitoria única prevé que los prestadores de servicios de certificación ya establecidos en España y cuya actividad se rija por una normativa específica habrán de adaptarse a lo establecido en la norma, en el plazo de un año desde su entrada en vigor. No obstante, conservarán su validez los certificados ya expedidos, que hayan surtido efectos.

LOS COMPLEJOS INMOBILIARIOS PRIVADOS

RAFAEL GÓMEZ-FERRER SAPIÑA

Notario

SUMARIO: **I.** INTRODUCCIÓN. **II.** LAS PROPIEDADES PRIVATIVAS O UNIDADES INMOBILIARIAS BÁSICAS. REQUISITOS. **1.** Pluralidad de edificaciones o parcelas. **2.** Independencia. **3.** El destino de las edificaciones y parcelas. **4.** Susceptibilidad de aprovechamiento independiente. **5.** Pluralidad subjetiva. **III.** LOS ELEMENTOS COMUNES Y LAS UNIDADES INMOBILIARIAS BÁSICAS PROCOMUNALES. **IV.** CONFIGURACIÓN DE LOS COMPLEJOS INMOBILIARIOS Y NORMAS DE APLICACIÓN. **1.** Una sola comunidad de propietarios. **2.** Una agrupación de comunidades de propietarios. **2.1.** *Constitución de la agrupación de comunidades de propietarios por determinación del propietario único del complejo.* **2.2.** *Constitución de la agrupación de comunidades por acuerdo mayoritario de las juntas de propietarios de las comunidades llamadas a integrarse.* **3.** Complejo inmobiliario privado que no adopta ninguna de las formas jurídicas establecidas en el artículo 24.2. de la LPH. **V.** EL COMPLEJO INMOBILIARIO PRIVADO CONSTITUIDO COMO UNA SOLA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS. **1.** Título constitutivo. **2.** La inscripción del título constitutivo en el Registro de la Propiedad. **3.** El régimen jurídico del complejo inmobiliario. **VI.** LOS COMPLEJOS INMOBILIARIOS PRIVADOS CONSTITUIDOS COMO AGRUPACIÓN DE COMUNIDADES DE PROPIETARIOS. **1.** El

título constitutivo de la agrupación de comunidades de propietarios. 2. La inscripción del título constitutivo en el Registro de la Propiedad. 3. Las especialidades del régimen jurídico de las agrupaciones de comunidades. 3.1. *Los órganos de gobierno de las agrupaciones de comunidades.* 3.2. *El fondo de reserva.* 3.3. *La obligación de contribuir al sostenimiento de los gastos generales de la comunidad agrupada: las deudas de las comunidades agrupadas con la agrupación de comunidades.* 3.4. *Las deudas de la agrupación de comunidades.* VII. LA EXTINCIÓN DE LOS COMPLEJOS INMOBILIARIOS URBANOS. VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. Introducción

Pone de manifiesto MARÍA T. ACQUARONE (1), que ante el crecimiento de las ciudades, el hombre trata de protegerse volviendo a la naturaleza. Esta motivación llevó a un desplazamiento de la vivienda a los alrededores de las ciudades, si bien actualmente se observa un cambio de enfoque desde el punto de vista sociológico: del lugar para pasar el fin de semana se ha pasado a radicar la vivienda familiar en lugares donde hay espacios verdes más amplios, se ha reducido la propiedad familiar a una sola casa, no solamente por ser menor la inversión, sino por el menor tiempo que demanda su manutención y cuidado y por disponer de ciertos servicios a precios más asequibles al ser repartidos entre más propietarios (2).

Ese mismo fenómeno se ha producido en España y junto a **edificios simples**, bien entre medianeras, o en espacios abiertos, existen otros de mayor complejidad, a los que puede calificarse como **edificios complejos** y las que tradicionalmente se han denominado **urbanizaciones privadas**,

(1) ACQUARONE, María T.: *Las nuevas urbanizaciones y aspectos del tiempo compartido. Sus características, estructuras jurídicas y configuraciones documentales*, editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires.

(2) Ob. cit., pp. 24-30. Estudiando la realidad argentina distingue entre los "clubes de campo" en que hay áreas comunes destinadas al esparcimiento colectivo, llamadas "complejo social y deportivo" y que se distinguen del "barrio cerrado" en que las áreas comunes solamente tienen lo indispensable para el funcionamiento del lugar, de modo que normalmente no tienen lugares de esparcimiento colectivo, sino que únicamente son comunitarias las calles y áreas de circulación interna. A veces tienen una estructura común, como sala de reuniones, gimnasio o pileta de natación, pero no es más que algunos edificios que se encuentran en la ciudad.

objeto de atención por la doctrina científica y la jurisprudencia patria desde hace muchos años ante la falta de regulación específica y la insuficiencia normativa de la LPH, destacada entre otros por CÁMARA (3), que acabó por aplicarse por analogía.

Ya SAPENA TOMÁS (4) lo describía en 1967 en los siguientes términos: “Lo del «boom» turístico español es una verdad que alcanza en sus realizaciones a todos los sectores de la vida nacional. Y es un hecho que precisa soluciones adecuadas para los múltiples problemas que plantea. Entre los que está el de lograr un alojamiento independiente –el departamento como hogar circunstancial– a un precio asequible, que reúna las mejores condiciones para gozar de la vida al aire libre, con todas las comodidades a que la vida en la ciudad nos tiene acostumbrados, más aquellas que se estiman como inexcusable corolario del campo o de la playa. Esto no se puede lograr con soluciones aisladas o unifamiliares por lo caro que resulta. Hay que construir en conjunto y en grupos de chalets o departamentos con los adecuados servicios para todos ellos, tanto los necesarios y propios de la ciudad (vías, desagües, agua potable, electricidad), como los que la expansión veraniega requiere (jardines, campos de deporte, piscinas, zonas de juegos infantiles, etc.). Lo que se logra armonizándolo todo en un conjunto, creando una unidad –toda la zona– con propiedades separadas –el chalet o el departamento–, es decir, delimitando y regulando una pequeña ciudad: urbanizando en suma. Lo que por otra parte, igual puede plantearse como solución puramente urbana, no turística”.

Los conjuntos inmobiliarios que fueron definidos en la Carta de Roma del V Congreso Internacional de Derecho Registral, celebrado en dicha ciudad del 8 al 12 de noviembre de 1982, “se caracterizan por la existencia de una pluralidad de inmuebles conectados entre sí, a través de elementos o servicios comunes, o de un régimen de limitaciones y deberes entre los mismos, con vocación de pertenecer a una multiplicidad de titulares, para la consecución y mantenimiento de los intereses generales y particulares de los partícipes”.

El vacío normativo en el Derecho español intentó ser cubierto mediante distintas propuestas, entre las que destaca el borrador de anteproyecto de Ley de Conjuntos Inmobiliarios Urbanos de 18 de diciembre de 1991 (5), que no pasó de simple borrador.

(3) CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel de la: “Insuficiencia normativa de la LPH”, curso de conferencias sobre propiedad horizontal y urbanizaciones privadas, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1973, pp. 33 y ss.

(4) SAPENA TOMÁS, Joaquín: “Problemática jurídica de las urbanizaciones privadas”, *Revista de Derecho Notarial*, julio-diciembre 1967, pp. 63 y ss. En concreto p. 66.

(5) *Boletín Oficial del Ministerio de Justicia*, 1991, suplemento n.º 1648.

El artículo 1 del mismo definió los **“conjuntos inmobiliarios”** como “los conjuntos de unidades inmobiliarias o fincas, edificadas o edificables, en los que la propiedad de cada una tiene inherente un derecho de comunidad especial sobre los elementos o derechos inmobiliarios de utilidad común”.

Dicho texto distinguió entre las “unidades inmobiliarias” o propiedades privativas, y los “elementos e instalaciones comunes”, entre ellos los “necesarios para el adecuado uso y disfrute de las unidades del conjunto” (elementos comunes por naturaleza) y “los que hayan sido afectados al servicio o utilidad común” (elementos comunes por destino) (art. 2.1.).

En la regulación de los conjuntos inmobiliarios, cuyo régimen común establecían los artículos 2 al 27, contemplaba cuatro clases: “complejos urbanos” (título II, arts. 38 a 42), “propiedad horizontal” (título III, arts. 43 a 50), “multipropiedad” (título IV, arts. 51 a 53) y “comunidad de aprovechamiento por turno” (título V), con carácter real (título VI) o no.

El artículo 38 disponía: “1. En los complejos urbanos las propiedades separadas recaen sobre las distintas parcelas, con o sin edificación, integrantes de un conjunto. 2. A salvo lo que se establezca en el título de constitución, cada parcela será objeto de una sola propiedad separada aunque sobre ella esté constituido un conjunto independiente. 3. Cada complejo urbano puede ser, a su vez, unidad en un complejo superior”.

La Ley 8/1999, de 6 de abril, ha regulado por primera vez los **“complejos inmobiliarios privados”** (6), a los que se venía denominando, también, **“conjuntos inmobiliarios”** (7) o **“urbanizaciones privadas”** (8) y a los que, repetimos, se aplicaba, por analogía (art. 4.1 C.c.), las normas de

(6) LASO MARTÍNEZ: “De la propiedad de las casas por pisos a los conjuntos inmobiliarios”, *RCDI*, 1993, núm. 619, pp. 1830 y 1831, prefiere la denominación de “conjunto inmobiliario”, como les ha llamado el Real Decreto de 13 de noviembre de 1992, que da nueva redacción al artículo 415 del Reglamento Hipotecario para adaptarlo a la Ley de 30 de abril de 1992, porque no hace referencia a la existencia de elementos comunes y no está ligada a su utilización en suelo urbano, y critica la de “complejo inmobiliario”, que “por sí parece inexpresiva o a lo sumo simplemente da la idea de una titularidad jurídica plural sometida a un régimen jurídico propio; pero, en cambio, no recogería aquellos supuestos en que hubiera, por el contrario, elementos comunes”. También utiliza la expresión “conjunto inmobiliario” el artículo 1.º de la Ley 42/1998 de 15 de diciembre sobre aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias.

(7) La ley francesa de propiedad horizontal de 10 de julio de 1965 en su artículo 1.º, párrafo 2.º, estableció que “salvo pacto en contrario por el que se haya establecido una organización diferente, la Ley se aplicará igualmente a los conjuntos inmobiliarios, en los que además de los terrenos, instalaciones y servicios comunes, existan parcelas edificadas o no que constituyan el objeto de derechos privativos de propiedad”.

(8) Sobre las denominaciones véase FERNÁNDEZ COSTALES, J.: “Las urbanizaciones y la propiedad horizontal”, *Actualidad Civil*, n.º 8/20-26, febrero 1995, pp. 149 y ss., en concreto pp. 153-154.

la Ley de Propiedad Horizontal (en adelante LPH), por doctrina y jurisprudencia (9).

La sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 1995, entre otras, afirmó: “Es doctrina de esta Sala, contenida en la sentencia de 23 de septiembre de 1991, que cita las de 18 de abril de 1988 y 13 de marzo de 1989, que se admite, en el caso de las urbanizaciones, la posibilidad de coexistencia de **dos tipos de comunidades entrelazadas para su administración**: la propia y exclusiva de cada edificio con pluralidad de viviendas y la de la urbanización, cada una con sus propios cometidos comunitarios, pero hallándose ambas sometidas, en cuanto a su constitución y funcionamiento –a falta de una regulación específica de la segunda– al régimen de la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960, sin que exista inconveniente legal, ni jurisprudencial, en admitir que la defensa de aquellos intereses comunitarios que, por extravasar los propios y exclusivos de cada edificio, afecten a la generalidad o a una gran mayoría de los componentes del conjunto urbanístico, pueda asumirla la expresada **comunidad de la urbanización**; pero esto no quiere decir que sus Estatutos puedan constituirse sin unanimidad, ni invadir las competencias de cada bloque, rigiendo para su constitución lo establecido en el artículo 5.º: «acuerdo de todos los propietarios existentes, laudo o resolución judicial»”.

Como ha destacado DORREGO DE CARLOS, la ponencia redactora de la Ley de reforma de la LPH se encontró ante el dilema: o esperar un proyecto completo del Gobierno o establecer una regulación sencilla que compilara “el derecho vivo... más que transformarlo y moldearlo con la violencia inherente a toda innovación legislativa” (10).

La regulación se ha efectuado de acuerdo con las enmiendas 20 (120/2) del GP Popular y 35 (122/62) del GP Socialista, que fueron aceptadas por la ponencia “incorporando una regulación de las urbanizaciones privadas”, denominación que a juicio de RAGEL SÁNCHEZ (11) intenta, por una parte,

(9) *Vide*, entre otras, sentencias del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 1985, 28 de mayo de 1986, 18 de abril de 1988, 13 de marzo de 1989, 23 de septiembre de 1991, 26 de enero de 1995, 11 de abril de 1995, 26 de junio de 1995, 2 de julio de 1997, 28 de mayo de 1986, AT de Valencia de 13 de febrero de 1975, Granada 25 de septiembre de 1985, Madrid 9 de junio de 1986, AP de Sevilla de 18 de febrero de 1992, AP de Tarragona de 7 de mayo de 1993 y 3 de febrero de 1994, AP de Málaga de 7 de diciembre de 1993, 23 de enero de 1996, 26 de octubre de 1996, 27 de enero de 1997, AP de Badajoz de 8 de julio de 1994, AP de La Coruña de 17 de abril de 1996, y AP de Teruel de 3 de mayo de 1996, etc.

(10) DORREGO DE CARLOS, Alberto: “Los complejos inmobiliarios en la reforma de la LPH de 1999”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, noviembre-diciembre 1999, núm. 655, pp. 2303 y ss. En concreto p. 2322.

(11) RAGEL SÁNCHEZ, Luis-Felipe, en *Comentarios a la LPH*, coordinados por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, editorial Aranzadi, 1999, p. 731.

distinguir esta figura de las “*urbanizaciones de iniciativa particular*, que es una manera de proceder urbanísticamente, la contraria a la promoción pública”, y por otra, al emplear el adjetivo *privados* resalta “que la realidad resultante del proceso urbanístico, o una parte de ella, está *destinada al uso de un núcleo reducido de personas*, excluyendo del mismo al público en general, es decir, a los que no tienen la cualidad de copropietarios del complejo inmobiliario privado”.

Les dedica la Ley el capítulo III, con un solo artículo, el 24, que, con la supresión en el Senado del calificativo “de negocios” (12) a los locales *permanece inalterado* desde el Informe de la Ponencia (BOCG número 245-1 de 20 de noviembre de 1998), y constituye el objeto de nuestro estudio.

Probablemente el legislador ha tenido presente el pensamiento de CÁMARA cuando ante el hecho cierto de que “las leyes en la hora que vivimos vienen al mundo marcadas por un triste destino o, al menos desairado”, quedándose rápidamente anticuadas, afirma que “el legislador... puede reaccionar de dos maneras distintas. O bien intenta ponerse rápidamente al día, a través de reformas totales o parciales dirigidas a cubrir los huecos que la disposición primigenia dejó al descubierto (lo que él denomina “motorización legislativa”), o, por el contrario (como creo hace nuestra Ley de reforma de la LPH), conserva la calma y abre un margen de confianza a los intérpretes, sobre todo a los juristas prácticos, para que éstos, mediante la utilización de todos los recursos técnicos a su alcance, busquen las soluciones apetecidas extrayéndolas de los principios que inspiran la ley especial o los más generales del ordenamiento jurídico” (13).

En la sesión de la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados de 24 de noviembre de 1998 (Diario de Sesiones número 576), los representantes de los Grupos Socialista y Popular expusieron la **finalidad de la nueva regulación** (14).

(12) La supresión obedece a la enmienda número 20 del Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos, justificándolo porque “el 396 del Código civil, al referirse a los elementos privativos que integran, con los elementos comunes, la propiedad horizontal, menciona «los pisos o locales de un edificio o las partes de ellos susceptibles de aprovechamiento independiente por tener salida propia a un elemento común de aquél o a la vía pública». El artículo 3.º de la Ley sobre Propiedad Horizontal utiliza para definir el elemento privativo el concepto de «espacio suficientemente delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente». Resulta evidente que un edificio puede estar integrado no sólo por viviendas y locales de negocio, sino por garajes, aparcamientos, trasteros y otros espacios suficientemente delimitados y susceptibles de aprovechamiento independiente”.

(13) Ob. cit., pp. 34-35.

(14) Los destacados en negrilla son míos.

El Diputado del Grupo Parlamentario Socialista Sr. NAVARRETE, manifestaba: “El tercer vector es el de los complejos inmobiliarios privados, cada vez más usual puesto que las urbanizaciones conllevan la existencia de instalaciones comunes, sean de carácter recreativo, de carácter cultural, o por la infraestructura técnica de que tienen que estar dotadas las viviendas que están situadas en distintas edificaciones. Es evidente que estos complejos inmobiliarios privados no tienen por qué diferenciarse excesivamente del régimen de aplicación a las viviendas o locales con autonomía que se encuentran en cada uno de esos edificios. Si a estas viviendas y a tales locales es de aplicación el sistema de cuotas, tanto para la determinación de los derechos como para el establecimiento de las obligaciones y las responsabilidades, aplicando un método analógico podía llegarse a la conclusión de que es posible la inclusión como un tercer capítulo de la LPH de una serie de normas dedicadas a esta materia, para la simplificación del funcionamiento de estas **comunidades horizontales de segundo grado** por un sistema de **ponderación** de lo que cada uno de esos inmuebles representa y atribuyendo la capacidad de voto, restringida por la necesidad de obtener un cierto mandato en las juntas generales de los correspondientes edificios, al presidente de la comunidad. Así se evitarían las **juntas multitudinarias** que se originarían de no tener en cuenta **ese voto y representación ponderados a través de los presidentes de las comunidades**. Hasta ahora, cuando existía un transformador en común, unos jardines en común o unas pistas deportivas en común de los diferentes inmuebles en régimen de propiedad horizontal, que tenían como nexo común precisamente la pertenencia de determinadas instalaciones al conjunto de los inmuebles, el régimen que les era de aplicación era el de comunidad del Código Civil... Si la LPH surgió como consecuencia de considerar que el régimen de comunidad del Código Civil no resolvía la totalidad de los problemas que tenían planteados los locales y viviendas en régimen de propiedad horizontal, menos aún el simple sistema de comunidad del Código Civil podría resolver algo todavía más complicado, según indica su propia denominación, como son los complejos inmobiliarios privados”.

El Diputado del Grupo Popular Sr. ORTIZ GONZÁLEZ, declaró: “Hay un tercer vector... que es lo que concierne a la regulación de las urbanizaciones o, utilizando la terminología del texto de la ponencia, de los complejos inmobiliarios privados, sin otro propósito... que el de permitir la aplicación de la LPH y contemplar el régimen específico de aquellas comunidades con un planteamiento en sus órganos de gobierno ágil y flexible, para evitar esas juntas gigantes si se aplicara *stricto sensu* la LPH”.

El artículo 2.c) LPH establece que esta ley será de aplicación, “c) *A los complejos inmobiliarios privados, en los términos establecidos en esta Ley*”.

El artículo 24, referido específicamente a ellos, es del tenor siguiente:

“1. *El régimen especial de propiedad establecido en el artículo 396 del Código Civil será aplicable (15) a aquellos complejos inmobiliarios privados que reúnan los siguientes requisitos:*

(15) RAGEL SÁNCHEZ: ob. cit., p. 732 dice que “La expresión «será aplicable» no es casual. Si se hubiera pretendido que el régimen de propiedad horizontal fuera imperativo para

a) *Estar integrados por dos o más edificaciones o parcelas independientes entre sí cuyo destino principal sea la vivienda o locales.*

b) *Participar los titulares de estos inmuebles, o de las viviendas o locales en que se encuentren divididos horizontalmente, con carácter inhere[n]te a dicho derecho, en una copropiedad (16) indivisible sobre otros elementos inmobiliarios, viales, instalaciones o servicios.”*

La Ley habla de la existencia de una “copropiedad indivisible” sobre otros elementos inmobiliarios, viales, instalaciones o servicios, como uno de los requisitos para que sea aplicable a los mismos el régimen especial de propiedad establecido en el artículo 396 del Código civil; como dice DORREGO “esta expresión debe interpretarse al igual que el artículo 396 del C.c. y el artículo 3.b) de la LPH, como la titularidad de **cualquier derecho**. En caso contrario no tendrían cabida muchas de las situaciones que se dan en la práctica de nuestras comunidades de propietarios en relación con el uso y disfrute de los elementos comunes” (17).

La indivisibilidad es consecuencia que impone la ley a la situación de hecho que contempla y no al contrario (18).

los complejos inmobiliarios privados se debiera haber utilizado una expresión más enérgica (“se aplicará ineludiblemente”, por ejemplo). El régimen de la LPH no es de necesaria aplicación directa en lo que se refiere a los complejos inmobiliarios privados. Es dispositivo y, por lo tanto, puede ser eludido mediante la correspondiente declaración de voluntad formulada por los titulares del complejo, que podrán establecer libremente el modelo organizativo que más les satisfaga (comunidad de bienes, sociedad civil, sociedad cooperativa, asociación, etc.) en sustitución del régimen de propiedad horizontal...”.

(16) La ley, en consecuencia, ha optado por la asimilación de los complejos inmobiliarios a la propiedad horizontal, no acogiendo las posiciones doctrinales que pretendían su separación, pues como decía LASO (ob. cit., p. 1831), partidario de la no equiparación, “si por esencia los conjuntos inmobiliarios conllevan una propiedad común, su analogía con la propiedad horizontal sería evidente, aun cuando la comunidad en el derecho no fuera de todos los partícipes sobre su proyección vertical en el suelo, que es indiferente, sino que se extendiera horizontalmente a parcelas de propiedad común que fueran constitutivamente necesarias para su existencia”, y añadía (p. 1832) “no puede haber propiedad horizontal en la que no existan elementos comunes”.

(17) Ob. cit., p. 2325.

(18) LASO (ob. cit., p. 1835) cita una sentencia de la Corte de Casación italiana de 5 de enero de 1980, conforme a la cual “El sometimiento a una disciplina especial del condominio sobre un edificio (propiedad horizontal) ha venido determinado por motivos de carácter objetivo, dada la inadecuación de la regla general de la comunidad para satisfacer la exigencia normativa de una forma de copropiedad (los complejos inmobiliarios) que presentan caracteres peculiares, la cual no consiente, en algunos aspectos, el puro y simple encaje en el régimen de comunidad. Tales características vienen dadas esencialmente porque las partes comunes de un edificio están estructuralmente dispuestas para servir a la utilización de los pisos o parte de ella o están establemente destinados al ejercicio de servicios comunes y siempre para la mejor utilización de las partes privativas. De ahí que, por una parte, la Ley resulte contraria a la división, aun cuando ésta sea posible materialmente (art. 1.119 C.c.) y, por otra parte, la sumisión de la materia a una disciplina especial, idónea para facilitar lo más posible la reglamentación del uso de las cosas comunes y permitir de este modo la superación de situaciones conflictivas

Al establecer el artículo 24.4 LPH que “a los complejos inmobiliarios privados que no adopten ninguna de las formas jurídicas señaladas en el apartado 2 les serán aplicables, supletoriamente respecto de los pactos que establezcan entre sí los copropietarios, las disposiciones de esta Ley, con las mismas especialidades señaladas en el apartado anterior” (19), es la forma de constitución del complejo inmobiliario privado la que hace que quede configurado como una propiedad especial que reúne las características del artículo 24.1, y al que se aplican, según la forma de constitución, o íntegramente las normas de la propiedad horizontal, o con especialidades; debiendo convenirse con PEÑA, que “la diferencia de naturaleza entre estas instituciones exige que deba darse una interpretación restrictiva a los preceptos que señalan los casos en que, conforme a la nueva Ley, procede la aplicabilidad *íntegra*, a los complejos urbanos, de las disposiciones de la LPH” (20).

Si no adoptan una de las dos formas que previene el artículo 24.2, parece que sólo le serán “supletoriamente” aplicables las normas de la LPH con las mismas especialidades aplicables a las agrupaciones de comunidades; mas es evidente que, como luego exponemos, los pactos entre los comuneros deberán respetar los preceptos imperativos de la propia Ley.

Concede, pues, la norma, un amplio margen a la autonomía de la voluntad al regular los complejos inmobiliarios urbanos, y como dice RAGEL (21) el régimen del artículo 24 LPH, “será la vía elegida por la mayoría de los complejos inmobiliarios privados en el futuro, debido a la seguridad jurídica que proporciona un Texto Legal moderno y adaptable a este tipo de titularidad compartida. Si en el pasado, cuando no se establecía previsión legal alguna al respecto, la LPH era el modelo organizativo mayoritariamente adoptado por los complejos inmobiliarios, ahora se reforzará esa práctica, pues ya existe un encaje organizativo legal”.

previsibles entre los partícipes en el condominio. Siendo ésta, fundamentalmente, la finalidad de la especial disciplina de la propiedad horizontal en los edificios, la consecuencia es que dicha disciplina encuentra aplicación siempre que haya cosas que entren, por su estructura o por su finalidad, entre las previstas en el artículo 1.117 del C.c. independientemente de que por los pisos o porciones de ellos para su uso o mejor servicio se utilicen dichas cosas, estén comprendidas en un edificio único o bien en fracciones que tienen características de edificios autónomos (art. 61) o incluso en edificios totalmente distintos en su origen”.

(19) Como dice DORREGO DE CARLOS, esta regla es “de extraordinario interés para los conjuntos existentes a la entrada en vigor de la Ley de reforma que no adapten sus títulos constitutivos a las previsiones contenidas en ellas”, ob. cit., p. 2324.

(20) PEÑA: ob. cit., p. 559.

(21) Ob. cit., p. 733.

II. Las propiedades privativas o unidades inmobiliarias básicas. Requisitos

En los complejos inmobiliarios las propiedades privativas, propiedades separadas, unidades inmobiliarias (art. 1.º del Anteproyecto de Ley de Conjuntos Inmobiliarios del Ministerio de Justicia de diciembre de 1991), o como, con mejor fortuna, les denomina con base en dicho precepto PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (22), y en adelante en este trabajo, “unidades inmobiliarias básicas”, habrán de reunir los siguientes requisitos:

1. Pluralidad de edificaciones o parcelas.

Las urbanizaciones están formadas por **dos o más edificaciones o dos o más parcelas**: es de utilidad para la comprensión de este requisito comprobar cómo en el borrador de anteproyecto se distinguía entre “**propiedad horizontal**” y “**complejos urbanos**”:

En la **propiedad horizontal** concurrían las siguientes circunstancias: a) Tratarse de una edificación, en la que se hallan integradas las propiedades separadas susceptibles de aprovechamiento independiente por tener una salida propia a un elemento común o a la vía pública, y aunque en el título constitutivo alguna de dichas propiedades separadas, se constituya en un “**subrégimen**” de propiedad horizontal, que tenga por objeto plazas, partes o puestos físicamente deslindados (art. 43); b) Tratóndose de varias edificaciones, contiguas o no, cuando la parcela sobre la que se asientan haya de ser común (art. 44.1).

En los **complejos urbanos** las propiedades separadas recaen sobre las distintas parcelas, con o sin edificación, integrantes de un conjunto (art. 38.1), y cada parcela será objeto de una sola propiedad separada aunque sobre ella esté constituido un complejo independiente (art. 38.2), cada complejo urbano puede ser, a su vez, unidad en un complejo superior (art. 38.3). Por ello se exigía que al título constitutivo se incorporase, original o por testimonio, “el acuerdo de parcelación cuando una u otro vengan exigidos por la legislación urbanística” (art. 40.1).

¿Cabe seguir el mismo criterio a la vista de la regulación del artículo 24?

Según DOMÍNGUEZ LUELMO “el legislador pretende referirse al problema de lo que podemos denominar edificaciones complejas, en las que es factible incluir los edificios con varios portales, las urbanizaciones privadas y especialmente los supuestos de varias edificaciones que compar-

(22) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel: ob. cit., p. 506.

ten una serie de instalaciones, servicios y otros elementos inmobiliarios comunes, e incluso aquellas edificaciones que incluyen viviendas y locales tipo galerías o centros comerciales con accesos comunes para unas y otros, incluso con parkings privados y públicos” (23).

La ley actual considera requisito objetivo para que pueda hablarse de complejo inmobiliario la existencia de “**dos o más edificaciones**”, pero no menciona como requisito que estén situados sobre parcelas constitutivas de fincas diferentes.

Sin embargo, distingue, al respecto, entre los complejos inmobiliarios constituidos como una sola comunidad, y los que lo son como una agrupación de comunidades.

En cuanto a los primeros, al admitir el artículo 24.2.a) que pueda constituirse el complejo inmobiliario “en una sola comunidad de propietarios”, la consecuencia es que está exigiendo, en tal supuesto, que el complejo, integrado por dos o más edificaciones o parcelas edificables, esté situado sobre **una sola finca**, supuesto que viene a coincidir con el del artículo 44.1. del borrador que consideraba como una propiedad horizontal y al que la ley actual aplica íntegramente su régimen. Las edificaciones o parcelas además de ser “**independientes**” y destinarse principalmente a “**vivienda o locales**”, deben tener, también, además de sus elementos comunes particulares, ya sean por naturaleza o por destino (por ejemplo, local social), “**otros elementos inmobiliarios, viales, instalaciones o servicios**” (art. 24.1.b) comunes a todas las edificaciones o parcelas del complejo. A su vez, las edificaciones pueden ser unitarias o hallarse divididas horizontalmente (art. 24.1.b) (24), constituyendo distintas subcomunidades. El artículo 24.2.a) por tanto, a mi juicio, supone el reconocimiento legal de la propiedad horizontal tumbada.

Si la edificación, por muy compleja que sea, es única, o siendo varias sobre una misma finca o solar, no tienen además de los posibles elementos comunes particulares de cada una de ellas, elementos comunes inmobiliarios, viales, instalaciones o servicios, que compartan con las demás, no nos hallaremos ante un complejo inmobiliario, sino ante un edificio complejo, que se regirá por las normas generales de la LPH aplicables al edificio simple.

(23) DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, en VVAA: *La reforma de la Propiedad Horizontal*, bajo la coordinación de Vicente Guilarte Gutiérrez, ob. cit., p. 440.

(24) En el mismo sentido DORREGO (ob. cit., p. 2334) dice que “ello se deduce con toda claridad del artículo 24.1 de la LPH al prever los distintos tipos de comunidades separadas, pero sobre todo deriva de una elemental exigencia del sentido común: en caso contrario quedarían fuera de esta regulación legislativa y condenadas a una difícil autorregulación, aquellas urbanizaciones residenciales (tan frecuentes en la práctica) en las que los bloques divididos horizontalmente concurren con chalets o viviendas unifamiliares en la titularidad de elementos y servicios comunes”.

La posibilidad de que estén integrados por “**dos o más parcelas**”, significa que puede constituirse el complejo en la fase en que todavía no se han realizado sobre dichas parcelas las edificaciones destinadas a viviendas o locales [situación análoga a la prehorizontalidad (25)]. Sobre cada una de ellas, a su vez, podrá construirse una o varias edificaciones.

Por el contrario, el supuesto del artículo 24.2.b) de la LPH, es decir, la **agrupación de comunidades**, requiere que las edificaciones o parcelas constituyan **fincas independientes entre sí y con relación a los elementos comunes**. Por tanto deben reunir los requisitos que el borrador exigía en su artículo 38.

Dicho borrador previó, en el artículo 6.1, la posibilidad de que el propietario del terreno, al constituir el conjunto, pudiera reservarse **el derecho de ampliarlo** con expresión de los criterios que habían de determinar las nuevas cuotas, con sujeción a la legislación urbanística y con respeto siempre de las condiciones que impongan las reglas del conjunto. En cuanto a los **terceros adquirentes** se estará a lo dispuesto en los apartados 3 y 4 del artículo 3.º, es decir, deberán ser inscritos para que perjudiquen a tercero.

“Tratándose de complejos urbanos, se precisarán los máximos de extensión superficial y de número de parcelas integrables en el conjunto. El derecho caducará a los diez años” (art. 6.2).

En realidad se trataba de la aplicación a los complejos inmobiliarios del régimen que para el derecho de vuelo establecía el artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario, que fue modificado por el artículo primero del Real Decreto 1867/1998 de 4 de septiembre, que el Tribunal Supremo en su sentencia de 24 de febrero de 2000, ha declarado nulo en cuanto a la **limitación del plazo de duración** de los diez años de dicho precepto, por defecto de rango normativo.

Declara el Tribunal Supremo en el Fundamento Cuarto de dicha sentencia que “aun cuando pueda estimarse como cierto que el precepto impugnado no regula de manera directa el derecho de vuelo, sino que se limita a señalar los requisitos para que dicho derecho pueda acceder y beneficiarse de la publicidad registral, así como que tampoco afecta al principio de libertad de pactos contenida en el artículo 1.255 del Código civil, ya que lo dispuesto en el precepto impugnado no impide en abso-

(25) Concepto estricto de prehorizontalidad. Véase CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel de la: ob. cit., pp. 33 y ss. En concreto, p. 69 se refiere al supuesto en que el “edificio antes de existir como tal ha sido proyectado para que pertenezca por pisos o departamentos a diversas personas. Cuando esto acontece, y durante la fase de construcción del inmueble, éste se halla en una situación que con toda exactitud puede denominarse de «prehorizontalidad»”. En el mismo sentido DÍAZ MARTÍNEZ, Ana, en VVAA, *Comentarios a la LPH*, coordinado por Bercovit, editorial Aranzadi, p. 844.

luto que pueda pactarse un derecho de vuelo con una duración superior a diez años, no lo es menos que, al establecerse como requisito para que tal ejercicio tenga una vigencia no superior a diez años, de alguna manera se está alterando su alcance y eficacia frente a terceros, puesto que los derechos reales tienen acceso al Registro de la Propiedad sin limitación de tiempo por imperativo del artículo 1 de la Ley Hipotecaria, siendo necesario, cuando se trate de derechos reales o de cargas o limitaciones del dominio, el derecho de vuelo es un derecho real que supone una limitación del dominio para los propietarios o copropietarios de inmuebles que no son partícipes del mismo, que conste su inscripción para que surtan efecto frente a terceros. Por esa razón, aun reconociendo que el principio de determinación no tolera gravámenes indefinidos o indeterminados, una limitación del tipo de la que se pretende en el artículo 16 del Reglamento impugnado en relación con el derecho de vuelo debe necesariamente venir establecida por Ley al afectar a lo dispuesto en el precepto mencionado de la Ley Hipotecaria, así lo demuestra el hecho de que otras limitaciones, como las relativas al alcance de la garantía hipotecaria, se establecen en la propia ley, en este caso en el artículo 114 de la misma”.

“Podrá sostenerse, como decimos, que no se afecta con el precepto impugnado el contenido del derecho de vuelo ni de libertad de pacto, pero no es menos cierto que al limitar la posibilidad de su acceso al Registro en contra de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley Hipotecaria que no establece limitación alguna, condicionando así su eficacia frente a terceros, supone en definitiva el establecimiento de un régimen jurídico diferente al que con arreglo a los principios generales de la Ley Hipotecaria le correspondería como derecho real que es, lo que justifica que esa modificación sólo puede hacerse por Ley.”

El precepto anulado no hizo sino recoger la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado en sus resoluciones de 6 de noviembre de 1996 y 29 de abril de 1999.

En esta última, resolviendo el recurso planteado ante la suspensión por el registrador del derecho de vuelo reservado en los estatutos por “no fijarse expresamente el plazo concreto dentro del que puede ser ejercitado el derecho de vuelo en aras del principio de especialidad”, reiteró la Dirección que “ciertamente, las exigencias de tal principio, que impone la delimitación precisa y completa de los derechos que pretenden su acceso al Registro así en sus elementos subjetivos y objetivos, cuanto en su contenido y alcance (cfr. arts. 9 de la Ley Hipotecaria y 51 del Reglamento Hipotecario), impediría la inscripción de un derecho como el cuestionado que, además de presentar contornos especialmente difusos, produce una clara indeterminación en la extensión de los derechos de

propiedad especial y separada recayente sobre los distintos pisos y locales configurados como elementos privativos en el régimen de propiedad horizontal constituido (la cuota que en los elementos comunes corresponde actualmente a cada uno de los pisos y locales, así como las características generales del complejo urbanístico, quedarán en una situación permanente de provisionalidad, en función de la siempre posible modificación de las ordenanzas municipales). Lo que ocurre en el caso debatido dadas sus peculiaridades es que tras esa aparente falta de determinación lo que subyace no es un derecho real de los configurados en el artículo 16.2.º del Reglamento Hipotecario, imperfectamente definido, sino la sustracción a los propietarios de la finca edificada (y con carácter perpetuo) de una facultad dominical, que eventualmente puede surgir en el futuro, cual es, la de materialización del aprovechamiento urbanístico adicional que posibilite en cada momento el planeamiento urbanístico, esto es, la de adquirir los nuevos usos o intensidades edificatorias susceptibles de apropiación que puedan definirse en lo sucesivo con arreglo a la normativa urbanística (*vid.* arts. 5, 8, 23, 26 y 31 de la Ley del Suelo); se trataría, pues, de un derecho a hacer propia, si surgiera, una facultad que en otro caso habría de integrar el derecho dominical que hoy se ostenta y que se prevé transmitir (algo así como un derecho perpetuo a los tesoros ocultos de una finca o a las futuras accesiones naturales en los casos del art. 368 y Sentencias del Código civil) lo cual en modo alguno puede considerarse como verdadero derecho real (ni, por tanto, ser susceptible de inscripción, conforme a los arts. 1 y 2 Ley Hipotecaria) pese a la libertad de creación de tales derechos reales que rige en nuestro ordenamiento jurídico (*vid.* arts. 2 de la Ley Hipotecaria y 7 del Reglamento Hipotecario), pues se conculcan los límites y exigencias estructurales del estatuto jurídico de los bienes (dada su significación económico política y su trascendencia *erga omnes*) que excluyen la constitución de derechos reales limitados singulares de carácter perpetuo e irredimible (*vid.* arts. 513, 526, 546, 1.608 y 1.655 del Código civil), si no responden a una justa causa que justifique esa perpetuidad”.

Dice el artículo 16.2 del Reglamento que: *“El derecho de elevar una o más plantas sobre un edificio o el de realizar construcciones bajo su suelo, haciendo suyas las edificaciones resultantes, que, sin constituir derecho de superficie, se reserve el propietario en caso de enajenación de todo o parte de la finca o transmita a un tercero, será inscribible conforme a las normas del apartado 3.º del artículo 8 de la Ley y sus concordantes. En la inscripción se hará constar:*

- a) Las cuotas que hayan de corresponder a las nuevas plantas en los elementos y gastos comunes o las normas para su establecimiento.*
- b) Determinación concreta del número máximo de plantas a construir.*

c)

d) *Las normas de régimen de comunidad, si se señalaren, para el caso de hacer la construcción.*"

No vemos inconveniente en que en el título de constitución del complejo o en los estatutos del mismo se prevea la posibilidad de ampliar las unidades inmobiliarias básicas que podrán integrarse en el complejo y disfrutar de los elementos inmobiliarios, viales, instalaciones o servicios comunes, por aplicación analógica del artículo 16.2.º del Reglamento Hipotecario, pero para que éstos lo sean, deberá poderse agrupar o agregar la finca o fincas en que se amplía el complejo, a la que constituye la base sobre la que se ha constituido el primitivo conforme al artículo 24.2.a), atribuyéndoles la cuota reservada para ellas para tal caso, y modificando las de las demás unidades inmobiliarias básicas para que sumen en total las cien centésimas, o si nos hallamos en un supuesto de agrupación de comunidades, la posibilidad de establecer la vinculación *ob rem* de la nueva comunidad con asignación de la cuota para ella reservada y modificación de las restantes. En este caso, además, no concurre la causa de la indefinición del derecho de los restantes propietarios del complejo, como en el derecho de vuelo sin plazo para su ejercicio.

El título constitutivo deberá determinar las cuotas que hayan de corresponder a las nuevas unidades inmobiliarias básicas en los elementos y gastos comunes o las normas para su establecimiento, la determinación concreta del número máximo de unidades inmobiliarias básicas a integrar, y en su caso las normas de régimen de comunidad, si se señalaren, para el caso de hacer la ampliación.

2. Independencia.

Las edificaciones o parcelas han de ser **independientes entre sí**, pues si pese a haber pluralidad no hay autonomía, no nos hallaríamos ante un complejo inmobiliario privado, sino ante un edificio complejo, o un tipo de propiedad diferente.

Dice PEÑA (26) que "las distintas unidades inmobiliarias objeto de las diversas propiedades separadas del complejo consisten en *cosas* (fundos edificados o edificables) que, en lo principal, son *independientes entre sí*. Los complejos urbanos no son, pues, simplemente propiedades horizontales tumbadas".

Sin embargo, la constitución conforme al artículo 24.2.a) es un claro reconocimiento de la vigencia y utilidad de la hasta ahora llamada, con

(26) Ob. cit., pp. 556-557.

la denominación acuñada por JOAQUÍN SAPENA TOMÁS (27), propiedad horizontal tumbada: “sin paradoja ninguna –dice SAPENA–, la propiedad horizontal es consecuencia de la verticalidad de la construcción, mientras que la urbanística, con propiedades en vertical –*usque ad sidera*– lo es de la horizontalidad en su planteamiento: ¿Qué hemos hecho? Hemos tumbado la propiedad horizontal: las escaleras y ascensores se han transformado en caminos y viales; las terrazas y patios de luces, en zonas verdes y de esparcimiento; los departamentos en parcelas, y hasta los porteros de la verticalidad en sus funciones han pasado a guardas, con vigilancia en horizontal”.

Sin embargo, no escapa a la sagacidad de SAPENA, que no son equiparables en absoluto edificio y urbanización. Por ello advierte, y de esta inicial afirmación se derivan importantes consecuencias en materia de extinción de las urbanizaciones: “No es lo mismo, claro: la razón íntima de la propiedad horizontal está en el propio ser, en la unidad sustancial del edificio, mientras que en la urbanización la unidad nace del destino. Luego en ésta, desaparecido el destino, subsistiendo el objeto material sin alteración alguna, cesa la unidad; en cambio en el edificio, es este, la propia construcción, la que ha de desaparecer para que así suceda” (28); lo que le lleva a la conclusión de la aplicación por analogía de las normas de la LPH: “no... vamos a aceptar y transplantar, sin más, las normas legales sobre propiedad horizontal, que no son aplicables a nuestro caso, aunque de ellas podamos servirnos como modelo, incluso por aplicación analógica” (29).

Y es que como recordaba FONT BOIX, “desde el Derecho romano hasta la época moderna el edificio ha sido considerado como un *corpus unitum*. La doctrina italiana habla de él como un «*complesso casseggiato*» para referirse al todo armónico que el edificio supone estáticamente. Pero, además, el edificio es una *cosa compuesta*, puesto que está integrado por varias cosas simples. Esta conjunción de cosas no constituye una mera agregación, sino que convierte al todo en una nueva especie jurídica que se comporta en determinadas relaciones como un *corpus unitum*, aunque considerado desde el punto de vista de sus elementos es un *corpus ex contingentibus*. Por razón de su unidad física el edificio puede ser determinante de una relación jurídica. La fragmentación en sus cosas simples priva al edificio del cumplimiento de su función económico social, y por ello se proclama su consideración de indivisible” (30).

(27) SAPENA TOMÁS, Joaquín: “Problemática jurídica de las urbanizaciones privadas”, ob. cit., pp. 94-95.

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

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

(30) FONT BOIX, Vicente: “El derecho de vuelo y el de superficie. Especial referencia a sus relaciones con la propiedad horizontal”, *RDN*, julio-diciembre 1967.

Y tales circunstancias no se dan, en rigor, en los complejos urbanísticos privados, y mucho menos en la forma de agrupación de comunidades, donde la independencia de las edificaciones no sólo es evidente, sino legalmente exigida para el nacimiento del tipo jurídico, incluso en los complejos urbanísticos constituidos como una sola comunidad; basta además la atenta atención de la realidad, que el Derecho regula, no crea, para llegar a la misma conclusión.

Este requisito de la independencia, equivale al “aprovechamiento independiente” de los artículos 396 C.c. y 3 LPH, es decir, que la unidad inmobiliaria básica tenga salida a un elemento común de la urbanización o a la vía pública.

Entiende RAGEL (31) que esta independencia impide encuadrar como complejo inmobiliario el edificio o bloque de pisos que está formado por dos o más alas, con acceso por portales diferentes, lo que sin duda producirá litigiosidad en el futuro que se podría haber evitado con un precepto más preciso. En sentido contrario se manifiesta, como hemos señalado, DOMÍNGUEZ LUELMO (32).

Frente a ambas posiciones, restrictiva y amplia, puede afirmarse que quedarán comprendidas en la regulación legal del artículo 24 las realidades que se configuren con los requisitos que el precepto establece y quedarán excluidas las que no los posean, especialmente si no nos hallamos en presencia de dos o más edificaciones o parcelas. Por ello puede afirmarse que los edificios complejos constituyen un solo edificio (33) desde

(31) Ob. cit., p. 735.

(32) En *La reforma de la Propiedad Horizontal*, VVAA, coordinador Vicente Guilarte Gutiérrez, editorial Lex Nova, p. 440.

(33) CÁMARA: “Insuficiencia normativa...”, pp. 62-63. Dice: “Llamo edificio complejo el compuesto por varios cuerpos de fábrica, cada uno de los cuales constituye una entidad arquitectónica diferenciada materialmente de las demás, pero sin que goce de autonomía total. Es el caso, por ejemplo, del edificio dotado de cimientos y cubierta general comunes, pero dividido en dos alas con acceso por escaleras diferentes. O del inmueble constituido por diversos bloques, colindantes o no entre sí, pero que se construyeron sobre una cimentación común y que aparecen unidos por el sótano y a veces por la planta baja, sobre la que emergen, estando dotado cada bloque de un acceso independiente. E incluso, y ésta sería la hipótesis-límite, es decir, la más próxima al grupo de edificios, la pluralidad de bloques separados entre sí, pero cuya salida a la vía pública tiene lugar a través de un patio o jardín común. Estos edificios complejos constituyen, a mi juicio, un solo edificio desde el punto de vista de la LPH. Es más, salvo en la que he denominado hipótesis-límite o hipótesis puente con el grupo de edificios, creo que sobre estos edificios complejos sólo es posible constituir una comunidad. A la unidad derivada de la construcción del complejo sobre un solar único se añade la existencia de instalaciones y servicios comunes. La unión es todavía más fuerte si los cuerpos de fábrica o bloques están materialmente unidos entre sí”. En cuanto a su régimen jurídico, afirma CÁMARA, ob. antes citada, pp. 64-65 que “lo único que cabe es reglamentar en el estatuto la distribución de gastos, de conformidad con la disposición y la estructura del complejo e incluso establecer que en la junta, para la adopción de ciertos acuerdos concernientes exclusivamente a determi-

el punto de vista de la LPH, y no un complejo inmobiliario urbano, porque en ellos, como veíamos decía FONT BOIX, “esta conjunción de cosas no constituye una mera agregación, sino que convierte al todo en una nueva especie jurídica que se comporta en determinadas relaciones como un *corpus unitum*”.

3. El destino de las edificaciones y parcelas.

Las unidades inmobiliarias básicas deben tener como destino “principal” el de viviendas o locales.

PEÑA considera que “esta nota tiene interés en cuanto de ella se desprende que las parcelas han de ser edificables” (34).

Tratándose de parcelas independientes, es evidente que el supuesto legal incluye el hecho de que sobre las mismas se construyan viviendas o locales; pero, ¿no puede comprender igualmente los lugares destinados a acampada (35), o aparcamiento de vehículos al aire libre, ya que en ellos las parcelas están destinadas a viviendas o locales, aunque no se trate de edificaciones, que pueden configurarse como independientes y participar los titulares de estos inmuebles con carácter inherente a dicho derecho en una copropiedad indivisible sobre otros elementos inmobiliarios, viales, instalaciones o servicios?

La respuesta debe ser afirmativa, especialmente después de la introducción en el Senado del párrafo segundo del artículo 1 de la LPH, aplicable a esta materia por la remisión del artículo 24 LPH, conforme al cual “a efectos de esta Ley tendrán también la consideración de locales aquellas partes de un edificio que sean susceptibles de aprovechamiento independiente por tener salida a un elemento común de aquél o a la vía pública”.

4. Susceptibilidad de aprovechamiento independiente.

Susceptibilidad de aprovechamiento independiente por tener salida propia a un elemento común o a la vía pública; de lo contrario carecerían del requisito necesario para poder ser objeto de esta propiedad especial (art. 396.I C.c.).

nados particulares, sólo puedan votar los copropietarios interesados, a cuyo efecto puede señalarse, además de la cuota o coeficiente general, una cuota o coeficiente particular. Pero si esto no se ha previsto en el estatuto, no cabe que un sector de propietarios propugne y exija su modificación en este sentido, y menos la división de la comunidad, para dar lugar al nacimiento de comunidades independientes”.

(34) Ob. cit., p. 561.

(35) El Diccionario de la Real Academia define la acampada, en su segunda acepción, como “campamento, lugar al aire libre, dispuesto para alojar turistas, viajeros, etc.”.

5. Pluralidad subjetiva.

Para que pueda aplicarse el régimen jurídico de los complejos inmobiliarios privados, como para que pueda aplicarse el régimen del artículo 396 del C.c. de la propiedad horizontal, se requiere, como ha recordado RAGEL (36), “que exista siempre una pluralidad subjetiva de propietarios de parcelas, viviendas o locales, que ostenten, además, la cualidad de copropietarios de la zona común subordinada. El régimen constituido, en su caso, por el propietario único entra en funcionamiento cuando se transmite a otra persona la propiedad de una vivienda, local o parcela: hasta que llegue ese momento, el régimen jurídico del complejo inmobiliario está en situación de pendencia y no se aplica, aunque puede modificarse el título constitutivo”.

Por aplicación del artículo 396.III, en caso de enajenación de un piso, local o parcela, los dueños de los demás, por éste solo título, no tendrán derecho de tanteo ni de retracto.

III. Los elementos comunes y las unidades inmobiliarias básicas procomunales

Los propietarios de las unidades inmobiliarias básicas, ya sean edificaciones o parcelas, con carácter inherente a dicho derecho, participan en una copropiedad indivisible sobre otros elementos inmobiliarios, viales, instalaciones o servicios, que constituyen los elementos comunes del complejo inmobiliario privado (art. 24.1.b).

Con relación al Anteproyecto de Ley de Conjuntos inmobiliarios de 1991, RIVERO HERNÁNDEZ sostuvo que “no es imposible un conjunto inmobiliario sin elementos comunes: tal, en las urbanizaciones en que los viales o zonas verdes hayan sido cedidos al municipio, sin que haya otros elementos de esa clase. En ese supuesto el punto de conexión entre las unidades inmobiliarias privativas consiste en ciertas obligaciones comunes (de mantener una estética uniforme del conjunto, o respecto de servicios del conjunto, como desagües, saneamiento, suministro de electricidad o gas, etc.) que constituyen servicios comunes de titularidad ajena, más no elementos de esa clase...” (37).

(36) Ob. cit., p. 740.

(37) RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: “Estatuto jurídico y régimen funcional de la propiedad separada en el Anteproyecto de Conjuntos Inmobiliarios de 1991”, en Asociación de Profesores de Derecho Civil: *Conjuntos inmobiliarios y multipropiedad. Ponencias y proyectos de ley sobre conjuntos inmobiliarios*, J. M. Bosch Editor, SA, pp. 32 y 33.

En el mismo sentido, LASO MARTÍNEZ dice que en los conjuntos inmobiliarios no es imprescindible la existencia de elementos de propiedad común, porque hay supuestos en que los copropietarios lo que pretenden es someter a un régimen común de limitaciones recíprocas el uso y disfrute de sus fincas privativas, por razones estéticas, configuración de las edificaciones, etc., o ceder dichos elementos a la Administración (38).

Sin embargo, tanto el artículo 1 del Anteproyecto de 1991, que hablaba de “un derecho de comunidad especial”, como la Ley de reforma de la LPH, elevan a requisito esencial para la existencia del complejo, la de elementos comunes “en copropiedad indivisible”, y la posterior cesión de los mismos es causa de extinción del complejo (39), por ello, como dice DOMÍNGUEZ LUELMO “quedan excluidas del ámbito de aplicación de la misma los supuestos de aquellas urbanizaciones en las que no existen elementos comunes por haber sido cedidos a la Administración, generalmente a los Ayuntamientos” (40).

Los elementos comunes, “inmobiliarios, viales, instalaciones o servicios”, deberán reunir los requisitos que determina el artículo 396 del Código civil y, por tanto, han de ser al menos:

— “*Todos los necesarios para su adecuado uso y disfrute*” (elementos comunes por naturaleza).

— “*Las servidumbres y cualesquiera otros elementos materiales o jurídicos que por su naturaleza o destino resulten indivisibles*”.

El título constitutivo del complejo inmobiliario puede determinar cuáles son esos elementos, con clara especificación de los que son particulares de cada unidad inmobiliaria básica, y cuáles comunes a todas ellas, teniendo en cuenta que, como afirmaba CÁMARA “la calificación de un elemento del inmueble (en nuestro caso del complejo) como elemento común no depende única y exclusivamente de la voluntad de los interesados, lo que no quiere decir que con relación a los mismos la reglamentación legal, en orden a su determinación, a su aprovechamiento o al reconocimiento de determinados derechos a favor de un propietario

(38) LASO MARTÍNEZ, José Luis: ob. cit., pp. 1831-1832.

(39) DORREGO DE CARLOS ha señalado, con relación al Anteproyecto de 1991, que éste a su juicio exigía la existencia de elementos comunes, o, al menos, de servicios comunes: “En nuestra opinión, en los supuestos de ausencia total de elementos inmobiliarios comunes o de cualquier servicio común (aunque carezca de base inmobiliaria) no tiene sentido hablar de un conjunto sometido a una disciplina legal especial. Si no hay, al menos, algún servicio común que gestionar, nada resuelve el establecimiento de mecanismos institucionales de cooperación entre propietarios-vecinos. Las servidumbres u obligaciones *propter rem* que se establezcan son perfectamente válidas pero pueden desenvolverse en la vida jurídica sin acudir al artificioso expediente de la comunidad o del complejo inmobiliario”, ob. cit., p. 2319.

(40) Ob. cit, p.

(o propietarios añadiríamos nosotros) determinado, no otorgue ningún margen de actuación a la iniciativa privada” (41).

Estos elementos comunes pueden ser muy variados, y serlo por naturaleza, es decir, necesarios para el adecuado uso y disfrute del complejo, o por destino (42), considerando estos últimos, como dice CÁMARA, como aquellos “que son elementos comunes porque así lo dispone expresa o tácitamente el título constitutivo, pero que de suyo podrían ser un anejo o constituir ellos mismos una porción privativa” (43).

Se citan, entre otros, además de los determinados por el artículo 396 del C.c., otros como viales, recogida de basuras, guardería, complejos recreativos, locales para botiquín, asistencia médica, vivienda de los guardas y oficinas de la comunidad, zonas verdes, piscinas, etc. (44).

Conforme al artículo 396 C.c., “*las partes en copropiedad no son en ningún caso susceptibles de división y sólo podrán ser enajenadas, gravadas o embargadas juntamente con la parte determinada privativa de la que son anejo inseparable*” (art. 396 II C.c.).

Al igual que en el supuesto de propiedad horizontal de un edificio, en los complejos inmobiliarios privados cabe la posibilidad de enajenación de los elementos comunes, previa su desafectación. Así el supuesto contemplado por la sentencia del Tribunal Supremo de 26 enero 1999.

Dice el Tribunal Supremo que “aplicar a las urbanizaciones (las denominadas propiedades horizontales tumbadas) por analogía la preceptiva que regula la propiedad de los pisos de un edificio tiene que rechinar en muchas ocasiones porque las situaciones son disímiles.

Ciertamente uno de los aspectos más conflictivos es el referente a las superficies (a veces muy extensas) de terreno intermedias entre las viviendas construidas. En los momentos actuales, para que esas extensiones se desvinculen de las reglas de la propiedad horizontal y puedan transformarse en partes privativas, susceptibles de división, se requiere que la comunidad acuerde por unanimidad su desafectación. No en vano dice el texto regulador que esta especial propiedad se rige por sus disposiciones especiales y en lo que lo permitan por la voluntad de los interesados.

Algunos fallos de esta Sala podrían invocarse para demostrar cómo las tierras no ocupadas por las edificaciones constituyen unos atípicos elementos comunes, unos elementos comunes por desbordamiento impropio, que revisten carácter accidental y que pueden transmutarse en bienes sujetos al régimen de la comunidad romana.

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

(42) Vide sentencia Tribunal Supremo de 16 de mayo de 1965.

(43) Ob. cit., p. 46.

(44) ARROYO LÓPEZ-SORO, José: *Propiedad Horizontal. Estudio jurídico práctico*, 2.ª ed., p. 655.

Esta Sala en S 5 Mar. 1964 marcó una clarividente doctrina, que trataba de obviar inadecuadas extralimitaciones en la concepción del elemento común suelo: «Al referirse la Ley, de modo claro, al edificio, limita la copropiedad del suelo que reconoce e impone, al que sirve de base física de aquél y no cabe entender, en modo alguno, que extiende esa copropiedad al terreno no edificado... establecer una atribución forzosa de copropiedad constituiría un límite impuesto, sin razón, a la libertad contractual».

La S 31 Ene. 1985 diferencia dos grupos de elementos comunes: los que, por la propia naturaleza de las cosas, tienen que ser necesariamente comunes (los cimientos, muros...) y los accidentales o por destino... a los que por pacto se puede atribuir la condición de privativos; en el supuesto de reputarse elementos comunes accidentales, el uso de los mismos, cuando el título constitutivo de la propiedad horizontal no lo haya previsto y ante la ausencia de normativa sobre el particular en la Ley Especial, se regirá por las disposiciones del C.c.

La S 5 Mayo 1986 pone énfasis en la dicción del texto legal y exige para identificar a los auténticos elementos comunes que se trate de elementos del edificio necesarios para el adecuado uso y disfrute de las propiedades singulares, lo que, evidentemente no se cumple en el supuesto de los terrenos adicionales, exteriores a la cimentación del edificio. Estos nunca serán elementos comunes por esencia o naturaleza, sino elementos comunes accidentales y perfectamente desafectables.

Segundo. La realidad fáctica de la situación objeto del recurso es sorprendente: diseminadas sobre una superficie total de 18.183,13 m² se elevan cuatro diminutas construcciones de 191,94 m² cada una en planta baja (tipo chalet) aisladas, independientes y separadas; al constituir la finca en régimen de propiedad horizontal, la gran parcela residual viene a considerarse elemento común del conjunto, pese a que el solar excedente no es necesario para el adecuado uso y disfrute de las edificaciones.

Por este camino puede llegarse a la amortización de grandes superficies de la propiedad inmueble. La finca podría tener 200.000 m² y tres o cuatro chalets dispersos. Si el inmueble, en la superficie no edificada, se reputaba elemento común, se habría sustraído al tráfico inmobiliario una ingente cantidad de terreno. Todo esto demuestra que es muy feble la analogía entre el régimen jurídico de la Propiedad Horizontal y las urbanizaciones tumbadas.

Tercero. Pero lo cierto es que la jurisprudencia dominante atribuye a las demasías superficiarias la consideración de elemento común de la urbanización. Y esta Sala, con evidente acierto, distingue dos clases de elementos comunes: los esenciales (las cimentaciones, los muros, el solar propio de la edificación...) y los accidentales. Aquéllos nunca podrán ser objeto de negociación separada y serán inherentes (por cuotas) a los diferentes pisos, locales o chalets.

Por el contrario, los elementos comunes accidentales podrán acceder a los circuitos de la libre negociación y al posible reparto entre los diferentes propietarios por la voluntad de los mismos. Como dicen las S 12 Nov. 1969; 27 Abr. 1976; 6 Jun. 1979 y 5 Jun. 1989, para ello se requiere que la comunidad acuerde por unanimidad su desafectación.

Así las cosas al no haberse cumplido entre partes dicha exigencia insoslayable y aun reconociendo la seriedad de las argumentaciones del recurrente, debe rechazarse la procedencia de la casación, imponiéndole las costas y la pérdida del depósito constituido.”

No contempla expresamente el artículo 24 de la Ley la posibilidad de que en el complejo inmobiliario urbano existan “**unidades inmobiliarias básicas procomunales**”, sometidas al régimen que para el “departamento procomunal” (45) establece el artículo 4 de la LPH. Pero la posibilidad de su existencia es una consecuencia de la aplicación de la LPH a los complejos inmobiliarios urbanos, conforme al artículo 24.2 LPH.

La unidad inmobiliaria procomunal debe constituir una “unidad inmobiliaria básica independiente”, es decir, no un elemento común del complejo sino una unidad inmobiliaria básica sujeta a un “régimen jurídico peculiar” (46), y que puede configurarse, coincidiendo con la opinión de CÁMARA (47), tanto como titularidad *ob rem* de las unidades inmobiliarias básicas que componen el complejo o como titularidades independientes, si bien será necesario que el propio título especifique el carácter procomunal de la unidad inmobiliaria básica, explicando que se establece la proindivisión en interés de todos los propietarios, bien sean todos los propietarios del complejo, bien algunos, bien los que sólo lo sean de la unidad inmobiliaria básica procomunal.

IV. Configuración de los complejos inmobiliarios y normas de aplicación

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 24 de la LPH, los complejos inmobiliarios urbanos se pueden constituir de las siguientes formas:

1. Una sola comunidad de propietarios.

Dice el artículo 24.2.a):

“Los complejos inmobiliarios privados a que se refiere el apartado anterior podrán: a) Constituirse en una sola comunidad de propietarios a través de cualquiera de los procedimientos establecidos en el párrafo se-

(45) Sobre el departamento procomunal véase CÁMARA, SOTO BISQUERT y GARRIDO CERDÁ: “Modalidades en la constitución de los regímenes de indivisión de la propiedad urbana”. Ponencia al X Congreso Internacional del Notariado Latino. *Revista de Derecho Notarial*, tomo 64, pp. 145 y ss.

(46) CÁMARA, ob. cit., p. 49.

(47) Ob. cit., pp. 49-50.

gundo del artículo 5. En este caso quedarán sometidos a las disposiciones de esta Ley, que les resultarán íntegramente de aplicación”.

Por tanto, al remitirse a cualquiera de los procedimientos establecidos en el párrafo segundo del artículo 5, esta sola comunidad de propietarios se constituirá por el propietario único del complejo antes de iniciar la venta del mismo, por acuerdo de todos los propietarios existentes, por laudo o por resolución judicial.

Mas al determinar que se constituye como “una sola comunidad de propietarios”, deberán concurrir los siguientes requisitos:

a) El objeto de la propiedad privativa son las diferentes **unidades inmobiliarias básicas independientes** que tienen salida a un elemento común de la urbanización o a la vía pública (arts. 396 C.c. y 3 LPH).

b) Las unidades inmobiliarias básicas participan, con carácter inherente a su dicho derecho de propiedad, en una copropiedad sobre otros elementos inmobiliarios, viales, instalaciones o servicios, que constituyen los **elementos comunes del complejo inmobiliario**, sin perjuicio de los elementos comunes particulares de cada edificación de que esté dotada.

c) Cada parcela independiente, vivienda o local, tiene asignada una **cuota de participación con relación al total del valor del complejo** (art. 3.II LPH) con relación a cien centésimas, además de la cuota que a cada una de ellas le haya sido asignada, en su caso, en el edificio (subcomunidad) de que forme parte. Éste es un requisito esencial pues diferencia este supuesto del del artículo 24.2.b) en que la cuota en los elementos comunes del complejo se asigna “**conjuntamente**” a la unidad inmobiliaria básica.

d) Las unidades inmobiliarias básicas y los elementos comunes se hallan integrados todos ellos en **una única finca**, de forma similar al edificio simple o complejo sometido a la LPH.

Precisamente por esta circunstancia de semejanza con un edificio sometido a la LPH pero “horizontal”, en lugar de “vertical”, la ley determina la aplicación íntegra de las disposiciones de la LPH (art. 24.2.a). Se trata, en definitiva, como hemos dicho, de una propiedad horizontal tumbada, en terminología acuñada por SAPENA TOMÁS (48), a la que se aplican directamente las normas de la LPH, y ya no por analogía. Así lo ha reconocido igualmente DORREGO (49).

(48) SAPENA TOMÁS, Joaquín: “Problemática jurídica de las urbanizaciones privadas”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Madrid, 1968, pp. 483 y ss., y *RDN*, julio-diciembre 1967, pp. 63 y ss.

(49) Ob. cit., p. 2328. “El artículo 24.2.a) de la LPH da carta de naturaleza legislativa a la denominada propiedad horizontal tumbada... No planteaba problemas de admisibilidad en nuestra jurisprudencia, por lo que la nueva Ley no hace otra cosa que recoger la práctica estatutaria de estas comunidades extendidas”.

Un supuesto de este tipo fue el contemplado por el Tribunal Supremo en su sentencia de 18 de abril de 1988. Se habían construido ya dos edificios denominados, “Velázquez” con una cuota de participación del 21’70%, y otro denominado “Goya” con un 20’38%, habiéndose adjudicado al tercero, pendiente de edificación al dictarse la sentencia, un coeficiente del 57’92%, en el resto de la finca, constituida por los elementos comunes del complejo. A estos terrenos sobrantes de lo que materialmente será ocupado por los edificios, se dirige la regulación de la cláusula E) de la escritura de constitución de la urbanización, en la que se determina que, “serán de propiedad y uso común de todos los propietarios de las fincas ya construidas y las que se construyan por la promotora de la misma, y serán destinados a la construcción de aparcamientos con zonas ajardinadas, dependencias de información, una o varias piscinas, así como una o varias pistas de tenis y club sociales; y el condominio de los propietarios de las fincas citadas se extenderá a la urbanización que se realice dentro de dicha parcela. El condominio sobre los elementos comunes y la zona urbanizable anteriormente expresada, quedará regulado por los Estatutos que se incorporan a esta escritura”. Los estatutos, en lo referente a la remisión que a los mismos se hace, disponían: “que la existencia en lo no construido de zonas ajardinadas y deportivas, así como gastos, impuestos y arbitrios comunes al complejo donde se ubica la comunidad, etc., obliga a las diferentes fincas existentes en ella, al pago de unos y al cuidado y sostenimiento de los otros”. El Tribunal declaró que nos encontramos frente a una de las innumerables urbanizaciones existentes en nuestro país, en las que aparecen ubicados edificios de pisos dentro de zonas libres ajardinadas y deportivas, existiendo en estos casos dos tipos de comunidades entrelazadas para su administración: la correspondiente a cada una de las edificaciones, que compete a los propietarios de los pisos en particular, y la referente al conjunto residencial, formada por los edificios que disfrutan colectivamente de los servicios residenciales situados en las zonas libres; el titular del derecho a edificar en una proporción del 57’92% del volumen legalmente autorizado, tiene esa misma participación en la zona residencial común para lo construido y lo que allí se construya; y la circunstancia de que al titular no le haya interesado, de momento, hacer uso de su facultad constructora, no puede modificar ni alterar el derecho comunitario existente, que se extiende a todos y cada uno de los terrenos sobrantes, después que se edifique lo que reglamentariamente está autorizado.

2. Una agrupación de comunidades de propietarios (art. 24.2.b).

La Ley prevé dos supuestos de nacimiento de la agrupación de comunidades de propietarios en el artículo 24.2.b): “*Los complejos inmobiliarios privados a que se refiere el apartado anterior podrán: ... Constituirse en una agrupación de comunidades de propietarios. A tal efecto, se requerirá que el título constitutivo de la nueva comunidad agrupada sea otorgado por el propietario único del complejo o por los presidentes de todas las comunidades llamadas a integrar aquélla, previamente autorizadas por acuerdo mayoritario de sus respectivas Juntas de propietarios*”.

2.1. Constitución de la agrupación de comunidades de propietarios por determinación del propietario único del complejo.

Ha destacado DOMÍNGUEZ LUELMO (50) que: “resulta difícil deslindar este supuesto del previsto en la letra a) del artículo 24.2, ya que, si estamos ante el propietario único de todo el Complejo Inmobiliario, éste tiene siempre la posibilidad de constituir una sola comunidad de propietarios”.

Pero en este caso, el propietario del complejo decide que la superficie física que ha de ocupar el complejo inmobiliario se divida, con las debidas licencias, en las diversas unidades inmobiliarias básicas, y las zonas comunes, vinculadas a aquellas *ob rem* (51).

Cada una de las unidades inmobiliarias básicas estará sujeta al régimen de propiedad que le corresponda, según su naturaleza (unifamiliares, pareadas, edificios en régimen de propiedad horizontal, etc.), y sus propietarios, cuando los haya, con carácter inherente a su derecho, participan en la copropiedad indivisible sobre otra u otras fincas que constituyen los elementos inmobiliarios, viales, instalaciones o servicios comunes de todas las unidades inmobiliarias básicas, a las que se hallan indisolublemente unidas.

A cada unidad inmobiliaria básica se le asigna un porcentaje de participación, con relación a cien centésimas, **no en el conjunto inmobiliario** como en el supuesto del artículo 24.2.a), sino tan sólo **en los elementos comunes del complejo**. Si lo construido sobre la unidad inmobiliaria básica es un inmueble dividido horizontalmente, el porcentaje de partici-

(50) Ob. cit., p. 445.

(51) DOMÍNGUEZ LUELMO, señala que “parece que lo que el legislador quiere señalar aquí es la posibilidad de que el promotor constituya varias comunidades de propietarios y simultáneamente las agrupe en una macrocomunidad encargada de gestionar los viales, instalaciones, servicios y demás elementos comunes de todas ellas” (ob. cit., p. 445).

pación en los elementos comunes del complejo asignado al solar o edificio se dividirá, *internamente*, entre las propiedades privativas a prorrata de la participación de cada una de ellas en el edificio en que se ubican, pero la responsabilidad, y por tanto, la cuota asignada a la unidad inmobiliaria básica en el complejo es conjunta. La división de la cuota asignada a la unidad, insisto, entre los diferentes locales o viviendas que integran las comunidades agrupadas tiene un carácter meramente interno.

2.2. *Constitución de la agrupación de comunidades por acuerdo mayoritario de las juntas de propietarios de las comunidades llamadas a integrarse.*

El supuesto de hecho hace referencia a la preexistencia de varias edificaciones, que pueden ser de diversa naturaleza (viviendas unifamiliares, locales destinados a diversos usos, o parcelas destinadas a viviendas o locales), y no solamente “comunidades de propietarios” como parece literalmente dar a entender el artículo 24.2.b), que disponen de elementos inmobiliarios, viales, instalaciones o servicios, vinculados *ob rem* y al servicio de las mismas, y cuyos propietarios y juntas de propietarios deciden –si están constituidos en régimen de propiedad horizontal, por las mayorías del art. 17.3.^a LPH– constituirse en una agrupación de comunidades, para regir y administrar dichos elementos comunes. Como dice PEÑA, “basta el acuerdo mayoritario porque no se trata de decidir la estructura de un régimen sino de cumplir con el deber (cfr. art. 1.280.1.º C.c.), exigible por cualquiera de los propietarios (cfr. art. 1.279 C.c.), de escriturar el régimen tal como esté ya constituido substantivamente”.

Pero también comprende el supuesto, como dice DORREGO, en que los bloques o unidades inmobiliarias constituyeran, antes de la entrada en vigor de la Ley, una sola comunidad de propietarios. Se requiere la constitución de las comunidades por bloques, lo que requiere la unanimidad de los propietarios por implicar una modificación del título constitutivo (art. 5 LPH). Una vez constituidas, sus presidentes podrán transformar la actual comunidad en una comunidad agrupada, con el apoyo de sus respectivas juntas de propietarios por mayoría del artículo 17.3.^a (52).

A cada unidad inmobiliaria básica se le asigna un porcentaje de participación, con relación a cien centésimas, **en los elementos comunes del complejo**. Si lo construido sobre la unidad inmobiliaria básica es un inmueble dividido horizontalmente, el porcentaje de participación en los elementos comunes del complejo asignado al solar o edificio se dividirá,

(52) Ob. cit., p. 2330.

internamente, entre las propiedades privativas a prorrata de la participación de cada una de ellas en el edificio en que se ubican, pero la responsabilidad de la unidad inmobiliaria básica en sus obligaciones en el complejo es conjunta.

Las agrupaciones de comunidades de propietarios se rigen por la LPH con las especialidades que determina el artículo 24.3 de la Ley.

Dicho precepto establece que *“la agrupación de comunidades a que se refiere el apartado anterior gozará a todos los efectos, de la misma situación jurídica que las comunidades de propietarios y se regirá por las disposiciones de esta Ley”*, con las especialidades que establece.

3. Complejo inmobiliario privado que no adopta ninguna de las formas jurídicas establecidas en el artículo 24.2. de la LPH.

Pueden adoptarse otras configuraciones distintas para los complejos inmobiliarios privados: comunidades ordinarias (53), asociaciones de propietarios (54), sociedad civil, sociedad cooperativa (55), titularidades *ob rem* (v. gr. resolución de 3 de septiembre de 1982), o servidumbres recíprocas en garantía de los fines comunitarios (v. gr. resolución de 21 de octubre de 1980).

El artículo 24.4 LPH establece: *“A los complejos inmobiliarios que no adopten ninguna de las formas jurídicas señaladas en el apartado 2 les serán aplicables, supletoriamente respecto de los pactos que establezcan entre sí los copropietarios, las disposiciones de esta Ley, con las mismas especialidades señaladas en el apartado anterior”*.

Tales complejos se rigen en primer término por las normas imperativas del artículo 396 del Código civil y de la LPH, por los pactos libremente establecidos en el título constitutivo que no contradigan normas imperativas, y finalmente las normas no imperativas de la LPH, en cualquier caso, con las especialidades aplicables a las agrupaciones de comunidades (art. 24.4) (56).

(53) DOMÍNGUEZ LUELMO, ob. cit., pág. 460.

(54) *Vide* sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de noviembre de 1989 y sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 7 de octubre de 1991.

(55) *Vide* TORRES LÓPEZ: “Las supracomunidades o mancomunidades de propietarios en los modernos conjuntos inmobiliarios”, *Actualidad Civil*, n.º 44, 1-7 diciembre 1997, p. 1122.

(56) Con relación al Derecho anterior a la publicación de la Ley, mantiene postura similar RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J.: *Las urbanizaciones privadas*, Montecorvo, Madrid, 1987, pp. 111 y 116. En contra FERNÁNDEZ COSTALES, ob. cit., p. 161, parece sostener la posición contraria, pero posteriormente afirma “por virtud del artículo 392 del Código Civil, se aplica con carácter prioritario lo establecido por los particulares en virtud de la contratación, cuando no hay ley especial de tipo imperativo, como es el caso de la Ley de Propiedad Horizontal, en la que una gran parte de su articulado es de carácter obligatorio o imperativo”.

V. El complejo inmobiliario privado constituido como una sola comunidad de propietarios

1. Título constitutivo.

Es el supuesto contemplado por el artículo 24.2.a) LPH, que establece:

“2. Los complejos inmobiliarios privados a que se refiere el apartado anterior podrán:

a) Constituirse en una sola comunidad de propietarios a través de cualquiera de los procedimientos establecidos en el párrafo segundo del artículo 5. En este caso quedarán sometidos a las disposiciones de esta Ley, que les resultarán íntegramente de aplicación.”

El título constitutivo deberá ser otorgado por el propietario único del complejo antes de iniciar la venta de cualquier elemento, por acuerdo de todos los propietarios existentes, por laudo o por resolución judicial (art. 5.II LPH), ordinariamente constará en escritura pública y conforme a lo dispuesto en el artículo 5 de la LPH, describirá el complejo inmobiliario en su conjunto, así como las edificaciones o parcelas que lo integran a los que se asignará número correlativo, con expresión de las circunstancias exigidas en la legislación hipotecaria, y los servicios e instalaciones con que cuente el mismo (arts. 5.1.º LPH, 9 LH y 51 RH) (57).

Con arreglo al criterio que establecía el artículo 5.1. del Borrador de Anteproyecto de Ley de 1991, y lo ordenado por los artículos 5 LPH, 9 de la Ley Hipotecaria y 51 del Reglamento Hipotecario, el título constitutivo debe, al describir el complejo en su conjunto, expresar en la escritura:

a) La descripción de la finca en que se asienta el conjunto inmobiliario; precisión de las unidades inmobiliarias y porciones de suelo destinadas a uso común, expresión de los elementos o instalaciones comunes y fase de construcción de las unidades o elementos comunes.

b) Relación de las edificaciones o parcelas que integran el complejo y que son objeto de propiedad separada, señalando, respecto de cada una, escritos en letra, el número correlativo y la cuota o cuotas respectivas. En el caso de las parcelas todavía sin edificar, se les atribuirá la cuota que posteriormente ha de ser prorrateada sobre las distintas propiedades privativas que formen parte de las edificaciones que se construyan sobre cada una de ellas, determinando las características de las mismas (vivien-

(57) Un supuesto de declaración de la existencia de comunidad en una urbanización y fijación judicial de las cuotas puede verse en la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1997, siendo ponente Jesús Marina Martínez-Pardo.

das unifamiliares, adosadas, o edificaciones desarrolladas horizontal o verticalmente); ello conllevará el derecho del propietario de dicha parcela independiente a poder construir sobre la misma la edificación de las características previstas y poder declarar, en su momento, la obra nueva conforme al proyecto y licencia municipal, y su división horizontal formando una subcomunidad.

Cada propiedad separada tendrá, en su caso, una doble cuota, la que le corresponde **en la subcomunidad** de que forma parte, y la que tiene asignada **en el complejo**, a diferencia de la agrupación de comunidades en que la cuota lo es sólo **en los elementos comunes del complejo**, y se asigna, conjuntamente, a todas las fincas que se hallan integradas en la subcomunidad que constituye la unidad inmobiliaria básica, sin perjuicio de su distribución entre viviendas y locales con efectos meramente internos.

c) Expresión de las limitaciones y facultades (estatutos y reglamento de régimen interior) cuando sean distintas de las que configuran el contenido legal típico de cada propiedad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5.III LPH: *“El título podrá contener, además, reglas de constitución y ejercicio del derecho y disposiciones no prohibidas por la Ley en orden al uso o destino del edificio, sus diferentes pisos o locales, instalaciones y servicios, gastos, administración y gobierno, seguros, conservación y reparaciones, formando un estatuto privativo que no perjudicará a terceros si no ha sido inscrito en el Registro de la Propiedad”*. Y 6 LPH: *“Para regular los detalles de la convivencia y la adecuada utilización de los servicios y cosas comunes, y dentro de los límites establecidos por la Ley y los Estatutos, el conjunto de propietarios podrá fijar normas de régimen interior que obligarán también a todo titular mientras no sean modificadas en la forma prevista para tomar acuerdos sobre la administración”*.

En todo caso, deberán dichas normas referirse exclusivamente a los elementos comunes del complejo, sin perjuicio de poder establecer en beneficio de todas las unidades inmobiliarias básicas las limitaciones de dominio afectantes a ellas con el fin de lograr resultados de estética, comodidad, seguridad, etc.

2. La inscripción del título constitutivo en el Registro de la Propiedad.

La Dirección General de los Registros y del Notariado resolvió con anterioridad a la vigencia de la Ley 8/1999, los problemas planteados, por la falta de previsión legal, para la inscripción de las urbanizaciones privadas en el Registro de la Propiedad, mediante un acertado sistema con-

sistente en aplicar, por analogía, las normas que se establecieron en el artículo 8 de la Ley Hipotecaria y 44 de su Reglamento para la inscripción de los edificios en Régimen de Propiedad Horizontal, considerando a la urbanización como una propiedad horizontal tumbada.

La resolución de 2 de abril de 1980 declaró en este sentido que “en tanto no aparezca la normativa legal que regula esta nueva figura jurídica se hace preciso arbitrar los medios pertinentes para que pueda tener reflejo en el Registro dicha figura, y entre ellos cabe estimar aquél *que se inspira en la forma de acceso de la propiedad horizontal* para lo cual se procede: 1) a abrir un folio general para toda la urbanización en su conjunto en donde se detallan los elementos comunes y reglas generales de toda la urbanización contenidas en el título constitutivo y los estatutos; 2) abrir después folio separado a cada uno de los edificios o bloques contruidos con su régimen de propiedad horizontal y relacionado con el folio general de la urbanización, y 3) abrir folio separado a cada uno de los pisos o locales que integran cada bloque relacionado con el folio general del propio bloque; y todo ello *sin necesidad de acudir a operación de división o segregación alguna de terrenos*, y sin mengua a la vez de la claridad que el principio de especialidad exige”.

Tras la entrada en vigor de la Ley, consideramos aplicable a la inscripción de los complejos inmobiliarios constituidos conforme al artículo 24.2.a), el sistema consagrado por la resolución, por ser adecuado para lograr la *claridad que el principio de especialidad exige*, pero que en la actualidad *ya no se inspira en las formas de acceso* al Registro de la *propiedad horizontal*, sino que supone aplicación de dichas normas por imperativo legal (58).

3. El régimen jurídico del complejo inmobiliario.

Será el mismo que si se tratara de un solo edificio en propiedad horizontal. A diferencia de las agrupaciones de comunidades, calificada por los legisladores como propiedad horizontal de segundo grado, en ésta, los propietarios ejercen sus derechos directamente, y en el caso de existencia de subcomunidades (edificaciones en propiedad horizontal), no a través de sus presidentes; cada propietario resulta directamente obligado al cumplimiento de sus obligaciones para con el complejo inmobiliario en los términos establecidos en la ley, en los estatutos, y en los acuerdos válidamente adoptados por la junta de propietarios del mismo.

(58) Se muestra partidario igualmente de esta solución DOMÍNGUEZ LUELMO, en ob. cit., p. 451.

A dichas juntas de propietarios del complejo deberán ser citados todos los propietarios [art. 9.h) LPH] y cada uno de ellos ostentará los derechos, especialmente los de asistencia a las juntas (art. 15 LPH) y voto, si no se hallare privado del mismo (16.2 LPH), que ejercerá, personalmente o por representación (art. 15.1 LPH), y cuyo valor se determinará además de por su persona, por la cuota de participación asignada a su vivienda, local o parcela independiente, en el total complejo (art. 17 LPH).

Es cierto que en este caso no se cumple el designio declarado por el Diputado Socialista Sr. Navarrete en la sesión de la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados de 24 de noviembre de 1998, de que así se evitarían las juntas multitudinarias que se originarían de no tener en cuenta ese voto y representación ponderados a través de los presidentes de las comunidades.

Porque claramente consagrado ese sistema como “especialidad” para el supuesto de la agrupación de comunidades (art. 24.3.a), a *sensu contrario*, no resulta aplicable en los complejos inmobiliarios privados a que se refiere el artículo 24.2.a) LPH.

VI. Los complejos inmobiliarios privados constituidos como agrupación de comunidades de propietarios

La segunda posibilidad que prevé la Ley es la constitución del complejo inmobiliario como una agrupación de comunidades de propietarios (art. 24.2.b).

Cabe incluso la agrupación de agrupaciones de comunidades; así lo admite DORREGO teniendo en cuenta que el concepto técnico jurídico de unidad inmobiliaria básica –que él denomina propiedad separada– que incorpora el artículo 24.1 de la LPH es esencialmente flexible, y porque en caso contrario el artículo 24.3 LPH lo hubiera establecido así como especialidad del régimen de la agrupación de comunidades (59).

1. El título constitutivo de la agrupación de comunidades de propietarios.

1.1. Otorgamiento del título constitutivo.

El artículo 24.2.b) segundo párrafo LPH establece:

“A tal efecto, se requerirá que el título constitutivo de la nueva comunidad agrupada sea otorgado por el propietario único del complejo o por

(59) Ob. cit., p. 2333.

los presidentes de todas las comunidades llamadas a integrar aquélla, previamente autorizados por acuerdo mayoritario de sus respectivas juntas de propietarios”.

El título constitutivo de la agrupación será otorgado por el propietario único del complejo antes de empezar la venta de las unidades inmobiliarias básicas, o por los propietarios de éstas si se tratase de parcelas independientes cuyo destino principal sea la vivienda o locales (art. 24.1.a), o por los presidentes de todas las comunidades llamadas a integrar la agrupación, previamente autorizados por acuerdo mayoritario de sus respectivas juntas de propietarios.

En los dos últimos casos se requiere **la unanimidad**. De tal manera que tratándose de los presidentes de las comunidades agrupadas, si bien ellos mismos basta con que estén autorizados mayoritariamente por sus respectivas juntas de propietarios, el acuerdo deben adoptarlo con el consentimiento unánime de todos los presidentes.

1.2. Contenido del título constitutivo.

Determina también el artículo 24.2.b) el contenido del título constitutivo en términos similares a los del artículo 5 de la LPH:

“El título constitutivo contendrá la descripción del complejo inmobiliario en su conjunto y de los elementos, viales, instalaciones y servicios comunes. Asimismo fijará la cuota de participación de cada una de las comunidades integradas... El título y los estatutos de la comunidad agrupada serán inscribibles en el Registro de la Propiedad”.

a) El título, ordinariamente la escritura pública, describirá qué comunidades de propietarios se integran en la agrupación, la descripción de los edificios o parcelas en los términos que resulten de sus títulos respectivos, y los elementos inmobiliarios, viales, instalaciones o servicios que constituyen los diversos elementos comunes del complejo inmobiliario, con indicación de sus usos –zonas deportivas, viales, instalaciones y servicios comunes– con todas las menciones exigidas por la legislación hipotecaria.

Sin embargo, como dice DORREGO (60) si bien las propiedades separadas, al ser unidades inmobiliarias complejas, ya estarán descritas en sus respectivos títulos constitutivos, tratándose de título otorgado por el propietario único y constituirse originariamente, habrá que describirlas en el mismo título constitutivo de la agrupación.

A cada unidad inmobiliaria básica se le asignará un número correlativo (arts. 5 LPH y 8.4 LH).

(60) Ob. cit., p. 2330.

Estas unidades inmobiliarias básicas estarán constituidas bien por comunidades, o por edificios (ya sean destinados a viviendas o locales) simples, o por parcelas llamadas a contener edificios simples o comunidades de propietarios. Como dice DORREGO, “ello se deduce con toda claridad del artículo 24.1 LPH al prever los distintos tipos de comunidades separadas, pero sobre todo deriva de una elemental exigencia del sentido común: En caso contrario quedarían fuera de esta regulación legislativa y condenadas a una difícil autorregulación, aquellas **urbanizaciones residenciales** (tan frecuentes en la práctica) en las que los bloques divididos horizontalmente concurren con chalets o viviendas unifamiliares en la titularidad de elementos y servicios comunes. Resulta evidente que en estos supuestos las referencias del artículo 24.2.b) a las comunidades de propietarios deben entenderse realizadas a la **propiedad separada** (sea simple o compleja). Si el legislador ha utilizado la referencia a las comunidades ha sido únicamente buscando una mayor claridad y su más fácil comprensión por los ciudadanos, y –sobre todo– porque la concurrencia de comunidades es la hipótesis jurídicamente más relevante y en la que se hace precisa una regulación más acabada” (61).

A cada una de las unidades inmobiliarias básicas integrada deberá asignársele la cuota de participación, en los términos del artículo 3 de la LPH, mas en este caso no con relación al total del valor de la finca o fincas agrupadas, sino con relación al total del valor de la finca o fincas que constituyan elementos comunes inmobiliarios y referidas a centésimas. Si no se alcanzase acuerdo habría que proceder conforme a lo dispuesto en el artículo 5.II LPH. Esta cuota es única e indivisible para cada unidad inmobiliaria básica, de tal manera que el reparto de los beneficios y cargas de los elementos comunes del complejo entre los componentes de cada unidad inmobiliaria del mismo se hará a prorrata de la cuota que cada uno tenga en la unidad a la que corresponda, pero frente al complejo hay, por decirlo de alguna manera dada la falta de personalidad jurídica de la propiedad horizontal, un solo titular y un solo deudor: la unidad inmobiliaria básica.

Por ello ha dicho DORREGO que frente a lo que hoy es uso generalizado en la práctica notarial, la Ley ha establecido –después de no pocas reflexiones y propuestas en su fase de redacción– una **cuota de participación única** de cada unidad inmobiliaria básica, siendo este uno de los elementos característicos de las nuevas comunidades agrupadas, porque, y coincido con él, las responsabilidades financieras son colectivas (62).

(61) Ob. cit., p. 2334.

(62) Ob. cit., pp. 2330-2331.

b) El título constitutivo podrá contener los estatutos de la comunidad, pues el propio precepto hace referencia a su posibilidad de inscripción en el Registro de la Propiedad. Conforme al artículo 5.III LPH “el estatuto privativo no perjudicará a terceros si no ha sido inscrito en el Registro de la Propiedad”, ya que como dice LASO (63), “la eficacia *erga omnes* no encuentra posibilidad de aplicación o al menos no es justificable si no es por mediación de los sistemas de registración de bienes inmuebles dotados de eficacia jurídica”. No debe olvidarse, sin embargo, que el tercero no podrá alegar buena fe si tenía conocimiento de los estatutos, aunque no figurasen inscritos en el Registro de la Propiedad.

En los estatutos deberán figurar las obligaciones *propter rem* de las distintas unidades inmobiliarias básicas con relación al complejo, para que puedan gozar de los efectos de la misma situación jurídica de las comunidades ordinarias (art. 24.3).

2. La inscripción del título constitutivo en el Registro de la Propiedad.

Las propuestas de la doctrina acerca de la forma de inscribir en el Registro de la Propiedad las agrupaciones de comunidades, han sido varias, tras la promulgación de la Ley (64).

Para PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (65) “no hay precepto que prevea inscribir como una sola finca, bajo un mismo número, la pluralidad de edificaciones o parcelas, las cuales por su *titularidad* son fincas independientes entre sí [cfr. art. 24.1.a) LPH]. El artículo 8.4.º LH, relativo a los edificios en régimen de propiedad horizontal, está fuera de las disposiciones de la LPH, y es a estas disposiciones y no a las de la LH a las que se remiten los preceptos que regulan los complejos urbanos”. Considera que la solución mejor es la que se aplica por el artículo 62.III.3.ª RH a otro tipo de complejo inmobiliario: el coto minero; o en la forma que resultaba del Borrador de Anteproyecto de 1991 (66).

(63) Ob. cit., p. 1837.

(64) Sobre el régimen anterior pueden verse los distintos trabajos consignados en el apartado de BIBLIOGRAFÍA, y especialmente el de GARCÍA GARCÍA, VIDAL FRANCÉS, y ÁLVAREZ BELTRÁN: “Los conjuntos inmobiliarios en relación con el Registro de la Propiedad”, ponencias y comunicaciones presentadas al V Congreso Internacional de Derecho Registral, 1983, pp. 6 y ss.

(65) Ob. cit., p. 564, nota 113.

(66) Dice PEÑA: “Nos parece que la solución mejor es la que se aplica por el artículo 62.III.3.ª RH a otro tipo de complejo inmobiliario: el coto minero... En este precepto reglamentario se supone que cada finca (concesión) afectada por el coto, abre su propio folio. En el folio correspondiente al coto se hacen constar sólo los extremos que afectan al consorcio y los estatutos por los que el mismo ha de regirse, sin perjuicio de consignar, además, en los distintos folios de las concesiones mineras afectadas, los convenios y estatutos sobre el consorcio.

DOMÍNGUEZ LUELMO (67), sostiene que “cuando el complejo inmobiliario se constituye sobre varias fincas registrales previamente existentes, el sistema más sencillo es proceder a la previa agrupación de todas ellas, de manera que la constancia registral se pueda realizar de la manera” que previó la resolución de 2 de abril de 1980 y “con posterioridad [proceder a] la división material de la finca matriz ya que el complejo inmobiliario figura en la misma como una unidad, resultando inadecuada la técnica de la segregación, sobre todo en el caso de parcelas no colindantes, que dificultaría la correcta descripción de las demás, pudiendo además llegar a reconducir la titularidad registral de los elementos comunes a la entidad promotora”. La solución resulta de mayor coste.

También admite DOMÍNGUEZ que “es posible mantener la individualidad de cada una de las fincas de manera que se proceda a practicar en una de ellas una inscripción extensa, en la que constará el complejo inmobiliario en su conjunto, y en las demás se realice sólo una inscripción concisa”.

La inscripción en el Registro deberá hacerse según se haya configurado la agrupación de comunidades de propietarios en su título constitutivo, y con un escrupuloso respeto al principio registral de especialidad, y de claridad de los asientos; así:

2.1. Título constitutivo otorgado por el propietario único cuando el complejo se asiente sobre una superficie constitutiva de una sola finca, de la que se forman, por segregación o división, las distintas unidades inmobiliarias básicas que integran el complejo (edificios en régimen de propiedad horizontal con especificación de sus elementos comunes particulares, edificios simples –destinados a viviendas u otros usos– y parcelas llamadas a contener unos u otros), y las que constituyen o contienen los elementos inmobiliarios, viales, instalaciones o servicios comunes, en régimen de comunidad indivisible.

Puede procederse en forma similar a la prevista por la resolución de 2 de abril de 1980:

O como resultaba del Anteproyecto (cfr. sus disps. ads. 1.^a y 2.^a sobre los arts. 8.º y 9.º LH) sobre conjuntos inmobiliarios...: se abrirá folio a «la totalidad de los elementos y derechos comunes que constituyan en cada complejo urbano el objeto de la comunidad especial»; en este mismo folio se inscribirá «el régimen del complejo». Los titulares de los derechos o elementos objeto de la comunidad especial «no serán designados nominativamente sino sólo por referencia genérica a quienes sean titulares» de las distintas propiedades que integran el complejo. A la vez, en el folio correspondiente a cada una de estas propiedades procederá hacer constar el régimen del complejo en cuanto implicará carga del predio propio o facultades del dominio sobre predios distintos (cfr. art. 13 LH)”. Ob. cit., p. 564, nota 113.

(67) Ob. cit., pp. 452-453.

a) En el folio de la finca inicial se hace constar la constitución de la agrupación de comunidades, y en ella se describe el complejo inmobiliario urbano en su conjunto, con expresión de los elementos comunes y reglas generales de toda la urbanización contenidas en el título constitutivo y los estatutos.

b) Se abre folio separado, como consecuencia, en este caso sí, de las segregaciones efectuadas, a cada una de las unidades inmobiliarias básicas, con indicación de la cuota de participación **conjunta** que se le asigna en los elementos comunes de la agrupación de comunidades, relacionado con el folio donde se contiene la constitución de la agrupación.

c) Se apertura folio separado a cada uno de los pisos o locales que integran cada unidad inmobiliaria básica, relacionado con el folio general de la unidad y con el de la agrupación.

2.2. Título constitutivo otorgado por el propietario único de las distintas unidades inmobiliarias básicas (edificios en régimen de propiedad horizontal, edificios simples –destinados a viviendas u otros usos– y parcelas llamadas a contener unos u otros), o por los propietarios respectivos de ellas, que constituyen ya fincas registrales independientes, y que se hallan vinculadas “ob rem” con la finca o fincas que constituyen los elementos comunes de la agrupación de comunidades, o por los presidentes de las comunidades que reuniendo los mismos requisitos se agrupan con autorización, por mayoría, de sus juntas de propietarios.

El supuesto se dará cuando las distintas unidades inmobiliarias básicas están inscritas como fincas independientes en el Registro de la Propiedad, y cada una de ellas tenga asignada una cuota de participación con relación a cien centésimas en otra u otras fincas registrales independientes que contiene los elementos comunes de todas aquellas, y con las que se hallan vinculadas *ob rem*.

Un supuesto semejante –pues en el régimen del art. 24 la cuota de participación es conjunta para toda la unidad inmobiliaria básica– al descrito fue contemplado en la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 julio 1988: De una finca registral se segregaron dieciséis parcelas sobre las que se construyeron sendos edificios constituidos en régimen de propiedad horizontal, quedando la finca resto destinada a viales, jardines y aparcamientos de todos los propietarios de los referidos edificios como elemento común de todos ellos. Destacaba la Dirección que los interesados en la comunidad sobre dicha finca, registralmente, son los dieciséis edificios construidos sobre las parcelas que de ella se segregaron, por lo tanto, **las cotitularidades directas sobre**

la finca elemento común no corresponden a los dueños de cada piso o local sino a los de cada casa (68) –esa finca se describe registralmente como pertenencia o elemento común de cada casa y a cada una de éstas se le añade una cuota de participación en los elementos comunes– y como cada bloque ha sido dividido horizontalmente ha pasado a ser la cotitularidad que llevaba aneja un elemento común más dentro del Régimen de Propiedad Horizontal respectivo.

Si se decide la constitución de una agrupación de comunidades, el propietario único o los presidentes de las correspondientes unidades inmobiliarias básicas, previamente autorizados por acuerdo mayoritario de sus respectivas juntas de propietarios, podrán otorgar el título constitutivo de la agrupación, analógicamente, conforme al sistema establecido por las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de mayo de 1987 y 27 de mayo de 1978.

Esta última resolución decidió la inscribibilidad de una agrupación registral de cinco fincas urbanas distintas (en nuestro caso en estudio serían las unidades inmobiliarias básicas), que de hecho constituían una sola y única finca (en nuestro supuesto una agrupación de comunidades).

Manifestó la Dirección (69) que dicho “Centro Directivo ha admitido la posibilidad de agrupaciones no incluidas dentro del contexto general en los supuestos conocidos bajo la denominación de Urbanizaciones Privadas, precisando la resolución de 2 de abril de 1980 que la Ley Hipotecaria y su Reglamento mantienen un criterio favorable al acceso al Registro de aquellas **unidades orgánicas** integradas por diferentes fincas siempre que aparezca salvaguardado el sistema y no se alteren los principios básicos que gobiernan la institución registral”.

“CONSIDERANDO qué característica general de todas estas agrupaciones excepcionales es la de que, no obstante la agrupación, una o varias o todas las fincas agrupadas no se extinguen totalmente desde el punto de vista sustantivo, sino que subsisten a ciertos efectos y en el orden registral su folio particular anterior no queda cerrado”.

“CONSIDERANDO que la diferencia existente entre el supuesto concreto de este recurso, y las anteriores agrupaciones excepcionales examinadas se deriva del hecho de que en estas últimas todas las fincas se encuentran integradas en una única y armónica agrupación, mientras que en las primeras un mismo local o **finca independiente forma parte a la vez de su respectiva propiedad horizontal y también de la nueva finca creada por agrupación**, dificultad que podría salvarse sin mengua del principio de especialidad a través de la **coexistencia del antiguo folio registral**

(68) La negrilla para subrayar la idea es mía.

(69) Las negrillas son mías.

referido al local integrado en una propiedad horizontal y del nuevo folio donde constará la total finca resultante de la agrupación”.

En consecuencia, debe abrirse un nuevo folio donde se inscribirá “el título de la comunidad agrupada” (art. 24.2.b, último inciso) y donde constará la descripción del total complejo urbano y qué fincas –sean comunidades complejas o edificaciones simples llamadas a integrar a aquellas, o elementos comunes– lo forman. Dicho folio coexistirá con el antiguo folio registral referido a las comunidades integradas, y a la finca o fincas que constituyan elemento común del complejo inmobiliario urbano cuya titularidad resultará, en la proporción que resulte del título, por referencia a las comunidades agrupadas correspondientes.

En el folio abierto a la agrupación de comunidades deberán constar los estatutos por los que se rija la agrupación (art. 24.2.b, último inciso), cuya inscripción es necesaria para que perjudiquen a tercero (art. 5.III).

En los folios de cada una de las fincas funcionalmente agrupadas en una “agrupación de comunidades” deberá hacerse constar la integración de la misma en la finca del complejo inmobiliario urbano, así como la cuota de participación asignada conjuntamente a cada una de ellas en el mismo.

3. Las especialidades del régimen jurídico de las agrupaciones de comunidades.

El artículo 24.3 LPH establece que “la agrupación de comunidades a que se refiere el apartado anterior gozará, a todos los efectos, de la misma situación jurídica que las comunidades de propietarios y se regirá por las disposiciones de esta Ley, con las siguientes especialidades”.

3.1. Los órganos de gobierno de las agrupaciones de comunidades.

Declarada la aplicación por el artículo 24 de las normas de la LPH, “de la misma situación jurídica que las comunidades de propietarios”, con las especialidades establecidas en dicho precepto, es evidente que los órganos de gobierno de la agrupación son la junta de propietarios, el presidente (70) y en su caso, los vicepresidentes, el secretario, el administrador, y los demás órganos que determinen los estatutos o el acuerdo

(70) RAGEL sostiene que “el precepto no menciona al Presidente de la agrupación, pero como es dispositivo pensamos que puede formar parte de la Junta de propietarios de la agrupación si así se establece en los estatutos”, y admite incluso el pacto estatutario que confiere al presidente de la agrupación la representación del conjunto de los propietarios de cada comunidad, puesto que la letra a) del artículo 24.3 de la LPH la atribuye a los presidentes de las comunidades.

mayoritario de la junta (art. 13 LPH), mas la Ley contiene normas especiales para la junta de propietarios.

a) *La composición de la junta de propietarios de la agrupación.*

El artículo 24.3.a) de la Ley establece:

“La junta de propietarios estará compuesta, salvo acuerdo en contrario, por los presidentes de las comunidades integradas en la agrupación, los cuales ostentarán la representación del conjunto de los propietarios de cada comunidad.”

Plantea el precepto el interrogante de determinar cuál es el posible “acuerdo en contrario”.

Entiende RAGEL (71) que “la fórmula legal es aquí claramente *dispositiva*, pues permite que se establezca o pacte en los estatutos otra cosa distinta, como, por ejemplo, que la junta esté compuesta por los presidentes o vicepresidentes de cada comunidad agrupada; o que a los presidentes de cada comunidad se les añada un presidente de la agrupación, o un vicepresidente de la agrupación, o un secretario general, o un administrador general; o que los presidentes de las comunidades no formen parte de la junta de propietarios o de la agrupación, sino otras personas, etcétera”.

DOMÍNGUEZ LUELMO afirma que “es posible cualquier modalidad, como la de establecer una composición paritaria eligiendo un determinado número de propietarios por cada uno de los inmuebles, o un número de representantes de cada comunidad individual variable, dependiente del número de propietarios individuales que integran cada una de ellas. Las variaciones que se establezcan pueden incidir en el régimen de adopción de acuerdos...” (72).

PEÑA (73), por el contrario, no se plantea la cuestión y manifiesta que “corresponderá a la respectiva comunidad un solo derecho de asistencia y voto (con el alcance que corresponda a la respectiva cuota de participación). Y el derecho de asistencia y voto será ejercido por el órgano a que, en la respectiva comunidad, corresponde la representación, es decir, por el Presidente”.

DORREGO (74) admite que “la ley permite otras fórmulas organizativas de dicho órgano. Éstas pueden ir desde una composición más numerosa de la junta (integrando más miembros de cada comunidad) a un

(71) Ob. cit., p. 746.

(72) Ob. cit., p. 455.

(73) Ob. cit., pp. 566-567.

(74) Ob. cit., p. 2331.

régimen diferenciado de juntas en el que en unos casos tengan carácter de **asamblea general** (por ejemplo para adoptar los acuerdos más trascendentales para la vida de la comunidad) y en otras más restrictivo (por ejemplo, en la forma permitida por el art. 24.3.a)”.

Ese acuerdo en contrario, sólo puede ser que a la junta puedan asistir la totalidad de los propietarios del complejo, cualquiera que sea la comunidad en la que se halle integrada, si así lo disponen los estatutos; aunque en tal caso, sin embargo, no se consigue el designio de los legisladores, expresado por el diputado Sr. Navarrete del Grupo Parlamentario Socialista, de evitar juntas multitudinarias.

b) *Los acuerdos de la junta de propietarios de la agrupación de comunidades.*

A las agrupaciones se aplica, conforme al artículo 24.3, el régimen de los acuerdos del artículo 17 con las especialidades contenidas en este precepto.

La resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de julio de 1988, recayó en un supuesto en que constaba expresamente en los estatutos de una urbanización privada el funcionamiento de una junta de propietarios integrada por los presidentes de cada una de las dieciséis comunidades sobre cada bloque, y declaraba que tratándose de la desafectación de una porción de una finca, elemento común de las dieciséis comunidades que integraban la urbanización, “ha de concluirse que la desafectación de la porción a segregar como elemento común de uso funcional compartido ha de haber sido realizada por el presidente de la Junta de Propietarios últimamente citada en ejecución de acuerdo unánime de sus 16 miembros que, a su vez, han de atenerse a las facultades que les hayan sido conferidas debidamente por sus respectivas Juntas de Propietarios”.

La Ley de Reforma de la LPH en su artículo 24.3.b) es consecuente con dicha doctrina al disponer que “*la adopción de acuerdos para los que la ley requiera mayorías cualificadas exigirá, en todo caso, la previa obtención de la mayoría de que se trate en cada una de las Juntas de propietarios de las comunidades que integran la agrupación*”.

El voto, la declaración de voluntad del presidente de cada comunidad, requiere, cuando se trata de la adopción de acuerdos para los que la ley requiere mayorías cualificadas, y con mayor razón cuando exija unanimidad que, previamente, haya obtenido de su junta de propietarios el acuerdo favorable con la misma mayoría cualificada exigida.

¿Qué sucede pues, cuando algún presidente no ha obtenido ese acuerdo favorable de su junta de propietarios?

PEÑA dice que “sin este previo acuerdo, no estará completo el acuerdo que pudiera adoptar la junta del complejo” (75). Pero, ¿qué significa que no estará completo el acuerdo que pudiera adoptar la junta del complejo? PEÑA —en nota a pie de página— afirma que “habrá que entender, sin embargo, que no serán necesarios estos previos acuerdos cuando, con los votos correspondientes a las demás unidades inmobiliarias básicas, se cumpliera la mayoría cualificada legalmente exigida”.

Dicha interpretación, consecuente con los criterios del artículo 17 LPH, ha de ser matizada dado el tenor literal de la norma del artículo 24 LPH, calificada de “especialidad” por la Ley, que requiere la “previa” obtención de la mayoría de que se trate **en cada una** de las juntas de propietarios. Por tanto, mientras no haya obtenido el acuerdo favorable de su junta, no puede el presidente, en la junta de la agrupación, emitir voto sobre el asunto de que se trate, y si lo hubiere obtenido no podrá votar en contra del sentido del acuerdo de su junta.

Si se requiere la unanimidad o mayoría cualificada, habrá que computar como votos favorables al acuerdo el emitido en la junta de la agrupación de comunidades por los presidentes que, previamente, hayan obtenido el voto favorable de su respectiva junta.

Si cualquiera de los presidentes no convoca, oportunamente, su junta de propietarios, podrán solicitar su convocatoria los copropietarios en los términos establecidos en el artículo 16 de la Ley, y de adoptarse obligará al presidente a su ejecución.

¿Cabe aplicar el régimen que respecto de los propietarios ausentes prevé el artículo 17.1.^a.IV LPH? Si se considera que “la previa obtención de la mayoría de que se trate en cada una de las Juntas de Propietarios”, implica que el adjetivo “previa” se refiere a la junta de la agrupación, la solución será negativa; por el contrario, puede entenderse, y ello parece más lógico, que la “previa obtención de la mayoría” está referida a la emisión del voto por el presidente. En consecuencia, el presidente que obtiene el voto favorable de su junta para el acuerdo para el que se requiere mayoría cualificada o unanimidad, podrá no sólo formular positivamente su voto en la junta de la agrupación, si lo obtuvo previamente a la celebración de dicha junta, sino también votar, tácitamente, no oponiéndose al acuerdo adoptado legalmente por los presidentes en junta.

Para los acuerdos en que no se requieran mayorías cualificadas, resulta, a *sensu contrario*, que los presidentes no han de obtener el acuerdo previo favorable de sus juntas.

(75) Ob. cit., p. 567.

Pero resta una pregunta, ¿tienen el mismo valor personal los votos de todos los presidentes? La cuestión no sería pertinente si los acuerdos se adoptasen por mayorías de cuotas pues el voto de cada presidente valdría lo que la cuota de participación asignada a su comunidad en el complejo. Pero el problema radica en que en el régimen de acuerdos de la junta de propietarios, en el artículo 17, se exigen no sólo mayorías de cuotas, sino personales.

DOMÍNGUEZ LUELMO señala al respecto que “la lógica impone que, en primera convocatoria, tales acuerdos se adopten por mayoría simple del total de presidentes que representen, a su vez, mayoría de las cuotas de participación de cada una de las comunidades integradas. En segunda convocatoria serán válidos los acuerdos adoptados por la mayoría de los presidentes asistentes, siempre que ésta represente más de la mitad de las cuotas de los presentes” (76).

Sin embargo, del tenor literal de la Ley parece deducirse que el voto de los presidentes en la junta del complejo es un voto ponderado, ya que éstos “ostentarán la representación del conjunto de los propietarios de cada comunidad”, expresión claramente diferente de la del artículo 13.3 LPH cuando al regular los órganos de gobierno de la comunidad expresa que “el presidente ostentará legalmente la representación de la comunidad, en juicio y fuera de él, en todos los asuntos que la afecten”. En consecuencia en esta junta de la agrupación el presidente representa “al conjunto de los propietarios de cada comunidad”, y ello aunque entre dichos propietarios existan morosos, pero la cuota será conjunta para toda la comunidad. Admitir lo contrario implicaría igualar el voto de presidentes de comunidades con diferente número de propietarios.

Las dificultades aumentan cuando mediante pacto contrario se conviene que a la junta de propietarios de la agrupación de comunidades asistan los propietarios, pues cada una de las propiedades privativas no tiene asignada cuota en la agrupación, sino en su comunidad, y es ésta, la comunidad, la que tiene asignada cuota conjunta en la agrupación (art. 24.2.b).

¿Cómo se computarán, pues, los votos si asisten los propietarios? Habrán de efectuarse las votaciones por comunidades (en el seno de la propia junta de la agrupación), y con los quórum exigidos por la LPH, según la naturaleza del acuerdo. Posteriormente será el presidente correspondiente quien emita el voto positivo o negativo en la junta de la agrupación, a la vista de lo decidido por su comunidad, y representando al número de copropietarios que votaron favorablemente en su comunidad, y la cuota conjunta de ésta. No cabe solución distinta si se tiene en

(76) Ob. cit., p. 457.

cuenta que la Ley exige mayorías personales que a su vez representen mayorías de cuotas, y en la agrupación de comunidades la cuota es conjunta para la comunidad y no individual para cada propietario.

Estas evidentes dificultades resultan de la identidad de régimen jurídico que proclama el artículo 24.3, con la comunidad ordinaria, que DORREGO califica de “idea clave”, y constitutiva de “la mayor fuente de dificultades y conflictos interpretativos”. Por ello afirma que “algunos de ellos, como es la aplicabilidad de los mecanismos protectores de la comunidad contra la morosidad (afección real, proceso monitorio, privación del derecho de voto..., etc.) o de las normas que disciplinan la convivencia vecinal (acción de cesación) no serán de fácil aplicación y será preciso acudir a principios hermenéuticos razonables, como son la finalidad perseguida por la norma y su destinatario natural” (77).

c) *La competencia de la junta de propietarios de la agrupación.*

La competencia de la junta de propietarios de la agrupación aparece delimitada por el artículo 24.3.II, que expresa:

“La competencia de los órganos de gobierno de la comunidad agrupada únicamente se extiende a los elementos inmobiliarios, viales, instalaciones y servicios comunes. Sus acuerdos no podrán menoscabar en ningún caso las facultades que corresponden a los órganos de gobierno de las comunidades de propietarios integradas en la agrupación de comunidades.”

Es una consecuencia lógica de que en la agrupación sólo son comunes esos elementos y que la cuota conjunta asignada a cada comunidad no lo es en el total complejo sino en dichos elementos.

Así pues, la junta de la agrupación de comunidades tiene limitadas sus competencias a la administración de los elementos comunes del complejo inmobiliario, y especialmente los que determina el artículo 14 de la Ley.

Como destacó LASO (78), “¿sería lógico en un complejo de diez o doce edificios y quinientas o más partes privativas o viviendas exigir el acuerdo de todos los propietarios para modificar el régimen de uso de un elemento común de uno solo de los edificios?” En el mismo sentido se manifestaba ESTRADA ALONSO (79) con relación al Borrador del Anteproyecto de Ley de 1991.

(77) Ob. cit., p. 2332.

(78) Ob. cit., p. 1836.

(79) ESTRADA ALONSO, Eduardo: “El desfase de la LPH en los grandes conjuntos inmobiliarios”, *Actualidad Civil*, 1997-3, pp. 700-701.

Sobre el tema de delimitación de las competencias entre la agrupación de propietarios y cada una de las comunidades agrupadas se manifestó la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 1999.

Se trataba de una vivienda integrada en una llamada “Mancomunidad de Propietarios” compuesta por seis portales recayentes, de dos en dos, a tres calles distintas. Los propietarios de la vivienda dicha habían cubierto la mayor parte de una terraza común e incorporado al cuerpo de la vivienda el vestíbulo del ascensor sin autorización de la comunidad de propietarios, dando lugar a la construcción de un piso nuevo, con servicios independientes del original. La Audiencia, en virtud de demanda de la “Mancomunidad de Propietarios” revoca la sentencia de primera instancia y acuerda condenar a los propietarios de la vivienda a que repongan la terraza y elementos comunes situados en la vivienda referida. Contra dicha sentencia se alzan los propietarios condenados alegando, entre otros motivos, la falta de legitimación activa de la “Mancomunidad de Propietarios”, porque sobre las seis fincas se estableció una mancomunidad con sus propios estatutos independientes, según consta en la escritura de constitución de las comunidades de propietarios de las seis fincas, mancomunidad que se dedica –según los propios estatutos– exclusivamente a la copropiedad de los servicios comunes de calefacción y agua corriente centrales constituidos por los seis edificios; en la misma escritura se hace la parcelación de los seis edificios por casas o portales que componen, cada uno de ellos, una comunidad de propietarios, con el conjunto de los pisos y demás locales susceptibles de aprovechamiento independiente, por lo que las acciones que se ejercitan en este procedimiento correspondían en su caso a la comunidad de propietarios de la finca en la que se ubica la vivienda dicha y no a la Mancomunidad de Propietarios.

El Tribunal Supremo entiende que la excepción de falta de legitimación *ad causam*, no alegada hasta ese momento por el recurrente, debe ser estimada por poder ser apreciada de oficio por la Sala (sentencia de 6 de mayo de 1998), y añade que la mancomunidad recurrida “no es otra cosa que, una pura y simple comunidad de calor, constituida para dar este servicio (agua caliente y calefacción) a los comuneros de las viviendas y locales de las seis comunidades de propietarios que a estos efectos conforman la mancomunidad, por lo que las peticiones que constituyen objeto de la demanda, caen muy lejos de las atribuciones o «interés legítimo» que dicha Mancomunidad pueda tener que, no pueden ser otras que las que afectan a la administración y régimen de los servicios para la que fue constituida, la de agua caliente y calefacción”, por tanto “no legitima a la actora [la mancomunidad] para pedir la reposición de la terraza a su estado primitivo, así como se declare que, el vestíbulo de acceso al ascensor

y escalera es elemento común, restituyendo las puertas de acceso a los mismos a su estado primitivo; por lo que indudablemente la sentencia recurrida infringió las disposiciones de los artículos 396 C.c. y 1.º LPH, en cuanto que el ejercicio de los derechos derivados del régimen de propiedad horizontal, están atribuidos exclusivamente a la comunidad de propietarios (del edificio donde se ubica la vivienda) (o en su caso a alguno de los propietarios de esa casa), tal como estableció al constituirse las distintas comunidades de propietarios...”.

d) *La documentación de los acuerdos de la junta de la agrupación.*

Es de aplicación a la documentación de los acuerdos de la junta de la agrupación lo dispuesto en el artículo 19 de la LPH (art. 24.3 LPH).

En consecuencia debe la agrupación de comunidades tener libro de actas debidamente legalizado por el registrador de la propiedad conforme al artículo 415 del Reglamento Hipotecario (resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 de mayo de 1997).

Con anterioridad, la resolución de la DGRN de 19 febrero 1997 había denegado la legalización del libro porque “apareciendo en el folio de una finca matriz notas marginales de segregación de un determinado número de parcelas, sin ninguna indicación sobre el destino del resto y sin que conste en la inscripción de las fincas segregadas la atribución de una parte indivisa sobre dicho resto, el registrador no accede al diligenciado del libro de actas de una posible urbanización que englobaría las fincas segregadas y el resto de la finca matriz” y añade, “a diferencia de otros casos planteados en los que de los asientos del Registro resultaban elementos suficientes para apreciar la existencia de un complejo urbanístico, conjunto inmobiliario o urbanización privada”.

e) *La impugnación de los acuerdos de la junta de la agrupación.*

Por aplicación de lo dispuesto en el artículo 24.3 LPH, es aplicable a las agrupaciones de comunidades el régimen de impugnación de acuerdos de la junta de propietarios que la LPH establece en el artículo 18 LPH. El problema radica en determinar quién estará legitimado para la impugnación de los acuerdos de la junta de la agrupación.

Lo estarán los presidentes de las comunidades que hubiesen salvado su voto en la junta, los ausentes por cualquier causa y los que indebidamente hubiesen sido privados de su derecho de voto (art. 18.2 LPH), ya que en la misma representan al conjunto de los propietarios de cada comunidad (art. 24.3.a).

Mas cabe cuestionarse si los propietarios tienen acción directa para impugnar dichos acuerdos. Conforme al texto literal del artículo 24.3. LPH, “salvo acuerdo en contrario” en la junta de propietarios los propietarios están representados –supuesto de representación atribuida por ley, que no legal– por el presidente de la comunidad. Por lo tanto, si el presidente acudió a la junta y no salvó su voto, la situación es similar a la del propietario que se halla voluntariamente representado, conforme al artículo 15 LPH. Si el presidente por el contrario salvó su voto, no asistió a la junta por cualquier causa o fue privado indebidamente del derecho de voto (art. 18.2 LPH), puede el propietario impugnar por sí el acuerdo, siempre que concurra alguna de las causas establecidas en la Ley; sin embargo, dicho propietario, si fue necesario votar previamente el acuerdo en la junta de propietarios de su comunidad deberá haber salvado su voto en la misma. Y todo ello por aplicación de la doctrina de los actos propios.

3.2. *El fondo de reserva.*

Con anterioridad a la reforma de la Ley, TORRES LÓPEZ, al referirse a la responsabilidad de la agrupación afirmaba, con razón, que “para estos casos resulta enormemente positiva la previsión estatutaria de un fondo de reserva para la atención de los gastos comunes que surjan” (80).

Sin embargo, el artículo 24.3.c) LPH establece que “*Salvo acuerdo en contrario de la Junta no será aplicable a la comunidad agrupada lo dispuesto en el artículo 9 de esta Ley sobre el fondo de reserva*”.

Después de la Ley, DOMÍNGUEZ LUELMO insiste en lo que hemos visto destacaba TORRES LÓPEZ, diciendo: “la dotación de este fondo de reserva es mucho más necesaria en los Complejos Inmobiliarios Privados que en las propiedades horizontales simples, sobre todo si pensamos por ejemplo en la reparación de los viales de acceso, que va a afectar a cada uno de los inmuebles que conforman el complejo. Quizá lo que ha pretendido con esto el legislador es no incrementar excesivamente los gastos de los copropietarios” (81).

El artículo 9 de la Ley, consigna en el apartado f) como “obligación de cada propietario”:

“f) *Contribuir, con arreglo a su respectiva cuota de participación, a la dotación del fondo de reserva que existirá en la comunidad de propietarios para atender las obras de conservación y reparación de la finca.*

(80) Ob. cit., p. 1128.

(81) Ob. cit., p. 459.

El fondo de reserva, cuya titularidad corresponde a todos los efectos a la comunidad, estará dotado con una cantidad que en ningún caso podrá ser inferior al 5 por 100 de su último presupuesto ordinario.

Con cargo al fondo de reserva de la comunidad podrá suscribir un contrato de seguro que cubra los daños causados en la finca o bien concluir un contrato de mantenimiento permanente del inmueble y sus instalaciones generales” (82).

La pregunta que surge, en consecuencia, es la de saber si ha de ser la junta de la agrupación de comunidades quien adopte el acuerdo de crear el fondo de reserva, y determinar su cuantía por mayoría ordinaria, o si por el contrario pueden establecer dicho fondo de reserva los estatutos.

Ambas cosas son posible: el alcance del precepto parece ser, simplemente, destacar que la formación del fondo de reserva no es una obligación impuesta por la ley, como en el supuesto del artículo 9, sino que queda al arbitrio de los propietarios el determinar la conveniencia o no de establecerlo.

En consecuencia, si conforme al artículo 17.1.^a se logra el acuerdo unánime de introducir la obligatoriedad de la existencia del fondo de reserva en los estatutos, ningún inconveniente se ve: dicho acuerdo podrá ser tan sólo el establecer la existencia del fondo, sin fijar el mínimo, o fijándolo además. Para modificarlo, posteriormente, se requerirá igualmente acuerdo unánime. No veo inconveniente tampoco en que figure en los estatutos redactados por el promotor del complejo, ya sea propietario único o varios propietarios de forma unánime. En todo caso, deberá constar inscrito en el Registro de la Propiedad para que perjudique a tercero que no lo conozca extrarregistralmente.

Si no se hiciese constar en los estatutos iniciales, o no se lograra el acuerdo unánime de la junta de propietarios para su establecimiento en ellos, modificándolos para su introducción, podrá acordarse su existencia por simple mayoría, conforme al artículo 16.3.^a, pero con la misma mayoría se podrá variar su alcance, y suprimirlo.

Establecido el fondo, su régimen será el determinado por el artículo 9.f) LPH, si ese es el fondo que se establece, pero puede establecerse cualquier otro fondo de reserva, determinando su finalidad.

(82) El precepto fue introducido en el informe de la ponencia sobre la base de las diversas propuestas formuladas en las proposiciones de Ley y las enmiendas de los grupos parlamentarios.

3.3. *La obligación de contribuir al sostenimiento de los gastos generales de la comunidad agrupada: las deudas de las comunidades agrupadas con la agrupación de comunidades.*

El artículo 24.b) establece que el título constitutivo “*fixará la cuota de participación de cada una de las comunidades integradas, las cuales **responderán conjuntamente** de su obligación de contribuir al sostenimiento de los gastos generales de la comunidad agrupada*”.

Cabe cuestionarse si esta declaración legal es una mera repetición del artículo 9.e).I de la LPH, conforme al cual son obligaciones de cada propietario, en este caso, de cada comunidad:

“e) Contribuir, con arreglo a la cuota de participación fijada en el título o a lo especialmente establecido, a los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble, sus servicios, cargas y responsabilidades que no sean susceptibles de individualización”.

RAGEL (83) señala que el precepto “plantea la duda de si se trata de una responsabilidad solidaria o a prorrata (parciaria en la terminología de algunos autores), puesto que los términos «responsabilidad conjunta» deben ser interpretados únicamente en el sentido de «responsabilidad plural», es decir, de todas las comunidades de propietarios integradas”. Y a su juicio lo que quiere decir la Ley es “que se trata de una responsabilidad proporcional o a prorrata” de cada comunidad.

DOMÍNGUEZ LUELMO manifiesta al respecto que “con ello se pretende destacar la necesidad de que todas las comunidades contribuyan a los gastos generales para el adecuado sostenimiento del complejo inmobiliario, sus servicios, cargas y responsabilidades que no se puedan atribuir en particular a alguna de las mismas” (84).

PEÑA, refiriéndose al contenido obligacional de cada propiedad, señala que “en particular incumbe a todos los propietarios –o «conjuntamente» a las comunidades constituidas sobre cada una de las unidades inmobiliarias básicas (cfr. art. 21.2.b LPH)– contribuir, cada uno según su cuota de participación, a los gastos generales (como en el régimen de propiedad horizontal)” (85).

Es evidente que las comunidades agrupadas tienen la obligación de contribuir al sostenimiento de los gastos generales de la comunidad agrupada, y obvio que lo harán, salvo prescripción contraria de los estatutos, conforme a su cuota de participación. El adverbio “conjuntamente”, que equivale a “de manera conjunta”, lo que está significando es que la obli-

(83) Ob. cit., pp. 744-745.

(84) Ob. cit., p. 450.

(85) Ob. cit., p. 565.

gada a satisfacer los gastos de la agrupación de comunidades es la comunidad constituida sobre cada una de las unidades inmobiliarias básicas, con arreglo a su cuota de participación, como indicaba PEÑA, ya que el pronombre relativo “las cuales”, pese a la ambigüedad que le caracteriza respecto al nombre a que se refiere (86), en este caso sólo puede referirse a “cada una de las comunidades”, por lo que cuando lo hace a “su obligación” es a la obligación de cada una de las comunidades de contribuir con arreglo a su cuota de participación. Así lo reconoce también DORREGO DE CARLOS, cuando al hablar de los principios político-legislativos que tuvo presente la ponencia del Congreso de los Diputados, destaca el de la **“consideración unitaria de la propiedad separada** en sus relaciones con el complejo inmobiliario. De tal forma que cada subconjunto integrado en una unidad superior responda conjuntamente de su obligación de contribuir al sostenimiento de los gastos generales” (87).

Cada comunidad agrupada debe pagar la cuota que conjuntamente tiene asignada. Por ello no puede la comunidad alegar frente a la agrupación la situación de mora o incumplimiento de algún propietario de dicha comunidad, sino que debe satisfacer la total cuota que corresponde a la comunidad, sin perjuicio de repercutir frente al propietario moroso (88).

DOMÍNGUEZ LUELMO, al referirse a la satisfacción de los gastos de la agrupación por las distintas comunidades afirma que “en caso de impago, debería poder utilizarse con las debidas acomodaciones el procedimiento establecido en el artículo 21 de la LPH, pero lo cierto es que las disposiciones de este último son difícilmente armonizables con la situación que prevé el artículo 24” (89). No vemos, sin embargo, otra posibilidad.

Conforme a la nueva redacción dada al artículo 21 LPH por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que entrará en vigor el 8 de enero de 2001, las obligaciones de contribuir, con arreglo a la cuota de participación fijada en el título o a lo especialmente establecido, a los gastos generales para el adecuado sostenimiento de los elementos inmobiliarios, viales, instalaciones o servicios, o al fondo de reserva si se hubiere acordado por la junta deberán cumplirse “conjuntamente” por los

(86) *Vide Diccionario de María Moliner. Voz: cual.*

(87) *Ob. cit.*, p. 2323.

(88) Por ello dice DORREGO (*ob. cit.*, p. 2331) que “la contribución a los gastos generales de comunidad agrupada constituye una responsabilidad para las comunidades integradas «... no susceptible de individualización...» [art. 9.1.e) de la LPH]. Por tanto, se incluirá en su presupuesto ordinario como cualquier otro gasto, sin que resulte oponible a la comunidad agrupada la morosidad de alguno de sus integrantes”.

(89) *Ob. cit.*, p. 450.

propietarios de cada comunidad agrupada en el tiempo y forma determinados por la junta.

En caso de no cumplirse, el presidente de la agrupación o el administrador, si así lo acordase la junta de la agrupación, podrá exigirlo judicialmente a través del **proceso monitorio** regulado en los artículos 812.2 y siguientes de la nueva LEC, conforme al cual *“podrá acudir al proceso monitorio quien pretenda de otro el pago de deuda dineraria, vencida y exigible, de cantidad determinada que no exceda de cinco millones de pesetas..., cuando la deuda se acredite mediante certificaciones de impago de cantidades debidas en concepto de gastos comunes de Comunidades de propietarios de inmuebles urbanos”*.

Para ello se requiere la previa **certificación del acuerdo de la junta de la agrupación aprobando la liquidación de la deuda** de la unidad inmobiliaria básica agrupada, con la agrupación de comunidades, por quien actúe como secretario de la misma, con el visto bueno del presidente, siempre que tal acuerdo haya sido **notificado a la comunidad agrupada** en la forma establecida en el artículo 9 (90).

La agrupación de comunidades podrá dirigirse contra los propietarios individuales morosos a través de la acción subrogatoria (art. 1.111 C.c.).

3.4. *Las deudas de la agrupación de comunidades.*

Nos referimos a las deudas contraídas por razón de los elementos comunes por la agrupación de comunidades con terceros, o como dice ANA DÍAZ MARTÍNEZ “se trata de conseguir hacer efectivo el cobro de las cantidades adeudadas por una entidad sin personalidad jurídica que, sin embargo, opera de manera individualizada en el tráfico y actúa representada, tanto procesal como extraprocesalmente, por la persona física que ocupe el cargo de Presidente de la Comunidad” (91).

Rigiéndose la agrupación de comunidades, salvo las especialidades del artículo 24.3, por las disposiciones de la LPH, les serán de aplicación las disposiciones del artículo 22 LPH, con las necesarias adaptaciones teniendo en cuenta que la agrupación de comunidades constituye en terminología del diputado Sr. Navarrete una propiedad horizontal de segundo grado.

(90) Vide LUCES GIL, Francisco: “Los nuevos procesos de la LPH”, en *Actualidad Civil*, n.º 12, semana del 20 al 26 de marzo de 2000, pp. 421 y ss.

(91) VVAA, *Comentarios a la LPH*, editorial Aranzadi. Coordinados por Rodrigo Bercof, p. 695. Sobre el tema de la responsabilidad patrimonial de la comunidad de propietarios, antes de la reforma, puede consultarse de la misma autora *Propiedad horizontal y Registro de la Propiedad: Título constitutivo y responsabilidad patrimonial*, Madrid, 1996, McGraw-Hill.

Establece el artículo 22 de la LPH:

“1. La comunidad de propietarios responderá de sus deudas frente a terceros con todos los fondos y créditos a su favor. Subsidiariamente y previo requerimiento de pago al propietario respectivo, el acreedor podrá dirigirse contra cada propietario que hubiese sido parte en el correspondiente proceso por la cuota que le corresponda en el importe satisfecho.

2. Cualquier propietario podrá oponerse a la ejecución si acredita que se encuentra al corriente en el pago de la totalidad de las deudas vencidas con la comunidad en el momento de formularse el requerimiento a que se refiere el apartado anterior.

Si el deudor pagase en el acto de requerimiento, serán a su cargo las costas causadas hasta ese momento en la parte proporcional que le corresponda.”

GUILARTE ZAPATERO ha criticado duramente el precepto porque no es entendible que la comunidad de propietarios que carece de personalidad jurídica pueda contraer deudas y tener fondos y créditos a su favor; sino que más bien parece una forma de expresarse el legislador, cuando en realidad son en definitiva los condueños quienes responden de las obligaciones y son titulares de los fondos y créditos, por lo que resulta absurdo que luego se afirme que responden “subsidiariamente”, porque responderán subsidiariamente de sí mismos. Por tanto concluye que “podría entenderse, forzando desde luego la letra de la norma, que ésta, en el aspecto sustancial, no transforma la condición del deudor común de principal en subsidiaria, y que, con la fórmula utilizada, ciertamente poco feliz, sólo pretende establecer un criterio de orden en el eventual supuesto de ejecución de los bienes” (92).

3.4.1. La responsabilidad de la agrupación.

Con la salvedad expuesta por GUILARTE, y que comparto, la agrupación de comunidades responderá, de “sus” deudas frente a terceros, con todos los fondos y créditos a “su” favor (art. 22.1 LPH).

Esta norma, sin embargo, no deja de plantear dificultades, pues en la doctrina se ha cuestionado qué significado debe dársele a la palabra “fondos”, pues tanto puede entenderse en la acepción 10 de las que acoge el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (21.^a edición), como “cualquier porción de dinero”, como en la acepción 9: “caudal o conjunto de bienes que posee una persona o comunidad”.

Es evidente que el dinero o caudales que posea la agrupación de comunidades está afecto al pago de las deudas de la agrupación, pero cabe

(92) Ob. cit., pp. 428-429.

preguntarse si también responderá ésta con el llamado “fondo de reserva” regulado por el artículo 9.1.f) LPH, destinado a “atender las obras de conservación y reparación de la finca”. Refiriéndose a las deudas de las comunidades DÍAZ MARTÍNEZ sostiene que “la loable pretensión de asegurar el correcto mantenimiento de los inmuebles... no puede en modo alguno suponer un argumento para proteger a las comunidades que se niegan a hacer efectivo el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias contraídas con terceros” (93). Comparto su opinión, y aunque en la agrupación de comunidades, “*salvo acuerdo en contrario de la Junta no será aplicable a la comunidad agrupada lo dispuesto en el artículo 9 de esta Ley sobre el fondo de reserva*” (art. 24.3.c), caso de tenerlo, queda éste afecto al pago de las deudas de la agrupación, como subsidiariamente lo estarán, también con el suyo, las comunidades agrupadas. Así lo mantiene, igualmente, GUILARTE ZAPATERO (94).

Mayor dificultad plantea el considerar que los elementos comunes “por destino”, de la agrupación y subsidiariamente de las comunidades agrupadas, es decir, los que no lo son por naturaleza, deben ser considerados como “fondos” de la agrupación y estar igualmente afectos al pago de las deudas de la misma. En sentido positivo se han manifestado entre otros, RAGEL SÁNCHEZ (95) y ANA DÍAZ MARTÍNEZ, la cual afirma que si bien el precepto no alude a los elementos comunes por destino, “tales bienes pueden entenderse comprendidos en la expresión «fondos», que no ha de tomarse como relativa de modo exclusivo a las sumas de dinero de las que la comunidad sea titular”, por lo que a su juicio, “no existe novedad alguna en este concreto tema con la entrada en vigor del nuevo Texto legal” (96). Por tal razón, dicha autora, así como los autores por ella citados en apoyo de su tesis, MARTÍN BERNAL, ORTIZ NAVACERRADA, y ULLÁN (97), consideran que son embargables, afirmando al respecto DÍAZ MARTÍNEZ en su comentario al artículo 22 LPH que “si la comunidad deudora careciera de fondos dinerarios o, existiendo, fueran éstos insuficientes para la plena satisfacción del acreedor, éste podrá solicitar de la autoridad judicial que decreta el embargo de elementos comu-

(93) Ob. cit., p. 696.

(94) VVAA: *La reforma...*, cit., p. 430.

(95) Ob. cit., p. 750.

(96) Ob. cit., VVAA, *Comentarios...*, nota 10 en p. 697.

(97) DÍAZ MARTÍNEZ: VVAA: *Comentarios...*, p. 697, MARTÍN BERNAL: “La ejecución de la condena de una Comunidad de Propietarios”, en *Ejecución de sentencias civiles y penales. Trabajos de investigación promovidos por el Instituto de Estudios Penales Marqués de Beccaria*, dir. por Serrano Butragueño, Madrid, Eurolex 1994, p. 116. ORTIZ NAVACERRADA: ob. cit., p. 12. ULLÁN, Salvador: “Aspectos en la ejecución de sentencias condenatorias en las Comunidades de Propietarios”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Ejecución de Sentencias Civiles, CGPJ, Madrid, 1992, p. 131.

nes del edificio (en nuestro caso de la agrupación de comunidades) que no lo sean por naturaleza, para lo que, en mi (su) opinión, será preciso el previo acuerdo de desafectación, que si no es adoptado por la Junta de Propietarios, para lo que es exigible la unanimidad... actitud que resulta previsible como maniobra para evitar la traba, podrá ser sustituido por el propio Juez" (98). RAGEL SÁNCHEZ sostiene que "si el acreedor quiere trabar embargo sobre los bienes comunes separables o por destino, es preciso que demande a todos los copropietarios, en aplicación de la conocida doctrina del litisconsorcio pasivo necesario, aunque ya no se exija la unanimidad para desafectar un servicio común, sino el voto favorable de las tres quintas partes de los copropietarios (nuevo art. 17.1.º.II de la LPH)" (99).

Considero preferible la postura contraria, defendida entre otros por TORRES LÓPEZ (100). El artículo 13 del Borrador de Anteproyecto de la Ley de Conjuntos Inmobiliarios de 1991 se refería a los fondos, a los créditos y a los bienes que sean comunes por un acto de afectación al servicio o utilidad común. Y tal solución, propugnada además por un sector cualificado de la doctrina, podría haber adoptado -lo que no ha hecho- la LPH. No habiéndolo hecho así, resulta difícil, por una parte, observar que no se acepta la personalidad jurídica de la comunidad que podría justificar la aplicación del artículo 1.911 del C.c. a la misma, y por otra admitir que pueda sustraerse de los elementos comunes un bien jurídicamente vinculado a una propiedad privativa, que aun cuando no sea estrictamente necesario para la subsistencia de la agrupación, el prescindir de él puede suponer un perjuicio irreparable, no sólo desde el punto de vista de su utilización, sino además implicar la depreciación del valor del elemento privativo de aquellos propietarios que han satisfecho puntualmente sus deudas y cumplido sus obligaciones. Quien contrata con la agrupación de comunidades, como quien contrata con una comunidad, sabe a lo que se expone, y si es diligente, debe adoptar las medidas necesarias para asegurar, con carácter previo a la prestación del servicio o la realización de la obra, el cobro de la obra o servicio, ya sea cobrando por

(98) En p. 706 insite en que "el hecho de que sólo se contemplen los fondos y créditos de la Comunidad no ha de entenderse como voluntaria exclusión de los elementos comunes por destino, por tanto, susceptibles de desafectación, como bienes embargables, si bien es cierto que habría sido deseable una específica previsión legal al respecto con ocasión de la introducción en la LPH de un precepto *ad hoc*". Y en nota 33 a pie de página añade: "en todo caso, la omisión puede salvarse con facilidad, en mi opinión, interpretando la expresión «fondos» no como dinero exclusivamente sino como fondos patrimoniales, trátase de muebles o de inmuebles, con tal de que no sean comunes por naturaleza".

(99) Ob. cit., p. 751.

(100) TORRES LÓPEZ: "Las supracomunidades o mancomunidades de propietarios en los modernos conjuntos inmobiliarios", *Actualidad Civil*, 1997-4, p. 1128.

anticipado o exigiendo las garantías pertinentes, personales o reales de personas o entes con personalidad jurídica, de la que carece la comunidad de propietarios. Las consecuencias de su falta de diligencia no pueden imputarse sobre propietarios cumplidores.

Se podrá alegar que esta conclusión no resulta tan evidente en el caso de tratarse de una responsabilidad extracontractual, pero sostener la contraria implicaría el establecimiento de una solidaridad no declarada expresamente por la Ley, cuando además existen procedimientos en la propia Ley para hacerla efectiva sobre los bienes privativos (que no resultarían depreciados) de quienes no cumplieron con su obligación *propter rem* de contribuir a los gastos comunes.

Así parecen entenderlo, igualmente, las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 y 30 de junio, y 7 de julio de 1986, y 5 de febrero de 1992.

En la de 27 de junio de 1986 declaró:

“Que cuando por obligaciones contraídas se demanda y condena a una Comunidad de Propietarios, se demanda y condena realmente a los propietarios que la constituyen, puesto que la Comunidad en sí carece de personalidad jurídica, pero hay que tener en cuenta que la deuda que pueda establecer la Sentencia es una deuda que sólo lo es de los propietarios a través de la Comunidad y únicamente puede hacerse efectiva sobre ellos de acuerdo con las peculiares normas que sobre gastos y deudas están contenidas en la LPH.”

“Que conforme a estas normas hay dos modos de hacer efectiva la Sentencia de condena dictada contra la Comunidad: a) actuando sobre los **bienes comunes (dinero, créditos), que estén a disposición de los órganos colectivos de la Comunidad demandada** (101); b) actuando sobre los **bienes privativos de los mismos propietarios**, al ser obligación de cada propietario contribuir con arreglo a la cuota de participación fijada en el título o a lo especialmente establecido a los gastos y responsabilidades que no sean susceptibles de individualización, tal como establece el artículo 9, regla 5.ª, de la LPH.”

“Que una vez que ha tenido lugar la condena no surge obstáculo alguno para obtener su ejecución cuando recae sobre los bienes que estén a disposición de los órganos colectivos de la Comunidad condenada, y así cabía, sin duda, que el Juez, a fin de conseguir la efectividad de dicha condena, ordenara el embargo del **dinero metálico común** que se encontrara en poder del Administrador, o la **retención** (cfr. art. 1.165 del Código civil) **del saldo** que en favor de la Comunidad exista en las cuentas

(101) La negrilla es mía.

que ésta tenga abiertas, o la entera retención de lo que a la Comunidad **debieren como cuota de gastos comunes** los copropietarios.”

Y en la de 5 de febrero de 1992, en que precisamente se trataba de embargar una finca que estaba inscrita en condominio como derecho subjetivamente real a favor de los que sean propietarios de las fincas que se segregaron y se constituyeron en régimen de propiedad horizontal, afirmó:

“Primero. Este expediente plantea una cuestión que presenta grandes coincidencias con las resueltas en las Resoluciones citadas en los Vistos, con la particularidad de que la finca embargada aparece inscrita en el Registro como «derecho subjetivamente real a favor de los que sean propietarios» de una serie de fincas descritas en el mandamiento.

Segundo. De conformidad con lo declarado en dichas Resoluciones hay que señalar que cuando por obligaciones contraídas, se demanda y condena a una Comunidad de Propietarios, se demanda y condena realmente a los propietarios que la constituyen, puesto que la Comunidad en sí carece de personalidad jurídica, pero hay que tener en cuenta que la deuda que pueda establecer la sentencia es una deuda que **sólo lo es de los propietarios a través de la Comunidad y únicamente puede hacerse efectiva sobre ellos de acuerdo con las peculiares normas que sobre gastos y deudas están contenidas en la LPH**, de las que resulta que hay dos modos de hacer efectiva la sentencia de condena dictada contra la Comunidad: a) actuando sobre los bienes comunes (dinero, créditos), que estén a disposición de los Órganos colectivos de la Comunidad demandada en cuyo caso no surge obstáculo alguno para obtener su ejecución; b) actuando sobre los bienes privativos de los mismos propietarios al ser obligación de cada propietario contribuir –con arreglo a la cuota de participación en el título o a lo especialmente establecido– a los gastos y responsabilidades que no sean susceptibles de individualización, tal como establece el artículo 9 regla 5.^a de la Ley, en donde ya no sucede lo mismo que en el caso a) al no tener los Órganos colectivos ningún poder directo sobre los bienes privativos, dado que la obligación de cada propietario surgida de la sentencia no lo es entre él y el acreedor, sino mediatamente a través de la Comunidad y **es una obligación *propter rem***.

Tercero. Por tanto, siempre que la Comunidad incurre en responsabilidad se necesita todavía un acuerdo de la Junta de propietarios, debidamente convocada, por el que se determine el tiempo y forma de la contribución de cada uno, y si bien es cierto que la actuación de la Junta puede ser suplida judicialmente, ello ha de ser sin merma de las garantías de los propietarios, que se concretan en que las actuaciones judiciales procedentes, el o los propietarios cuyos bienes se persiguen han de ser llamados como partes personalmente –y no a través de los Órganos colectivos–.

Cuarto. En este caso concreto de finca sobre la que se pretende la anotación de embargo aparece inscrita en condominio como derecho subjetivamente real a favor de los que sean propietarios de las fincas que se segregaron y se constituyeron en régimen de propiedad horizontal, y así figura además este derecho en la inscripción de cada una de las nuevas fincas formadas, y por eso es correcta –art. 20 de la Ley Hipotecaria y 100 de su Reglamento– la denegación de la anotación de embargo ya que del mandamiento presentado no resulta que los titulares registrales fueran parte con carácter personal y directo en las actuaciones judiciales que dieron lugar al embargo.”

3.4.2. *La responsabilidad subsidiaria de las comunidades agrupadas.*

Subsidiariamente y previo requerimiento de pago a la comunidad agrupada, el acreedor podrá dirigirse contra cada comunidad que hubiese sido parte en el correspondiente proceso por la cuota que le corresponda en el importe insatisfecho (art. 22.1 LPH). Deberá en consecuencia demandar a su presidente. La comunidad demandada responderá al igual que la agrupación “con todos los fondos y créditos a su favor”.

3.4.3. *La responsabilidad subsidiaria de los copropietarios.*

Subsidiariamente y previo requerimiento de pago al propietario respectivo, el acreedor podrá dirigirse contra cada propietario que hubiese sido parte en el correspondiente proceso por la cuota que le corresponda en el importe insatisfecho (art. 22.1 LPH). Es decir, el artículo 22, como dice DÍAZ, permite al acreedor solicitar del juez el embargo de los bienes privativos de los componentes de la comunidad cuando éstos, requeridos de pago, no hayan efectuado éste, consagrando el carácter parciario de la deuda comunitaria “lo que determina que al embargar un bien de uno de los propietarios individuales no se pueda pretender en ningún caso que el mismo responda de la totalidad de la deuda, sino que únicamente lo hará «por la cuota que le corresponda en el importe satisfecho»” (102). Así lo afirmó también la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 julio 1986 cuando afirma que de la deuda total de la comunidad no está cada propietario de manera directa y personal obligado al pago.

Señala GUILARTE ZAPATERO, que el problema surgirá cuando el acreedor no haya demandado sino a la comunidad (en nuestro caso, agrupa-

(102) Ob. cit. VVAA, *Comentarios...*, p. 707.

ción) y recae sentencia en la que se condena exclusivamente a ésta, y carece de todo elemento patrimonial. Considera que “debiera admitirse que el acreedor, ante la resistencia del Presidente o de los comuneros para aportar las cantidades que les correspondan para hacer frente al pago de su responsabilidad, podrá obtener, en vía de ejecución de la sentencia estimatoria de su pretensión, que se ordene la correspondiente derrama de los comuneros, naturalmente en proporción a su cuota, con el fin de reunir la cantidad que, como consecuencia de aquélla, la comunidad (en nuestro caso la agrupación) está obligada a pagar” (103).

3.4.4. La oposición a la ejecución.

Cualquier comunidad agrupada o propietario demandado podrá oponerse a la ejecución si acredita que se encuentra al corriente en el pago de la totalidad de las deudas vencidas con la agrupación de comunidades o comunidad (en el caso del propietario la deuda vencida de la agrupación de comunidades se hallará entre las deudas vencidas en su comunidad) en el momento de formularse el requerimiento de pago (art. 22.2.I LPH).

Si el deudor, sea la agrupación de comunidades, la comunidad o el propietario en particular, pagase en el acto de requerimiento, serán de su cargo las costas causadas hasta ese momento en la parte proporcional que le corresponda (art. 22.2.II LPH) (104).

VII. La extinción de los complejos inmobiliarios urbanos

Al ser de aplicación a los complejos inmobiliarios urbanos, en la forma examinada, el régimen establecido en la LPH, en principio es aplicable a la extinción de los mismos la norma contenida en el artículo 23 LPH, conforme a la cual:

“El régimen de propiedad horizontal se extingue:

1.º Por la destrucción del edificio salvo pacto en contrario. Se estimará producida aquélla cuando el coste de la reconstrucción exceda del 50 por 100 del valor de la finca al tiempo de ocurrir el siniestro, a menos que el exceso de dicho coste esté cubierto por un seguro.

2.º Por conversión en propiedad o copropiedad ordinarias.”

La especial naturaleza de los complejos inmobiliarios hace que la aplicación a los mismos de este precepto deba ser matizada.

(103) Ob. cit., p. 431.

(104) Esta opinión es compartida igualmente por RAGEL: ob. cit., pp. 749-751.

Ni aun en el supuesto de complejos inmobiliarios privados constituidos conforme al artículo 24.2.a) resulta clara su aplicación ya que, como con razón dice PEÑA, en cuanto a la primera causa de extinción, “como no se da realmente comunidad alguna sobre *una única cosa total* (el único edificio), la pérdida de distintas edificaciones cuyo coste de reconstrucción exceda del 50 por 100 del valor total del complejo no dará lugar a la extinción del régimen del complejo; puesto que se acepta que el complejo integra edificaciones o *parcelas* no puede ser esencial, para que el régimen del complejo continúe, el que sobre unas u otras parcelas persista entera la edificación. Y mucho menos esta destrucción dará paso, como ocurriría en la propiedad horizontal, a una comunidad ordinaria sobre el todo del complejo (incluidos los inmuebles privativos de cada partícipe)” (105).

Mucho menos, en consecuencia, tendrá aplicación en la agrupación de comunidades.

Sin embargo, sí concluirá el régimen, no sólo cuando el complejo se convierta en propiedad o copropiedad ordinaria, sino cuando desaparezcan los elementos comunes o se supriman los mismos (106).

VIII. Bibliografía

MARTÍN MATEO, R.: “La eclosión de nuevas comunidades. Régimen administrativo de las urbanizaciones particulares”, *RAP*, número 44, 1964, pp. 67 y ss.
SAPENA TOMÁS, J.: “Problemática jurídica de las urbanizaciones privadas”, *RDN*, julio-diciembre 1967, pp. 63 y ss. Y *AAMN*, t. XVI, Madrid, 1968, pp. 483 y ss.

MOLA DE ESTABAN: “Valoración de los intereses públicos y privados en las urbanizaciones particulares”, *DRU*, 1970, núm. 20, pp. 25 y ss.

CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B.: “Las zonas de recreo en las urbanizaciones y la legislación sobre propiedad horizontal”, *RDP*, 1971, pp. 595 y ss.

CHICO ORTIZ: “Las urbanizaciones privadas, la Ley del Suelo y el Registro de la Propiedad”, *RCDI*, 1971, p. 471.

NASARRE ALASTREY: *Las urbanizaciones particulares. La Ley del Suelo ante el fenómeno turístico*, Madrid, 1972.

VVAA, *Las urbanizaciones de iniciativa particular*, Granada, 1988.

FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, M.: *La LPH en el Derecho español*, Madrid, 1973. También: “¿Existen propiedades horizontales atípicas en nuestro Derecho”, *ADC*, 1978, pp. 3 y ss.

CÁMARA ÁLVAREZ, M. de la: “Modalidades en la constitución de los regímenes de indivisión de la propiedad urbana”. Con la colaboración de Emilio GA-

(105) Ob. cit., pp. 567-568.

(106) En el mismo sentido PEÑA: ob. cit., p. 568. En contra TORRES, ob. cit.

- RRIDO CERDÁ y Antonio SOTO BISQUERT. X Congreso Internacional del Notariado Latino, Montevideo, 1969, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, 1975, t. **, pp. 881 y ss.
- CÁMARA, M. de la: "Insuficiencia normativa de la LPH". Curso de conferencias sobre propiedad horizontal y urbanizaciones privadas, Madrid, 1973.
- DÍEZ-PICAZO, L.: "Los procesos de urbanización y el marco del derecho de propiedad". Curso de conferencias sobre propiedad horizontal y urbanizaciones privadas, Madrid, 1973, pp. 9 y ss.
- FONT BOIX, V.: "La propiedad inmobiliaria urbana en el mundo actual: adquisición, protección y limitaciones", con la colaboración de DE LA ESPERANZA, ESPINOSA, MADRIDEJOS, PEÑA BELSA y ROJAS MONTES: XII Congreso Internacional del Notariado Latino, Buenos Aires, 1973. Ponencias presentadas por el notariado español a los Congresos Internacionales del Notariado Latino, Madrid, 1975, pp. 693 y ss.
- CÁRDENAS HERNÁNDEZ, L.: "Urbanizaciones y parcelaciones en suelo rústico", *RDP*, 1975.
- MARTÍN BLANCO: "Las urbanizaciones privadas y su posible configuración jurídica", *AAMN*, t. XX, Madrid, 1976, pp. 139 y ss.
- LLISET BORRELL: *Las entidades urbanísticas colaboradoras*, Valencia, 1977.
- ÁVILA ÁLVAREZ, P.: "El régimen jurídico privado de las urbanizaciones. Aspectos notariales", *RDU*, número 58, 1978, pp. 48 y ss.
- BLANQUER UBEROS, R.: "La unificación de los sujetos en el régimen jurídico privado de las urbanizaciones", *RDU*, 1978, número 60, p. 84.
- AMORÓS GUARDIOLA, M.: "Aspectos registrales de las urbanizaciones", *RDU*, número 62, 1979, pp. 13 y ss.
- VVAA: "Ponencias y comunicaciones presentadas al V Congreso Internacional de Derecho Registral", Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1983. En especial: GARCÍA GARCÍA, J. M., VIDAL FRANCÉS, P., y ÁLVAREZ BELTRÁN, J.: "Los conjuntos inmobiliarios en relación con el Registro de la Propiedad".
- FUENTES LOJO, J. V.: *Suma de la propiedad por apartamentos. Nueva problemática legal, doctrina y jurisprudencia*, Bosch, Barcelona, 1985.
- PAVÓN: "Comunidades complejas en régimen de división horizontal", *Revista General del Derecho*, 1985, p. 403.
- BRANCÓS, E.: "Titularidades urbanas compartidas", Quartes Jornades de Dret Català a Tossa, 25-28 setembre, 1986.
- GETE-ALONSO: "Las urbanizaciones privadas", Quartes Jornades de Dret Català a Tossa, 25-28 setembre, 1986.
- RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J.: *Las urbanizaciones privadas*, Montecorvo, Madrid, 1987.
- ARROYO LÓPEZ-SORO, José: *Propiedad Horizontal. Estudio jurídico práctico*, Trivium, 2.^a ed., 1992.
- RAGEL SÁNCHEZ, L. F.: *Las urbanizaciones de uso privado*, Tecnos, Madrid, 1990. También en VVAA, *Comentarios a la LPH*. Coordinador Rodrigo Bercovitz, Aranzadi, 1999, pp. 727 y ss.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: "Estatuto jurídico y régimen funcional de la propiedad separada en el Anteproyecto de Ley de Conjuntos Inmobiliarios

- de 1991". En *Conjuntos Inmobiliarios y multipropiedad. Ponencias y proyectos de ley sobre conjuntos inmobiliarios*. Asociación de Profesores de Derecho Civil. J. M. Bosch, Editor, SA, 1993, pp. 17 y ss.
- LASO MARTÍNEZ: "De la propiedad de las casas por pisos a los conjuntos inmobiliarios", *RCDI*, 1993, número 619, pp. 1823 y ss.
- ARNÁIZ EGUREN, R.: *Registro de la Propiedad y Urbanismo*, Pons, Madrid, 1995.
- DÍAZ MARTÍNEZ, Ana: *Propiedad Horizontal y Registro de la Propiedad: Título constitutivo y responsabilidad patrimonial*. Monografías Ciencias Jurídicas, Madrid, 1996, McGraw-Hill.
- FERNÁNDEZ COSTALES, J.: "Las urbanizaciones y la propiedad horizontal", *Actualidad Civil*, 1995-1.VIII, pp. 160 y ss.
- ALBÁCAR: "Subcomunidades de propiedad horizontal", *La Ley*, 1996.1, pp. 1805 y ss.
- TORRES LÓPEZ, Alberto: "Las supracomunidades o mancomunidades de propietarios en los modernos conjuntos inmobiliarios", *Actualidad Civil*, año 1997. Referencia: LII.
- DELGADO TRUYOLS: "La propiedad horizontal: su régimen jurídico. El desarrollo moderno de los complejos inmobiliarios", *Cuadernos Notariales*, núm 4, Fundación Matritense del Notariado, 1997.
- GONZÁLEZ CARRASCO, M. C.: *Representación de la comunidad de propietarios y legitimación individual del comunero en la Propiedad Horizontal*, Bosch, Barcelona, 1997.
- ESTRADA ALONSO, E.: "El desfase de la LPH en los grandes conjuntos inmobiliarios", *Actualidad Civil*, núm. 32, septiembre 1997.
- VVAA: *Práctica de la LPH*, Expansión, 1999.
- DORREGO DE CARLOS, Alberto: "Los complejos inmobiliarios en la reforma de la LPH de 1999", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 655, noviembre-diciembre 1999, pp. 2303 y ss.
- LUCES GIL, Francisco: "Los nuevos procesos de la LPH", en *Actualidad Civil*, núm. 12, semana del 20 al 26 de marzo de 2000, pp. 421 y ss.
- ESTRUCH ESTRUCH, Jesús, y VERDERA CERVER, Rafael: *Urbanizaciones y otros complejos inmobiliarios en la Ley de Propiedad Horizontal*, Aranzadi. (Esta obra ha sido publicada después de concluido este artículo, por lo que no ha podido ser tenida en cuenta en su elaboración).

SOBRE EL TÍTULO INSCRITO (*)

JOSÉ ÁNGEL MARTÍNEZ SANCHIZ

Notario

Debo iniciar esta conferencia con una declaración de principios: los efectos protectores del Registro provienen de una realidad compleja y unitaria: el título inscrito. Entre la inscripción y el título, o más exactamente, entre la escritura –que tomo como paradigma– y su asiento, no sólo hay relación de continuidad, sino en el fondo de las cosas una razón de identidad.

Probablemente esta tesis suscite pocas simpatías entre algunos de los modernos cultivadores del Derecho Registral, que patrocinan la autonomía de la inscripción como la clave de bóveda del sistema.

Por mi parte, creo que el Derecho Hipotecario reúne todavía en nuestros días fuertes residuos del más acendrado dogmatismo jurídico. Ello no es casual. El intento de construir una ciencia precisa la acotación de su objeto, entendido como un universal. El asiento de inscripción se erige, pues, en el centro de gravedad, hasta tal punto que pretende absorber al título del que deriva.

Favorece esta tendencia constructivista la estructura de la Ley Hipotecaria, su naturaleza sistemática justamente resaltada por BIENVENIDO

(*) Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado, el 30 de marzo de 2000.

OLIVER (1). La ley —decía COSSÍO en este mismo foro— es lo más próximo a las matemáticas, circunstancia que hubo sin duda de cautivar a D. JERÓNIMO GONZÁLEZ (2), tan aficionado a las mismas, profesor que fue de ellas, en su juventud, para proclamar los principios hipotecarios al modo de teoremas. El camino emprendido de esta manera nos lleva directamente al llamado método dogmático de inversión.

JUAN VALLET (3) en su conferencia en esta academia con ocasión del centenario de la primitiva Ley de 1861 refería el parecer de ETIENNE GILSON que enlazaba el citado método con la aplicación, a partir de DESCARTES, de criterios matemáticos como única fuente para el conocimiento de lo claro y distinto, a través de un proceso de extensión. En ello coincidía con LEIBNIZ (4), “*En tanto Dios cuenta y piensa surge el mundo*”. La armonía universal se obtiene por la aplicación de “*mathesis universalis*”, de esta suerte destaca WALTER MÖNCH (5), la matemática sustituye a la metafísica para el conocimiento de las cosas. Ocurre, sin embargo, que matemática y derecho son términos difícilmente reconciliables.

I. El planteamiento del problema

En aquella conferencia, VALLET (6) ponía de manifiesto la necesidad de no abstraer la inscripción del título, al tiempo que postulaba el abandono del dogmatismo en pro de un estudio basado en la naturaleza de la cosa. Esto conduce, a mi modo de ver, a un análisis documental del acta de inscripción.

(1) *Derecho Inmobiliario Español I*, Madrid, 1892, pp. 396 y ss.

(2) “Tendencias jurídicas en el momento de la elaboración de la Ley Hipotecaria. Su comparación con las actuales”, *AAMN*, t. XIV, p. 45. Añade, “Todos los que tuvimos la fortuna de ser discípulos directos de aquel gran maestro que fue don Jerónimo González, llegamos al convencimiento de que la Ley Hipotecaria había nacido como hija legítima de la geometría”.

(3) *Vid.* PRADA ÁLVAREZ BUYLLA, Plácido: “La idea del Derecho y el método en el pensamiento jurídico de don Jerónimo González”, *RCDI*, n.º 619, pp. 1735 y ss., esp. 1740.

(4) “Determinación de las relaciones jurídicas relativas a inmuebles susceptibles de transcendencia respecto de tercero”, *AAMN*, t. XIV, pp. 294 y ss., esp. 358 y ss. La cita exacta de GILSON, “Todo el cartesianismo y en cierto sentido todo el pensamiento moderno remontan a la noche de invierno de 1619, en Alemania, en la cual junto a una estufa, DESCARTES concibió la idea de una matemática universal”. Sin embargo, “Una aplicación sistemática del método matemático a lo real no podrá tener como resultado inmediato más que sustituir la complejidad concreta de las cosas por un cierto número de ideas claras y distintas, concebidas ellas mismas como verdadera realidad”. De *El realismo metódico*, Madrid, 1952.

(5) *Vid.* *Deutsche Cultur von der Aufklärung bis zur Gegenwart*, Munich, 1962, parágrafo 3, p. 30.

(6) *Op. y loc. cit.*, nota 4, pp. 314 y ss.

Sin embargo, esta metodología –iniciada por RAFAEL NÚÑEZ-LAGOS (7) en “Fe pública especial”– no ha tenido apenas continuación. La Ley Hipotecaria, advertía (8) en esta misma academia, será lo que notarios y registradores queramos que sea. Lamentablemente, tras la época en que las máximas autoridades, en palabras de LA RICA (9), pertenecían al escalafón –ROCA SASTRE, SANZ, NÚÑEZ-LAGOS–, los notarios actuales nos hemos cobijado en un cómodo silencio, a la sombra de aquéllos y de los trabajos de JUAN VALLET. Este silencio tan sólo ha sido roto en los últimos tiempos por aportaciones como las realizadas en este foro por EMILIO GARRIDO (10), ROBERTO BLANQUER (11) o JUAN JOSÉ LÓPEZ BURNIOL (12).

No es de extrañar que el Derecho Hipotecario haya evolucionado por otros derroteros. En este sentido, hay que agradecer a MANUEL AMORÓS (13) la nítida visión de conjunto que nos ofrece en su discurso de recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

Y es que ha ido emergiendo un estado doctrinal que, de consolidarse, puede acarrear un desequilibrio ajeno al recto sentido de la ley. Así, PUIG BRUTAU (14) escribía hace casi cincuenta años, “*Nosotros, los continentales, ocultamos toda la fuerza creadora de la doctrina y de la jurisprudencia mediante la imputación de sus resultados al contenido de la ley*”. No hay que minusvalorar el arbitrio doctrinal, de su fuerza expansiva dan cumplida noticia las modificaciones de la Ley Hipotecaria por disposiciones adicionales en las leyes de Condiciones Generales, de Enjuiciamiento Civil, así como el nuevo Registro de Venta a Plazos.

La autonomía de la inscripción se ha visto de hecho impulsada por dos caminos diferentes, a menudo convergentes, los principios hipotecarios y el procedimiento registral. Por un lado, preténdese ampliar la eficacia de la acción de inscribir aislándola del título en un proceso de apropiación de efectos. Por el otro, se trata de rebajar el título a simple medio

(7) “Fe pública especial”, *RDN*, t. XX, 1958, pp. 7 a 63. En *Estudios de Derecho Notarial*, Madrid, 1986, t. I, pp. 401 y ss.

(8) “Evolución del principio de publicidad”, *AAMN*, t. XIV, pp. 54 y ss., esp. p. 112.

(9) “La Ley del Notariado y el Registro de la Propiedad”, *AAMN*, t. XV, *Centenario de la Ley del Notariado*, p. 85.

(10) “La calificación registral mercantil”, *AAMN*, t. XXXI.

(11) “La tutela del derecho a la inscripción del título”, *AAMN*, t. XXXV.

(12) “Valor de la escritura y de la inscripción en las transmisiones inmobiliarias”, *AAMN*, t. XXXII.

(13) “La teoría de la publicidad registral, su evolución”. Discurso leído el 30 de noviembre de 1998, en su recepción pública como académico de número. Madrid, 1998.

(14) “Una introducción a la lógica jurídica”. Prólogo a la traducción del artículo de LOEWINGER, L. J.: “An introduction to legal logic”, *Indiana Law Journal*, 1954, publicado por Bosch Barcelona, 1954. *Vid.* en *Medio siglo de estudios jurídicos*, Valencia, 1997, pp. 211 y ss., esp. p. 213.

de prueba y de transformar la inscripción, en una declaración distinta de aquél. Las dos vías presentan, sin embargo, una nota común, el intento de sustantivar la calificación.

Estas tendencias precisan ser analizadas con algún detenimiento, si bien cumple antes explicar qué se entiende por autonomía de la inscripción. Los autores no se ocupan de aclararlo por lo general. De ahí nace una indeterminación que ocasiona erróneas interpretaciones en más de una ocasión.

En una primera instancia, la inscripción se dice autónoma para poner de manifiesto su condición de documento público, que como cosa o *res* es distinta, en su corporalidad, de la copia que se inscribe. La inscripción es, efectivamente, un asiento, no un archivo de la copia presentada (antigua Ley del Registro de Venta a Plazos).

De ahí cabe pasar a un segundo estrato, el análisis del *corpus* documental en su dimensión papel. Existen diversos modos de trasladar el título al asiento, encasillado, transcripción e inscripción.

RAFAEL NÚÑEZ-LAGOS (15), significaba que la toma de razón de los antiguos oficios y contadurías de hipotecas correspondía en realidad al sistema de encasillado. En consecuencia, la casilla, tan esquemática como era, dependía completamente del título, al que se remitía. Resulta ciertamente curioso constatar que en Alemania, cada vez que se realiza una modificación convencional del contenido usual del derecho real se acaba por archivar la copia de la escritura a fin de integrar la sumaria indicación del asiento.

La transcripción se asocia comúnmente con el registro francés y, por extensión, con los regímenes de mera inoponibilidad de lo no inscrito. Sin embargo, una cosa es la forma de traslado y otra sus consecuencias protectoras, de lo que da cabal demostración el dubitativo parecer de la Comisión redactora de la primitiva Ley Hipotecaria, que, a la hora de optar entre esta modalidad y la inscripción funda su decisión en consideraciones ajenas a la eficacia del título inscrito.

La transcripción es, desde luego, la manera de asentar típica de los registros de títulos. Pero hay que considerar que, no sólo puede ser —contra lo que creía TROPLONG (16)— integral (de la totalidad del título), sino que también puede ser parcial, al estilo de la nota de transcripción existente en Italia. Entre esta nota y la inscripción no hay diferencias apreciables.

(15) “La toma de razón, más que un asiento, era una nota”, en “La integridad de la fe pública en los Registros de la Propiedad”, *RDN*, n.º LI, p. 14.

(16) *Droit Civil Expliqué. Sur la transcription en matière hypothécaire*, París, 1856: “La transcription est la copie integrale du titre...”, n.º 124, p. 146.

El parentesco o similitud entre la inscripción y la transcripción no escapó a la perspicacia de RAFAEL NÚÑEZ-LAGOS (17). Así, reparaba en el hecho de que dentro del asiento había dos partes: la inscripción *strictu sensu*, expresiva de un extracto; y la transcripción o copia literal de las condiciones suspensivas o resolutivas, impuesta por el artículo 51.6 del Reglamento Hipotecario. Ciertamente, el estudio de la relación entre ambas le lleva a reconocer una relativa autonomía a la inscripción en orden a su contenido representativo o *dictum*. Pero en su pensamiento esta cualidad no significaba abstracción o separación del título, en contra de como lo entiende algún autor [CURIEL (18)]; pues, cabe el cotejo a fin de rectificar el asiento erróneo.

Con antelación a la reforma de 1944 (19), el artículo 34.2 de la Ley Hipotecaria ofrecía base para concluir que el titular registral se hallaba afecto a las causas de nulidad o resolución que, sin constar explícitamente en la hoja, proviniesen de un título previamente inscrito. En consecuencia, la inscripción, sin ser una copia completa, remitía implícitamente a la parte del título que resultaba omitido en la misma.

En adelante, el texto del asiento cierra el circuito en relación a terceros. Pero ese texto no se abstrae del título del que, por el contrario, se extrae. Simplemente se tiene por completo en la medida en que no hay reenvío. El sistema, en realidad, más que en la autonomía descansa, como veremos, en la coincidencia.

La autonomía de la inscripción acusa un grado más cuando se desplaza del soporte documental a la acción de inscribir, al acto en sí de la inscripción.

De antemano: en este planteamiento subyace más de un prejuicio. No se acaba de comprender o de asumir, lo que representa la mayor originalidad de nuestro sistema: que un registro de títulos alcance eficacia similar a los regímenes alemán o suizo, en los cuales la inscripción, o recoge el acuerdo real, o, sin necesidad de ello, constituye un modo de adquirir. De ahí que, por mimetismo, se haya pasado a hablar de inscripción sustantiva.

(17) Trata del tema en distintos trabajos, sobre todo en "Fe pública registral", *op. y loc. cit.*, *Estudios de Derecho Notarial*, p. 442.

(18) "La legitimación registral" en *La evolución del Derecho Registral Inmobiliario en los últimos cincuenta años*, Centro de Estudios Registrales, 1997, pp. 191 y ss., esp. p. 218.

(19) *Vid.* NÚÑEZ-LAGOS: "Evolución del principio de publicidad", *op. y loc. cit.*, esp. pp. 41 y ss.; y en "Variaciones en la significación y alcance de la Ley Hipotecaria", *RDN*, n.º XXXVII-XXXVIII, 1962, pp. 103 y ss., esp. 115 y ss.

II. El principio de inscripción: la inscripción sustantiva

Advertía MONASTERIO (19 bis), que “... desde el concepto adjetivo al concepto sustantivo de inscripción, caben múltiples combinaciones que entiendan y expliquen de muy diverso modo la naturaleza de la inscripción, su esencia y su carácter”.

En pura teoría, resulta posible una inscripción a la vez adjetiva y sustantiva: adjetiva o accesoria respecto del título en su acepción documental y sustantiva en la medida en que constituya un modo de adquirir, complementario del *titulus adquirendi*.

Esta posibilidad merecerá para OLIVER (20) que la inscripción se escriba con mayúsculas frente a la meramente adjetiva afecta al triste papel de anuncio.

Así lo deducía (21) de la Exposición de Motivos de la Ley, a cuyo tenor: “Según el sistema de la Comisión resultará de hecho que para los efectos de la seguridad de un tercero, el dominio y los demás derechos reales, en tanto se considerarán constituidos o traspasados, en cuanto conste su inscripción en el Registro, quedando entre los contrayentes subsistente el derecho antiguo. Así, una venta que no se inscriba, ni se consume por la tradición, no traspasa el dominio al vendedor en ningún caso; si se inscribe, ya se lo traspasa respecto a todos, y si no se inscribe, aunque obtenga la posesión será dueño con relación al vendedor, pero no con respecto a otros adquirentes que hayan cumplido el requisito de la inscripción”.

Con toda probabilidad, la Comisión recoge aquí una rudimentaria explicación de la inoponibilidad de lo no inscrito. Hay que situar el texto en su contexto histórico y jurídico. El párrafo, tras otro en el que se atribuye a la venta sólo *consensu* la cualidad de filosófica (22), descende a la práctica y resuelve a favor del tercero que inscribe frente a quienes no inscribieron su derecho. Sanciona la inoponibilidad sin necesidad de transformar la inscripción en un modo de adquirir.

Sin embargo, la disyuntiva entre el mero anuncio y la inscripción propiamente sustantiva perdura en el ánimo de los hipotecaristas. MORELL (23), preso de su análisis irreprochablemente jurídico, se ve obligado a aceptar que no integra un modo de adquirir, para concluir críticamente que el sistema de la ley parece catedral y es ermita.

(19 bis) Cit. por MORELL: *Legislación Hipotecaria*, Madrid, 1916, t. I, p. 70.

(20) *Vid. Derecho Inmobiliario Español, op. y loc. cit.*, nota 1.

(21) *Op. y loc. cit.*, pp. 336 y ss.

(22) TROPLONG: *Droit Civil Expliqué*, París, 1856, *op. y loc. cit.*, p. 12, emplea idéntico adjetivo, pues dice de la transcripción: “Elle en détruit pas le principe excellent et vraiment philosophique, d’après lequel la propriété se transmet entre les parties contractantes par la seule puissance du consentement”.

(23) *Op. y loc. cit.*, t. I, esp. p. 65.

Contrasta la moderación de este autor con la apasionada opinión de ARAGONÉS (24), para el cual, *“La inscripción ha de ser independiente del título y no ha de poderse invalidar por defectos de éste, porque el Estado ha reconocido como legal el hecho que ha motivado la inscripción. (...) Llámase sustantividad –precisa– el hecho de adquirir la inscripción virtud propia, personalidad independiente”*.

Pero, para ello, le sobra a la inscripción el artículo 33 de la LH: *“La inscripción no convalida los actos y contratos nulos con arreglo a las leyes”*.

Con la claridad que le es consustancial, destacaba GÓMEZ DE LA SERNA (25): *“El objeto de la inscripción no es dar fuerza a los actos que por sí mismos no la tienen, bien sea por defectos en su parte intrínseca, o en su forma, sino sólo hacerlos públicos”*.

La importancia del artículo 33 no se puede oscurecer, no obstante la pretensión de LUIS M.^a CABELLO DE LOS COBOS (26), que propugna la eliminación del mismo implícito en los artículos 18 y 38 de la LH. Por el contrario, hay que dar la razón a GALINDO Y ESCOSURA (27) cuando manifiesta que *“Es imposible borrar de la ley el artículo 33”*, ya que, como argüía MORELL (28), se trata *“... de una consecuencia del sistema inmobiliario aceptado por el legislador. Supeditada la inscripción al título, si éste es nulo ya por razón del contrato o de la obligación en él contenida, ya por razón de la transmisión y su consiguiente adquisición, la inscripción es en principio nula también puesto que ni añade ni quita nada al título”*.

En consecuencia, la inscripción no es totalmente independiente del título. Hay cuando menos una relación de accesoriedad que se manifiesta en que la nulidad de éste arrastra la del asiento, que *“... no da más fuerza...”* al título pues *“... no le añade ni quita nada”*.

Ahora bien, el hecho de que no sea independiente no excluye, en pura lógica, que pueda ostentar alguna virtualidad intrínseca. La búsqueda de la virtualidad intrínseca conduce a la doctrina a la compleja relación entre tradición e inscripción. Las diferentes posiciones sobre este particular resultan manifiestas. Baste señalar que, en general, es un hecho

(24) *Compendio...*, Madrid, 1909, t. I, p. 136, cit. por MORELL, *op. y loc. cit.*, t. I, p. 77.

(25) *La Ley Hipotecaria*. Comentada y concordada con la legislación anterior española y extranjera. Madrid, 1862, t. I, artículo 33, pp. 619 y 620.

(26) “El principio registral de la legitimación”, *RCDI*, n.º 625, 1994, pp. 2311 y ss.; esp. 2341.

(27) *Comentarios*, Madrid, 1888, t. II, p. 498, cit. por MORELL, *op. y loc. cit.*, t. II, artículo 33, p. 611.

(28) MORELL, *op. y loc. cit.*, t. II, pp. 611 y ss.

admitido (29) que la tradición es necesaria para llevar a cabo la inscripción y que esta circunstancia, tratándose de escrituras públicas, se halla cubierta gracias al artículo 1.462 del Código civil.

Don JERÓNIMO GONZÁLEZ (30) intentó una vía interesante con el fin de dotar de autonomía a la inscripción. En su estudio sobre la teoría del título y el modo, se muestra partidario de segregar del título la voluntad de transferir y adquirir la cosa, a fin de que se hiciera patente ante el registrador. Abre un nuevo camino, no exento de lógica, si la inscripción ha de ser sustantiva, hace falta que exprese un consentimiento distinto del reflejado en el título. La actividad del registrador no se circunscribiría a la calificación, sino que también constataría el acuerdo real. En el fondo, a don JERÓNIMO GONZÁLEZ le parece incoherente hablar de inscripción sustantiva si la calificación, por mucho que pueda referirse a "*lo divino y lo humano*" (31), queda constreñida a examinar el título y su relación con los asientos. Falta la debida proporción.

Esto supuesto, hoy apenas reviste dificultad la crítica de su teoría, que hace gala de un entreverado germanismo, que acaso le sobrevino por el meritorio esfuerzo de aprender alemán pasados los cuarenta años. Hay en su exposición el más estricto acatamiento de la autoridad de SAVIGNY, cuya tesis, sin embargo, ha sido superada por la moderna romanística a cuenta de la unidad existente entre la *iusta causa traditionis* y la *iusta causa usucapiendi*, conforme expusiera en esta academia JUAN MIQUEL (32) en torno a las *Instituciones* de GAYO.

En realidad, este planteamiento no es más que un ensayo. De hecho, el insigne hipotecarista, no sin otro intento en torno al consentimiento formal (33), inaugura otra dirección, mucho más fértil, en torno al principio de publicidad (34). En su opinión: "*Todos los títulos mejoran de condición al pasar por el Registro y el certificado de un asiento añade a la fuerza probante de los documentos inscritos, la presunción legitimadora del derecho a la que el juzgador debe atender en primer término*". En este importante trabajo, trae por primera vez a nuestro ordenamiento los

(29) Vid. por ejemplo, GARCÍA GARCÍA: *Derecho Inmobiliario Registral e Hipotecario*, Madrid, 1988, t. I, p. 669; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *Derechos Reales, Derecho Hipotecario*, 2.ª ed., p. 535; y ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, 8.ª ed., t. I, p. 670.

(30) *Principios Hipotecarios*, Madrid, 1931. "La teoría del título y del modo", pp. 19 y ss., esp. p. 71. Vid. también en la misma obra, "Título y modo en el derecho español", pp. 73 y ss.

(31) GONZÁLEZ, Jerónimo: *op. y loc. cit.*, "El principio de legalidad", p. 276.

(32) "Iusta causa traditionis y iusta causa usucapiendi en las Instituciones de Gayo". Trabajo publicado en *Estudios Álvarez Suárez*, pp. 261 y ss.

(33) Vid. en *op. y loc. cit.*, "El principio de consentimiento", pp. 204 y ss., trabajo en el que insiste sobre la naturaleza abstracta del acto transmisivo.

(34) *Op. y loc. cit.*, "El principio de publicidad", pp. 143 y ss., esp. p. 147.

principios de legitimación y fe pública. Pero lo destacable a nuestro objeto es que la inscripción de ninguna manera suple ni absorbe el título cuya mejora pretende.

Similares derroteros, si bien con inferior pulcritud científica, es dable observar en VILLARES PICO (35), que escribe, antes de la Reforma de 1944, acerca de los *Efectos de la inscripción según el actual régimen hipotecario español*. En un apartado específico de esa obra trata de las inscripciones de efectos absolutos, cuyo máximo exponencial encuentra en el artículo 34 de la LH, ya que la adquisición del tercero convalida, a su juicio, el derecho originariamente nulo del transmitente. Pues bien, a renglón seguido sale al encuentro de la sentencia de 29 de octubre de 1919, a cuyo parecer las inscripciones no son títulos de derecho. “*Tampoco lo son las sentencias –contesta– sino que lo declaran, siquiera tal declaración le imprima al título declarado la fuerza de cosa juzgada. Pero puede afirmarse sin temor al sacrilegio, que es más legitimadora la inscripción, según el artículo 34 de la LH, que la cosa juzgada, porque la inscripción legitima respecto a todos*”. Decíase además en esta sentencia, que las inscripciones “... únicamente corroboran y garantizan los títulos de derecho”. Respondía el citado autor: “*He oído decir a algún Juez, no sé si complacido, que según esta doctrina del Supremo la inscripción no producirá otro efecto que dar publicidad al título, tal como fuese éste sin aumentar sus efectos; algo así como la transcripción francesa (...) Corroborar, según la Real Academia, significa vivificar y dar mayores fuerzas al débil, desmayado o enflaquecido y si el Supremo emplea la palabra en este sentido está acertado, pues la inscripción vivifica y da mayor fuerza al derecho del transferente que expresa el Registro y al acto o contrato que motivó la inscripción a nombre de éste*”.

La virtualidad intrínseca de la inscripción, según esta doctrina, no estaría tanto en liberar los efectos del título, cuanto en provocar una ampliación de los mismos, en méritos del valor legitimador del asiento.

Hasta aquí, la inscripción no se atreve a prescindir del título, se presenta como una ampliación de su eficacia. Nace así un nuevo problema: hasta dónde alcanza el título y dónde comienza la inscripción.

Creo no exagerar si afirmo que, en adelante, la dialéctica entre el título y la inscripción habrá de marcar el rumbo de los estudios hipotecarios.

LA RICA, en una importante conferencia pronunciada en Valencia en 1949 (36), decía, “... cuanto exprese para ensalzar la valoración de la ins-

(35) *Efectos de la inscripción según el actual régimen hipotecario español. Nuevo sistema inmobiliario y fusión de los dos cuerpos de registradores y notarios*, ed. en Palencia, pp. 79 y ss.

(36) “Valor efectivo de la inscripción en la nueva legislación hipotecaria”. Conferencia pronunciada en el Ilustre Colegio Notarial de Valencia el día 13 de marzo de 1948. Valencia, 1949, p. 10.

cripción podéis aplicarlo, pues tal es mi propósito, en pro del título notarial que la produce, pues en nuestro sistema en que el acto causal juega un papel preponderante, decisivo, no hay inscripción sin título inscribible...". E insiste, "Título e inscripción se complementan y están indisolublemente unidos...". No obstante, agrega (37), "No es que se inscriba el título, éste en su acepción gramatical de documento, es el vehículo en que se contiene la relación jurídica o el acto causal generador del derecho real".

Sin embargo, se complementan, se hallan indisolublemente unidos, por más que integran realidades distintas. Para LA RICA, en efecto, hay que distinguir entre la propiedad no inscrita y la inscrita. El intento de integrar la respectiva legislación civil e hipotecaria equivale a unir el agua con el fuego (38). En su opinión (39), "*Para la constitución eficiente sobre los bienes inscritos de cualquier derecho real, incluso del dominio, hay que recorrer un ciclo de tres elementos: título, tradición e inscripción. La inscripción produce un efecto constitutivo complementario general: que aunque no sea un requisito indispensable para el nacimiento del derecho real, es un elemento sin el cual éste no queda válidamente constituido con plena eficacia real*". Esta consecuencia la infiere de lo dispuesto en el artículo 32 de la LH.

La tesis de la dualidad legislativa, que el mismo LA RICA avanzaba con la prevención de heterodoxa (40) y aun a riesgo de herejía, no tiene demasiados apoyos. SÁNCHEZ ROMÁN (41) en la discusión en el Senado de la Ley de 1909, opone una imagen convincente a fin de escenificar la conexión orgánica entre el Código civil y la Ley Hipotecaria, "*Si existe un incendio, con sólo un fuego se va a quemar, no la casa en que se declara, sino la que vosotros decís vecina, y no lo es, porque es la misma*".

Sin embargo, el llamado "*efecto constitutivo general*" que LA RICA deducía del artículo 32 de la LH cobra actualidad a la luz de la llamada por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA (42), inscripción conformadora, que este tratadista requiere para la plena eficacia *erga omnes* de los derechos reales constituidos sobre cualesquiera propiedades, estén o no inscritas.

En síntesis, GARCÍA GARCÍA coincide en la necesidad de cerrar el ciclo constitutivo con la ayuda de la inscripción, sin la cual, la suma de título y tradición no basta para alcanzar a los terceros.

(37) *Op. y loc. cit. supra* p. 20. Equipara al título con un vehículo, comparación que hará fortuna, ya que se reitera por otros muchos autores.

(38) *Op. y loc. cit. supra* p. 18.

(39) *Op. y loc. cit. supra* p. 30.

(40) *Op. y loc. cit. supra* p. 29.

(41) *Leyes Hipotecarias y Registrales de España. Fuentes y Evolución*, ed. Castalia, t. II, vol. II. Discusión en el Senado reforma de 1909, p. 123.

(42) *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, Madrid, 1988, t. I, pp. 557 y ss., esp. pp. 583 y ss.

Esta teoría, a la que se adscriben en la actualidad, MANUEL AMORÓS (43), ANTONIO PAU (44) y LUIS M.^a CABELLO DE LOS COBOS (45), no es correcta.

Adolece, para empezar, de un presupuesto erróneo: la inserción en el concepto de derecho real de la nota de absolutividad, de la exigibilidad frente a todos. Con razón se ha dicho que hablar de eficacia *erga omnes* entraña una fanfarronada. RAFAEL NÚÑEZ-LAGOS (46) recordaba que esta expresión proviene del proceso formulario: "*erga omnes possidentis*", sólo frente a los sucesivos poseedores de la finca gravada con el derecho real.

A mayor abundamiento, se resiente de la falta de asideros en el Código civil. No escapa a la perspicacia del autor que la inscripción, tal como la preconiza, equivale de hecho a un modo de adquirir. En consecuencia, encuentra (47) que la inscripción se halla implícitamente incluida entre los mismos, cuando el artículo 609 declara que "*La propiedad y los demás derechos reales se adquieren por la Ley*". Con todo, la cita carece de consistencia. RAFAEL NÚÑEZ-LAGOS (48) advirtió en su momento acerca de la sistemática del Código civil: así, regula el usufructo antes que las servidumbres para evitar su inclusión en las mismas, igual acontece con la inscripción, se trata inmediatamente antes de los modos de adquirir para poner de relieve que no lo es.

Por otra parte, en el plano lógico encierra una evidente contradicción, ¿resulta posible un derecho real entre partes pero no respecto de terceros? Volvemos a la Exposición de Motivos de la primitiva ley, al párrafo que tanto preocupaba a los comentaristas del primer momento y respecto del cual MORELL (49) se plantea esta misma interpretación para estimarla de imposible admisión. En realidad, como observa GORDILLO CAÑAS (50), "*Si el derecho real, por serlo, es un derecho absoluto, no*

(43) "La teoría de la publicidad registral y su evolución", *op. y loc. cit.*, p. 147.

(44) "La teoría de los principios hipotecarios" en *La evolución del Derecho Registral Inmobiliario en los últimos cincuenta años*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1987, pp. 39 y ss., esp. pp. 50 y 51.

(45) *Op. y loc. cit. supra*, esp. p. 2362. Para el autor: "Lo extrarregistral es jurídicamente inexistente y carece de valor económico en cambio".

(46) Esta idea la desarrolla en varios trabajos, así: "El Registro de la Propiedad Español". Memoria presentada al I Congreso Internacional del Notariado Latino, Buenos Aires. Madrid, 1949, p. 53; en "La integridad de la fe pública...", *op. y loc. cit.*, RDN, n.º LI, p. 21; y por extenso en "Tercero y fraude en el Registro de la Propiedad", *RGLJ*, mayo 1950. *Vid.* esp. pp. 34 y ss.: El rasgo característico del derecho real no estriba en la inherencia: "... sigue a la cosa como la sombra al cuerpo." *Vid.* también "Fe pública especial", *op. y loc. cit.*, p. 436.

(47) *Derecho Inmobiliario...*, *op. y loc. cit.*, t. I, p. 596.

(48) "Tercero y fraude en el Registro de la Propiedad", *RGLJ*, mayo 1950, p. 46.

(49) *Op. y loc. cit.*, t. I, p. 73.

(50) "Bases del Derecho de Cosas y Principios Inmobiliario-Registrales: Sistema español", *ADC*, t. XLVIII, F II, abril-junio 1995, pp. 527 y ss.; esp. 547.

puede mantenerse para el mismo, sin contradicción con su concepto, la posibilidad de una duplicidad transmisiva que, según se entienda operar a través de la inscripción registral o de la entrega que sigue al contrato, da lugar, respectivamente a la adquisición de un derecho absoluto o valedero *erga omnes*, o a un derecho relativo, esto es, eficaz sólo *inter partes*". En mi opinión, este argumento ontológico no admite réplica.

La teoría incurre, según creo, en un error de perspectiva a la hora de interpretar el artículo 32 de la LH que sienta la inoponibilidad de los títulos no inscritos, sin dar a los inscritos más oponibilidad de la que ya poseen.

En conclusión, la cosa no es novedosa. Si acaso, su mayor logro estriba en haber encontrado el calificativo "conformadora". Con todo, las palabras muchas veces disimulan los hechos. La inscripción constitutiva, o cuasiconstitutiva, no parece que goce de un excesivo predicamento doctrinal. Pero, si realmente fuera conformadora, sobrevinida una imaginaria integridad del asiento, fruto de una hipertrofiada aplicación del principio de legitimación, se obtendría prácticamente el mismo resultado, pues sin ella sería prácticamente inviable la defensa del derecho real frente a terceros [CABELLO DE LOS COBOS (51)].

En honor a la verdad, JUAN MANUEL GARCÍA GARCÍA realiza un meritorio esfuerzo por distribuir los distintos papeles del título y la inscripción. Su doctrina se mueve en la línea anteriormente enunciada: la inscripción ampliaría los efectos de la escritura pública. Aclara este planteamiento en su trabajo, "La función registral y la seguridad del tráfico inmobiliario" (52). En su opinión, el documento notarial, "... *pieza clave del sistema inmobiliario...*", adquiriría plena eficacia gracias a la calificación registral y la práctica del asiento resultante.

(51) *Op. y loc. cit.*, p. 2339: "... hablar, pues, de la realidad extrarregistral no es más que una entelequia.", p. 2362, nota 87: "Evidentemente, si sólo lo inscrito existe frente a tercero (art. 38 LH) y lo no inscrito es inoponible (art. 32 LH) y no es susceptible de acción judicial o extrajudicial (administrativa), en tanto no se inscriba (art. 313 LH), la publicidad registral determina la existencia del derecho; y supone, *de facto*, dotar de eficacia constitutiva al asiento registral, sin caer en el formalismo de su declaración expresa. La inscripción lleva consigo el reconocimiento jurídico del derecho real, advocando la clandestinidad a un único cauce de eficacia frente a tercero (arts. 32 y 34 LH) e *inter partes* (art. 32). La existencia ineficaz no deja de ser una paradoja". En efecto, una paradoja que debería llevar a una reflexión sobre las premisas en que se asienta: la mayor -la inexistencia de lo no inscrito- fruto de un idealismo voluntarista que se desmiente por la realidad; la menor, la interpretación desorbitada del artículo 32 LH. De ahí la consecuencia extraña que, además de contradictoria, resulta ciertamente insostenible y jurídicamente rechazable, porque, si algo está claro -*lege data*- es que la inscripción no es constitutiva, ni tampoco *de facto*, al margen de declaraciones más o menos explícitas. Llegar a semejante conclusión evidencia una desviación del camino a seguir para una ajustada interpretación de la ley.

(52) *Vid.* "La función registral y la seguridad del tráfico inmobiliario", *RCDI*, n.º 625, pp. 2239 y ss., esp. pp. 2298 y ss.

Para GARCÍA GARCÍA el título notarial proporciona al Registro la sustancia inscribible a través del título material que contiene y del vehículo formal auténtico que representa al documento notarial. La legislación registral, por su lado, da plenos efectos a través de sus principios, al documento notarial. *“Precisamente porque la escritura pública ha superado el control de legalidad del Registrador previsto en la LH, se explican –nos dice– los efectos que señala el artículo 608 del C.c., y concretamente explica que el artículo 38 de la LH presuma la existencia y rectitud de los derechos inscritos a través del documento público; que el adquirente en documento público inscrito tenga prioridad sobre el documento no inscrito y le cierre el Registro, antes de haberlo decidido ningún juez (artículo 17 LH); que el adquirente en documento público que haya inscrito con los requisitos del artículo 34 de la LH devenga inatacable; que la inscripción de un documento aunque sea nulo se considere justo título para usucapir...”*

Como se observará, todos estos efectos se predicán por GARCÍA GARCÍA del documento notarial inscrito; es decir, del título inscrito, lo que representa asumir que se producen por obra del conjunto.

Ahora bien, entre el título inscrito y sus efectos, GARCÍA GARCÍA (53), intercala la calificación, *“... sin la cual no existiría la legitimación, ni la fe pública, ni los demás efectos hipotecarios, y se tendría que producir un mero sistema de transcripción, sin los efectos de un sistema desarrollado y moderno (...) La calificación registral y la práctica del asiento resultante de ella proporcionan fuerza, valor y eficacia plena al documento notarial, pues le imprimen un sello de legalidad que permite aplicar a la escritura los principios hipotecarios, especialmente los principios de legitimación y de fe pública registral”*.

No creo acertada, sin embargo, la configuración que otorga a la calificación, como causa de los efectos inherentes al título inscrito. Para transformarla en causa se ve obligado, como tendremos ocasión de analizar, a rebajar el valor del documento notarial, de acuerdo con PURIFICACIÓN GARCÍA HERGUEDAS (54), que pasaría de una legalidad supuestamente provisional a otra definitiva, gracias a la calificación. De este modo, la calificación se convertiría, por lo tanto, en una *conditio iuris* de eficacia, cuando en rigor, tan sólo es una *conditio iuris* del asiento.

La disociación entre la escritura pública y su inscripción, se encuentra nítida en un trabajo de ANTONIO PAU (55), *“La teoría de los principios hipotecarios”*. Para el autor hay dos suertes de principios: los inmanentes

(53) *“La función registral...”*, cit. *supra*, pp. 2299 y 2300.

(54) *“La función registral...”*, cit. *supra*, pp. 2283 a 2285.

(55) *“La teoría de los principios hipotecarios”*, en *La evolución del Derecho Registral Inmobiliario en los últimos cincuenta años*, Centro de Estudios Registrales, 1997, op. y loc. cit., pp. 54 y ss.

o esenciales y los accidentales o intercambiables. Los inmanentes poseerían un reflejo ético y serían aquéllos que no puede suprimir el legislador sin atentar contra la esencia del sistema, así, el principio de legalidad en el único aspecto de la calificación. Los accidentales serían meramente técnicos y, por tanto, intercambiables, tales, la opción entre inscripción voluntaria u obligatoria, o entre la inscripción de documentos privados o públicos. Esto, añade enseguida, no quiere decir que los extremos opuestos en este último caso resulten equivalentes, *"Por ejemplo, técnicamente es más acertado el principio de titulación pública que el contrario de titulación privada. Pero, en todo caso, el consagrar normativamente un principio o su contrario no atentará contra la esencia misma de la institución"*.

Se preguntarán ustedes cuál es el reflejo ético de los principios esenciales. PAU responde: la seguridad jurídica y la buena fe. Pero entonces, ¿con qué fundamento participa la calificación del valor de seguridad jurídica que se le deniega a la escritura pública?

PAU parte de una perspectiva exclusivamente tabular: lo esencial es que el título, caso de ser ilegítimo, se rechace, independientemente de su condición pública o privada. Pero, claro está que hay aquí una grave omisión de la realidad práctica. ¿Estaría debidamente protegida la seguridad jurídica mediante un documento privado registralmente aprobado? Si tan sólo se mira el papel, acaso la respuesta pueda ser positiva. Sin embargo, a poco que se medite, semejante equiparación deviene inaceptable.

En efecto, si sólo se mira el papel, el documento abusivo se reduce al que contiene cláusulas abusivas. Si se vive la realidad cotidiana se constata que documentos formalmente irreprochables pueden amparar grandísimos abusos. Permítanme traer a colación un ejemplo: préstamo a uno de los hijos de una señora viuda de elevada edad, quien debe hipotecar su piso en garantía de aquél, pero no está en posesión de sus plenas facultades. Pese a la insistencia del hijo, embargado por las deudas, la escritura no se firmará. Sin embargo, la calificación registral no hubiera podido detener tal extorsión, sencillamente porque no es esa su función.

Y es que la calificación precisa un soporte auténtico. Que el documento presentado se pruebe a sí mismo. El documento privado requiere ser probado y esta prueba no puede ser suplida por la calificación. Otra cosa sería que se recabara una suerte de reconocimiento legal ante el registrador, no sólo de las firmas, sino también del contenido documentado. Pero ello equivaldría a una elevación a público, de modo que, al final, se seguirían inscribiendo documentos públicos y no privados, y todo ello a trueque de transformar al registrador en una suerte de notario (56).

(56) Vid. NÚÑEZ-LAGOS: *Perfiles de la fe pública*, Estudios publicados por la Junta de Decanos, op. y loc. cit., t. I, p. 480.

El artículo 18 de la LH desautoriza esta conclusión: la calificación se extiende a la falta de legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, por lo tanto, también a los privados a fin de su inmediato rechazo; sólo respecto de las escrituras públicas podrá adentrarse en su contenido dispositivo.

Tendremos que recordar a estas alturas a CLAUDIO ANTÓN DE LUZURIAGA (57) cuando glosaba: *"Por lo mismo que han atribuido a la inscripción efectos tan importantes, ha sido preciso rodearla de una solemnidad que asegure la legitimidad de los títulos en que se funda, y esa es la razón por la que se exige en el citado artículo 1.821 (del Proyecto GARCÍA GOYENA) que aquellos títulos consten en escritura pública y siendo providencias judiciales en certificación auténtica. Esto mismo requieren las leyes de los países regidos por el sistema alemán". "La inscripción —añade en otro lugar— es un acto íntimamente ligado al título constitutivo del derecho inscrito; pero no por eso dejarán de ser dos cosas distintas"* (58), es decir, dos documentos distintos, siquiera el comentario se dirija a justificar la asignación de un plazo de duración a la inscripción, ya en el título, ya —decía el artículo 1.862— en el momento de la suscripción de la misma.

La disociación entre la escritura pública y la inscripción aparece en la venta a plazos. En la nueva ley se admite la inscripción de documentos privados, lo cual no sería preocupante si no se ufanara de que el Registro se presume exacto y válido, lo cual lleva a GÓMEZ GÁLLIGO (59) a pregonar que ha quedado derogado el artículo 464 del C.c., ya que conforme el artículo 15.2, *"A todos los efectos legales se presumirá que los derechos inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada en el asiento respectivo (...) Igualmente se presumirá, salvo prueba en contrario, que los contratos inscritos son válidos"*.

La cosa es sorprendente: se concibe la presunción como exponente del principio de legitimación, sin que exista una acreditación auténtica de quién es el titular de la cosa. El Registro no puede conferir una autenticidad retroactiva a aquello que no la tiene (60). En todo caso podrá presumirse que el traslado resulta correcto, pero en absoluto más.

En realidad, el planteamiento de GÓMEZ GÁLLIGO se rebate con TROPONG en su *Droit Civil expliqué* (París, 1856), ya que en opinión de este

(57) *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español* por el Excmo. Sr. D. FLORENCIO GARCÍA GOYENA, Zaragoza, 1974 (arts. 1.819 a 1.825), p. 944.

(58) *Concordancias...*, op. y loc. cit. (arts. 1.862 a 1.866), p. 952. También cit. por PAU, Antonio, en "La evolución de los principios jurídicos hipotecarios" en *Centenario de la Ley de Bases del Código Civil*, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1989, pp. 461, y ss., esp. p. 475.

(59) "Los principios hipotecarios en los Registros Mobiliarios", *RCDI*, n.º 651, p. 661.

(60) CORNU: "En la búsqueda de la justicia el legislador no puede hacer milagros", *Archives de Philosophie du Droit*, t. 20, París, "La filiation", p. 52.

autor si el sistema de transcripción de la ley francesa de 1855 daba entrada a los documentos privados era porque, el fin de la transcripción sólo consistía por entonces, en darlos a conocer, sin añadir nada a una ulterior discusión sobre la validez o falsedad del documento. Es decir, resultaban admisibles y prioritarios a condición de no prejuzgar su validez, a reserva de demostrar ulteriormente su existencia.

III. El procedimiento registral

La técnica del procedimiento se presenta generalmente en la doctrina como una alternativa expositiva frente a los principios hipotecarios. Así aparece en la obra de LACRUZ (61), PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (62), DíEZ-PICAZO (63) o, últimamente en MANZANO SOLANO (64). No son, sin embargo, vías incompatibles, por ejemplo, PAU (65) acude al procedimiento en su *Curso de Derecho Registral*, no obstante su adhesión a los principios hipotecarios. Por mi parte, voy a utilizarlo igualmente para poner de relieve de qué manera se intenta primar la autonomía de la inscripción en el plano formal. Anteriormente adelantaba las siguientes vías: la relegación del título a mero medio de prueba, la conversión de la inscripción en una declaración distinta y la consideración sustantiva de la calificación registral. La mayor virtud de este sistema expositivo radica en que no rompe por completo la continuidad entre el título y la inscripción, pues, siguiendo a CARNELUTTI en su *Teoría General* (66), el procedimiento constituye un hecho jurídico continuado.

a) *La depreciación de la escritura pública.*

Algunos tratadistas presentan la escritura pública como un simple medio de prueba de los hechos inscritos, a la par que le niegan la condición de título de legitimación.

Para justificar lo contrario en el plano doctrinal bastaría con una remisión a los distintos trabajos de RAFAEL NÚÑEZ-LAGOS y de ANTONIO

(61) *Derecho Inmobiliario Registral*, Bosch, 1977, esp. p. 63.

(62) *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, 2.ª ed., Madrid, 1985, sobre todo en pp. 530 y ss.

(63) *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial III. Relación jurídico reales*, Civitas, 1995.

(64) Vid. en concreto, *La demanda de inscripción en el Registro de la Propiedad*, Barcelona, 1999.

(65) *Curso de Derecho Registral*, Madrid, 1995. Vid. también *Manual de Derecho Registral Inmobiliario*, Madrid, 1996.

(66) *Teoría General del Derecho*, Madrid, 1955, p. 459.

RODRÍGUEZ ADRADOS. No está de más, empero, apuntalar algunas ideas sobre este tema al hilo de las objeciones aducidas por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA (67).

La escritura –advierte con razón– no está en condiciones de acreditar la titularidad del transmitente. Pero por eso precisamente recurríase históricamente a la *accessio possessionis* en una labor de recogida de títulos por el notario, para sobre la usucapión soslayar la *probatio diabolica*. RAFAEL NÚÑEZ-LAGOS (68) da noticia de una disposición del Emperador Otón I, dictada a mediados del siglo X, que redujo a tres el número de transmisiones previas a controlar, la llamada *intertiatio*, que pasaría a algunos fueros. Basta leer el prontuario de LÓPEZ FANDO (69) para percibirse de qué manera debían cerciorarse los notarios a fin de que la escritura pudiera cumplir su función legitimadora en el tráfico.

En la actualidad, el Registro suple con ventajas esta laguna, pero el hecho en sí de la legitimación registral no comporta excluir la derivada de la escritura pública anterior, a cuyo valor como título coadyuva sin negárselo en ningún caso.

Insiste GARCÍA GARCÍA sobre una supuesta incomunicación entre la escritura y los terceros: “*La escritura no es título de legitimación, ya que sus efectos quedan circunscritos a ese círculo de personas que son las partes y sus herederos*”.

Sin embargo, esto supone una errónea identificación entre la relatividad del contrato y su oponibilidad frente a terceros, caso de reunir las condiciones exigidas por el ordenamiento, entre ellas, la escritura pública, artículos 1.280 y 1.218 y 1.219 del C.c.

Hay que tener en cuenta que oponibilidad y publicidad no son conceptos idénticos: la primera puede hacerse efectiva por la segunda, pero también por otros procedimientos.

(67) *Derecho Inmobiliario Registral...*, op. y loc. cit., t. I, pp. 734 y ss.

(68) “El Documento Medieval y Rolandino” en *Estudios de Derecho Notarial*, Madrid, 1986, pp. 108 y ss., esp. pp. 205 y ss. Esta institución fue recogida en los Fueros de Cuenca, Fuero Viejo de Castilla y Fuero de Usagre. Vid. también, “Tres momentos del título notarial”, *RDN*, 1965, op. y loc. cit., pp. 14 y ss.

(69) *Prontuario de testamentos y contratos*, Madrid, imprenta de don Benito Cario, 1799, t. II, pp. 64 y 65. Señala la necesidad de que el censuario asegure la libertad de cargas, aunque dicha cláusula pueda parecer ociosa, pues “... queda dicho debe el Escribano reconocer prolijamente los títulos de pertenencia, relacionarlos (...) y de ellos resultará la legitimidad de dominio y cargas que tenga la finca. (...) Sin embargo no es ociosa porque hay muchos descuidos en poner notas en los títulos de las cargas con que se gravan las fincas, y aun puestas suelen ocultarse con artificio”. Para evitar esto último, sigue con una serie de prevenciones –hacer el trabajo personalmente, leer los documentos íntegros sin que basten testimonios en relación, mirar todas las hojas para ver si hay alguna nota cubierta con otro papel pegado encima, y cuidar de colocar las propias notas a continuación de la suscripción y signo del Escribano que autorizó los títulos precedentes, y si no en los márgenes interiores de las mismas hojas y las inmediatas, y no sólo en los exteriores “... porque es fácil romperse o carcomerse...”, etc.–.

Para GARCÍA GARCÍA, "*Las legitimaciones para el tráfico tienen su fundamento en la fuerza de la apariencia y de la publicidad que determina una confianza de los terceros. Por el contrario el Protocolo es secreto y las copias sólo cabe expedirlas a instancia de parte interesada (...) La organización del sistema notarial no pretende ni podía pretender crear una legitimación por la apariencia desde el momento en que no cuenta ni pretende hacerlo, con un sistema de llevanza de fincas*".

Ciertamente el protocolo es secreto y las escrituras no se ordenan sobre la finca como unidad de cuenta. Pero estas circunstancias impiden la cognoscibilidad legal, sin que, a falta de inscripción, priven a la escritura de su valor legitimador a condición de darse a conocer por medio de su exhibición.

Cuando se dice de la escritura que opera como título de legitimación, se supedita a la aplicación de su ley de circulación, que reclama la presentación u oposición del instrumento para hacerse valer.

El artículo 1.219 del C.c. representa un obstáculo que GARCÍA GARCÍA pretende superar haciendo suyo el parecer de VIOLA, para alegar que su radio de acción es limitadísimo, ya que se referiría tan sólo a las escrituras hechas para desvirtuar otra anterior, no a las simplemente modificativas. Sin embargo, se trata de una habilidad dialéctica perfectamente reversible, ya que toda modificación comporta una desvirtuación de lo modificado, lo que ratifica el artículo 178 del RN, en sintonía con la *ratio legis* de la norma.

Por último, no creo suficiente la invocación del artículo 1.473 del C.c. Como es sabido, en la hipótesis de doble venta, este precepto antepone la posesión al título más antiguo, aunque conste en escritura pública. No la estimo suficiente, porque pienso, con ÁNGEL SANZ (70), que la tradición instrumental otorga al adquirente la posición de poseedor a estos efectos. Sin embargo, aunque no fuera así, el hecho de prevalecer la posesión sobre la escritura no significa que la misma carezca de valor legitimador, sino que éste cedería ante el de la posesión, como ocurre a veces con la fe pública registral cuando la situación de hecho desvirtúa la buena fe del adquirente.

Aclarada la manera en que funciona, previa exhibición, no existen razones de peso para excluir lo que es una evidencia en la práctica, ni siquiera, en palabras del citado autor, a fin de evitar un confusionismo con la legitimación registral: las confusiones se resuelven aclarándolas, nunca negándolas (71).

(70) *Instituciones*, t. I, Madrid, 1949, p. 255, nota 35.

(71) NÚÑEZ-LAGOS insiste en diversos trabajos en la idea de que el titular registral no tiene el monopolio de la legitimación. Así, en "Fe pública especial", *op. y loc. cit.*, p. 432. Vid. también, "La evolución de la publicidad...", *op. y loc. cit.*, p. 71.

Por esta razón, la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil ha decidido mantener el artículo 1.218 del C.c. que el primitivo anteproyecto derogaba, porque se ha percatado del valor legitimador del documento público en la esfera extrajudicial.

b) *La calificación sustantiva.*

De la calificación se ha dicho que es creativa, arbitral y, recientemente, hasta sustantiva.

Señala GORDILLO CAÑAS (72) el dato histórico de que la calificación ha evolucionado en nuestro país *in crescendo*, en sentido inverso a lo acaecido en Alemania.

La primitiva Ley Hipotecaria limitaba la calificación a las formas extrínsecas y a la capacidad. “La ley —advertía GÓMEZ DE LA SERNA (73)— se ha limitado a las nulidades patentes, sin autorizar a los registradores a llevar más adelante sus investigaciones, ni entrar en el examen de la validez o nulidad de las escrituras bajo otros aspectos, cuya apreciación en su caso sólo corresponderá a los juzgados y tribunales.” Este sistema se conserva hoy en Argentina (74), pero no en España.

Y es que el artículo 65 de la primitiva ley separaba las faltas en dos grupos, según que, afectando a la validez del título, produjesen o no necesariamente la nulidad de las obligaciones. Acaso, admite MORELL (75), tan sólo quería referirse a las nulidades patentes de que hablaba GÓMEZ DE LA SERNA, pero la palabra obligación indujo a error.

BIENVENIDO OLIVER (76), descubridor de la calificación como manifestación del superior principio de legalidad, fue el inspirador de la Orden de 24 de noviembre de 1874, que extendía la calificación “... a la validez de las obligaciones de las escrituras públicas”. ANTONIO PAU (77) publica a este propósito una carta privada del autor de indudable interés. Hoy debemos atenernos a lo establecido en el artículo 18 de la Ley que, en contraposición al primigenio, aplica el análisis registral a la validez del contenido dispositivo de las escrituras públicas.

El deseo de resaltar la importancia de la calificación en cuanto garantía del sistema, ha traído consigo nuevas teorías que conviene considerar.

(72) “Bases del Derecho de Cosas y Principios Inmobiliario-Registrales...”, *ADC*, t. XLVIII, F. II, abril-junio 1995. pp. 527 y ss., esp. p. 675.

(73) *Op. y loc. cit.*, t. I, p. 530.

(74) Ley nacional 17801/1968, arts. 8 y 9.

(75) *Op. y loc. cit.*, t. II, pp. 256 y 257.

(76) *Op. y loc. cit.*, p. 72.

(77) “La teoría de los principios hipotecarios”, *op. y loc. cit.*, p. 43.

Así, la calificación, según CHICO ORTIZ (78), resulta creativa, a través de las resoluciones de la Dirección General. Esta visión no se puede compartir, pues la calificación opera aquí al modo de barrera, cabalmente lo contrario. Tampoco parece acertada la ubicación de esa supuesta actividad creadora en la disección entre lo real y lo obligacional, ya que esa selección de contenidos está circunscrita a los consignados en el documento. No es, pues, creadora, sino reproductora.

De forma más depurada defiende una calificación creativa, sin emplear esta expresión, ANTONIO PAU (79), por medio de los principios hipotecarios.

En efecto, para este autor, el registrador, junto con el juez y los letrados de la Dirección, son los órganos que “*dan aplicación*” (80) al Derecho Hipotecario, en su caso, a través de los principios.

Estos principios se extraen, a su juicio, de los diversos preceptos de la ley por medio de la analogía *iuris*, primero se inducen y luego se aplican deductivamente a los casos no regulados. No son principios generales ni, por lo tanto, fuente supletoria de segundo grado, sino que, inducidos de la ley, poseen su valor, son de aplicación directa, aunque no tengan la forma de norma.

La conexión entre los principios y la analogía *iuris* la toma, según confiesa, de la *Metodología* de LARENZ.

Ahora bien, el autor alemán (81) reserva esta posibilidad, que denomina desarrollo judicial del derecho, a los tribunales y aun éstos por modo excepcional. El asunto es delicado, previamente habrá que averiguar si existe realmente una laguna, ya que a veces lo que hay es un “silencio elocuente” (82) de la ley, y otras un fallo del legislador (83). ANTONIO PAU (84) brinda como ejemplo de la fructífera aplicación de este método, la extracción del principio de legalidad por OLIVER, a fin de ampliar la calificación a la validez intrínseca del título. Sin embargo, no existía aquí ninguna laguna, sino un silencio elocuente del legislador en el artículo 18 y un fallo en el artículo 65 de la LH.

En fin, la integración de la laguna en la concepción larenziana es cosa reservada a los jueces (85). Esta integración representa, a su parecer,

(78) *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, Madrid, 1989, t. 1, pp. 654 y ss.

(79) “La teoría de los principios hipotecarios”, *op. y loc. cit.*, esp. pp. 55 a 58.

(80) “La teoría de los principios hipotecarios”, *cit. supra*, p. 56.

(81) *Metodología de la ciencia del derecho*, Ariel, 1980, pp. 358 y ss.

(82) *Op. y loc. cit. supra*, pp. 363 y ss.

(83) *Op. y loc. cit. supra*, p. 367.

(84) “La teoría de los principios hipotecarios”, *op. y loc. cit.*, p. 57. Le llama “modelo riguroso de aplicación”.

(85) LARENZ, *op. y loc. cit.*, pp. 369, 398 y ss.

una nueva creación, al punto que considera desacertada la opinión de ZITELMAN, en el sentido de que no hay lagunas en la ley, sino en nuestro conocimiento de ésta. Contrariamente, si el juez resuelve por analogía, extrae una solución de lo que no es sino derecho en potencia, que pasaría a serlo en acto merced a la declaración judicial. En esta declaración se localizaría, por lo tanto, el momento creador propio de todo el desarrollo del derecho. La extralimitación de ANTONIO PAU deviene obvia, ya que confiere al registrador un nuevo poder, el de “dar aplicación” (86) al Derecho Hipotecario, poder creador de naturaleza jurisdiccional y, en todo caso, correspondiente a los jueces (87).

De mayor gravedad me parece la tendencia hacia una sustantividad de la calificación. Me voy a detener brevemente en tres autores que se orientan en esta línea.

JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA (88) recoge unas notas inéditas de PURIFICACIÓN GARCÍA HERGUEDAS, a cuyo parecer se adscribe, para estimar que la calificación vendría a confirmar la legalidad provisional de la escritura. Así entendida se erige aquélla, si no interpreto mal a este tratadista, en concausa de los efectos imputables al título inscrito, es decir, en causa de la ampliación de efectos que recibe el documento gracias a la inscripción. GÓMEZ GÁLLIGO (89) insiste en esta idea: *“La calificación es presupuesto previo para la atribución de efectos a un determinado hecho o negocio jurídico (...) Los efectos que atribuye al negocio la inscripción son muy numerosos (...) No se puede hacer derivar de la inscripción en el Registro de la Propiedad una presunción de existencia y exactitud del derecho real inscrito, si no se califica por el Registrador que el negocio jurídico es válido y existente”*. Obsérvese que bajo esta perspectiva la validez de los negocios aparece teñida de un manto de provisionalidad en espera de la calificación registral.

Más terminantemente se pronuncia LUIS MARÍA CABELLO DE LOS COBOS (90) en un artículo acerca del principio de legitimación registral,

(86) “La teoría de los principios hipotecarios”, *op. y loc. cit.*, p. 56.

(87) El registrador no da aplicación al Derecho Hipotecario; tampoco los notarios lo hacen respecto del Derecho Notarial. Decía GONZÁLEZ PALOMINO (*Instituciones de Derecho Notarial*, Madrid, 1948, t. I, p. 71) que, “El Notario no aplica el derecho, sino, más humildemente, lo cumple. (...) El Notario se limita a regir su conducta propia. Si la ajena no se ajusta a la ley, el Notario no aplica el derecho para regir la conducta de los demás, sino que rigiendo la propia, se abstiene de prestar su intervención, mientras la conducta ajena no se ajuste a la norma. Es su único acto de voluntad como Notario: aceptar o no el requerimiento de prestación de funciones. El concepto de jurisdicción no tiene sentido en el Derecho Notarial”. En mi opinión, el registrador procede de manera parecida si se niega a extender el asiento.

(88) “La función registral...”, *op. y loc. cit.*, nota 55, pp. 2283 y ss.

(89) *Vid.* por ejemplo, “La calificación registral en el pensamiento de don Jerónimo González. Su vigencia actual”, *RCDI*, n.º 619, pp. 1853 y ss., esp. pp. 1872 y ss.

(90) “El principio registral de legitimación”, *RCDI*, n.º 625, pp. 2311 y ss.

que define, de acuerdo con GARCÍA GARCÍA, como aquel por el cual los asientos del Registro se presumen exactos y veraces. Sin embargo, de alguna manera, en GARCÍA GARCÍA, este efecto se predica del título inscrito, por lo que la calificación sería una concausa. Esta interpretación de su pensamiento, con seguridad no escapa a CABELLO DE LOS COBOS, que en nota aparte sostiene lo contrario, “*Resultado –se sobreentiende– de la calificación sustantiva y formal del Registrador, único responsable del asiento que autoriza con su firma y adquiere autonomía e inalterabilidad por ella, haciendo público su contenido*” (91).

Entiende, en consecuencia (92), que la calificación es una *conditio iuris* que posibilita la independencia de la publicidad de los asientos y, por consiguiente, de la especial eficacia del sistema tabular. La calificación no es otra cosa que un arbitraje independiente y poco importa que no haya controversia.

Ante esta calificación sustantiva resulta finalmente que (93), “... el artículo 33 es redundante y sólo obedece a la necesidad del legislador de «curarse en salud», dictando un artículo que distorsiona el entendimiento de los incautos, estando implícito en el 18 y 38 y excepcionado en el 34. No hace sino reforzar la calificación sustantiva del Registrador y su necesidad, como prueban los escasos supuestos de aplicación (yo no conozco ninguno) y, tal vez, sólo atiende a la simulación desde un punto de vista abstracto y doctrinal”.

LUIS M.^a CABELLO DE LOS COBOS retorna a ARAGONÉS. En todo caso ya hemos tenido ocasión de señalar las opiniones de GALINDO Y ESCOSURA que estimaban imposible de borrar el artículo 33 de la LH y la de MORELL que concluía se trataba de una consecuencia lógica del sistema.

A pesar de su diferente grado de radicalidad estas tres opiniones encierran en conjunto una visión de la calificación que considero distorsionada. La calificación no amplía la eficacia del título, que la lleva en sí mismo, sino que se limita a constatar su condición de inscribible a fin de darle asiento.

Alguna vez me he preguntado de dónde proviene el término. Podría guardar alguna concomitancia con la calificación de los delitos y faltas por el Ministerio Fiscal. No en balde traza AGULLÓ (94) a este respecto un paralelo con el registrador. La calificación en ningún caso se erige en causa de la pena, ésta se predica del hecho delictivo. Del mismo modo, la calificación registral no es la causa del asiento, y menos aún, de la efi-

(91) *Op. y loc. cit.*, p. 2326, nota 43.

(92) *Op. y loc. cit.*, p. 2312. *Vid.* también, pp. 2315, 2325 y 2337.

(93) *Op. y loc. cit.*, p. 2341.

(94) *Cit.* por MORELL, *op. y loc. cit.*, t. II, p. 239 “fiscal que representa a los ausentes”.

cacia inherente al título inscrito. La calificación es una *conditio iuris*, pero no como creen los autores citados de la eficacia del asiento, sino de la práctica del mismo.

En nuestro sistema, la calificación consiste en una constatación [RAFAEL NÚÑEZ-LAGOS (95)] de la legitimidad del título, de naturaleza [NAVARRO AZPEITIA (96)] admisiva.

Así se desprende con claridad del artículo 101 del RH, "La calificación de los documentos presentados en el Registro se entenderá limitada a los efectos de extender, suspender o denegar la inscripción...".

Puede decirse que si es una *conditio iuris* del asiento de la escritura, lo es igualmente de su eficacia. Sin embargo, esta conclusión no es correcta. Hay un salto cualitativo que conviene destacar. Una imagen puede aclarar lo que digo: si a mí me dan paso, la causa de que ande no es la cortesía del guardabarreras. La eficacia se predica del título inscrito, es decir, de la inscripción y su causa. La calificación, sin desmentir su función de garantía, opera como freno, pero no como acelerador.

Antiguamente la calificación sólo aparecía cuando resultaba negativa. Hoy el artículo 253.1 de la LH, introducido por la Ley 7/1998, de Condiciones Generales, establece que: "*Al pie de todo título que se inscriba en el Registro de la Propiedad pondrá el Registrador una nota, firmada por él, que exprese la calificación realizada; y en virtud de la misma el derecho que se ha inscrito, la persona a favor de quien se ha practicado, la especie de inscripción o asiento que se haya realizado, el tomo y folio en que se halle, el número de la finca y de la inscripción practicada y los efectos de la misma*".

Esta nota de despacho da noticia de la calificación y de los efectos de la inscripción. La redacción puede hacer pensar que estos últimos son consecuencia de la primera, pero como cabe entender que sólo se quiere dejar constancia de su existencia, parece preferible esta interpretación acorde con la genuina naturaleza de la calificación como acto.

Que la calificación resulta estrictamente admisiva y no sustantiva viene corroborado en el propio artículo 253.1 de la Ley, pues aparece por referencia en la nota de despacho.

Esta nota, punto de conexión entre el título y su asiento, acredita en el fondo la unidad entre ambos, señala su identidad.

Al mismo tiempo, esta nota queda adherida a la copia de la escritura. Esto es, como cosa, resulta una pertenencia. No es casualidad, la escritura lleva en sí, a raíz de su conformación, obra del consentimiento, la

(95) "La evolución del principio de publicidad", *AAMN*, op. y loc. cit., p. 112: "La calificación registral no es en nuestro derecho un acto de jurisdicción, sino sólo de constatación".

(96) "Títulos e inscripciones", *AAMN*, t. XIV, Madrid, 1965, pp. 510 y ss., esp. p. 555.

cualidad de inscribible; por lo tanto, el hecho de la inscripción actúa la liberación de su potencia, que proyecta y acrecienta, pero de modo que la hace suya el título inscrito. La calificación admisiva a través de la nota de despacho es una pertenencia del título como los efectos de la inscripción que se derivan y retornan amplificados al mismo.

De acuerdo con el artículo 253 de la LH, la nota de despacho –o la calificación negativa en su caso– habrán de constar al pie del título. De este modo se hace patente la conexión del título con el asiento. La nota de despacho cumple así una función adicional cuya importancia no cabe ignorar: identifica la copia presentada, lo que legitima a su poseedor para instar conforme al 214 de la LH la rectificación de hipotéticos errores materiales. La exigencia del artículo 253 de la LH no es en absoluto caprichosa. De ahí que haya que motejar de desafortunada la solución que brinda la **Resolución de 12 de noviembre de 1999**, dictada por la Dirección General en consulta realizada por el Colegio Nacional de Registradores sobre el ámbito de aplicación del **Decreto-Ley 14/1999, de 17 de septiembre**, relativo a la firma electrónica.

En lo que aquí interesa, la nota de despacho de un futuro documento público electrónico notarial, judicial o administrativo, presentado telemáticamente, no requerirá su extensión al pie del título. En este sentido, la Dirección ofrece la siguiente alternativa:

En general, su redacción en formato electrónico y firma electrónica avanzada del registrador, con carácter de certificación en la que figure la identificación del documento electrónico inscrito. Esta certificación, según se colige más adelante, como cualquier otra que se expida electrónicamente, habrá de ser trasladada a papel y firmada en forma manuscrita, con el fin de facilitar la verificación y adecuación de su contenido. De esta suerte, la nota de despacho quedaría archivada en el Registro y desconectada del título, o de la copia recibida por el interesado.

Esto no quita, que a instancia de aquél, o por otras razones, se proceda al previo “... *traslado en papel del documento público electrónico inscrito, certificando el propio Registrador bajo su fe la coincidencia del documento papel con su original electrónico, al pie del cual podrá el Registrador extender, ya por medios tradicionales la correspondiente nota de despacho o de suspensión o denegación conforme al artículo 253 de la LH*”.

Las dos posibilidades que depara esta alternativa infringen el artículo 253 de la LH, así como el 214 anteriormente citado.

La primera, la certificación electrónica que no se adhiere al texto del que se extrae la inscripción, rompe la relación de inmediatividad entre la copia del documento y su toma de razón. Caso de error material, por ejemplo, un titular por otro, no se sabrá a ciencia cierta de dónde procede el error, si de la copia telemática o de la inscripción.

La segunda opción pretende obviar este inconveniente mediante el traslado a papel del documento electrónico bajo la fe del registrador. Igualmente me parece inaceptable. Ya en la discusión parlamentaria que se siguió en el Congreso a raíz del dictamen de la Comisión, relativo a la LH, presentado el 27 de diciembre de 1860, el Sr. ORTIZ DE AZCÁRATE (97) señalaba: *“Quisiera yo también que se hubiese consignado con más claridad si los Registradores han de gozar o no de fe pública; yo creo que puesto que el escribano que otorga una escritura goza de fe pública, el Registrador que da tanto valor a una escritura debe tenerla también. Incidentalmente se dice en uno de los artículos de la ley que darán fe al hablar de las certificaciones que expidan, lo cual supone que han de gozar de fe pública; pero yo quisiera que esto fuese más claro y estuviese establecido de una manera terminante que gozasen de fe pública como todos los escribanos y notarios, porque son más que los mismos escribanos”*.

En nombre de la Comisión, contestó el Sr. PERMANYER (98) que: *“Los nuevos Registradores, necesariamente abogados, no serán, no deben ser, en la rigurosa acepción de la palabra, depositarios de la fe pública, sino en lo que conviene, en lo que sea necesario para el ejercicio de sus nuevas funciones la tendrán, como la tienen ahora otros funcionarios en todos los órdenes de la administración, como sucede con los cónsules de la nación en el extranjero, y con los que están al frente de un archivo que todos los días tienen necesidad de certificar, y aquellas certificaciones constituyen prueba en juicio y fuera de él, para todo lo que pueda convenir a los particulares que tienen que acudir para su defensa al testimonio de todos aquellos funcionarios”*.

“En lo que conviene...”: para levantar el acta de inscripción como observaremos y a fin de certificar. No para documentar o copiar el título que ellos mismos inscriben. En este sentido hay que traer a colación una constante y reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo: *“Las certificaciones del Registro de la Propiedad, no obstante su carácter de documento público, sólo hacen fe con autenticidad jurídico-procesal con referencia al hecho de la inscripción, pero no respecto del contenido de las manifestaciones que se hayan hecho en los documentos que las causen”* (S. de 2 de febrero de 1962). *“Pues la eficacia probatoria de los Registros Públicos en general se limita a lo que constituye su objeto y finalidad, la exactitud o valor testimonial del asiento en el Registro de la Propiedad se circunscribe al hecho de la presentación y exhibición del título y de que se ha practicado la inscripción”* (S. de 6 de marzo de 1978).

(97) *Leyes Hipotecarias y Registrales de España*, Centro de Estudios Hipotecarios, ed. Castalia, t. I, V. II, Leyes de 1861 y 1869, p. 265.

(98) *Op. y loc. cit.*, nota anterior, p. 310.

El registrador carece fuera de este contexto, de lo que CHIOVENDA (99) denomina “poder de documentar”. Ni siquiera el juez posee esta facultad, ya que la constancia documental de los actos procesales concierne al secretario judicial. Atribuir al registrador esta facultad rebasa el ámbito de sus funciones. El artículo 253 dispone la nota al pie del título autorizado por otro. Esta alteridad es la base sobre la que se instrumenta un eventual cotejo entre la copia y la inscripción a fin de rectificar los posibles errores.

Ahora bien, si esto es así, ¿de qué manera conciliar el artículo 253 de la Ley con el documento público electrónico? La cosa es sencilla, mediante una comunicación telemática del registrador al notario (o funcionario autorizante) a fin de que deje constancia de la inscripción en la matriz para su inserción en las copias.

c) *La inscripción cual declaración distinta del título.*

Diversos autores niegan que la inscripción consista en un traslado o copia del documento que la motiva. El expediente utilizado ha sido enfrentar los artículos 2 y 3 de la Ley a través de la contraposición entre título material y formal.

Esta distinción existe en el plano conceptual, pero no en la realidad de las cosas, ya que no cabe forma sin contenido, ni contenido sin forma. GÓMEZ DE LA SERNA (100), decía a este respecto que la palabra título se empleaba en el artículo 2 de la LH en el mismo sentido que en el artículo 3, para fijar a renglón seguido su contenido. “*La palabra título... en el texto (del art. 2 de la Ley) se toma por la escritura en que se hace constar el acto o contrato, en virtud del cual se acredita el derecho que se tiene en alguna cosa inmueble. Se aplica a lo es efecto la palabra con que se significa la causa; y locución vulgar en un principio ha venido a ser jurídica, por haberse empleado por diversas leyes en el mismo sentido.*” Así cita a este respecto la Real Orden Instrucción de 29 de febrero de 1830 para recaudar el derecho denominado de hipotecas. Pero “... donde ya aparece adaptada en toda su extensión y en toda su importancia que en este texto tiene la palabra título, es —agrega— en el Proyecto de Código Civil, que tiene por epígrafe de uno de sus capítulos, «De los títulos sujetos a inscripción», que es el mismo del título que estamos comentando; de ella usaron los redactores de este importante trabajo con la misma libertad y extensión que lo hace la nueva ley. No nos parece mal el cambio de nomenclatura: ninguna de las palabras: contratos, escrituras, instrumentos

(99) *Instituciones de Derecho Procesal Civil II*, Madrid, 1940, p. 35.

(100) *Op. y loc. cit.*, p. 250.

o documentos, es tan comprensiva como títulos, ni tan propia para expresar todo lo que según la ley es registrable. El Reglamento añade, no deja duda de toda la extensión que tiene aquí la palabra título «Documento público y fechaciente entre vivos o por causa de muerte, en que funda su derecho sobre el inmueble o derecho real la persona a cuyo favor debe hacerse la inscripción»».

Hay que retornar a los orígenes. Entendido a la manera expuesta por GÓMEZ DE LA SERNA, el artículo 2 no convierte en redundante el artículo 3, como cree MORELL (101), por el hecho de que después se defina dicha palabra título en el artículo 45 del RH (hoy 33). Contrariamente, no posee el mismo valor su establecimiento en la Ley que en el Reglamento.

La escritura pública, como ha señalado en múltiples trabajos ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS (102), constituye la expresión del pensamiento de su autor. El documento contractual integra una unidad, no una confección documental de un negocio previamente realizado. Aquella concepción, que es la clásica, se ha visto robustecida, en el decir de MONTERO AROCA (103), en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, que regula separadamente las fotografías, vídeos y otros soportes que antiguamente se refundían dentro de la prueba documental.

Paralelamente, se ha ido abriendo paso la concepción de la inscripción como una declaración distinta del título, no sólo en el sentido formal, sino también en el material. El origen de esta posición se remonta, muy posiblemente, a don JERÓNIMO GONZÁLEZ (104), que compara la inscripción con la sentencia, cuando establece que aquélla carece de la fuerza de cosa juzgada.

Sin embargo, la clave para el ulterior desarrollo de esta teoría se encuentra en LACRUZ (105), a cuyo entender, conviene distinguir entre el objeto de la inscripción –los actos o contratos en sentido material– y el de la publicidad –derechos, o más exactamente titularidades–.

A partir de esta idea, que conecta la publicidad con la titularidad, se desarrolla, en un proceso de depuración, la tesis de quienes sostienen, a

(101) *Op. y loc. cit.*, p. 320.

(102) *Vid.* “La naturaleza jurídica del documento auténtico notarial”. Ponencia presentada en el Congreso Internacional del Notariado Latino, Bruselas, 1963, *RDN*, n.º XLI-XLII, 1963, pp. 71 a 183. También en *Escritos Jurídicos*, Colegios Notariales de España, t. III, pp. 149 y ss.

(103) *Derecho Procesal* de MONTERO AROCA, GÓMEZ COLOMER, MONTÓN REDONDO, BARONA VILAR, *Tirant lo blanc*, Valencia, 2000, p. 300.

(104) *Principios...*, *op. y loc. cit.*; “Principio de inscripción”, p. 119, y “Principio de legalidad”, p. 275.

(105) *Derecho Inmobiliario Registral*, *op. y loc. cit.*, p. 94.

la manera de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (106), GARCÍA GARCÍA (107), ANTONIO PAU (108) o MARTÍNEZ SANTIAGO (109), que el Registro consiste en una proclamación oficial de situaciones jurídicas.

Así, ANTONIO PAU precisa que si en general se inscriben los actos, lo que se publican son situaciones jurídicas: se inscribe una compraventa pero lo que se publica es la propiedad del comprador. Lo que interesa a los terceros no es el acto en sí mismo sino sus efectos. El paso de acto a situación –que es el mismo paso del documento a la inscripción– exige una previa determinación oficial de la efectiva producción de la situación jurídica. PEÑA agrega que tales declaraciones tienen *prima facie* cierta eficacia análoga a las sentencias: proclaman la verdad oficial con los efectos consiguientes a la legitimación que producen y son, en principio, inmovibles.

MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS señala algo más, que los asientos del Registro contienen esas declaraciones implícitamente. Así pues, publicidad de lo implícito.

Para llegar a esta conclusión se aúnan una serie de paradojas: el título formal se desgaja del título material, no obstante constituir una realidad unitaria. El objeto de la inscripción se separa del objeto de la publicidad. Por último, la publicidad se predica de una declaración implícita, lo que, en mi opinión, sólo es posible a base de entender que esa publicidad se encuentra ella misma implícita en la inscripción del acto o contrato tomado del título formal, con lo cual, al final del camino nos encontramos al principio, ante el título una vez más.

La distinción entre objeto de la inscripción y objeto de la publicidad no existe, por más que se insista, a nivel del asiento, ya que éste se limita a tomar del título el negocio realizado. Sólo cobra sustancia a la hora de la publicidad formal sobre todo a raíz de la nueva regulación introducida con ocasión de la Ley de Condiciones Generales: la nota de despacho, por ejemplo, señala al titular (lo que no deja de ser reiterativo pues resulta del título) y la nueva regulación de la nota simple, tan sucinta que la rinde frecuentemente inservible, insiste sobre la indicación del titular, sumiendo en el más ominoso silencio el título en que funda su derecho (arts. 222.5 y 3 LH y 333.5 RH).

(106) *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, op. cit., p. 575.

(107) *Derecho Inmobiliario Registral...*, op. y loc. cit., t. I, pp. 41 y ss.

(108) *Curso de Derecho Registral*, op. y loc. cit., p. 75. *Manual de Derecho Registral Inmobiliario*, op. y loc. cit., pp. 75 y 76.

(109) “En torno a la publicidad registral inmobiliaria”, *RCDI*, n.º 644, enero-febrero 1998, pp. 117 y ss., esp. pp. 140 y ss.

IV. La naturaleza documental de la inscripción

La inscripción es un acta, como tal, investida de fe pública respecto de aquello que el registrador constata por modo inmediato, esto es: la existencia del título, su presentación y el hecho en sí de la extensión del asiento. Esto es lo que RAFAEL NÚÑEZ-LAGOS (110) caracterizó como “fe pública originaria”. En todo lo demás, incluido el extracto asentado, obtenido por la mediación del título, hay que hablar de “fe pública derivada”.

La fe pública originaria delimita la esfera a la que debe circunscribirse lo que los hipotecaristas llaman “verdad oficial” o credibilidad impuesta. Significa la génesis de la inscripción en el título, su identidad, no material o corporal, sino sustancial. La inscripción consiste —según el artículo 1.222 del C.c.— en una copia de la copia, la certificación registral sería, según GONZÁLEZ PALOMINO (111), una tercera copia. Sin embargo, aunque la inscripción es copia, esta identidad sustancial no se reproduce plenamente en el plano formal, ya que no se extrae copia literal, sino que se contrae a su contenido de transcendencia real. Constituye, pues, un testimonio en relación que no está cubierto por la fe pública originaria, sino por la derivativa, de ahí que, en primera instancia, no goce de credibilidad impuesta, sino simplemente presuntiva (112).

La inscripción comporta, pura y simplemente, un traslado en relación; no es, por tanto, independiente del título, como tampoco lo es la certificación del asiento, por el hecho de que se libre en extracto.

Anticipaba, al principio de esta conferencia, la necesidad de aclarar qué se entiende por autonomía de la inscripción. Que el asiento consista en una copia del título (art. 1.222 del C.c.), no quiere decir que el acta de inscripción no sea ella a su vez un documento público. Que el traslado no sea ni literal ni total no quita a la inscripción su condición de copia o testimonio por exhibición (113).

(110) Vid. en *Estudios de Derecho Notarial*, op. y loc. cit., t. I, “Fe pública”, pp. 360 y ss.; sobre todo “Fe pública especial”, pp. 422 y ss. y esp. pp. 442 y ss.

(111) *Instituciones de Derecho Notarial*, Madrid, 1948, p. 148.

(112) En *Tres momentos del título notarial*, op. y loc. cit., p. 49, dice NÚÑEZ-LAGOS: “El título tiene autenticidad, recoge un momento fehaciente por sí mismo: el instante de adquisición. Lo que dice ha sido presenciado y narrado por un funcionario público. No así el Registro de la Propiedad, en el que la exactitud no es una autenticidad, porque el Registrador no ha presenciado nada, sino una presunción legal *iuris tantum*”. Y en *La integridad de la fe pública en los Registros de la Propiedad*, op. y loc. cit., p. 9, afirma: “El Registrador no presencia *de visu et auditu* toda la realidad que narra. Por eso, la exactitud del asiento no es nunca una autenticidad, sino una presunción *iuris tantum*. Es decir: esa realidad extrarregistral puede entrar en el Registro y rectificarlo, pero dentro de plazo: antes de que inscriba un tercero”.

(113) NÚÑEZ-LAGOS: “Fe pública especial”, op. y loc. cit., p. 423.

Estas consideraciones vienen a colación para un adecuado enfoque de lo declarado en la **Sentencia del Tribunal Constitucional de 24 de abril de 1997**, conflicto positivo de competencia número 1.080/1990.

La Generalidad de Cataluña había impugnado el artículo 36.1 del RRM que establece la redacción del asiento “*en lengua castellana*”. El Tribunal Constitucional confirma la competencia estatal. No obstante, advierte que al regular la materia debe tomar en cuenta lo que en otras sentencias denomina “*contenido inherente al concepto de cooficialidad*”. Ahora bien, esa cooficialidad tan sólo postula tres requisitos: a) Que los documentos redactados en catalán deben tener, a efectos registrales mercantiles, la misma eficacia y validez que los redactados en castellano; b) que los documentos expresados en catalán no pueden verse sometidos a ningún tipo de “*dificultad o retraso*”; y c) que las certificaciones y demás comunicaciones relativas a los asientos deben expedirse en la lengua oficial a elección del solicitante.

Sin embargo, resuelto el dilema, el Tribunal Constitucional, tras declarar nuevamente que la redacción del asiento en castellano no impide que los documentos en catalán tengan plenos efectos registrales, se descuelga con la siguiente reflexión:

“En efecto en un sistema de registro de inscripción y no de transcripción como el que tradicionalmente ha imperado e impera en España, los documentos «en virtud de los que se practican los asientos» en expresión reiterada del RRM agotan sus efectos ante el Registro al servir de base para la calificación e inscripción registral. A partir de este momento, al practicarse el asiento, es este acto el que produce los efectos propios del Registro Mercantil (constitutivos, de presunción, de exactitud, de fe pública registral, de inoponibilidad, etc.). Es cierto que una parte de los asientos que se practican en el Registro son simple traslación, parcial o incluso íntegra de los documentos presentados a registro, es más en algunos relevantes casos –estatutos de sociedades, poderes, capitulaciones matrimoniales, etc.–, esos documentos en la actualidad se inscriben, si están redactados en castellano mediante fotocopia o archivo informático por medio de lector óptico. Sin embargo, esta constatación no debe llevar a la conclusión de que lo que produce los efectos registrales son directamente los documentos presentados al Registro o que los asientos no constituyen un nuevo documento... y por fin, lo que es más relevante aún en los casos en los que los documentos se incorporan íntegramente a los asientos, como queda dicho, los efectos registrales los producen estos últimos o su publicación (art. 9 RRM), no los documentos de que traen causa, como lo demuestra el reconocimiento de que estos efectos continúan produciéndose incluso en supuestos de inexactitud o nulidad del asiento por discrepancia entre éste y el documento (arts. 7 a 9 del RRM). En definitiva, aunque el contenido

de los documentos, la transcripción, incluso literal, de los mismos, tiene lugar mediante un acto que cobra vida jurídica propia y produce unos efectos relativamente autónomos.

Así pues, los documentos en virtud de los que se practican los asientos agotan sus efectos en el momento en que se presentan en el Registro y sirven de base para la calificación e inscripción, debemos concluir que, si esos documentos pueden presentarse en catalán sin que se exija previa traducción, los documentos redactados en esta lengua tienen la misma eficacia y validez a efectos registrales que los redactados en castellano.”

Se trata, en mi opinión, de un *obiter dictum*, que no autoriza a concluir, tal como hace ANTONIO PAU (114), que el Tribunal Constitucional declara la autonomía de la inscripción.

Si se lee con atención, que el documento agote sus efectos ante el Registro al servir de base para la calificación e inscripción, lo que realmente busca significar es que la inscripción no supone su archivo, sino un nuevo asiento y, por lo tanto, representa un documento público en sí misma.

Por ello, a continuación, destaca que, aunque tales asientos son “... *simple traslación, parcial e incluso íntegra de los documentos presentados (...) esto no quiere decir que produzcan ellos directamente los efectos registrales o que los asientos no constituyen ningún nuevo documento*”.

Por más que los asientos sean un mero reflejo de los documentos, no obstante se practican “... *mediante un acto que cobra vida jurídica propia y produce unos efectos relativamente autónomos*”.

Esta relativa autonomía se imputa en la sentencia al hecho de que los asientos producen efectos aun en los supuestos de inexactitud o discrepancia respecto del documento del que traen causa.

LACRUZ (115) análogamente transplantó a esta sede la distinción de CARNELUTTI entre el escribir y el escrito para concluir que, mientras la acción de inscribir se halla vinculada al título, su resultado, la inscripción, se desliga del mismo pues produce efectos aun siendo autónoma.

Sin embargo, cabe objetar que si produce efectos no es porque se desliga, sino porque se identifica con el título. La razón se encuentra en la coincidencia, no en la discordancia. Obviamente no representa ninguna discordancia la redacción en distinta lengua.

Esta identificación no se traduce en el plano de la corporalidad del documento en una absorción del título por la inscripción: ambos coexisten, no hay, pues, suplantación, ni subrogación real. Tampoco cabe hablar de especificación o creación de una obra de nueva especie porque

(114) *La teoría de los principios hipotecarios, op. y loc. cit.*, p. 61.

(115) *Derecho Inmobiliario Registral, op. y loc. cit.*, pp. 123 y ss.

no hay transformación de la materia, el título pervive sin cambiar su fisonomía. No hay, por lo tanto, una *separatio*, sino una *coalitio* que recibe expresión en el título a través de la nota de despacho y en el asiento mediante la declaración de su conformidad. La *coalitio* pone de manifiesto la convergencia entre el título y la inscripción, el lazo de unión existente entre ambos, ya que el hecho de inscribir pretende plasmar o reproducir en el asiento el contenido correspondiente del título a través, por lo tanto, de un correcto traslado.

Así las cosas, cumple examinar con algún detenimiento esa relativa autonomía inducida de la inscripción errónea o, en otras palabras, contrastar la unidad del título inscrito a la luz de una eventual discordancia entre los elementos que lo componen.

La naturaleza documental de la inscripción, su condición de copia o traslado, justifica que el artículo 213 LH admita con tranquilidad que *“Los Registradores podrán rectificar por sí, bajo su responsabilidad, los errores materiales cometidos en los asientos de inscripción, anotación preventiva o cancelación, cuyos títulos se conserven en el Registro”*. En otro caso sería preciso la conformidad del interesado en posesión del título inscrito (art. 214.1 LH). Esta conformidad va ligada a la necesidad de presentar nuevamente el título inscrito, pues una vez en poder del registrador, el error, dada su específica condición, resultará del cotejo sin requerir, según entiendo, el consentimiento ulterior del presentante.

Mayor enjundia comporta el tratamiento de los errores de concepto, pues si no resultan patentes, se exige congruentemente la conformidad de los interesados y del registrador (art. 217 LH); pero a lo que interesa la existencia de estos hipotéticos errores no convierte la inscripción en sustantiva, no la emancipa del título, al punto que se determinan por su confrontación con éste; por eso el asiento a que da lugar la rectificación se ha de practicar mediante nueva presentación del título inscrito, sin descartar que esa rectificación apareje la del título en sí, por su expresión ambigua, dando lugar al otorgamiento de otro nuevo.

Tampoco dota de autonomía a la inscripción la importante declaración contenida en el artículo 220 de la LH: *“El concepto rectificado no surtirá efecto en ningún caso sino desde la fecha de la rectificación, sin perjuicio del derecho que puedan tener los terceros para reclamar contra la falsedad o nulidad del título a que se refiere el asiento que contenía el error de concepto o del mismo asiento”*.

Hay que estar, en línea de principio, de acuerdo con el criterio legal. Parece lógico y coherente que la rectificación no produzca efectos en perjuicio de tercero más que a partir de su fecha: no encaja en el mundo tabular o registral una rectificación retroactiva. La oponibilidad del error, con antelación al asiento rectificatorio, se sitúa fuera de los libros

registrales: piénsese que el tercero pueda acceder a un cabal conocimiento de la equivocación a través de la exhibición del título indebidamente reflejado. Esta exhibición, a modo de comprobación sobre el terreno, deshará por completo, en mi opinión, el error material. Quizás haya que buscar aquí el motivo por el que nuestra ley restringe la regla que examinamos a los errores de concepto; y es que, en esta hipótesis, con frecuencia surgirá una interpretación contradictoria de su contenido, en cuyo caso el documento originario no basta, pero no porque se cuestione su oponibilidad, sino el contenido oponible, su sentido o significado. Ante esta oposición conceptual se opta por una solución neutral: la rectificación sólo produce efectos desde su fecha, sin perjuicio del derecho de los terceros para reclamar la falsedad o nulidad del título o, en su caso, del nuevo asiento.

Depurado el error de concepto, se abre un nuevo interrogante acerca de si el tercero, que confió en el Registro inexacto, debe acceder o no a la plena protección del sistema. Esto se ha de responder analizando si concurren los requisitos exigidos para la aplicación de la fe pública registral. Supongamos que un determinado tercero, antes de adquirir la finca, tiene conocimiento de las dos versiones, la escrituraria y la inscrita, y que confía en esta última que luego se demuestra inexacta. No hay duda, a falta de otros argumentos que justifiquen su mala fe, de que debe ser protegido. Aparenta pues, en este caso, sobrevivir la inscripción frente a la escritura.

Pero la inscripción –no lo olvidemos– es una copia del título, **cuando el tercero confía en ella no lo hace sólo en ella, sino a través de ella en el título inscrito**. Confía por el hecho de estar oficialmente establecida su identidad en su exacta correspondencia, circunstancia esta última que presume el artículo 38 de la LH. De la unidad –del título y de la inscripción–, de su identidad sustancial, deriva la correspondencia; de la confianza en esa presunta correspondencia, el mantenimiento ficticio de esa unidad.

Esta unidad o identidad entre el título y la inscripción semeja quebrantarse en la hipótesis del título falso. El asunto generó fuerte polémica al socaire de la primitiva Ley Hipotecaria. El planteamiento inicial se debe a la pluma de PABLO CARDELLACH, al señalar la desagradable posibilidad de que al hilo del artículo 34, el titular inscrito perdiera inadvertidamente la propiedad, si un malvado en forma criminal y en combinación con otro, fabricara una venta y revendiera luego a un tercero protegido. Este desenlace suscitó la alarma de diversos autores. GÓMEZ DE LA SERNA (116), antes de sentar su opinión en sentido opuesto, da

(116) *Op. y loc. cit.*, pp. 623 y ss.

razón de las opiniones en contra de OLLER Y BORRÁS, POU, COLL DE ÁLVAREZ RUIZ, y otro cuyo nombre se indica por las iniciales A. R. COLL DE ÁLVAREZ RUIZ en el periódico titulado *El Ampurdanés* sostuvo la inaplicación del artículo 34 en base a su parte segunda que, a la sazón, prevenía “... *que solamente en virtud de un título inscrito podrá invalidarse, en perjuicio de tercero, otro título posterior también inscrito*”.

GÓMEZ DE LA SERNA esgrime diversas razones, entre las cuales, la más sólida viene a ser este segundo apartado del artículo 34. En todo caso, acaba: “... *que teniendo la Ley Hipotecaria por objeto principal asegurar la propiedad y los demás derechos reales en la cosa inmueble a los que, cumpliendo sus preceptos hacen oportunamente las inscripciones, no puede suponerse que esté en su espíritu que a los que hacen lo que le previene, se les prive de lo que legítimamente les corresponde para favorecer a los malvados que a la sombra de un delito quieren consumir un acto de despojo*”.

La discusión no quedó, sin embargo, totalmente cerrada. Así BIENVENIDO OLIVER (117) daba por supuesta la aplicación del 34 al título falso; introducido el sistema de notificaciones previsto al efecto en la reforma de 1869.

En la actualidad, ya no existe aquel apartado segundo que tan oportuno resultaba para excluir la protección de los subadquirentes de un título inscrito falso. Sin embargo, la dicción del artículo 34 permite pensar que el título falso no se halla incluido.

NÚÑEZ-LAGOS (118) señalaba que “*donde hay falsedad no hay fe pública*”. Sin embargo, LACRUZ (119) oponía la terminante literalidad del artículo 40 de la LH que establecía que, pese a provenir la inexactitud de falsedad, nulidad o defecto del título, “*En ningún caso la rectificación del Registro perjudicará los derechos adquiridos por tercero a título oneroso de buena fe durante la vigencia del asiento que se declare inexacto*”.

En honor a la verdad, creo que tenía toda la razón RAFAEL NÚÑEZ-LAGOS, hay realidades que la ley ni debe ni puede ignorar. En mi opinión, este último apartado del artículo 40 sólo será predicable del título falso otorgado con el consentimiento del titular registral. Si, contrariamente, se arma sin su consentimiento, entiendo que no será de aplicación. De lo contrario –extraigo la idea de lo que dice GARCÍA GARCÍA (120) en alguno de sus trabajos, a propósito del principio de consenti-

(117) *Op. y loc. cit.*, p. 461.

(118) “Fe pública especial” en *Estudios de Derecho Notarial*, t. I, *op. y loc. cit.*, p. 425. En los mismos *Estudios*, “Hechos y derechos en el documento público”, p. 495.

(119) *Op. y loc. cit.*, pp. 211 y 212, nota 9.

(120) GARCÍA GARCÍA aplica el artículo 34 en caso de título falso (*Derecho Inmobiliario Registral*, *op. cit.*, t. II, p. 234). Sin embargo, extraigo la idea de alguna de sus reflexiones al

miento— se originaría para el *verus dominus* confiado en su inscripción, una indefensión de naturaleza abiertamente inconstitucional.

Establecida la identidad sustancial entre el título y la inscripción, ésta se encuentra por lo general en una relación de accesoriedad, ya que sigue su suerte: si aquél fuera nulo, ésta también. Cuando aparece un tercero protegido, el amparo que recibe no postula la supervivencia de la inscripción, la nulidad del título la arrastra, ya que se cancela: lo que sobrevive es la adquisición del adquirente ulterior, porque confió en la realidad de la inscripción, esto es, en el título inscrito.

A mi modo de ver, la unidad del título inscrito explica las consecuencias del sistema, los máximos efectos protectores no son fruto de la escisión entre ambos elementos integrantes sino la lógica consecuencia de su coalición o combinación. Por ello, dichos efectos no resultan fáciles de imputar o de distribuir ya que se encuentran mezclados.

Hay ocasiones en que la inscripción libera los efectos del título; en otras, debidamente asentado, los amplía o extiende más allá del limitado radio de acción de aquél, necesitado, a falta de inscripción, de la oportuna exhibición. Ahora bien, si los amplía es a partir del título, no sin o independientemente del título.

La fe pública originaria, por ejemplo, está en directa relación con los principios de prioridad y de inoponibilidad de lo no inscrito.

Esta implicación, en el caso del principio de prioridad, resulta, a mi juicio, evidente. Pensemos en la inmatriculación por título público: el artículo 298 del RH asume en la actualidad que los efectos de la inscripción o del título inscrito quedan en suspenso, haciéndose eco de lo que hace ya bastantes años pusiera de manifiesto JUAN VALLET (121) en torno al artículo 207 de la LH. Pues bien, la prioridad del título inmatriculado no se suspende, la medida tan sólo se cierne sobre la fe pública derivada. La prioridad, en el fondo, se declara por la inscripción en la medida en que constata un hecho: que gracias a su exhibición, el título ha hecho valer su oponibilidad ante el Registro. La antigua cláusula notificatoria —“*sepan los que esta carta vieren*”— implícita en todo título inscribible se actúa por medio de la presentación. De ahí que, como razonara ÁNGEL SANZ (122), no prevalezca el orden de los asientos en el Libro Diario, sino la hora de entrada en el Registro. Por consiguiente, que la fecha de inscripción sea, conforme al artículo 24 de la LH, la del

hilo del tracto sucesivo; así, por ejemplo: “La función registral...”, *op. y loc. cit.*, pp. 2243 y ss. y p. 2275. También en “La función registral calificadora, la protección de los consumidores y la cláusula penal...”, *RCDI*, 1991, p. 1315.

(121) *Estudios sobre derecho de cosas*, ed. Montecorvo, 1973. “La buena fe, la inscripción y la posesión en la mecánica de la fe pública”, pp. 325 y ss., esp. nota 33.

(122) *Instituciones II*, Madrid, 1955, p. 48, en atención al artículo 25 LH.

asiento de presentación, no se debe, contra lo que usualmente se dice, a una ficción, sino a una realidad, el momento en que el título, con arreglo a su ley de circulación, se exhibe ante el Registro, para hacerse cognoscible a terceros a través de su asiento (123).

En íntima conexión con lo expuesto, hay que entender el artículo 32 de la LH. Renuncio a entrar en el análisis de los distintos argumentos que justifican en cada caso la tesis dualista y monista. Tan sólo diré que tiene razón RODRÍGUEZ ADRADOS (124) cuando precisa que la función de este precepto fue la de limitar una extensión abusiva de los efectos dimanantes de las escrituras, merced a la combinación de la cláusula notificación con la introducción, como cláusula de estilo, de hipotecas generales, para asegurar el cumplimiento de lo pactado, las cuales —explica GÓMEZ DE LA SERNA (125)— prevalecían sobre las especiales.

El artículo 32 pretende frenar tales abusos en la misma línea que las Pragmáticas de Don Carlos y Doña Juana y que los Oficios y Contadurías de Hipotecas. Basta leer a GÓMEZ DE LA SERNA (126), cuando critica la drástica determinación alumbrada en la primera de aquellas Pragmáticas, que niega a la escritura no razonada en plazo, la fe en juicio, tanto entre partes, como frente a terceros. Naturalmente, esta sanción fue soslayada por los tribunales. Su fracaso, lamenta GÓMEZ DE LA SERNA, hubiérase evitado de sentar tan sólo la inoponibilidad de lo no inscrito frente a terceros.

El artículo 32 cumple estrictamente esta función.

De facto, como explica RAFAEL NÚÑEZ-LAGOS (127), fue el precepto tenido por capital en el seno de la comisión durante los trabajos preparatorios de la primitiva Ley Hipotecaria. No obstante, se pensó que era conveniente excluir de su ámbito al título nulo o indebidamente inscrito. Surge pues, el artículo 33. Dentro de este artículo, se incluye además la acción reivindicatoria. En aquella época se entendía que su incoación iba asociada a la nulidad del título esgrimido por el demandado. A fin de moderar las consecuencias de este artículo se desarrolla el artículo 34. De esta suerte, en la primitiva ley, el artículo 32 expresaba la regla general, el artículo 33 un supuesto de no aplicación y el artículo 34 una contraexcepción.

(123) NÚÑEZ-LAGOS: Presentado el título en el Registro se ha cumplido en una palabra aquella vieja advertencia. “A todos los que la presente vieren, sabed...” de los documentos notariales formulados en Las Partidas. “La evolución del principio de publicidad...”, *op. y loc. cit.*, p. 82.

(124) “El documento notarial y la seguridad jurídica”, *Escritos Jurídicos III*, *op. y loc. cit.*, pp. 107 y ss., esp. 121.

(125) *Op. y loc. cit.*, pp. 19 y 50.

(126) *Op. y loc. cit.*, pp. 91 y ss.

(127) “Tercero y fraude en el Registro de la Propiedad”, *op. y loc. cit.*, pp. 13 y ss.

La relación se invierte en la Reforma de 1944. El precepto capital, según la propia Exposición de Motivos, pasa a ser el artículo 34; y el 32 se conserva en la ley definitiva de rebote. La extrañeza de GARCÍA GARCÍA (128) en torno a la posición de NÚÑEZ-LAGOS, sobre la supuesta contradicción de no extender el artículo 32 a las acciones reivindicatorias, hoy resulta reversible, ante la amplitud del artículo 34, ya que, si abarca la acción reivindicatoria, amén de cualesquiera causas de nulidad o resolución que no consten en el Registro, la lógica reclama una adecuada integración del artículo 32 con el 34.

Esta integración deviene posible si se diferencia la esfera libraria y la contenciosa pues en mi opinión, tiene razón RODRÍGUEZ ADRADOS (129) cuando observa que el artículo 32 opera transitoriamente, en el plano registral, sin perjuicio de un ulterior juicio contradictorio a resolver conforme al artículo 34 de la LH.

El banco de pruebas de la eficacia del título inscrito reside en el llamado principio de legitimación. En concreto, en lo que hace el artículo 38. Anteriormente, señalaba la distinción entre fe pública originaria y derivativa. Dentro de la primera comprendía la existencia del título, su presentación y el hecho en sí de la inscripción. Ahí encontraba la identidad inicial y sustancial entre el título y la inscripción. La inscripción, por definición, es copia del título. Hay una identidad originaria que representa el círculo de la verdad oficial o credibilidad impuesta. El resto del asiento se obtiene mediatamente, a través del título, conforme al criterio obligadamente selectivo del registrador, por lo que incorpora una fe pública derivada o lo que es igual, una credibilidad presunta. La fe pública originaria brinda autenticidad; la derivada, presunciones.

El principio de legitimación resultaría imposible de formular si no hubiera esa identidad inicial a nivel sustancial entre el título y la inscripción.

Esto supuesto, no hay inconveniente en admitir, con RAFAEL NÚÑEZ-LAGOS (130), que nace y muere con el asiento. Lo que nace y muere con el asiento es, en efecto, la presunción. Analicemos el asunto desde una perspectiva procesal. Es cosa sabida que la presunción requiere: a) un hecho base; b) un enlace; y c) una consecuencia. Pues bien, el hecho base ha de ser objetivo, incuestionable o auténtico. Este hecho base lo suministra la escritura que acredita, entre otras cosas, el titular y el hecho del otorgamiento (art. 1.218), o sea, el negocio realizado. Este hecho objetivo enlaza, por medio de su inscripción, con los asientos existentes y, de

(128) *Derecho Inmobiliario Registral...*, t. II, p. 136.

(129) "Valor y efectos del instrumento público...", *Escritos Jurídicos*, op. y loc. cit., pp. 266 y ss., esp. p. 273.

(130) "La evolución del principio de publicidad", op. y loc. cit., pp. 74 y 78.

ahí, establecido el kantiano principio de continuidad, la consecuencia: “Se presume a todos los efectos legales que los derechos reales existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo”.

La legitimación registral descansa, por consiguiente, en el valor legitimador del título. Si el título careciera del mismo no podría reconocérsele al asiento.

Paso ahora al análisis de la presunción posesoria del artículo 38 en directa relación con el artículo 41 de la LH y, en lo sucesivo, con el artículo 250.7 de la nueva LEC (concordante, a su vez, con los arts. 439.3, 441.3 y 444.7).

La conexión entre la tradición instrumental y la presunción de posesión que actualmente recoge el artículo 38 de la LH, no pasó desapercibida a la antigua jurisprudencia, así, la Sentencia de 20 de enero de 1912, veía en el antiguo artículo 41 de la LH, una confirmación del 1.462 del C.c.

LA RICA (131) intuyó esta relación a la hora de estudiar el artículo 41 de la LH todavía vigente, en espera de la entrada en vigor de la nueva LEC. Sin embargo, consideraba la tradición instrumental condicionada por la necesidad de tener el transmitente la posesión con antelación, por el *factum possessionis*, de cuya ausencia, sin embargo, quedaría salvaguardado el titular inscrito. Aunque esta concepción de la tradición instrumental persiste todavía en la doctrina y en algunas sentencias, cada vez más se abre paso la idea de que opera con independencia de que el *tradens* detente la posesión de la cosa. Así se pronuncia GARCÍA GARCÍA (132) y, con una batería de argumentos impresionante, IGNACIO SOLÍS (133) en su conferencia del pasado curso.

En la actualidad, el artículo 137 del RH requiere que acompañen a la demanda la certificación registral y el título adquisitivo. LACRUZ (134) ha criticado esta exigencia. A su juicio, podrá ser conveniente la aportación del título, pero no debería resultar necesaria.

Sin embargo, pienso que la solución reglamentaria es la verdaderamente correcta. Tomo prestadas estas palabras de ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS (135) en su “Comentario a la sección del documento público” en los tomos del Centenario del C.c. editados por el Ministerio de Justicia:

(131) “Valor efectivo de la inscripción...”, *op. y loc. cit.*, pp. 33 y 34.

(132) *Derecho Inmobiliario...*, *op. y loc. cit.*, t. I, p. 670.

(133) Conferencia inédita en trance de publicación.

(134) *Derecho Inmobiliario Registral*, *op. y loc. cit.*, pp. 172 y 173.

(135) *Escritos Jurídicos III*, *op. y loc. cit.*, “Comentario a la sección de los documentos públicos”, pp. 227 y ss., esp. 256.

“Este contenido obvio del artículo 1.222 del C.c. en manera alguna pone en entredicho la naturaleza de documentos públicos que tienen las inscripciones en los Registros Públicos, ni los efectos que respectivamente producen, especialmente los Registros jurídicos: solamente quiere decirse que las inscripciones no sustituyen a los documentos inscritos en cuanto a su eficacia probatoria en juicio; al igual que tampoco les sustituyen en otros efectos procesales, como puede ser el juicio ejecutivo, ni en el tráfico jurídico. El título, para el tráfico, es precisamente la primera copia, liquidada e inscrita, de la correspondiente escritura pública, en la que figurarán anotados los ulteriores actos dispositivos (art. 174 del RN), por lo que la utilización de la certificación registral produciría inseguridad.”

No parece que este juicio verbal del artículo 250.7 deba ser una excepción. El artículo 439.3 declara que no se admitirá la demanda “... si no se acompañare (...) certificación literal del Registro de la Propiedad que acredite expresamente la vigencia, sin contradicción alguna del asiento que legitima al demandante”. La indicación de que el asiento legitima al demandante carece de fuerza normativa: constituye concepto, no precepto. Una correcta interpretación pasa por imputar la fuerza habilitante, no sólo al asiento, sino al título inscrito.

La certificación acredita la inscripción, presupuesto necesario para el inicio del procedimiento. Pero, de ninguna de las maneras alcanza a la cualidad de título. La certificación registral constata la existencia del título, pero carece de virtualidad para suplirlo. La certificación, en rigor, sólo acredita a su fecha, una realidad pretérita, no contemporánea. Queda constreñida a la correlación entre el asiento y el título que lo motiva, sin que, por lo tanto, sea extensible a la integridad del Registro, pues la inscripción no implica la inexistencia de lo no consignado en la misma. No se trata de un círculo cerrado, sino abierto, de manera que pueda acreditarse lo contrario sin necesidad de una nueva inscripción, o con antelación a la misma, mediante, por ejemplo, la escritura pública correspondiente.

El artículo 265 de la LEC precisa que a toda demanda “... habrá de acompañarse: 1) Los documentos en que las partes funden su derecho a la tutela judicial que pretenden”. Aquí queda comprendida la copia de la escritura inscrita. La certificación registral será necesaria, pues su ausencia provocará la inadmisión. Esto es lo que dice el artículo 449.3. La referencia al valor legitimador del asiento hay que entenderla referida, a su través, al título inscrito. Es de esperar que en el futuro desarrollo reglamentario se mantenga la exigencia de aportar el título adquisitivo de conformidad con el artículo 265 de la LEC. Título adquisitivo y certificación registral.

En fin, acaso se vea clara esta necesidad con un ejemplo que tomo de la realidad. Se inscribe una escritura de compraventa sin tener en cuenta

que el vendedor se reservaba la posesión, pese a la explícita exclusión de la tradición instrumental. La suma del título y de la certificación permitiría negar la legitimación del actor, supuesto que la inscripción por sí sola no basta. Caben otras hipótesis menos dramáticas, que el vendedor haya establecido un constituto posesorio no reflejado en el Registro, o que el comprador asuma la obligación de respetar una determinada situación de hecho. No son casos raros. Por otro lado, la presentación de la copia de la escritura inscrita puede poner de manifiesto, a través de la nota regulada en el artículo 1.219 del C.c., el otorgamiento de otras que la desvirtúen, y que acaso todavía no hayan accedido al Registro.

La máxima protección del sistema reside en la fe pública registral. Si analizamos el artículo 34 de la LH con detenimiento, llegamos a la conclusión de que la adquisición de tercero no se obtiene tan sólo por la inscripción, sino, como pone de relieve LUIS ROCA-SASTRE (136), por una suma de elementos, título oneroso, buena fe e inscripción. JUAN VALLET (137) destaca que de todos ellos el más importante es la buena fe, que debe mediar en el momento de la adquisición. La inscripción es el último requisito, cierra el ciclo, pero no es la causa de la adquisición, sino una *conditio iuris* para su efectividad. El tercero no adquiere por la inscripción, sino como reconoce LACRUZ (138), por el negocio realizado.

El artículo 35 de la LH se ha presentado en ocasiones como exponente de una relativa autonomía de la inscripción: "*A los efectos de la prescripción adquisitiva a favor del titular inscrito será justo título la inscripción...*".

Este precepto ha recibido interpretaciones opuestas: para algunos, ÁNGEL SANZ (139), MORALES MORENO (140), no es que la inscripción sea justo título, sino que, en armonía con el artículo 38 de la LH, se presume justo título. Ésta es la posición mayoritaria en la jurisprudencia. Otros, por el contrario, estiman, como LA RICA (141) y GARCÍA GARCÍA (142) que integra justo título.

(136) *Derecho Hipotecario*, 8.ª ed., II, pp. 437 y 439.

(137) *Estudios sobre derecho de cosas*, ed. Montecorvo. "La buena fe, la inscripción y la posesión en la mecánica de la fe pública", p. 356.

(138) *Derecho Inmobiliario Registral*, *op. y loc. cit.*, pp. 257 y 258. En la nota 6: "El negocio juega, así, el mismo papel en una adquisición *a domino* o *a non domino*".

(139) *Instituciones...*, Madrid, 1947, t. I, pp. 532 y ss.

(140) "Inscripción y el Justo Título de Usucapición", *ADC*, 1971, pp. 1124 y ss.

(141) "El valor efectivo de la inscripción...", *op. y loc. cit.*, pp. 36 y ss.

(142) "El principio hipotecario de usucapición *secundum tabulas*", *RCDI*, n.º 642, 1997, pp. 1711 y ss., esp. p. 1741: considera que la inscripción cumple una "función convalidante del título" una vez producida la usucapición por la que se convalidaría el asiento nulo conforme al artículo 33 LH.

La diferencia de posturas no impide que los partidarios respectivos admitan coincidentemente la posibilidad de impugnar la inscripción, caso de resultar nulo el título, antes de que transcurran los diez años necesarios para consumar la usucapión. Hasta entonces funciona la presunción ex artículo 38 de la LH. El problema es si cabe plantear esa impugnación transcurrido el señalado plazo. En este extremo las opiniones divergen.

Por mi parte, he de hacer notar que aunque se concluyera que la inscripción es justo título, no por ello se sustantiva y deviene independiente del título. Me explicaré, carece de sentido lo que parece entender algún autor, que pasados los diez años la inscripción se convalida y, que convalidada, convalida el título nulo. Demasiadas repeticiones. Al contrario, si hay convalidación, su efecto es instantáneo y lógicamente unitario, recae sobre el título inscrito en su totalidad y no de aquella forma escalonada.

Y para terminar esta ya demasiado larga conferencia, me queda hablar de la tan traída y llevada inscripción constitutiva. No lo he hecho a conciencia. RAFAEL NÚÑEZ-LAGOS (143) dejó claro que en nuestro derecho aquélla no es jamás sustantiva: *“El acto constitutivo viene referido por la técnica jurídica al instante de la prestación del consentimiento y, por lo tanto, en España, al instante de la firma de la escritura”*. En esta línea destaca MARTÍNEZ SARRIÓN (144) que, *“Todo contrato surgido ante notario presenta una creación ex novo que no se sustenta en la observación de una determinada forma, sino en el soporte que le facilita la voluntad”*.

Ni siquiera en el caso de la hipoteca, la inscripción es constitutiva ya que su función es otra, la propia de una *conditio iuris* de eficacia. La regulación tradicional de los artículos 1.875 del C.c. y 104 y siguientes de la LH sigue totalmente vigente.

La doctrina había discutido acerca de los efectos de la hipoteca no inscrita. Así, NAVARRO AZPEITIA, en su conferencia “Títulos e Inscripciones” (145) acudía al artículo 1.447 de la LEC de 1881, *“Si hubiere bienes dados en prenda o hipotecados, especialmente se procederá contra ellos en primer lugar”*, sin distinguir observaba si la hipoteca se hallaba o no inscrita. De ahí que admitiera el juicio ejecutivo contra el deudor hipotecario, o contra cualquier tercero que se subrogara en la misma. Recientemente MIGUEL ÁNGEL CAMPO (146) ha defendido la viabilidad del procedimiento judicial sumario en ese mismo círculo.

(143) *El Registro de la Propiedad español*, op. y loc. cit., pp. 12 y 13.

(144) “La narración y la fe en el documento”, *RDN*, n.º 143, año 1989, p. 211.

(145) “Títulos e Inscripciones”, op. y loc. cit., pp. 556 y ss., esp. 562.

(146) *La Notaría*, n.º 3 de 1999, pp. 51 y ss.

Contra esta última posibilidad sale al paso el artículo 130 de la LH modificado mediante la disposición adicional novena de la nueva LEC:

“El procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita y, dado su carácter constitutivo, sobre la base de los extremos contenidos en el asiento respectivo.”

Aunque en alguno de los anteproyectos que circularon sólo se requería la certificación para iniciar el procedimiento especial, lo cierto es que esto no ha prosperado en la versión definitiva, pues el artículo 685 de la LEC reclama que a la demanda acompañe el título inscrito, en los mismos términos que el vigente 131 de la LH.

Así las cosas, la nueva redacción carece de elegancia: *“El precepto del legislador –declaraba GÓMEZ DE LA SERNA– debe estar redactado con cuanta concisión sea compatible con la claridad. No debe formar un solo cuerpo lo que se ordena, que es propiamente la Ley, con la exposición de las razones que ha habido para ordenarlo, que son los motivos de la Ley. Esta mezcla produce confusión”*. Valga esta amonestación para el inciso *“dado su carácter constitutivo”*.

Pero es que, además, la exigencia de circunscribirse *“a los extremos contenidos en el asiento respectivo”* puede entrar en conflicto con el título inscrito, que acaso comprenda extremos no contemplados en el asiento, como ocurre con frecuencia con determinadas causas de vencimiento anticipado. Posiblemente la raíz o explicación del nuevo artículo 130 haya de buscarse en torno a este problema en concreto. Ahora bien, las cosas no son tan sencillas como aparentan. El artículo 693.2 de la Ley Procesal declara que *“Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiere convenido el vencimiento total en caso de impago de alguno de los plazos diferentes y este convenio constare inscrito en el Registro”*. Literalmente, la ley expulsa de dicho juicio ejecutivo otras causas de vencimiento anticipado, se hallen o no inscritas. No es éste el lugar adecuado para adentrarnos en las razones que impulsan esta conclusión. Baste señalar que el destierro, fuera del procedimiento ejecutivo, de esas otras causas de vencimiento anticipado, lo decreta la ley sin que lo impida su inscripción. Sin embargo, algún interés ofrece averiguar el recto sentido de aquella exigencia de inscripción para los convenios no excluidos de la ejecución. A mi modo de ver, la causa determinante del vencimiento anticipado reside en el convenio, no en la inscripción. En consecuencia, la inscripción no es evidentemente constitutiva, ni en sí misma obligatoria. Precisa sólo lo será para que lo inscrito trascienda a terceros desconocedores del convenio. Dicho de otra manera, no existen razones para negar la ejecución, aunque el convenio no se halle inscrito, si aquélla se produce entre las partes o sus herederos sin afectar a terceros.

Todavía resulta más lamentable la consecuencia, si la ejecución se insta por quienes aducen ser herederos o cesionarios del titular inscrito. Piénsese en las recientes fusiones bancarias: ¿Quiere esto decir que el juez no podrá apreciar la legitimación del ejecutante más que a través de la certificación registral? ¿Qué habrá, pues, de remitir inmediatamente al Registro a los interesados? ¿Que la inscripción a nombre de estos últimos deviene indirectamente obligatoria? No creo que esta deba ser la respuesta. A la luz del artículo 540.2 de la LEC: *“La ejecución podrá despacharse a favor de quien acredite ser sucesor del que figure como ejecutante en el título ejecutivo...”* para lo cual *“... habrán de presentarse al tribunal los documentos fehacientes en que aquélla conste”*.

Quizás resulte ilustrativo el caso de las novaciones consistentes en una rebaja de los intereses originarios. La ausencia de inscripción no impide que se tengan presentes por el acreedor a fin de calcular el importe que procede reclamar: la ejecución no se detiene (*vid.* arts. 573, 574, 692 y 698 LEC), seguirá adelante no obstante el artículo 130 LH. Si el acreedor prescindiera de la novación, tampoco se suspendería el procedimiento, ni aun cuando conste inscrita, ya que la pluspetición (art. 698 LEC) queda relegada al juicio que proceda sin que pueda oponerse en el curso del procedimiento ejecutivo especial.

No obstante, el artículo 130 de la LH puede enfocarse desde otro ángulo, con miras a la pretensión de que se determine el máximo de que deba responder la finca hipotecada en el caso de interés variable, no sólo respecto de terceros, cosa lógica a la vista del artículo 114 de la LH, sino también entre partes, a raíz de una innovadora jurisprudencia registral, basada en una exorbitante aplicación del principio de especialidad, más allá de sus confines, pues extravasa los propios de la hipoteca para incidir en el crédito, en la autonomía contractual, contra el artículo 1.255 del C.c. y a trueque de subvertir la naturaleza accesorio de la hipoteca en relación con la obligación garantizada.

Pero es que, además, esta discutible interpretación ha de tener muy escasa repercusión de atenerse al nuevo artículo 692, cuyo apartado segundo establece *“... cuando el propietario del bien hipotecado fuere el propio deudor, el precio de remate, en la cuantía que exceda del límite de la cobertura hipotecaria, se destinará al pago de la totalidad de lo que se deba al ejecutante por el crédito que sea objeto de ejecución, una vez satisfechos, en su caso, los créditos inscritos o anotados posteriores a la hipoteca y siempre que el deudor no se encuentre en situación de suspensión de pagos, concurso o quiebra”*.

Es decir, entre partes, los intereses no cubiertos por la hipoteca se detraen del precio de remate en cualquier caso. Las excepciones incluidas en la ley presuponen la existencia de terceros, o una situación espe-

cial en la que media la masa de acreedores, frente a la cual no cabe aducir la preferencia dimanante de la hipoteca, porque los intereses adicionales no están garantizados por ella, en este supuesto caso. A lo que importa, esos intereses adicionales resultarán del título, si no se encuentran incluidos en el asiento, por hallarse redactado con arreglo a la señalada jurisprudencia registral.

En fin, esta extensión de la ejecución a los intereses no deja de integrar un argumento de cara a la última cuestión que quisiera suscitar al hilo del mentado artículo 130 de la LH, acerca de si podrá intentarse el juicio ejecutivo ordinario contra el deudor hipotecante, sus herederos o subrogados. Ha desaparecido el argumento del artículo 1.447,1 de la vigente LEC, pero creo que no hay que negar esta posible solución con arreglo al principio de economía de los medios jurídicos. La acción ejercitada sería la derivada del contrato y no deben ser de peor condición los asegurados con hipoteca no inscrita que los carentes de semejante garantía. Cabe alegar a este respecto un argumento ontológico: si la hipoteca no inscrita se supone inexistente, lógicamente, carece de virtualidad para sustraer los bienes objeto de la misma a la ejecución ordinaria.

El artículo 130 cierra el camino a la hipoteca no inscrita de cara al procedimiento de ejecución especial. El motivo invocado no forma parte del precepto. Por lo tanto, en todo lo demás, siguen vigentes las apreciaciones de quienes al cabo pensamos que la inscripción de la hipoteca no es constitutiva en el sentido literal de la palabra.

Y con estas conclusiones creo llegado el momento de concluir esta conferencia mediante la reiteración a modo de epítome de cuanto significaba al principio y he querido plasmar en esta, demasiado larga, exposición: los fuertes efectos del sistema provienen de la escritura pública inscrita, del encuentro de sus componentes en un proceso de integración basado en la unidad y la coincidencia. Si otra fuera la manera y la inscripción se independizara de la escritura, otras serían las consecuencias, por cuanto ni siquiera el legislador se puede arrogar el poder de suplantar la realidad de las cosas.

EL DOCUMENTO Y LA PRÁCTICA DOCUMENTAL (*)

ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS

Notario

Desde que los documentos fueron abandonando la forma de “volumen” o “rollo” para adoptar, con la generalización del papel, la forma de *codex*, de libro o cuaderno, comenzaron a encuadernarse, valga la redundancia, además de los libros, aquellos documentos que en sí o para su poseedor tenían especial trascendencia, y cuya conservación había que asegurar a toda costa; incluso “a perpetuidad”, como con notoria exageración se decía. Es, pues, lógico que la Asociación para el Fomento de la Encuadernación de Arte (AFEDA), dentro de la rúbrica general “La Encuadernación: Historia y Arte”, dedique este I Curso a “El documento hispánico: Enrique IV-Fernando VII”, para poner unos límites temporales, y que el Curso empiece con esta intervención, “El documento y la práctica documental”, sobre lo encuadernado y no ya sobre la encuadernación, porque la encuadernación sigue a lo encuadernado.

(*) Conferencia pronunciada el 18 de enero de 2000 en el Colegio Notarial de Madrid, en el I Curso, “El documento hispánico: Enrique IV-Fernando VII”, organizado por la Asociación para el Fomento de la Encuadernación de Arte con la colaboración del Ilustre Colegio Notarial de Madrid.

El documento de que vamos a hablar es el documento “jurídico”, por lo que hay que conocer ante todo las normas jurídicas que regulan el documento mismo, y no sólo su contenido.

En los tiempos de Enrique IV (1454-1474) por los que hemos de comenzar, subsistía en España un particularismo jurídico, que se reproducía dentro de cada uno de los Reinos españoles, incluso a nivel local; es fundamental, por tanto, conocer el *orden de prelación de las fuentes del Derecho*.

En Castilla fue el Ordenamiento de Alcalá, dado por Alfonso XI (1312-1350) en Cortes celebradas en Alcalá de Henares el año 1348 de la era cristiana (1386 de la era hispánica, por la que aparece fechado), el que por primera vez estableció ese orden de prelación, en la Ley Primera del Título XXVIII, orden que estuvo sustancialmente vigente entre nosotros bastante más tiempo que el que contempla el presente Curso.

Su núcleo fue recibido por las Ordenanzas Reales de Castilla, 1.4.4; la Ley 1.^a de Toro; la Nueva Recopilación, 2.1.3; y la Novísima Recopilación, 3.2.3, hasta la entrada en vigor del Código civil de 1888.

No ha llegado a nosotros el texto originario del Ordenamiento de Alcalá, el de Alfonso XI, sino el que está incorporado a la Pragmática confirmatoria de su hijo y sucesor Pedro I en Cortes de Valladolid de 1351, en la que se introdujeron algunas correcciones (“*mandé conçertar las dichas leyes*”), que no parece fueran excesivas.

La Ley XXVIII-1.^a del Ordenamiento de Alcalá parte de una visión puramente judicial del ordenamiento jurídico, heredada del Derecho visigodo, patente en su rúbrica, “*Por qué Leys se pueden librar los pleytos*”, pero la corrige en uno de sus incisos, “*et tenemos por bien que sean guardadas e valederas de aquí adelante en los pleytos e en los juicios, e en todas las otras cosas que en ellas contienen*”, entre ellas la forma y el fondo de los documentos.

El orden de prelación de fuentes que esta Ley establecía está fielmente recogido en su rúbrica, según la edición de ASSO y DE MANUEL: “*Cómo todos los pleytos se deben librar primeramente por las Leys deste libro; et lo que por ellas non se pudiere librar, que se libre por los Fueros; et lo que por los Fueros non se pudiere librar, que se libre por las Partidas*”.

1) En primer término hay que aplicar, por tanto, el mismo Ordenamiento de Alcalá, “*por las cuales Leys en este nuestro libro mandamos que se libren primeramente todos los pleytos ceviles e creminales*”. Hay que hacer, sin embargo, dos observaciones:

a) Habrán de aplicarse, con preferencia al Ordenamiento de Alcalá, los ordenamientos y actos de Corte posteriores al mismo, por orden inverso de fechas, en cuanto que la ley posterior deroga la anterior;

b) Y en pie de igualdad con los actos de Corte habrán de aplicarse las Pragmáticas, esto es, las disposiciones de carácter general dictadas por el Rey solo, sin las Cortes. Ya Las Partidas, siguiendo al Derecho romano postclásico y justiniano, habían considerado la facultad de hacer las leyes como una de las potestades reales (“Emperador o Rey puede facer leyes sobre las gentes de su señorío, e no otro ninguno no a poder de las facer en lo temporal ...”, P, 1.1.12); y el mismo criterio sienta el Ordenamiento de Alcalá, “Et porque al Rey pertenesce, e a poder de facer fueros e Leys, e de las interpretar, e declarar, e emendar do viere que cumple”; pero lo cierto es que sólo a partir de Juan II utilizan los Reyes esta potestad, incluso masivamente, dictando normas jurídicas de carácter general con la cláusula de estilo de que valieran *“bien assí como si fuesse fecha, e ordenada e establecida en Cortes”*, ... aunque sin las Cortes; y estas disposiciones fueron denominadas Pragmáticas Sanciones, siguiendo también al Derecho romano (CJ, 1.23). En materia documental las Pragmáticas tuvieron, igualmente, especial importancia; baste citar la Pragmática de Alcalá de Isabel la Católica, o la Pragmática de los Sellos de Felipe IV.

2) A continuación del Derecho real, había que acudir a los Fueros Municipales, entre los que expresamente se menciona el Fuero de las Leyes, esto es, el Fuero Real (“en la nuestra Corte usan del fuero de las Leys, e algunas Villas de nuestro Sennorío lo han por fuero, e otras Cidades e Villas han otros fueros departidos”): “que los dichos fueros sean guardados en aquellas cosas que se usaron, salvo en aquellas que Nos fallaremos que se deben mejorar e emendar, e en las que son contra Dios e contra raçon, e contra Leys que en este nuestro libro se contienen”. Se admiten, pues, los Fueros Municipales con tres limitaciones: sólo “en aquellas cosas que se usaron”; cuando no hubiere disposición Real mejorándolos o enmendándolos; y en cuanto no fueren “contra Dios e contra razón”, o contra las disposiciones del mismo ordenamiento (o del Derecho real ulterior).

3) Y en defecto de los Derechos real y municipal se acudiría a las Partidas, que se promulgan ahora, y ponen por primera vez en vigor, debidamente “concertadas e emendadas”, “en aquello que non fueren contrarias a las Leys deste nuestro libro, e a los fueros sobredichos”, esto es, como Derecho supletorio:

“e los pleytos e contiendas que se non pudieren librar por las Leys deste nuestro libro e por los dichos fueros, mandamos que se libren por las Leys contenidas en los Libros de las siete Partidas que el Rey Don Alfonso nuestro Visabuelo mandó ordenar, como quier que fasta aquí non se falla que sean publicadas por mandado del Rey, nin fueron avidas por Leys; pero mandámoslas requerir, e concertar, e emendar en algunas cosas que cum-

plían; y así concertadas e emendadas, porque fueron sacadas de los dichos de los Santos Padres e de los derechos e dichos de muchos Sabios antiguos, e de fueros e de costumbres antiguas de Espanna, dámoslas por nuestras Leys; e porque sean ciertas e non aya razón de tirar, e emendar, e mudar en ellas cada uno lo que quisiere, mandamos facer dellas dos Libros, uno seellado con nuestro seello de oro, e otro seellado con nuestro seello de plomo para tener en la nuestra Cámara, porque en lo que dubda oviere, que lo concierten con ellos; et tenemos por bien que sean guardadas e valederas de aquí adelante en los pleytos e en los Juicios e en todas las otras cosas que se en ellas contienen, en aquello que non fueren contrarias a las Leys deste nuestro libro, e a los fueros sobredichos”.

Tampoco ha llegado a nosotros el texto originario de Las Partidas, sino el corregido por Alfonso XI (“*mandámoslas requerir, e concertar, e emendar en algunas cosas que cumplían; y así concertadas e emendadas ...*”), cuya intervención debió ser desde luego mucho más importante que la efectuada por Pedro I respecto del Ordenamiento de Alcalá.

Proclama a continuación la Ley que comentamos aquella potestad real para interpretar las leyes, modificarlas y hacer otras nuevas; de manera que en defecto de las Partidas es preciso acudir al Rey “porque fagamos interpretación, o declaración, o emienda, ... e fagamos Ley nueva la que *entendiéramos que cumple*”; las Partidas constituyen, pues, el último escalón de las fuentes formales, el Derecho supletorio de último grado, sin que en su defecto quepa acudir al Derecho común, ni al Derecho canónico, ni al Derecho romano, que quedan limitados a una posible consideración científica, en los Estudios Generales, en las Universidades.

Estos últimos mandatos del Ordenamiento de Alcalá quedaron con frecuencia en meros deseos. Porque los redactores de las Partidas se inspiraron en gran medida en el Derecho común, y por tanto en los Derechos romano y canónico; recuérdese la constante influencia de AZÓN, o en materia documental la del “*Speculum Iuris*” de DURANTE. Y porque el Derecho común penetró a raudales en la interpretación de los textos legales, en la doctrina, empezando por GREGORIO LÓPEZ, y en la práctica; sin que pudieran poner coto a esta última las limitaciones introducidas por la Pragmática de Toro –Juan II, 1427–, prohibiendo la alegación de opiniones de juristas posteriores a BÁRTOLO y JUAN ANDRÉS, o por la Ordenanza de Madrid de los Reyes Católicos de 1499 (derogada en 1502 y por la Ley 1.^a de Toro) respetando sólo la autoridad de BÁRTOLO, BALDO, JUAN ANDRÉS y el ABAD PANORMITANO.

Ha de tenerse en cuenta, sobre todo, que el instrumento público y su autor, el notario, tuvieron su origen y su formulación jurídica en el Derecho común; el profesional privado de la documentación tardo romana, el *tabellio*, absorbió muchas características y funciones del funcionario, del *tabularius*, y así quedó convertido en “persona pública”, y su “*instrumentum publice confectum*” pasó a ser “*instrumentum publicum*”. El Derecho común continuaría gravitando sobre el nuestro en la materia documental.

Este Derecho de las Siete Partidas, aunque sea “supletorio”, tiene además carácter fundamental para el Derecho documental (y para la mayor parte del ordenamiento jurídico), por el carácter fragmentario de las fuentes del Derecho de preferente aplicación; pero siempre teniendo en cuenta el Fuero Real (en aquellos lugares en que regía como Fuero Municipal; por ejemplo en Madrid), pues su sistema documental no es coincidente, ni mucho menos, con el de las Partidas.

Es, pues, equivocada la postura de muchos de nuestros juristas clásicos, empezando por DÍAZ DE MONTALVO, el mejor comentarista del Fuero Real, que interpretan conjuntamente el Fuero Real y las Partidas, lo que conduce a la absorción de aquél por éstas, o lo que es lo mismo, lleva a la desaparición del Derecho documental del Fuero Real, que es el que efectivamente se aplicó, con la natural evolución, hasta la Pragmática de Alcalá.

La primera característica del sistema documental de las Partidas radica en su pretendida *unitariedad*. “Ya en el Espéculo —escribe BONO— se traza un ambicioso esquema de un ordenamiento total del notariado, tanto del palatino o cancillería real como del notariado «público» o comunal y del sistema documental en su conjunto (de cancillería real y notarial). Este original enfoque, sin precedentes en la legislación de Occidente, se mantiene y desarrolla en las Partidas, que ofrecen una ordenación general de las instituciones notariales con la misma totalidad” (“La Legislación Notarial de Alfonso X el Sabio: Sus características”, p. 32).

El título XVIII de la Partida III, “*De las escrituras, por que se prueban los pleytos*”, después de una Ley 1.^a de índole clasificatoria a la que más tarde volveremos, dedica con leves excepciones las Leyes 2 a 53 a los documentos reales, y las Leyes 54 a 121 a los documentos notariales. Y aunque el título XIX de la misma Partida, “*De los Escribanos, e quantas maneras son dellos, e que pro nasce de su oficio quando lo fizieren lealmente*”, logra alguna mayor proximidad entre las “dos maneras” de Escribanos, los de la “casa del Rey”, y los “Escribanos públicos” de las ciudades y las villas (Ley 1.^a), lo cierto es que las mantiene separadas, y con regulación normalmente diversa, incluso dentro de cada una de las mismas Leyes.

Esa visión documental unitaria, que resultaría atractiva desde la perspectiva de este curso, pudo tener justificación en épocas anteriores. “Teóricamente —nos dice FLORIANO LLORENTE—, y ya desde la época visigoda, los documentos de aplicación del Derecho se dividían en públicos y pri-

vados, según derivaran de la autoridad o ya de las personas particulares; pero en la práctica, en la realidad diplomática, desde los arranques de nuestra documentación en el siglo VIII, hasta los finales del siglo XI, hay tal indiferenciación entre los documentos reales y los privados, que apenas si se puede registrar en aquellos un atisbo de la potestad legislativa, y un documento real en tales fechas no es otra cosa sino la realización instrumental de un negocio jurídico otorgado por el Soberano” (p. 70). Pero ello había dejado de ser realidad desde la creación del Privilegio Rodado, y mucho más en las Partidas, que recogen las ideas romanas y canónicas, *Vicarios de Dios son los Reyes, cada uno en su Reyno* (P, 2.1.5).

Y además es una sistematización teóricamente equivocada. “La función pública de autenticación —escribe BONO en su obra fundamental, la *Historia del Derecho Notarial Español*—, cuando no versa sobre los negocios y actos de Derecho privado, no integra propiamente el Derecho notarial; este es el caso de la autenticación administrativa, la judicial y la de la Iglesia. La razón de ello radica en que aquí la fe pública no es de carácter notarial, pues se deriva de la autoridad que ordena la formalización documental, y no de la mera autenticación de un funcionario ad hoc” (I.1, p. 19). La eficacia de los actos de Derecho público no procede, en efecto, del documentador, sino de la autoridad cuyas disposiciones se documentan; el documento se reduce a dotarlas de autenticidad, a que nadie pueda poner legalmente en duda la existencia y el tenor de tales declaraciones. En el ámbito del Derecho privado, el instrumento público y su autoría por el notario están dirigidos precisamente a dotar a los actos de los particulares de una eficacia superior.

Por mi parte, e interpretando lo que creo ser el sentido del enunciado del tema, me limitaré a los documentos notariales.

— — — — —

La primera y fundamental diferencia entre los documentos de la Cancillería Real y los instrumentos públicos reside nada menos que en su respectivo elemento de validación que dicen los diplomatistas, esto es, en el ***elemento de compleción o creación del documento***: el sello en los documentos reales, la suscripción en los documentos de los escribanos de las ciudades y las villas; y ello genera nada menos que dos tipos documentales históricamente diversos, los llamados documentos auténticos y los instrumentos públicos.

La distinción aparece claramente formulada en la *Decretal Scripta vero authentica* de Alejandro III, año 1166, recogida en las Decretales 2.22.2; y pasa al Fuero Real, 2.9.8 y a las Partidas, 3.18.1.

X, 2.22.2. "*Scripta vero authentica*, si testes inscripti decesserint (nisi per manum publicam facta fuerint, ita quod appareant publica, aut authenticum sigillum habuerint, per quod possint probari) non videntur nobis alicuius firmitatis robur habere". (Alexander III, 1166).

Fuero Real, 2.9.8: "Toda carta que sea fecha entre algunos omnes e sea y puesto seello de rey o de arçobispo (algunos textos añaden o de obispo) o de abat o de conceio por testimonio, uala, fueras si aquel contra quien fuere la carta la pudiere desfacer con derecho.

Otrossí mandamos que si algún omne fiziere carta con su mano e la seellare con su seello mismo de debda que deua o de pleyto que faga sobre sí, uala contra aquél que la fizo o la seelló".

Partidas, 3.18.1: "... E son muchas maneras della (de escritura). Ca o será preuillejo de Papa, o de Emperador, o de Rey, sellada con sello, de oro o de plomo, o firmada con signo antiguo que ayan acostumbrado en aquella sazón, o cartas destos Señores, o de alguna otra persona que aya dignidad, con sello de cera. E aún hay otra manera de cartas, que cada un otro ome puede mandar fazer sellar con su sello; e tales como estas valen contra aquellos cuyas son; solamente que por su mandado sean fechas e selladas. E otra escritura y a, que cada uno hace con su mano, e sin sello; que es como manera de prueba, assí como adelante se muestra. E ay otra Escritura, que llaman Instrumento público, que es fecho por mano de Escribano público de Concejo".

Sellos "auténticos" son sólo los sellos públicos, que pueden ser generalmente conocidos, debidamente custodiados y en su caso cotejados; puede verse, por ejemplo, el escrupuloso cotejo del sello del Arzobispo de Milán en el capítulo *Inter dilectos* de las Decretales (X, 2.22.6). Los documentos reales de las Partidas son documentos sellados; a los sellos y a los selladores de la Cancillería Real está dedicado el siguiente título de las Partidas (3.20); el sello se recuerda siempre en el formulario (P, 3.18.6-12, 15 y 16) y es requisito esencial, pues en otro caso el documento real es nulo (P, 3.18.44); por ello cuando el documento, el privilegio rodado, había sido extendido por el escribano y aprobado por el notario, el escribano lo registraba, y el documento se llevaba a la Cancillería para ponerle la cuerda de seda y sellarle con el sello de plomo (P, 3.18.3), aunque el escribano lo hubiera firmado antes de pasarle al notario (P, 3.18.2), porque esta firma no es la autorización notarial, sino la propuesta del funcionario.

En los instrumentos públicos, por el contrario, no hay sello; el documento queda completo con la suscripción del escribano (P, 3.18.54); porque a diferencia de lo ocurrido en Francia, en que los notarios tenían antes de la revolución, como los jueces, el "pequeño sello" ("*petit Sceau*") o sello de la Justicia, con el que sellaban sus documentos (aunque hubiera que crear guardasellos para su custodia), los escribanos castellanos no tenían sello; o mejor dicho dibujaban en la autorización

el “signo”, el sello manuscrito, que por lo mismo no es sello, sino que es firma.

La diferencia entre la firma y el sello radica esencialmente en esto; en que la firma exige un acto de la misma persona, mientras que el sello puede ser puesto por un tercero, incluso contra la voluntad de su titular. Por eso la firma puede ser vehículo de declaración de la voluntad, que sólo el sujeto de esa voluntad puede exteriorizar, mientras que el sello puede originar únicamente una responsabilidad por falta de la debida diligencia en la custodia del sello. La “firma digital”, de que tanto se habla ahora, no es firma, aunque lo digan las disposiciones oficiales, sino que es “sello”; y no puede generar “obligación”, sino “responsabilidad”.

El *sistema documental de Alfonso X el Sabio*, que iba a perdurar hasta la Pragmática de Alcalá de 1503, es bi-instrumental y de doble redacción. *Bi-instrumental*, porque para cada acto o negocio notariado no hay un solo documento notarial, sino que se precisan dos documentos notariales distintos: la *nota*, que quedaba en poder del escribano, y la *carta*, que se entregaba al interesado.

Fuero Real 1.8, *De los Escribanos públicos*, Ley 2: “Los Escribanos públicos tengan las notas primeras que tomaren de las cartas que ficieren ...”. Ley 6: “Después que el Escribano público hiciere la nota, dé la carta a la parte que la hobiere de haber...”.

Partidas, 3.19, *De los Escribanos...* Ley 9: “Tenudos son los escribanos públicos... de guardar e facer todas estas cosas... Primeramente, que deben haber un libro por registro, en que escriban las notas de todas las cartas... E depués desto deben facer las cartas... non mudando, ni cambiando, ninguna cosa de la substancia del fecho, assí como en el Registro fuere puesto...”.

Y este sistema bi-instrumental es de *doble redacción*, porque esos dos documentos no eran del mismo tenor; la nota sólo tenía un texto breve, sucinto, mientras que la carta contenía el texto completo, de manera que respetando la sustancia del hecho –del negocio escriturado–, tal como figurara en la nota del registro, según el texto de *Partidas* que acabamos de transcribir, en la carta había que ampliar, alargar o extender el contenido de la nota; con lo que se originaba esa doble redacción, la abreviada de la nota y la extensa de la carta.

Claro es que no existía una absoluta identidad, ni entre los diversos cuerpos legales alfonsinos, ni tampoco dentro de cada uno de ellos.

En las *Partidas*, en la versión más evolucionada, P. 3.18.54, *in fine* (pueden rastrearse otras a través de sus textos), el acto del otorgamiento consiste precisamente en la lectura de la nota por el escribano a com-

parecientes y testigos, seguida de su aprobación y del consentimiento de aquéllos; nota que, según las mismas Partidas, 3.19.9, tiene que figurar ya escrita en el Registro. Releamos estos dos textos fundamentales.

P, 3.18.54: “... E quando el pleyto, o la postura fazen ante él, deuen ser delante de so uno aquellos que han de ser testigos, e apercebirlos, e mostrarlos quien son aquellos que fazen la postura, e en qué manera la ponen, leyendo la nota ante ellos todos. E de sí deue dezir el Escriuano a aquellos que mandan fazer la carta, si otorgan todo el pleyto en la manera que dize en aquella nota, que leyó ante ellos. E si dixerén que sí, deuen fazer testigos aquellos que están delante, e después fazer la carta pública en pargamino de cuero por aquella nota, en la manera que sobredicho es, e darla a aquél que pertenesce, e fazer su señal sobre aquella nota, porque entiendan que ya es sacada della carta pública”.

P, 3.19.9: “Tenudos son los Escriuanos públicos de las Cidades e de las Villas, de guardar e fazer todas estas cosas que aquí mostramos: primeramente, que deuen aver un libro por registro, en que escrivan las notas de todas las cartas, en aquella manera que el Juez les mandare, o que las partes, que mandan y fazer la carta, se acordaren ante ellos. E después desto deuen fazer las cartas, guardando las formas de cada una dellas, assí como es dicho de suso en el Título de las Escrituras; non mudando, nin cambiando ninguna cosa de la substancia del fecho, assí como en el registro fuere puesto; e de sí hanla de dar a aquel que la deue auer...”.

Téngase en cuenta, sin embargo, que aquella nota del registro que había de leerse en el acto del otorgamiento era en general un documento abreviado, por lo que la lectura de éste sólo suponía la lectura total del negocio respecto de los documentos *in scriptis*, aquellos que en virtud de pacto, o por ley, necesariamente tenían que ser escritos en su integridad, conforme a la ley *Contractus* de JUSTINIANO en su versión del Código (4.21.17), recibida por Las Partidas, “por carta”, en 5.5.6.

El *Fuero Real* es menos innovador que las Partidas, y no sólo como anterior en el tiempo, sino porque en medio había surgido el *fecho del Imperio* que cambió la mentalidad de Alfonso X y de sus colaboradores. No hay dato alguno en el *Fuero Real* que permita afirmar que la nota estaba redactada previamente al acto del otorgamiento, por lo que éste no podía consistir en la lectura de una nota que aún no se había escrito; en una palabra, el otorgamiento era oral, y durante él, o nada más terminado, el escribano tomaba unos breves apuntes que le van a permitir extender posteriormente la carta; esos apuntes son las “notas primeras”, que el *Fuero Real* ordenaba conservar, dándoles con ello carácter oficial. Así resulta del *Fuero Real*, 1.8.5.

FR, 1.8.5: “Ningún escriuano non sea osado de poner en las cartas que fiziere otras testimonias sinon las que fueren delante quando las partes amas se abinieren en el pleyto ante él e le mandaren ende fazer carta”.

Buen ejemplo de las dificultades para encontrar acomodo a la nota, entre la contratación oral y la carta, nos lo proporciona el *Espéculo*, la obra fallida, el primer intento de las Partidas; o su primera redacción. Aquí ya hay otorgamiento de la nota, pero no es el otorgamiento de la nota del registro, como en las Partidas, sino el otorgamiento de aquellas *notas primeras* de que hablaba el Fuero Real, sucintos apuntes de un acuerdo oral, que el Espéculo manda ratificar –“que fuere acordada”–, posiblemente mediante su lectura, y escribir en el registro; pero el Espéculo no quiere seguir por este camino tri-instrumental, y ordena romper la nota inicial una vez escrita en el registro; así no quedan ya más que dos documentos, la nota del registro y la carta; se ha suprimido –se ha roto– la nota primera, precisamente la que había sido *acordada* por las partes; monstruosidad jurídica que no podía prevalecer.

Espéculo, 4.12.11. “De los escribanos que pone el rey en las cibdades e en las villas para fazer las cartas que dixiemos en la primera ley deste título, dezimos que son tenudos de guardar e de fazer todas estas cosas que aquí mostraremos. Primeramente, que deben haber un libro para registro en que escriban las notas de todas las cartas. Empero desta manera, así que quando mandaren fazer carta a algún escribano, de juyzio o dotra manera qualquier, debe fazer primeramente la nota, é pues que fuere acordada ante aquellos que la mandaren fazer, débela escribir en el registro, e romper la nota, e fazer la carta, e darla a aquél que la ha de haber...”

Se extrañará alguno de tanta complicación; se debe, sin embargo, a razones históricas, obedientes a la misma naturaleza de las cosas.

La declaración de voluntad de las partes en el documento redactado por un tercero tuvo que ser, durante siglos, de carácter oral; por la precedencia de la palabra hablada respecto a la escritura, por el secular y casi universal analfabetismo y, jurídicamente, por la naturaleza esencialmente verbal de la contratación romana. En esta contratación oral no le era siempre posible al tercero documentador extender *in continenti* el documento; surge así la necesidad de un documento puente, al que a veces sigue, en efecto, el documento definitivo, pero que otras acaba por sustituirle, dado el carácter efímero del contrato, o su baratura, sobre todo antes de la difusión del papel.

En el proceso de formación del precedente de nuestros documentos notariales, el *instrumentum publice confectum* de los tabeliones justinianeos, aparece y se generaliza ese documento puente, la cédula, la *scheda*, y cuando después se confecciona el documento definitivo surgen dificultades jurídicas ante las posibles discordancias entre uno y otro documento; JUSTINIANO intentó cortar de raíz estos problemas privando de toda

eficacia a la cédula, de manera que cuando se realiza una venta por escritura, ésta ya no se perfecciona por el mero consentimiento, ni siquiera por la firma de la cédula, sino cuando el tabelión, el notario que diríamos hoy, ha completado el documento, lo ha autorizado; hasta este momento comprador y vendedor, aunque hubieran firmado, pueden desistir de la compraventa sin incurrir en responsabilidad; el sistema uninstrumental se reafirma; estamos ante la versión de la *lex contractus* de las Instituciones justinianeas:

II, 3.23 pr.: “*In iis autem, quae scriptura conficiuntur, non aliter perfectam esse venditionem et emptionem constituimus, nisi et instrumenta emptionis fuerint conscripta, vel manu propria contrahentium, vel ab alio quidem scripta, a contrahentibus autem subscripta et, si per tabelliones fiunt, nisi et completiones acceperint, et fuerint partibus absoluta. Donec enim aliquid ex hiis deest, et poenitentiae locus est, et potest emptor vel venditor sine poena recedere ab emptione*”.

Sin embargo, en los territorios italianos altomedievales resurge vigorosamente la *scheda* de los bizantinos en las *noticias dorsales* que según AZÓN solían tomarse por los notarios en la parte del pelo de la piel del animal, debidamente preparada, para extender después el documento en la parte de la carne; y también en las *noticias marginales*, en los *dicta* romanos o en las *rogationes* boloñesas; se trataba en todo caso, para utilizar la expresión de BALDO, de una “*imbreviatura non pública*”, surgida de una costumbre que la glosa de FRANCISCO DE ARETIO al citado texto de las Instituciones, remonta a los tiempos de BÚLGARO, el primero de los cuatro doctores discípulos de IRNERIO, y que contrapone a la escritura *munda*, limpia, “nueva escritura principal” que es leída a las partes, consentida y completa. Los lugares, los tiempos y los caminos por los que la imbreviatura llega a obtener eficacia jurídica, carácter público, han sido controvertidos por los historiadores, sin que aquí sea posible que nos ocupemos de ello; el momento más llamativo quizá se encuentre en el capítulo “*Cum P. Tabellio*” de las Decretales; Pedro, el tabelión, el notario, había sido sorprendido por la muerte sin haber expedido instrumentos públicos de algunas de las notas que había tomado; el Pontífice, Gregorio IX, regula la forma de realizar esa expedición (X, 2.22.15), que pasa al Fuero Real (1.8.4), es mejorada por las Partidas (3.18.55) y ampliada por los Reyes Católicos en la Pragmática de Toledo de 1502.

AZÓN: “*Antiqui tabelliones consueverunt facere ex parte pili in scheda rogationes, et post recipere mundum ex parte carnis*” (*Lectura super Codicem*, 4.21.16, p. 296). **BALDO** (Comentario a CJ, 4.21, *De fide instrumentorum*, rúbrica, núm. 40, fol 57r. **ARETIO:** “*Scire autem debes, ad dilucidorem huius materiae intellectum, quod in Italia talis est consue-*

tudo, quod primo fit imbreviatura, quando super aliquo contractu a tabellione publico debet confici scriptura; et fit munda, quod nihil aliud est nisi nova scriptura principalis, quae debet esse non cancellata, non viciata, nec in aliqua sui parte abolita, sed ab omni vituperatione munda; et postea vocantur partes, et legitur istud mundum coram partibus, et si consentiant partes, tunc dicitur a partibus absoluta. Cum autem a tabellione fiunt subscriptiones, tunc est super scriptura completa” (Glosa a II, 3.23,pr, *In his autem*).

Tenemos pues, para cada acto notariado dos documentos notariales distintos. La nota, que está llamada por la fuerza de las cosas y por las leyes a coleccionarse, formando un “registro”, precedente del protocolo, y por tanto a encuadernarse de alguna manera. Y la carta, que a pesar de extraerse de la nota conserva la categoría del antiguo instrumento público uni-instrumental, por su carácter completo, por la frecuente pérdida de las notas, y por las dificultades jurídicas para obtener de la nota una nueva exemplación o renovación de la carta; razones todas para asegurar también la conservación de éstas, para encuadernarlas, aisladas o en colección, originales o en copia (cartularios).

La Fundación Matritense del Notariado, que colabora en este curso, en su colección “*Acta Notariorum Hispaniae*”, ha publicado algunos 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. El siglo XV ha quedado en alguna forma cubierto.

— El Registro Notarial de Dueñas (Palencia), comprende 52 notas, entre los años 1412 y 1414; 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”.

— 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 como prueba, en 1503 en el “Pleito de los Valles”, en que fue parte el Duque del Infantado.

— El Registro Notarial de *Madrid* contiene 1.587 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 transcripción con el profesor PÉREZ BUSTAMANTE, y redacté, además, un “Estudio Documental”.

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*, obra de gran interés histórico que contiene mil sesenta extractos de documentos notariales, debidamente

catalogados, de los que se transcriben ciento, 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 de que luego trataremos estaba en alguna medida preparada por la práctica notarial; y también por la teoría notarial, en cuanto a los documentos *in scriptis*.

Son multitud, por otra parte, las cartas que han sido publicadas; baste citar, como colecciones castellanas más conocidas, las publicadas por GALO SÁNCHEZ, de finales del siglo XIV, las que publicó LUISA CUESTA, ya entrado el siglo XV, y las llamadas “Notas del Relator” –aunque sean cartas– publicadas por el que lo fue de Juan II, FERNÁN DÍAZ DE TOLEDO, y que son anteriores en bastantes años a 1499, en que fueron por primera vez impresas. El siglo XV castellano queda también cubierto.

Al comparar notas y cartas, comprobaremos que la abreviación del contenido documental afectaba ante todo a las solemnidades de los documentos, a las publicaciones; reunidas las notas en un registro, esto es, en un cuaderno, podían fácilmente omitirse los datos personales del escribano autorizante y en general, los datos repetitivos, fechas, lugares, testigos, por remisión explícita o implícita a las notas precedentes. Pero también se omitía el texto completo de cláusulas del negocio contenido en la escritura, a veces simplemente aludidas, sobre todo con la indicación “etc.”, (etcétera), que aparece en las notas, y que otras veces se induce necesariamente de la excesiva abreviación de la nota.

Pongamos algunos ejemplos, tomados del citado Registro Notarial de Madrid. **N.º 414.** “Este día Pedro Gonçalez, vecino de Canillas, fizo su procurador a Ferrant Alonso, escribano del Rey, veçino de Madrit, general para en todos sus pleytos, e para sustituir, relevólo, obligó sus bienes”. Se trata de un poder general para pleitos, documento repetitivo; “*e para sustituir*” quiere decir que el apoderado podía nombrar sustituto (P, 3.5.19); “*relevólo*”, que no tenía que prestar fianza de que el poderdante aceptaría el resultado del pleito (P, 3.5.21); y “*obligó sus bienes*”, que el poderdante respondía con sus bienes del resultado del pleito (P, 3.5.14, que recogía la *satisfactio iudicatum solvi* del Derecho romano, Digesto, 46.8.21 y Código, 2.57). **N.º 763.** “... por diez mil maravedís desta moneda usual, de que se otorgaron por pagados, e renunciaron la exçepción del aver non visto no contado e las dos leyes del derecho, eçetera”; ahora estamos ante la compraventa de un inmueble, con precio confesado recibido; el comprador renuncia a la “*querella non numeratae pecuniae*” procedente del Derecho romano (Código, especialmente 4.30.1 y 4.30.14), mediante renuncia a las dos leyes de las Partidas, 3.18.56 y 5.1.9.

Los errores, o las disparidades, que podían originarse al “extender” o “alargar” en la carta tan leves alusiones de la nota, pueden fácilmente imaginarse; “Dios te libre de etcétera de Escribano”, decía el refrán.

El **Derecho común** pretendió eliminar estos inconvenientes de la doble redacción mediante una pronta extensión o alargamiento de la nota en los libros de registro del notario, con el gravísimo inconveniente de que el sistema se convertía en tri-instrumental, o en cuatri-instrumental, sin conseguir que todas las redacciones fueran idénticas. No otro es el sistema de los territorios españoles de Derecho foral, más próximos al Mediterráneo, a las influencias italianas.

a) En **Aragón**, el Fuero “*Statuimus*” de 1348 (Pedro IV el Ceremonioso, en Cortes de Zaragoza), ordenó que la primera formulación instrumental, “*in prothocolis seu capibrevibus*”, en los protocolos o cabreos, se escribiera “*complete et integre*”, en los registros de los notarios en el plazo de seis meses; sistema tri-instrumental, de doble redacción. Pero el Fuero “*Licet nos*” del siguiente año, 1349, ante las quejas de los notarios, permitió la redacción abreviada en el registro de aquellos contratos de los que hubiera otros de la misma clase ya registrados (conf. ARCÒ, p. 198); sistema tri-instrumental, por tanto, de triple redacción.

b) En **Cataluña** Pedro III, en Cortes de Perpiñán de 1351, “*A occorrer a la desidia que en los Notaris fins aci es estada*”, obligó a los notarios a escribir en el plazo de dos meses en los “*capbreus o libros de notas*”, cabreos o libros de notas, aquellas que hubiesen autorizado, largamente ordenadas y sin abreviaturas ni etcéteras; sistema, pues, tri-instrumental, de doble redacción, que de hecho produjo en la práctica supuestos de triple redacción. Es más, desde mediados del siglo XIV, se abre paso, como nos dice FERRER I MALLOL (p. 60; conf. también NOGUERA GUZMÁN y DURÁN CAÑAMERAS), un sistema de doble anotación, primero en los “manuales” y luego en los “cabreos” o “libros de notas”, sistema como se ve cuatri-instrumental (cédula, anotación breve en el manual, anotación extensa en el cabreo, y carta), con triple y en ocasiones cuádruple redacción.

c) También en **Valencia** un Fuero de Pedro II (Pedro IV el Ceremonioso de Aragón) estableció un plazo de tres meses para que los notarios registraran “*cumplidament*” las notas en sus libros y protocolos; y esto hizo que el anterior sistema bi-instrumental, se transformara en un sistema tri-instrumental, de doble o de triple redacción, que en la práctica acaba convirtiéndose en un sistema cuatri-instrumental, al desdoblar-

se el libro de notas en “*rebedor*” y “*protocolo*”, a los que seguían el “*notal*”, y el instrumento o carta (conf. SIMÓ SANTONJA).

d) En **Mallorca**, finalmente, los notarios, en el plazo de un mes a contar del otorgamiento, tenían que registrar las sucintas notas tomadas, “*largo modo*” en los “*libri notularum*”; por lo que también regía el sistema común tri-instrumental, con doble o triple redacción.

Existe por tanto en estos territorios una mucho mayor variedad de documentos abreviados; y las colecciones de redacción intermedia, llámense libros de notas, rebedores, cabreos, manuales, notales o incluso protocolos, se han conservado mucho mejor que los registros de notas en Castilla. En 1200 comienzan a aparecer los más antiguos, los fondos notariales del Archivo de Gerona; a lo largo del siglo XIII se conservan en Vich, 1230; en Baleares y Barcelona, 1232; y en Valencia, 1285; y a comienzos del siglo XIV, en 1315, Zaragoza, donde están perfectamente instalados y clasificados en el Colegio Notarial. Téngase en cuenta sin embargo que no se trata en manera alguna de protocolos, aunque a veces se les dé esta denominación; que no son colecciones de documentos notariales originales y extensos, en lo que Castilla, como pasamos a ver, tiene precedencia.

La **Pragmática de Alcalá** fue dada por Isabel la Católica, y no por los Reyes Católicos, como suele decirse, en Alcalá de Henares el 7 de junio de 1503; se fue extendiendo a los territorios españoles no castellanos y a los de América incorporados a la Corona de Castilla; y a través de las Recopilaciones siguió vigente en España hasta la Ley del Notariado de 1862.

Pragmática de Alcalá de 1503. Capítulo I: “Primeramente ordeno e mando, que cada uno de los dichos escrivanos ayan de tener e tenga un libro de prothocolo enquadernado de pliego de papel entero; en el qual aya de escrivir e escriba por estenso las notas de las escrituras que ante él pasaren e se ovieren de hazer; en la qual dicha nota se contenga toda la escriptura que se oviere de otorgar por estenso; declarando las personas que la otorgan; e el día, e el mes, e el año, e el lugar o casa donde se otorga, y lo que se otorga; especificando todas las condiciones, e pactos, e cláusulas, e renunciaciones, e submisiones que las dichas partes asyentan; e que assi como fueren escritas las tales notas, los dichos escrivanos las lean, presentes las partes e los testigos. E sy las partes las otorgaren, las firmen de sus nombres. E si no supieren firmar, fyrrme por ellos qual quiera de los testigos, o otro que sepa escrivir; el qual dicho escrivano haga mynción cómo el testigo firmó por la parte que no sabía escrivir. E sy en leyendo la dicha nota e registro de la dicha escriptura fuere algo añadido o menguado, que el

dicho escrivano lo aya de salvar e salve en fin de la tal escritura, antes de las firmas, porque después no pueda aver dubda si la dicha emienda es verdadera o no; e que los dichos escrivanos sean avisados de no dar escritura alguna signada con su signo, syn que primeramente al tiempo del otorgar de la nota ayan seydo presentes las dichas partes e testigos, e firmada como dicho es; e que en las escrituras que así dieren signadas, ni quiten ni añadan palabra alguna de lo que estoviere en el registro, salvo la suscripción; e que aunque tomen las tales escrituras por registro o memorial o en otra manera, que no las den signadas sin que primeramente se asienten en el dicho libro e prothocolo e se faga todo lo suso dicho; so pena que la escritura que de otra manera se dyere sygnada sea en sy ninguna, e el escrivano que la fiziere pierda el officio e dende en adelante sea ynábile para aver otro; e sea obligado a pagar a la parte el interesse”.

La Pragmática de Alcalá fue literalmente recogida por la Nueva Recopilación de 1567, 4.25.13-17, y por la Novísima Recopilación, de 1805, 10.23.1-5.

En la doctrina notarialista pueden verse, para el siglo XVI, las obras fundamentales de RIBERA (1560) y MONTERROSO (1563); y los formularios de DÍAZ DE VALDEPEÑAS (1541), HUERTA (1551) y CARVAJAL (1585); respecto al siglo XVII los de ARGÜELLO (1620) y MELGAREJO (1652); y en cuanto al siglo XVIII la “Cartilla” de BUSTOSO, en realidad de CARLOS ROS (1737-1738) y la monumental “Librería” de FEBRERO (1769-1790), que resumida, adicionada, reformada o refundida se desborda por la primera mitad del siglo XIX. Conf. BONO, “Los formularios notariales...”.

La Pragmática de Alcalá sigue la dirección contraria a la del Derecho común; exigir que desde su primera formulación, el documento notarial contenga su texto íntegro: el escribano “aya de escribir e escriba por estenso las notas de las escrituras que ante él passaren e se ovieren de hazer; en la qual dicha nota se contenga toda la escriptura que se oviere de otorgar por estenso”, de manera “que en las escrituras que así dieren signadas, ni quiten ni añadan palabra alguna de lo que estoviere en el registro, salvo la suscripción”. Subsisten para cada acto notariado los dos documentos, la “nota” que el escribano debe guardar, y la antigua carta, ahora “escritura signada”, que se entrega al interesado; pero ambos documentos tienen una redacción única, con lo que desaparecen todos los problemas jurídicos que la diversidad de los dos textos documentales originaban; y al ser la escritura signada transcripción literal de la nota del protocolo, casi puede decirse que el sistema es uni-instrumental, salvo la reliquia del sistema alfonsino –con inserción de P, 3.19.10 y 11– que supone la contradictoriamente llamada escritura signada “original”, con suscripción en que el escribano que la expedía aseveraba que estuvo presente en la autorización de la matriz.

El texto documental resulta así íntegramente escrito, y la prestación del consentimiento de los comparecientes se hace también por escrito,

firmando; innovación sustancial frente a las Partidas, que aunque exigían también esa firma, lo cierto es que, como en el Derecho común y seguramente por el analfabetismo dominante, predominó la idea de que la firma sólo era necesaria cuando lo exigiese alguna norma especial o la costumbre.

Pero desde la perspectiva de la encuadernación que aquí nos congrega es preciso resaltar otro aspecto de la Pragmática, que ésta lleva al mismo inicio de su capítulo I: “Primeramente ordeno e mando, que cada uno de los dichos escrivanos ayan de tener e tenga un libro de prothocolo encuadernado de pliego de papel entero; en el qual aya de escribir e escriba por estenso las notas de las escrituras que ante él passaren”. Esas notas no pueden ya figurar en hojas sueltas, o en libretas o cuadernillos al libre arbitrio de cada escribano, sino que han de estar escritas en un “libro encuadernado de pliego de papel entero”, al que se denomina “protocolo”, en expresión tomada de la Novela 44 de JUSTINIANO, y que se considera como previamente existente: “e que aunque tomen las tales escrituras por registro o memorial o en otra manera, que no las den signadas sin que primeramente se asienten en el dicho libro e prothocolo e se faga todo lo suso dicho; so pena que la escritura que de otra manera se dyere sygnada sea en sy ninguna, e el escrivano que la fiziere pierda el officio e dende en adelante sea ynábile para aver otro; e sea obligado a pagar a la parte el interesse”.

Tenemos, pues, unas normas sobre la corporalidad de las notas. Han de escribirse en *papel*; pero esta expresión de la Pragmática no ha de entenderse en un sentido imperativo, con exclusión de cualquier otra materia escriptoria susceptible de integrarse en el libro protocolo, sino como referencia a lo que realmente ocurría en la práctica; así lo había entendido GREGORIO LÓPEZ glosando el texto de Las Partidas, 3.18.54, para el que las cartas debían extenderse en “pergamino de cuero”, “*in charta pecuina*”, como traduce al latín GREGORIO LÓPEZ (glosa 11, *En pargamino*, a dicha ley). El papel, según la Pragmática, había de ser de *pliego*, sin admitirse el folio, y precisamente de pliego *entero*, sin partir, como garantías de la autenticidad del documento, aunque la “*tyra*”, la hoja, subsista a efectos arancelarios en el capítulo VII. Y las notas debían de escribirse en “*buena letra cortesana, e no proçesada*”, en la buena letra, derivada de los albañales, que se usaba en los documentos de la Corte, y no en su degeneración curialesca, la letra “procesada” o “procesal”; pero ésta fue una norma de carácter arancelario, contenida en el capítulo VII de la Pragmática, de la mejor intención desde luego, pero llamada al más absoluto fracaso, porque la letra procesal aún empeoró en el siglo XVII, dando lugar a la llamada letra *encadenada* o *de cadenilla*, muy difícil de leer.

El protocolo, así entendido como colección de notas, es descrito en la Pragmática de Alcalá como “*un libro de prothocolo encuadernado*”, pero en la práctica, y en la doctrina, fueron nada menos que cuatro los procedimientos ideados y empleados para formar el protocolo en cumplimiento de esta disposición; el primero “estar desde principio del año ya encuadernado... en blanco, para ir extendiendo los protocolos que ocurran uno en seguida de otro” (descripción de LÓPEZ FANDO, II, pp. 284-85); un segundo sistema consiste, “formar cuadernos de diez, veinte o treinta pliegos de papel trabados unos dentro de otros, y estando llenos o completamente escritos, extender otro u otros de igual modo, y unirlos todos al fin del año para que juntos resulte el libro protocolo” (descripción de ORTIZ DE ZÚÑIGA, I, p. 208); según un tercer método, “cada escritura matriz se escribe en cuadernos compuestos del número de pliegos de papel... que según su extensión se necesiten, trabados o cosidos unos dentro de otros” (descripción de MORENO, p. 133); y un cuarto procedimiento consiste “en formar este libro (el protocolo) por medio de la encuadernación que al fin del año se hace de las escrituras matrices o protocolos que en el curso del mismo haya autorizado el Escribano que lo lleva, colocadas por el orden de las fechas del otorgamiento” (descripción de GONZALO DE LAS CASAS, *Diccionario*, VIII, pp. 318-19). Encuadernación previa en el primer caso, y *a posteriori* en los otros tres; sea con previa formación de cuadernillos trabados en los que se van escribiendo las sucesivas escrituras –segundo procedimiento–, o con extensión aislada de cada escritura, si su extensión lo exige, en cuadernillos trabados (tercer procedimiento), o que permanecen sueltos hasta su encuadernación (cuarto procedimiento). El sistema de formación del libro protocolo *a priori*, que parece el más conforme con el tenor literal de la Pragmática, chocó con las dificultades de la práctica (imposibilidad de escribir varias personas al tiempo, peligros al sacar el libro de la oficina, orden cronológico de otorgamientos, escrituras fallidas, documentos unidos, dificultad en todo caso de calcular el número de pliegos, etc.), que hicieron buscar esos otros caminos, hasta que llegó a prevalecer el último, folios sueltos encuadernados nada más finalizado el año.

El sistema de la Pragmática de Alcalá fue asumido por los **territorios españoles de Derecho foral**, quedando unificado desde el punto de vista documental que aquí nos interesa el Derecho Notarial español. Pero ello iba ocurriendo paulatinamente, hasta que **Felipe V** impuso la extensión a toda España de la Pragmática de Alcalá, o de su espíritu, y no por la bondad intrínseca del sistema, sino por razones políticas; porque los te-

territorios forales habían apoyado al Archiduque Carlos en la Guerra de Sucesión.

a) Fue **Navarra** el primer territorio español no castellano que recibe casi literalmente los capítulos I y II de la Pragmática de Alcalá, en la Ordenanza V de las publicadas el 12 de enero de 1527 por Don Diego de Avellaneda, Obispo de Tuy y Presidente del Real Consejo de Navarra, a pedimento de los tres estados de dicho Reino, reunidos en Cortes, y por mandato o en nombre de Carlos I, el Emperador, que a la sazón era también Rey de Navarra.

b) En **Aragón** la introducción del nuevo sistema debió ser consuetudinaria, y desde luego muy anterior a la Guerra de Sucesión; no me parece cierta la generalizada opinión de que ello fue debido al Fuero de 1528 (Carlos I en Cortes de Zaragoza, *Forma para testificar los actos por los Notarios*), disposición que se limitó a exigir la firma de otorgantes y testigos en la primera redacción de la escritura.

Y a consecuencia de la Guerra de Sucesión:

a) En **Valencia** el Derecho Notarial Foral desaparece, pues por Decreto de 29 de junio de 1707, Felipe V ordenó que Valencia se gobernara por las leyes, prácticas, ordenanzas y costumbres de Castilla, y así vino a regir en Valencia la Nueva Recopilación y, por tanto, la Pragmática de Alcalá.

b) En **Cataluña**, el Decreto de Nueva Planta de 16 de enero de 1716 fue radical en materias de Derecho público, pero en lo que respecta al Derecho Privado mandó que se observasen las Constituciones catalanas, si bien como Derecho nuevo. Y en cuanto al Notariado, su número 35 dispuso: "Hallándome informado de la legalidad y pericia de los Notarios del Número de la ciudad de Barcelona, mando que se mantenga su Colegio; y si sobre sus ordenanzas y lo demás hubiere algo que prevenir, se me consultará por la Audiencia". Tales Reales Ordenanzas fueron, en efecto, dictadas el 29 de noviembre de 1736 por el Capitán General, Conde de Glimes, y regulan el sistema instrumental en sus capítulos I, II y III siguiendo casi al pie de la letra el capítulo I de la Pragmática de Alcalá; quedaron, sin embargo, exceptuados los notarios colegiados de la ciudad de Barcelona, que continuarían instrumentando, "sin hacer novedad, observando la misma forma y método que hasta aquí"; pero esta excepción fue suprimida por las Reales Ordenanzas de 24 de julio de 1755, dadas por Don Jaime Miguel de Guzmán, gobernador y capitán general del ejército y principado de Cataluña. Resulta, pues, que si bien la Pragmática de Alcalá nunca ha estado vigente en Cataluña, ni ella ni sus versiones recopiladas, sí lo ha estado su parte fundamental, a través de esta reencarnación en las Ordenanzas Reales de 1736 y 1755.

El sistema catalán que estas disposiciones derogaban acababa de ser expuesto (1704), en el “*Viridarium*” de COMES; y sus resultados de inseguridad jurídica pueden comprobarse en los comentarios de jurisprudencia de FONTANELLA (1645), Decisiones 399, 400 y 401, y de XAMMAR (1657), Definiciones 41 y 115.

c) En **Baleares**, el Real Decreto dado por Felipe V en el Buen Retiro el 28 de noviembre de 1715 sobre establecimiento y planta de la Real Audiencia de Mallorca, conservó en Derecho privado y procesal las Reales Pragmáticas, privilegios y estilos antiguos con que se gobernaba la isla y el Reino de Mallorca; el sistema anterior perduró hasta la Instrucción de 24 de agosto de 1753, dada por el Visitador General Don Manuel Ramos, que en sus números 7.º, 8.º y 9.º estableció sucintamente un sistema inspirado en la Pragmática de Alcalá.

Volvamos ahora a ocuparnos del sello; pero no como elemento de validación o creación del documento, sino como requisito de la corporalidad del documento, integrante de su autenticidad corporal, y como dificultad añadida a su falsificación. Esto es, del **papel sellado**, con precedentes nada menos que en la Novela 44 de JUSTINIANO.

El papel utilizado para extender los documentos notariales en tiempos de la Pragmática de Alcalá era el papel común, único existente hasta el día 1 de enero de 1637 en que se exige el papel sellado por la Pragmática de los Sellos dada por **Felipe IV** unos días antes (15.12.1636; Nueva Recopilación, 4.25.44), y desarrollada por diversas Cédulas Reales que la Nueva Recopilación inserta, refundidas, en 4.25.45 y siguientes. Las más importantes modificaciones ulteriores dentro del ámbito temporal de este Curso tuvieron lugar en tiempos de **Carlos IV**, año 1794 (Real Cédula e Instrucción; Ministro Don Diego Gardoqui; Novísima Recopilación 10.24.11) y de **Fernando VII**, año 1824 (Real Decreto y Cédula; Ministro Don Luis López Ballesteros). Su observancia fue asegurada con penas pecuniarias e incluso corporales, con la inadmisibilidad en Oficinas y Juzgados del documento extendido en papel común o de sello inferior, y además con la sanción de nulidad.

El papel sellado tenía que ser del año mismo del documento; se exigía para las notas, en una cuantía fija y moderada, y también para las escrituras signadas, para las copias que diríamos hoy, fueran primeras o no, que llevaban sello proporcional “según la calidad y cantidad de cada negocio”; pero en la Pragmática de 1636 y en la Instrucción de 1794 el papel sellado sólo se requería para el primer pliego de cada instrumento, pudiéndose escribir los demás en papel ordinario; lo que ponía de mani-

fiesto que el fundamento de su introducción no se encontraba tanto en las razones de seguridad jurídica que se alegaban, como en motivos fiscales. En el Real Decreto de 1824 eran de cuantía los pliegos primero y último, y del sello cuarto los intermedios (art. 46).

Es de advertir que ya en la Cédula de 1637 se admitió que las copias pudieran expedirse en pergamino, por la perpetuidad y comodidad de las partes, aplicándose el sello que correspondiere mediante “sellos particulares, en poder de la persona que para esto señalaren” en el Consejo Real, y que se cambiarían cada año; a esta posibilidad acudirían muchos de los particulares que proyectaran la ulterior encuadernación de sus documentos.

Unas palabras finales sobre los *documentos notariales hispano-americanos*, ya que el Curso comprende todo el “documento hispánico”.

La incorporación a la Corona de Castilla de las que habrían de llamarse Indias Occidentales aparece ya claramente marcada en las dos bulas “*Inter coetera*” del Papa Alejandro VI (3 y 4 de mayo de 1493), que habrían de presentarse como título de la conquista, la concesión o donación del Romano Pontífice encaminada a la evangelización de los indios, “*vobis haeredibusque et successoribus vestris Castellae et Legionis Regibus, in perpetuum*”, “a vosotros –Fernando e Isabel– y a vuestros herederos los Reyes de Castilla y León, perpetuamente”; la concesión no se hacía solamente a Isabel, sino “a vosotros”, también a Fernando, porque Fernando era Rey de Castilla, y no sólo Rey consorte; pero después de la vida de ambos, sólo y perpetuamente a los Reyes de Castilla y León, porque tras la conquista castellana del Reino de Murcia en tiempos de Alfonso X, la expansión aragonesa había quedado cortada por el sur, y dirigida al este, al Mediterráneo.

En consecuencia es el Derecho Notarial castellano el que resultó transplantado a Indias; pero el sistema alfonsino, el de Partidas, que regía en Castilla en 1492, apenas puede decirse que rigiera en Indias, puesto que a los pocos años, en 1503, se dicta la Pragmática de Alcalá, que se aplica en Indias mucho antes que en los territorios españoles no castellanos en virtud de disposiciones dictadas expresamente para aquellos territorios, recogidas en la “Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias” promulgada por **Carlos II** el 18 de mayo de 1680: que “los escribanos guarden, y tengan en su poder registros de todas las escrituras” (5.8.16; Felipe II, 1572), que “tengan los registros cosidos, y los firmen a fin de cada año” (2.23.60, Felipe II, 1563), “cosidos y signados” (5.8.20, Felipe II, 1595). Y en defecto de estas disposiciones especiales, ciertamente

fragmentarias, había que acudir al Derecho castellano como Derecho supletorio, según Don Carlos y Doña Juana dispusieron ya en 1530: “en lo que no estuviere decidido... se guarden las leyes de nuestro Reyno de Castilla” (2.1.2). Respecto a su aplicación práctica, en el Archivo General de Méjico, D.F., se conserva un protocolo de 1525; en el Archivo de Indias hay una abundantísima documentación, estudiada en cuanto a la primera mitad del siglo XVI por ANGELES GUAJARDO-FAJARDO; y en el siglo XVII existe ya una literatura jurídica a ambos lados del océano, especialmente representada por las obras del gaditano IROLO, notario de Méjico, y de PALOMARES, notario de Sevilla. Incluso en cuanto al procedimiento de formación del protocolo puede asegurarse que en Indias se observó un rigor mayor que en Castilla, según prueba el que aún hoy en Méjico rige el procedimiento radical, del libro protocolo previamente encuadernado; y en la Argentina el procedimiento intermedio, de cuader-nillos protocolares formados por varios pliegos trabados entre sí.

Obras citadas

ACCURSIO, Francisco, V. Glosa.

ALVARADO DE LA PEÑA, Santiago: *Cartilla Real Novísima teórico-práctica, ... O sea Manual de Escribanos, principiantes, procuradores y curiales*, Madrid, 1830, p. XIV+2+751.

ARCO, Ricardo del: “La institución del Notario en Aragón”, *AD Aragonés*, 1944, pp. 167-237.

ARETIO, Francisco de, V. Glosa a las Instituciones de Justiniano, 3.23,pr., *In his autem*.

ARGÜELLO, Antonio de: *Tratado de escrituras y contratos públicos, con sus anotaciones*, Madrid, 1651, fols. 6, prólogo y tabla+88. Primera edición, 1620.

ASSO Y DEL RÍO, Ignacio Jordán de, y MANUEL Y RODRÍGUEZ, Miguel de: *El Ordenamiento de Leyes, que D. Alfonso XI hizo en las Cortes de Alcalá de Henares el año de mil trescientos y quarenta y ocho*, Madrid, M.DCC.LXXIV, p. 158 (reproducción, Lex Nova, Valladolid, 1960).

(AZÓN):

— *Azonis - Lectura super Codicem*, Corpus Glossatorum juris civilis - III - Curante Mario VIOLA. Augustae Taurinorum, Ex Officina Erasmiana, M CM LXVI, p. 842.

— *Summa Azonis, locuples iuris civilis Thesaurus*, Basilea, M.D.LXXII, 1250 columnas+Índice.

(BALDO): *Baldi Ubaldi Perusini Iurisconsulti in IIII et V. Codicis Librum Commentaria*, Venetiis, Apud Iuntas, M.DCXV, fols. 208.

BONO HUERTA, José:

— “Los formularios notariales españoles de los siglos XVI, XVII y XVIII”, conferencia pronunciada en la AMNot el día 23.2.1978, publicada en sus *Anales*, XXII-I, pp. 287-317.

- “Historia del Derecho Notarial Español. I. La Edad Media. 1. Introducción, preliminar y fuentes. 2. Literatura e instituciones”, *JDCNot*, Madrid, I.1, 1979, p. 376; I.2, 1982, p. 392.
- “La Legislación Notarial de Alfonso X el Sabio: sus características”, conferencia pronunciada en la AMNot el día 29.11.1984, publicada en sus *Anales*, XXVII, pp. 27-43.
- 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.
- BUSTOSO Y LISARES, Diego: *Cartilla Real para Escribanos*, Pamplona, tres tomos, 1737-1738.
- CARVAJAL, Bartholome de: *Instruction y Memorial para escribanos ... y escripturas publicas*, Granada, 1585, folios 5+134.
- COMES, José : *Viridarium Artis Notariatus*, Tomus Primus MDCCIV, pp. 24+446+Index.
- CUESTA GUTIÉRREZ, Luisa: *Formulario notarial castellano del siglo XV*, INEJur, Madrid, 1948, p. 206.
- DÍAZ DE MONTALVO, Alfonso: *El Fuero Real de España diligentemente hecho por el noble Rey Don Alonso noveno - Glossado por el egregio Doctor Alonso Díaz de Montalvo*. Salamanca, 1569, 12+263 folios. (La edición príncipe fue hecha en Sevilla, entre 1480 y 1484.)
- (DÍAZ DE TOLEDO, Fernán): *Las notas del Relator con otras muchas añadidas*, Burgos, 1531; folios 60 (impresas por primera vez en 1499.)
- DÍAZ DE VALDEPEÑAS, Hernando: *Suma de notas copiosas, muy substanciales y compendiosas, según el uso y estilo que agora se usa en estos Reynos*, Alcalá de Henares, 1576, folios 1+1+67 (1.^a edición, 1541).
- DURÁN CAÑAMERAS, Félix: *Notas para la historia del Notariado catalán*, EHDA-Prot, III, Barcelona, 1955, pp. 71-213.
- DURANTE, Guillermo: *D.G Durandi ... Speculum iuris, cum Ioan Andreae, Baldi, relinquorumque clarissimorum I.V. doctorum visionibus hactenus addi solitis ... Auctore Alexandro de Nevo*, Lugduni, 1577, Pars Prima, fols. 4+161; Pars Secunda, fols. 257 (“De instrumentorum editione” Pars Secunda, fols. 129 ss.).
- FEBRERO, José: *Librería de Escribanos, é instrucción jurídica theórico práctica de Principiantes*. Edición facsímil del CGNot, Madrid, 1990: -Parte Primera (1789): Tomo I, p. 432; Tomo II, p. 480; Tomo III, p. 586. -Parte Segunda (1790), Libro I, p. 448; Libro II, p. 643; Libro III, Tomo 1.º, p. 700 y Tomo 2.º, p. 446.
- FERRER Y MALLOL, María Teresa: *La redacció de l'instrument notarial a Catalunya. Cèdules, manuals, llibres i cartes*, Estudios Noguera, Barcelona, 1974, p. 454+Índice.
- FLORIANO LLORENTE, Pedro: *El Libro Becerro de la Catedral de Oviedo (Códice de Don Gutiérrez de Toledo)*, Diputación de Oviedo, CSIC, 1963, p. 388.
- FONTANELLA, Johannes Petrus: *Sacri Regii Senatus Cathaloniae Decisiones*; Tomus Secundus, Barcinone, Anno 1645, pp. 8+16 (Index Argumentorum) +808+2+114 (Index materiaram et rerum).

- (GLOSA): Venetiis, apud Iuntas, *Institutionum*, MDXCVIII, cols. 614. *Digestum vetus*, MDCVI, cols. 2630; *Infortiatum*, MDXCVIII, cols. 2292; *Digestum novum*, MDCVI, cols. 2212; *Codicis Domini Iustiniani ... Libri IX prioris*, MDCVI, p. 1488; *Volumen legum. Tam posteriores Tres Libros Codicis, Authenticasque seu Novellas Constitutiones D. Iustiniani Imp. quam caeterorum Principum. Edicta et extravagantes, Feudorum Consuetudine ac Longobardorum Leges continens*, MDXCVIII, cols. 1039.
- GONZALO DE LAS CASAS Y QUIJANO, José: *Diccionario General del Notariado de España y Ultramar*, Madrid, tomo VIII, 1857, p. 416.
- GUAJARDO-FAJARDO CARMONA, María de los Angeles: *Escribanos en Indias durante la primera mitad del siglo XVI*, CGNot, Madrid, 1995, tomo I, p. 555; tomo II, p. 522.
- HUERTA, Roque de: *Recopilacion de notas de escripturas publicas*, Salamanca, 1551, p. 3+folios 112.
- IROLO CALAR, Nicolás de: *Primera parte de la politica de escripturas*, Méjico, 1605, pp. 1+97.
- LÓPEZ, Gregorio: *Glosas*, a las Siete Partidas, especialmente III, 18-19-20; Los Códigos Españoles Concordados y Anotados, 3.2, 2.^a edición, 1872.
- LÓPEZ FANDO, Juan Manuel: *Prontuario de testamentos y contratos*, Madrid, tomo II, 1799, p. 331.
- MELGAREJO MANRIQUE DE LARA, Pedro: *Compendio de contratos públicos*, Madrid, 1733, p. 377+Índice (1.^a edición, 1652).
- MONTERROSO Y ALVARADO, Gabriel de: *Pratica civil y criminal, y instruccion de escrivanos*, Madrid, 1591, folios 245+Tabla (1.^a edición, 1563).
- MORENO MAISONAVE, Juan de la Cruz Ignacio: *Tratado elemental sobre el otorgamiento de instrumentos públicos*, Madrid, 1847, p. 532 (1.^a edición).
- NOGUERA GUZMÁN, Raimundo: "La doble redacción de los antiguos documentos notariales de Cataluña", conferencia pronunciada en la AMNot el día 9.3.1978, publicada en sus *Anales*, XXII-II, pp. 335-56.
- ORTIZ DE ZÚÑIGA, Manuel: *Biblioteca de Escribanos, o Tratado General teórico-práctico para la completa instrucción de estos funcionarios*, Madrid, 1841, tomo I, pp. 478+6 (1.^a edición).
- PALOMARES, Thomas de: *Esilio nuevo de escrituras publicas ..., y las escrituras tocantes a la navegacion de las Indias, a cuya noticia no se deven negar los escrivanos*, Madrid, 1656, folios 4+5 (sumario) +235+2 (tabla) (1.^a edición, 1645).
- PÉREZ-BUSTAMANTE Y GONZÁLEZ DE LA VEGA, Rogelio:
- *El Registro Notarial de Santillana (1419-1420)*, transcripción y *A modo de presentación* (pp. 11-85); FMNot, Madrid, 1984, p. 251.
 - *El Registro Notarial de Dueñas (1412-1414)*, transcripción y *A modo de presentación*, pp. 15-56; FMNot, Madrid, 1985, p. 147.
 - *Los Registros Notariales de Madrid. 1441-1445*, transcripción y estudio preliminar (pp. 15-141); FMNot, Madrid, 1995, pp. 603+3.
- TRIBERA, Diego de: *Primera parte de escrituras y orden de partición*, Madrid, 1617, folios 4+111+Tabla. *Segunda y tercera parte de escrituras, y orden judicial*, Madrid, M.DCXVII, folios 99+Tabla (1.^a edición, 1560).

SÁNCHEZ, Galo: *Colección de fórmulas jurídicas castellanas de la Edad Media*, publicadas por G.S. AHDE, II, 1925, pp. 470-91; III, 1926, pp. 476-503 y IV, 1927, pp. 380-404. Las fórmulas restantes, que se habían extraviado, fueron publicadas en el mismo Anuario, XII, 1935, pp. 444-67 según transcripción de V. GRANELL.

SIMÓ SANTONJA, Vicente Luis: "Notas para la Historia del Notariado Foral Valenciano", *RDNot*, LXXI, enero-marzo 1971, pp. 195-288.

XAMMAR Y DE SALA, Juan Pablo: *Rerum Iudicatarum in Sacro Regio Senatu Cataloniae sub diversis definitionibus cum rationalibus seu (si mavis) allegationibus a Ioanne Paulo Xammar... Edita Barcinonae Anno a partu Virginis 1657. Expensis et typis Narcisi Casas*, p. 486+Index.

(Bastantes de los puntos tratados pueden ampliarse en mi trabajo "La Pragmática de Alcalá, entre Las Partidas y la Ley del Notariado", *Homenaje Vallet*, VII, CGNot, 1988, pp. 517-813; *Escritos Jurídicos*, I, pp. 123-396. Pueden consultarse también mis estudios:

— "El Derecho Notarial en el Fuero de Soria y en la Legislación de Alfonso X el Sabio", *RDNot*, XLIV, abril-junio 1964, pp. 29-160; *Escritos Jurídicos*, I, pp. 31-122.

— "El Derecho Notarial castellano transplantado a Indias", intervención el 29.10.1992 en la presentación del premio "Escribanos y protocolos notariales en el Descubrimiento de América", CGNot, 1993, pp. 47-70; *Escritos Jurídicos*, I, pp. 475-95.

— "El Registro Notarial de Madrid (1441-1445). Estudio documental", pp. 155-214 de *Los Registros Notariales de Madrid 1441-1445*, FMNot, Madrid, 1995; *Escritos Jurídicos*, I, pp. 509-61.

— "La persistencia histórica de la oralidad en la escritura pública"; discurso de recepción en la RAJL 22.4.1996, p. 286; *Escritos Jurídicos*, VI, pp. 439-638.

— "Visión panorámica de los protocolos notariales", palabras pronunciadas en Toledo, el 22.7.1997, con ocasión del traslado a su nueva sede del Archivo de Protocolos del Distrito; *RJNot*, núm. 26, abril-junio 1998, pp. 381-407.

— "La dogmática del instrumento público y la glosa accursiana", comunicación presentada a la LII Sesión de la "Société Fernand de Visscher pour l'Histoire des Droits de l'Antiquité", en acto celebrado el 29.9.1998 en el Colegio Notarial de Madrid; publicada en *Seminarios Complutenses de Derecho Romano - IX-X - 1997-1998*, Facultad de Derecho - Fundación Seminario de Derecho Romano "Ursicino Alvarez", Madrid, 1999, pp. 63-100. *RJNot* núm. 32, octubre-diciembre 1999).

SEGURIDAD JURÍDICA ESTÁTICA Y SEGURIDAD JURÍDICA DINÁMICA (*)

JUAN BMS. VALLET DE GOYTISOLO

Notario

1. El título de esta conferencia enuncia un nombre sustantivo, “seguridad”, y tres adjetivos referidos a éste: “jurídica”, “estática” y “dinámica”. Por tanto, es preciso, para entendernos bien, precisar qué significamos con la expresión “seguridad jurídica” y con la dupla contrapuesta “estática-dinámica”.

Comenzando con la palabra “seguridad”, el Diccionario de la Real Academia Española nos ofrece tres significados relacionables con el tema que abordamos.

a) *Calidad de seguro*. Significado que nos remite al adjetivo “seguro”, del cual a su vez hallamos (como adjetivo) cuatro significados: 1) *Libre y exento de todo peligro, daño o riesgo*. 2) *Cierto, indubitable y en cierta manera infalible*. 3) *Firme, constante y que no está en peligro de fallar o caerse*. 4) *Desprevenido, ajeno de sospecha*.

b) *Fianza u obligación de indemnidad a favor de uno, regularmente en materia de intereses*. Significado que nos lleva al de la palabra “fian-

(*) Conferencia pronunciada el día 27 de noviembre de 1999, organizado por los notarios de Santa Cruz de la Palma (Canarias) Alfonso CAVALLÉ y Pedro VIÑUELAS con el apoyo del Colegio Notarial de Las Palmas, en el curso SEGURIDAD JURÍDICA.

za”: “Obligación accesoria que uno hace para seguridad de que otro pagará lo que debe o cumplirá aquello a que se obligó, tomando sobre sí el fiador verificarlo él en el caso de que no lo haga el deudor principal, o sea, el que directamente para sí estipuló”.

c) *Ramo de la administración pública cuyo fin es el de velar por la seguridad de los ciudadanos*; aplicándose, también, a ciertos *mecanismos que aseguran algún buen funcionamiento*, precaviendo que éste falle, o se frustre, o se violente, como mueble, cerradura de seguridad.

Esta triple significación nos permite precisar que la palabra *seguridad* puede referirse:

a) A la *calidad de la cosa* (contrato, título, transmisión, adquisición, titularidad, propiedad y, especialmente, al mismo bien inmueble adquirido o que se tiene como propio), que hace la cosa *cierta*, indubitable, firme, exenta o libre de todo peligro, daño o riesgo, que no puede fallar, ni caer en invalidez, ajena a toda sospecha.

b) A las *instituciones* que velan por la seguridad y a los *mecanismos* que tratan de *impedir que falle*.

c) A la *obligación de inmunidad, o fianza*, que garantiza un determinado interés, y que tiene *carácter subsidiario* si ese interés corresponde a la *inmunidad económica* para el caso de faltar o de perderse una cosa determinada o de invalidarse un contrato principal o una transmisión.

2. ¿Qué es seguridad jurídica?

El mismo Diccionario de la Lengua Española nos dice que *jurídico* (del latín *iuridicus*) es un adjetivo “*que atañe al derecho, o se ajusta a él*”.

Así pues, la locución “*seguridad jurídica*” puede significar:

a) La seguridad de *algún derecho* que se tiene o que se adquiere. Es decir, la *segura* titularidad o la *seguridad* de una adquisición.

b) La seguridad de que algo es *ajustado o conforme al derecho*.

Ambas acepciones se completan, como anverso y reverso de la medalla. Así: la seguridad de un derecho de propiedad está ajustada al derecho de propiedad; la seguridad de una adquisición resulta ajustada al denominado derecho subjetivo del adquirente y al derecho objetivo que determina su protección.

Pero, en ese segundo caso, en seguida, podemos observar una posible contraposición entre:

a) La seguridad, que *atañe al derecho del adquirente*, de que la transmisión que se ha efectuado a su favor es cierta, indubitada, firme, ajena a toda sospecha, exenta y libre de cualquier riesgo de invalidez y de daños dimanantes de cargas o gravámenes no consignados en la transmisión.

b) La seguridad de que la transmisión es *ajustada a derecho*, que consiste en que todo en ella se conforme a éste. Lo cual exige una perfecta adecuación del negocio jurídico traslativo con el derecho, desde sus presupuestos, es decir, la situación jurídica inicial, hasta los elementos constitutivos del negocio en sí mismo, incluida su perfección y su realización o consumación.

Esta distinción nos muestra que la seguridad que *atañe al derecho del adquirente*, “*versus* al transmitente”, es decir, la seguridad de su adquisición dimanante del negocio traslativo, sólo será una *seguridad absoluta* en el caso de que este negocio sea *ajustado a derecho*.

De ahí que todo adquirente de buena fe tenga *interés legítimo* en que el negocio traslativo desde sus presupuestos sea *ajustado a derecho*, para así *tener asegurado el derecho*, dimanante para él de ese negocio traslativo en el cual ha actuado como adquirente.

3. Debe distinguirse la *seguridad jurídica propiamente dicha* y la *seguridad económica, subsidiaria* de aquélla.

La seguridad jurídica plena atañe al derecho tal cual éste es, con todo su contenido propio.

Pero en las acepciones gramaticales que hemos repasado de la palabra seguridad, hemos hallado también la de “*fianza u obligación de indemnidad (...) generalmente en materia de interés*”, que consiste en una “*obligación accesoria*” de que “*otro cumplirá aquello a que se obligó*”. Obligación que sólo puede consistir en una *indemnización económica*, generalmente *pecuniaria*; pues, el fiador de una transmisión inmobiliaria de una cosa que le es ajena no puede transmitir ésta no siendo suya, sino sólo compensar económicamente la falta de eficacia de tal transmisión de la que se ha constituido en garante.

Esa *seguridad económica*, o seguridad jurídica subsidiaria de carácter indemnizatorio, puede derivar:

— De una garantía real (hipoteca, prenda, anticresis u otra atípica o bien fiduciaria) en funciones de seguridad;

— de una fianza, subsidiaria o solidaria, aval o cualquier tipo de obligación correal; o

— de un contrato de seguro, que puede definirse como aquel por el cual el asegurador responde del daño que sobrevenga en los bienes muebles o inmuebles asegurados, mediante cierto precio. Daño que, en nuestro caso, consistirá en la ineficacia, total o parcial, de la adquisición del bien objeto del negocio de que se trate no debida a dolo ni a culpa del propio adquirente.

En consecuencia, el denominado seguro de título, como afianzamiento que es de la transmisión, no *ofrece seguridad jurídica plena*, sino sólo

la *subsidiaria* consistente en la seguridad económica de recibir una indemnización.

Esta indemnización o compensación económica puede proceder de una obligación indemnizatoria de la cual es sujeto pasivo el causante de la situación jurídica defectuosa, que, generalmente, será la misma persona que haya otorgado ese negocio que resulte ineficaz, invalidado, defectuoso o sujeto a cargas y gravámenes ocultos o excluidos en el negocio transmisivo. Y este sujeto responsable, tal vez, podrá exigirla, a su vez, a quien anteriormente le hubiese transferido el objeto vindicado o gravado.

En caso de insolvencia del obligado, podrá fallar también la efectividad de esa indemnización dineraria, a no ser que además exista algún otro obligado subsidiario, sea un fiador, una compañía aseguradora, o bien una persona responsable, por la culpa o negligencia en el desempeño de función, como el notario autorizante o el registrador que certificó erróneamente.

Esta compensación indemnizatoria en dinero, sin duda, puede a su vez asegurarse, bien sea:

- Por el Estado o por una institución pública en virtud de una norma legal que lo establezca, como ocurre en el sistema registral del acta *Torrens*, respecto de los propietarios que resulten privados de su derecho por una adquisición registral *a non domino*; o,

- por contrato de derecho privado, civil o mercantil: constitución de hipoteca, prenda u otros tipos de garantías reales; fianza o aval, o seguro de daños.

El objeto del seguro consiste, pues, únicamente en una *seguridad* indemnizatoria:

- Para quien no haya obtenido la seguridad jurídica efectiva al haberle fallado su adquisición, o haya sido destituido de ella por su invalidación, o por resultarle afectada con cargas o gravámenes no reconocidos en el negocio transmisivo;

- o bien, para quien resulte privado de su derecho por el juego de la seguridad jurídica dinámica en beneficio de un inscribiente registral que adquiriera *a non domino*.

La sustitución de la seguridad jurídica propiamente dicha por la seguridad económica de recibir, en su caso, una indemnización en dinero, no sólo no reparará en bastantes casos el daño en su debida medida, sino que puede redundar en un detrimento, cada vez mayor, de la titulación constituyente del contenido de los registros inmobiliarios. De ese modo, al incrementarse en lo sucesivo ese detrimento, por razón de inscribirse títulos defectuosos, serían cada vez más numerosos los fallos de la seguridad jurídica propiamente dicha, que el seguro tendría que remediar. Por lo cual, inevitablemente, éste resultaría cada vez más caro —pues, a medi-

da que la seguridad jurídica fuera más incierta, el riesgo sería mayor, y, por ende, las primas tendrían que ser más elevadas—.

Por otra parte, es muy difícil que la indemnización compense real y totalmente al adquirente del inmueble que se quede sin él, no sólo en su interés personal, sino ni siquiera en su interés meramente económico, habida cuenta de la creciente inflación que padecemos, y la demora en el cobro una vez perdido el pleito en que se resuelva la pérdida, el gravamen o el deterioro del derecho del adquirente o, a la inversa, la pérdida sufrida por el verdadero dueño civil afectado por la adquisición *a non domino* del tercero.

Además, ese sistema, prescinde del empleo de los más adecuados medios profilácticos para salvaguardar la seguridad jurídica, en forma preventiva y en su vida normal, sustituyéndolos con la creación de un remedio indemnizatorio de los daños producidos por las enfermedades causadas por la supresión de aquellos medios preventivos hoy existentes. Es decir, sería algo así como la sustitución, en medicina, de las vacunas y de las medidas higiénicas y profilácticas por un seguro dinerario que indemnizara las invalideces y defunciones producidas por las enfermedades que hubiesen dejado de ser prevenidas.

4. La seguridad jurídica se diversifica en seguridad estática y seguridad dinámica. Creo que yo mismo he contribuido a definir esta distinción en los siguientes términos:

La seguridad jurídica, en el sentido de *seguridad de lo ajustado a derecho*, requiere que nadie sea privado de su propiedad por un acto traslativo que él mismo no haya otorgado. La seguridad jurídica del derecho de propiedad incluye, pues, la seguridad de que otro, no facultado debidamente por el mismo propietario, no le pueda privar de su propiedad.

En esto consiste la denominada *seguridad jurídica estática*.

No obstante, en muchos sistemas transmisivos —podríamos decir que en todos los ordenamientos modernos— se reconocen determinados signos visibles de titularidad, que muestran, con una adecuada publicidad, quién es el titular del bien objeto de la transmisión y aseguran la adquisición dimanante del mismo, al menos si el adquirente reúne determinados requisitos como son la buena fe, aun en el caso de que la titularidad del transmitente no sea real sino sólo aparente. Se da lugar así a que la adquisición resulte *ajustada a derecho* para ese adquirente y dotada para él de *seguridad jurídica*. A este tipo de seguridad se le denominada *seguridad jurídica dinámica*.

La verdad es que no me siento demasiado feliz por haber contribuido a este planteamiento de esa distinción tanto respecto de los bienes muebles como de los inmuebles.

El ejercicio de la propiedad por el propietario que no enajena no puede, hablando con precisión y exactitud, calificarse de estático si cultiva su predio, lo mejora, construye en él o realiza alguna otra actividad minera, industrial o incluso comercial.

Y la seguridad de la adquisición por un comprador que no se preocupa de conocer la situación posesoria de una finca no poseída por el titular registral, sólo muy impropiamente podemos calificarla de dinámica.

Por eso, me parece que sería más ajustado a la realidad denominar a la primera *seguridad jurídica del propietario poseedor* y a la segunda *seguridad jurídica de quien de buena fe adquiere de un titular aparente*, sea por poseer una cosa mueble o bien por tener inscrito a su nombre en el Registro de la Propiedad un bien inmueble.

Ahora bien, ocurre que el último modo de expresar tal diferencia resulta largo, complejo y no se utiliza habitualmente, mientras que el enunciado que hemos colocado en el título de esta conferencia es sencillo y se halla ya introducido en el uso lingüístico.

Por eso, con la salvedad enunciada, lo sigo empleando, aun advirtiendo de su impropiedad.

Del choque de ambas seguridades me he ocupado tanto con relación a los bienes inmuebles, en mi artículo “La buena fe, la inscripción y la posesión en el juego de la fe pública”, publicado en la *Revista de Derecho Privado* en diciembre de 1947 –¡Hace cincuenta y dos años!– y, con referencia a los bienes muebles en varios artículos dedicados a la reivindicación nobiliaria conforme el artículo 464 del Código civil, que están recogidos en el volumen II de la última edición de mis *Estudios sobre derecho de cosas*. A ellos me remito, porque sigo manteniendo lo que opiné en uno y otros artículos.

Aquí voy a ceñirme a algunas consideraciones acerca de la seguridad jurídica tratándose de bienes inmuebles.

5. Al conmemorarse por la Academia Matritense del Notariado el centenario de la Ley Hipotecaria de 1861, mi compañero y entrañable amigo, LUIS FIGA FAURA, desarrolló la conferencia “La Ley Hipotecaria de 1861 y la economía nacional”, publicada en el tomo XIV de sus *Anales*. De ella voy a recordar algunos de sus párrafos.

De Francia –explicó– “ha dicho RIPERT que los compradores de bienes nacionales se han convertido en propietarios protegidos gracias al Código de Napoleón. Lo mismo podemos decir de la Ley Hipotecaria respecto de los compradores de bienes desamortizados; se trata de una auténtica revolución...”.

“Si se nos pregunta” –dice FIGA– “cuál fue la nueva visión de las

cosas a cuyo servicio se coloca la Ley Hipotecaria de 1861, debemos contestar que se trata del capitalismo liberal o de la que ha sido llamada «revolución capitalista». Ésta “se caracteriza esencialmente por el reconocimiento de la plena libertad del propósito de ganancia indefinida como móvil de la actividad económica de los individuos, y por la radical primacía que en la vida humana se concede a lo económico”.

“... La mentalidad capitalista reconoce la plena licitud del afán de ganancia para obtener más ganancia; con ello no sólo se modifica la tabla moral de valores, sino que con ella cambia radicalmente la tradicional valoración jurídica de los bienes”.

Frente a esta mentalidad, consideró FIGA que “LE PLAY es el genuino representante de la corriente tradicional quien con «disgusto por la nueva manera de ver las cosas», «afirma que lo esencial no es la circulación rápida de las fincas, sino el arraigo del hombre a la tierra. Lo fundamental en la tierra no es su valor monetario, sino su aptitud para satisfacer directamente las necesidades humanas y no las conveniencias comerciales»”.

Y, en sentido contrario, FIGA estimaba “reveladora la afirmación de GUIZOT: «La facilidad de la transmisión hace a la demanda más intensa con lo cual aumenta el valor de la cosa inmueble». Fíjense ustedes la transposición de conceptos que la afirmación entraña. En este autor la palabra «valor», ya no es una cualidad propia de la cosa derivada de su aptitud para satisfacer necesidades, sino un concepto pecuniario especulativo y derivado exclusivamente de la tensión entre oferta y demanda. La finca aumenta de valor por el solo hecho de su transmisibilidad”.

6. Debemos reconocer que los redactores de la Ley Hipotecaria de 1861 fueron ponderados y no perdieron de vista la realidad de las cosas, al establecerla para la protección de terceros adquirentes a título oneroso, y que la jurisprudencia del Tribunal Supremo aclaró que debían serlo de buena fe. Pero esta prudencia no la tuvieron los autores de la reforma del año 1909, ignorando que la realidad se venga de quienes la contradicen tratando de imponerle unas formas que no se adecuan a ella. La propiedad y la posesión tienen una función natural; el documento notarial tiene la suya, y el Registro de la Propiedad tiene una función de publicidad. Por lo tanto, a cada una de estas instituciones les corresponde distinta función que es delimitada por la misma naturaleza de las cosas. Si esos límites naturales son abandonados, retirándose la función más acá de ellos, o bien si los desborda, la naturaleza termina por vengarse.

En el comienzo de su artículo “La reforma de la Ley Hipotecaria en sus artículos 41, 399 y 400 en 1927”, publicado en la *Revista Crítica de*

Derecho Inmobiliario en junio de 1927, JERÓNIMO GONZÁLEZ advirtió que el cambio introducido en abril de 1909 en el artículo 41 LH le pareció desde un principio “desproporcionado” y “llamado a provocar inmediatos conflictos”, porque concedía a la inscripción “de golpe y porrazo no sólo la fuerza legitimadora del derecho real, sino la energía de un título posesorio incontrovertible”; y que, sin embargo, no había pensado entonces, en 1909, que esa advertencia “hubiera de recibir una confirmación tan categórica en menos de veinte años”.

¿Cuál fue esa “confirmación tan categórica”, que dio lugar a la reforma de 1927?

Se produjo precisamente en estas Islas Canarias. El artículo 41 de la Ley Hipotecaria se había empleado como instrumento para que los titulares registrales de unos derechos, “dormidos en la almohada del registro de la propiedad”, trataran de lanzar a los poseedores de las tierras que cultivaban inmemorialmente en la Aldea de San Nicolás, en el oeste de Gran Canaria. La cuestión produjo un escándalo fenomenal, que afectó al orden público. Invito a los canarios que me escuchen a que investiguen acerca del origen de aquellos títulos dormidos y de la posesión de los cultivadores de aquellas tierras. Lo cierto es que la reforma de 1909 no resistió ese choque con la realidad. El Registro de la Propiedad no podía resultar el instrumento de un despojo. De ahí el porqué de la reforma de 1927.

Vemos en este caso un supuesto de colisión entre las denominadas seguridad estática y seguridad dinámica, en la que querían ampararse quienes tenían su derecho dormido en los libros del registro de la propiedad. En él, se estimó que debía prevalecer la denominada seguridad estática, amparando a quienes —ellos y sus antecesores— inmemorialmente cultivaban aquellas tierras.

En la apertura del curso de conferencias del año 1944, en el Colegio Notarial de Barcelona, disertando acerca de “La posesión en el registro de la propiedad”, el registrador CIRILO GENOVÉS AMORÓS, advertía que “posesión y registro de la propiedad son dos instituciones antagónicas, precisamente porque se fundan en un mismo principio y porque pretenden conseguir el mismo fin: la legitimación del derecho de propiedad”. Organizado el registro de la propiedad, la posesión debe reintegrarse “al terreno que le es propio” y dejar al registro “el que le corresponde”. Esto se trató de hacer en la reforma de 1944.

JOSÉ MARÍA DE PORCIOLES, artífice principal de esa reforma, recordaba en su conferencia “La prescripción y el registro de la propiedad”, pronunciada en el mismo Colegio Notarial de Barcelona y curso de 1944: “El amparo de la posesión y de la prescripción no es producto arbitrario del ordenamiento jurídico, sino exigencia de una realidad que no puede

desconocerse”. Arranca del “principio de especificación” y “de la función social de la propiedad, a que por su naturaleza están adscritos todos los bienes, singularmente los de carácter inmobiliario”.

Para valorar esas diversas funciones de la posesión y el registro de la propiedad, debe atenderse ante todo a cuál es la función social de la propiedad inmueble. Acerca de esto, en la primera edición de sus entonces denominadas *Instituciones de derecho hipotecario* (ed. 1941, tomo III, pp. 567 y ss.) y contestando a un tema que luego desapareció del programa, RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE hacía notar: “la propiedad inmueble siempre constituirá el suelo nacional y será el asiento de la familia (órgano semipúblico). En ella habrá que apreciar un valor de afección, de historia familiar y de linaje, y habrá que ver, sobre todo tratándose de la propiedad rústica, el aspecto de la propiedad institución, más que el de propiedad simplemente económico. El afán de movilizar sólo atiende a este último aspecto (posición que sólo excepcionalmente, v. gr., tratándose de solares, merece ser tenida en cuenta), olvidando el institucional. Hoy, a base de la función social de la propiedad, se ve la necesidad de arraigar en el suelo la familia rural, de asentar en el terruño al proletariado agrícola, de combatir el absentismo y el éxodo hacia la ciudad de la mano de obra”.

En ese mismo sentido, SANTIAGO PELAYO HORE, en la página 149 de la *Revista de Derecho Privado* en 1943, escribiría que la propiedad inmueble “desde el punto de vista del titular inscrito de un derecho que no se mueve, que no contrata y que apaciblemente continúa poseyendo su derecho, el registro de la propiedad es un deplorable sistema de publicidad, porque el registro sólo lo examinan o deben examinarlo quienes van a contratar [...]; la casa se construyó más para tenerla que para venderla, la finca rústica se respeta más para disfrutarla que para hipotecarla; por eso, en materia inmobiliaria, parece mejor proteger lo estático, aunque sea a riesgo de lo dinámico. El que se decide a comprar o a constituir un derecho real, es un ser que rompe la inercia del orden establecido, es un hombre que se embarca en una aventura que, como todas, tiene sus riesgos, y es justo que, si los riesgos se producen, sea quien los soporte el mismo aventurero que los buscó; en cambio, el propietario actual, que no piensa vender ni hipotecar, es un hombre que rehúye todo peligro, que aborrece la aventura, y parece natural que la ley proteja, hasta sus últimas consecuencias, esa situación estable y consolidada”.

7. Lo expuesto plantea, a mi juicio, la correlación, no la oposición, la puesta en su lugar de las denominadas (no del todo propiamente) seguridad estática y seguridad dinámica. Insisto en que no voy a volver a repetir lo que, al respecto, expuse hace años.

Sí, en cambio, recordaré lo que después he dicho y repetido varias veces, ya hace más de veinte años, acerca de las respectivas funciones del notario y del registro de la propiedad en la salvaguardia de la seguridad jurídica.

Ante todo, conviene percatarse de que:

— La institución notarial está integrada por una organización profesional de hombres, cada uno de los cuales constituye un órgano social, que presta un servicio personal “en las relaciones de derecho privado que traten de establecerse o declararse sin contienda judicial”; y los instrumentos públicos no son sino un producto del ejercicio de esa función profesional.

— En cambio, la institución del registro de la propiedad es un *instrumento de publicidad*, instrumento que tiene en los registradores los funcionarios que, mediante su *calificación* –función ésta ciertamente profesional–, cuidan de la adecuación legal de los documentos presentados para ser inscritos.

Así:

— La institución notarial se basa en la persona del notario y en su labor.

— Y la institución registral inmobiliaria instrumenta el registro de la propiedad y la publicidad de éste.

De acuerdo con la más pura concepción notarial latina, la institución notarial se centra en la persona del notario y en su función. Consideración de tal modo esencial que, si en algún momento se olvidara y se llevara a primer término el instrumento público y su regulación, esto provocaría, casi necesariamente, una transformación de los conceptos. El instrumento público constituiría la finalidad de un servicio público administrativo de contenidos estereotipados, que las tendencias actuales hacia la cibernética reducirían bien pronto a fórmulas esquemáticas, en las que el servidor de esa misión administrativa (que ya no sería un órgano de la sociedad, sino de la administración pública), tendría que subsumir en los moldes de esas fórmulas –forzándolas en lo necesario para ello– las manifestaciones de la creatividad vital, propias de la iniciativa personal. Precisamente éstas tienen su mayor defensa en que el notario, en el ejercicio de su función, sea totalmente independiente de la administración.

La configuración del instrumento público, tal como lo está actualmente, como resultado efectivo del ejercicio de función del notario, está sometida desde luego a normas legales; pero éstas se limitan a ser puramente delimitadoras de su alcance, a establecer exigencias de tipo mínimo para que ese producto documentado tenga la consideración de instrumento público. Dentro de estas normas delimitadoras, queda a salvo la libertad creativa de los otorgantes, para alcanzar, guiados por el nota-

rio, sus personales finalidades, con los únicos límites: de cubrir el mínimo formal para la existencia del instrumento público; de no rebasar las normas delimitadoras de la autonomía adecuada a la libertad civil y de procurar, con su actividad, la realización del valor justicia que es el fin de toda disposición u ordenación jurídica.

8. La diferencia expuesta es un reflejo de la diversidad de funciones y objetivos de una y otra institución y del distinto momento del tráfico jurídico inmobiliario en que cada una se inserta. Además de que el notario no reduce sólo su función al tráfico inmobiliario.

La *función del notario* se inserta en el mismo tráfico negocial, al que orienta con su labor asesora; se sitúa entre las partes, como tercero imparcial, que recoge su voluntad negocial, la traduce jurídicamente, configura, redacta y dota al texto por él autorizado de una presunción de legalidad e inviste de su fe pública, y como objetivos, en orden a la seguridad de los otorgantes, abarca desde el control de su ajustamiento a derecho y su correcta redacción jurídica hasta su autorización que la dota de autenticidad. Es decir, que la actividad del notario —como dice RODRÍGUEZ ADRADOS— no se refiere “sólo a un negocio presente, sino que empieza cuando todavía es futuro, y, dependiendo de la voluntad de ellas (de las partes), puede aún moldearse, sustituirse o deshacerse”. Es fruto de una actividad que todavía no es autorizante, pero que sí es específicamente notarial, en cuanto, en los países de derecho latino, se halla ligada indisolublemente a la función documental.

El registro de la propiedad principalísimamente publica el resultado documental en cuanto tenga trascendencia real de la labor del notario —que le llega en una copia autorizada del instrumento matriz—, título que, una vez calificado y en cuanto cumpla el tracto registral, es inscrito y dotado así de su publicidad. El objetivo de este registro es precisamente la publicidad, orientada a la seguridad dinámica del tráfico inmobiliario, en favor de los terceros adquirentes. Ésta juega en dos momentos:

1.º *Antes de la adquisición*; anunciando quién es el titular, por lo menos formal, del inmueble a cuantos quieran adquirirlo, y de quién, con plena seguridad jurídica podrán adquirirlo, aun cuando éste no sea el verdadero titular real, y les advierte de las solas cargas que, si de buena fe adquieren el inmueble, les afectarán.

2.º *Después de la inscripción*, hace a la adquisición invulnerable a toda reclamación por causa que no resulte en el propio registro de la propiedad en protección de los terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso.

Es evidente, pues, que ambas instituciones, en su respectiva función, no cubren en el mismo ámbito la seguridad jurídica.

— El notario trata de salvaguardarla en lo posible, a todo lo largo y en toda la profundidad del negocio traslativo, tanto en el aspecto obligatorio y causal como en el dispositivo, asegurando —con valor presuntivo— la adecuación a derecho de toda su trayectoria generatriz. Para ello tiene en el registro de la propiedad, previamente a la autorización de la escritura, un instrumento de publicidad —aunque no como dato único a este respecto— y, después de consumada la disposición, mediante la inscripción de la escritura, tiene en él un instrumento que asegura la eficacia *erga omnes* de la transmisión que él ha documentado y autenticado.

— Correlativamente el registro de la propiedad, como institución, trata de facilitar la *seguridad dinámica* de las transmisiones inmobiliarias en esos dos momentos: previamente a su realización, mediante la utilización de su *publicidad formal*, y, luego, posteriormente a la inscripción, con el juego de la *fe pública registral*.

Por lo tanto, toda la realización del negocio jurídico en su génesis, configuración y documentación, cualificada y auténtica, queda fuera del ámbito funcional del registro, excepto en cuanto compete a la calificación registral del documento presentado. Y, aun en este aspecto, es de subrayar que, mientras la calificación del notario contempla en su perspectiva total la legalidad, relacionando todo el ordenamiento jurídico y la realidad concreta que se pretende instrumentar, en cambio el registrador la observa sólo parcialmente, circunscrita a la protección de unos intereses o derechos constatados en el registro o apoyados en lo que consta en el mismo, aunque esto no corresponda, o incluso se contraponga, a la realidad jurídica vigente en aquel momento.

Notemos, además, que incluso cronológicamente el documento es obra anterior, y que, en el sistema latino, el registro sólo tiene eficacia convalidatoria a favor de los terceros de buena fe y a título oneroso que lleguen a inscribir su adquisición.

El registro de la propiedad es, pues, un utilísimo instrumento no sólo para los adquirentes, sino también específicamente para el buen ejercicio de la función notarial en materia inmobiliaria. A ella sirve de inestimable orientación: antes de la autorización, para el conocimiento de la situación jurídica inicial del negocio jurídico dispositivo, que el notario debe documentar, calificar y autenticar; y, después de autorizada la escritura, garantizando su adquisición a los terceros adquirentes, a título oneroso de buena fe, mediante la inscripción de su derecho.

A su vez, la escritura pública constituye una garantía de legalidad para el registro de la propiedad, pues asegura la regularidad sustancial de su contenido, de la que carecería si sus inscripciones se apoyaran en documentos no configurados profesionalmente ni calificados y autenticados.

dos como –según hemos visto– deben configurarlos, calificarlos y autorizarlos los notarios de tipo latino.

9. El registro de la propiedad está evidentemente orientado a la salvaguardia de la seguridad dinámica. De ello dimana que la elección de un sistema registral –es decir, la determinación de la mayor o menor fuerza y efectos que, en él, se atribuyan a la inscripción– puede incidir en el encaje de las seguridades jurídicas estática y dinámica, produciendo un desequilibrio entre ellas.

Al cuidar de armonizarlas, en materia inmobiliaria, no podemos olvidar el hecho evidente de que las casas son edificadas fundamentalmente para ser habitadas, y los fundos rústicos lo son primariamente para labrarlos, para alimentar el ganado o para aprovechar sus productos forestales, para que bosques, playas, lagunas y humedades cumplan su función ecológica. Su venta resulta algo accidental, salvo cuando son contemplados con un enfoque puramente negocial, exclusivamente capitalista, que subvierte medios en fines.

Con esa segunda perspectiva, el enfoque de cómo debe ser un sistema jurídico registral inmobiliario, especialmente en cuanto a la eficacia de que debe dotarse a la inscripción, sin duda toma una dirección totalmente diferente.

Debemos insistir en que, según hemos venido viendo, allí donde funciona el notariado de tipo latino, resulta adecuado que el registro de la propiedad constituya, ante todo, un eficaz *instrumento* para calificar la legitimación dispositiva del sujeto transmitente o constituyente de algún derecho, y para el conocimiento de las cargas que graven la propiedad de la que se pretende disponer.

Pero es preciso advertir de la gravedad dimanante de que ese *medio instrumental* sea convertido en algo *sustantivo en sí mismo*, supuesto en el cual, mal conformaría el derecho si el dato de que el destino de las fincas es el de ser habitadas o explotadas conforme a su naturaleza no se estimara como principal, sino como secundario; y si convierte en principal el hecho ocasional de que sean objeto de tráfico jurídico. Se transformaría así un *medio*, útil para una adecuada seguridad dinámica, en un *fin*, en una seguridad plena y total apreciada con una perspectiva parcial, al ser concedida indiscriminadamente a quienes tengan inscrito o inscriban su derecho en el registro, despreciando todo otro interés; y así toda la seguridad quedaría supeditada al eficaz funcionamiento de la seguridad registral. La máxima eficacia del medio se convertiría en fin en sí. Y, la finalidad del logro de la seguridad jurídica la circunscribiría tan sólo a la seguridad dinámica subsumida en la inscripción, dándole prioridad absoluta, y descuidándose la seguridad estática. Así, resultaría que

esta inscripción se elevaría de medio de publicidad a objetivo final del derecho.

10. El mayor defecto de los *sistemas registrales constitutivos* dimana de que, con esta trasposición de funciones y finalidades, se olvida el rango fundamental que tiene en el hombre su facultad personal de adecuar su actividad a sus necesidades, mediante su propio ingenio, con su labor y bajo su directa responsabilidad, en aquellas cosas que le son propias en una relación inmediata o mediata.

Precisamente la diferencia que separa el régimen de propiedad personal, en su misma esencia metajurídica, con respecto al sistema capitalista, radica en que aquél se funda —como explicó profunda y transparentemente SAINT EXUPERY, en *Citadelle*— en la incorporación a nuestra personalidad (*approivisement*) de las cosas que nos son propias, con su forma y medida, asumiendo nosotros su cuidado en el que empeñamos nuestra responsabilidad (*engagement*). Con esta concepción, es natural que un capitán se hunda con su barco y un empresario con su empresa; mientras que, con un concepto puramente numérico cuantitativo, dinerario, o sea, meramente capitalista, de nuestra relación con las cosas, lo habitual es que se venda el barco antes de emprender aquel viaje en el que sea presumible que se hunda, haciendo previamente una orquestada propaganda del mismo, como inversión y como utilidad, para gracias a ella, venderlo por mayor valor del que realmente tiene.

Por otra parte, los sistemas de seguridad registral *constitutiva*, con toda la perfección técnica de que están dotados, implican la exigencia de un nuevo formalismo que, en este aspecto, nos hace retroceder a épocas ancestrales, muy atrás en la historia, cuando la forma o fórmula se imponía en la realidad. En efecto, como entonces, hoy, con ese sistema, se haría realidad de la apariencia investida de una fórmula sacramental; y, en ese caso, el derecho no dependería de la sustancia, sino del vestido exterior. La fuerza constitutiva de la *mancipatio* o de la *in iure casio* transmigraría hoy hacia la *inscripción constitutiva*.

Tampoco es lícito olvidar cuán esencial es el *ajustamiento a derecho* de las inscripciones registrales para que éstas se efectúen sin transmunicaciones confiscatorias: y esto depende completamente de la exactitud del título y de la correcta conformación a derecho del negocio jurídico en él documentado. Sin esa perfección, la publicidad del registro sería un engaño, tanto si no convalidara a su favor los actos y contratos nulos como si los convalidase. En el primer caso serviría para defraudar a los adquirentes; y en el segundo caso sería un instrumento de despojo al verdadero propietario, con lo cual, en ambos casos constituiría una causa de desorden jurídico y social. Por eso, para que un registro esté verdadera-

mente al servicio de la plena seguridad jurídica, debe ser un registro de *títulos auténticos*, y de títulos auténticos *válidos*, que incorporen fielmente negocios jurídicos *justos y bien configurados*.

Toda la labor de humanización del derecho, de su adaptación a la realidad, con ponderación de las seguridades estática y dinámica, desaparece cuando en la fórmula se esfuma la realidad viva. Si aquélla es sustituida por un mecanismo que se inserta en la vida social se corre el riesgo de menoscabar el sentido de la justicia, pues *iustitia est veritatis*, y el clásico *esprit de finesse* se transforma, no ya en un *esprit matematicque*, sino en una mentalidad mecanicista apoyada en meras apariencias convencionales. Estas sólo pueden prevalecer en una sociedad masificada que, cada vez más, será manipulada por tecnócratas, para quienes los registros constituirán un medio de dominación tanto mejor cuanto mayor sea su eficacia. Pero así —en duro contraste con el cuidado mostrado, v. gr., por los autores de la primera Ley Hipotecaria española de que la verdad no fuera enmascarada por temores políticos o fiscales—, resultaría que la libertad civil podría ser ahogada y la seguridad de las relaciones privadas quedaría preterida por otras motivaciones políticas, que suelen confundirse fácilmente con el bien común.

LA OBLIGACIÓN NOTARIAL DE SUMINISTRAR DATOS AL CATASTRO

ADOLFO CALATAYUD SIERRA

Notario

SUMARIO: **I.** INTRODUCCIÓN. **II.** LA LEY 13/1996 Y LAS COMUNICACIONES NOTARIALES AL CATASTRO. **III.** COMUNICACIÓN MENSUAL DE LAS ALTERACIONES CATASTRALES. **IV.** LOS PRIMEROS PASOS PARA LA IMPLANTACIÓN DE LA ORDEN MINISTERIAL. **V.** VALORACIÓN GENERAL DE LA OBLIGACIÓN DE COMUNICACIÓN. **VI.** EL PROGRAMA INFORMÁTICO DE LA DIRECCIÓN GENERAL DEL CATASTRO. **VII.** EL PLAZO DESDE EL QUE HAY QUE REMITIR DATOS. **VIII.** REGLAS A SEGUIR EN EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE SUMINISTRO MENSUAL DE INFORMACIÓN AL CATASTRO. **A)** Lugar al que debe remitirse la información. **B)** Plazo de envío. **C)** Forma de envío. **D)** Alteraciones catastrales que deben ser comunicadas. **E)** Cumplimiento del artículo 50 de la Ley 13/1996 (obligación de aportar la referencia catastral). **F)** Datos relativos al bien inmueble. **G)** Datos relativos a la identificación del transmitente. **H)** Datos relativos a la identificación del nuevo titular. **IX.** ADVERTENCIAS EN LAS ESCRITURAS. **X.** INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE COMUNICAR.

I. Introducción

La Orden de 23 de junio de 1999 obliga a los notarios a suministrar al Catastro una relación mensual de los documentos por ellos autorizados por los que se produzcan alteraciones catastrales, en los términos regulados en la misma. Se trata de un deber importante, ya que tanto de la normativa aprobada como de las noticias que van llegando del Catastro se infiere que la Administración va a ser muy exigente con su cumplimiento ya que, en buena medida, se pretende hacer depender la actualización del Catastro de la información que los notarios remitan; de ahí el gran interés de la Administración en asegurar que la información llegue y lo haga adecuadamente. Pero, por otro lado, tenemos que la exactitud y precisión de los datos que hay que remitir al Catastro se ve dificultada por la gran cantidad de los que se demandan y por las muchas dudas que plantean bastantes de esos datos. Todo lo cual, por un lado, va a hacer muy oneroso su cumplimiento, al cual va a haber que dedicar mucho esfuerzo, y, por otro, probablemente provocará que surjan, sobre todo al principio, muchas discrepancias con la Administración.

En el momento de preparar estas notas, no existen unas “*instrucciones*” oficiales en detalle acerca de las reglas a seguir en la elaboración de la información que hay obligación de suministrar al Catastro, ni siquiera una guía de urgencia. Y, como suele suceder, ni el contenido de la Orden ni la escasa y dispersa información que ha llegado resultan suficientes para aclarar todas las dudas que, como hemos dicho, se plantean. A intentar suplir, en la medida de lo posible, ese vacío va dirigido este trabajo.

Por supuesto, aquí no se pretende sustituir esas instrucciones, que sería deseable que llegaran, ni dar soluciones definitivas a todos y cada uno de los problemas que suscita la OM de 23 de junio de 1999. El objetivo que pretendo, como se ha dicho, es intentar aclarar, con las debidas reservas y con las soluciones que creo más razonables, los principales problemas planteados en una primera aproximación, más o menos de urgencia, así como exponer lo que me parece que debe ser la actitud notarial más adecuada ante esta nueva obligación de colaboración con la Administración.

II. La Ley 13/1996 y las comunicaciones notariales al Catastro

La Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social impuso una compleja batería de obligaciones relativas al Catastro. No son el objeto de estas notas las reglas sobre

constancia registral de la referencia catastral, ni sobre inmatriculaciones y excesos de cabida, ni las obligaciones de comunicación que de modo paralelo se imponen a los registradores de la propiedad. Aquí nos interesan las que están relacionadas con las obligaciones de comunicación al Catastro que se imponen a los notarios. Concretamente, nos encontramos con las siguientes obligaciones:

1. La de los otorgantes de hacer constar la referencia catastral de los bienes inmuebles en las escrituras o documentos donde consten los actos o negocios de transcendencia real, relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles y los contratos de arrendamiento de los mismos, así como en los documentos en los que se pongan de manifiesto cualesquiera otras alteraciones de orden físico, económico o jurídico, de los citados inmuebles, con la única exclusión de los documentos de cancelación de derechos reales de garantía. Así consta en el artículo 50 de dicha ley, que, además, regula la obligación de acreditar al notario la referencia catastral con anterioridad a la autorización del documento, los documentos a través de los cuales se hace constar y la forma en que la referencia catastral accede al Registro de la Propiedad.

2. En segundo lugar, se regula la consecuente obligación de los notarios de solicitar a los otorgantes o requirentes de documentos incluidos en el ámbito de aplicación de la ley que aporten la documentación relativa a la referencia catastral, transcribiendo en el documento que autoricen dicha referencia catastral e incorporando a la matriz, para su traslado en las copias, el documento catastral aportado. Es lo que aparece en el artículo 51.uno. El apartado dos de ese mismo precepto regula la cuestión difícil –de solución casi imposible en muchos casos– de la correspondencia de la referencia catastral con la identidad de la finca; y el apartado tres da un mecanismo al notario para proceder en caso de duda sobre la identidad mediante comunicación al Catastro solicitando certificación o documento informativo, e impone al Catastro la obligación de remitir dichos documentos al notario *“en el plazo más breve posible, y siempre dentro de los cinco días hábiles siguientes al de la recepción de la solicitud”*.

3. El artículo 51.cuatro regula las consecuencias del incumplimiento por los otorgantes de la obligación de aportar la referencia catastral, disponiendo que no impide que los notarios autoricen el documento ni afecta a la eficacia del mismo. Las consecuencias que desencadena el incumplimiento son las siguientes:

a. Respecto del otorgante, su consideración como infracción tributa-

ria simple, con sanción de multa de 1.000 a 150.000 pesetas, dispone el artículo 54.

b. Para el notario, surge la obligación de advertir a los interesados de forma expresa y escrita en el propio documento, que incurren en incumplimiento de la obligación establecida en el artículo 50, y la de comunicar al Catastro la identidad de las personas que hayan incumplido la obligación, haciéndolo constar de forma separada en las relaciones que la ley le obliga a remitir, que son, precisamente, las que se estudian en estas notas.

4. En los casos de modificaciones de fincas, el artículo 51.cinco obliga al notario a remitir copia simple de la escritura, junto con el plano o proyecto, si se lo presentare el interesado, al Catastro, para que por éste se expida la nueva referencia catastral. Y la consiguiente obligación del Catastro de notificar la nueva referencia catastral, además de al titular de la finca afectada, al notario autorizante del documento, para su constancia en la matriz por diligencia o nota al margen de la descripción de la finca. La ley añade que, en estos casos, el notario, a instancia de los interesados, transcribirá la nota o diligencia de la matriz en la copia ya expedida que se le presente.

5. Por fin, el artículo 55.uno regula la comunicación periódica de las alteraciones catastrales, que constituye el centro de estas notas y a la que vamos a referirnos específicamente desde ahora.

La disposición transitoria octava de la Ley 13/1996 aplazó la entrada en vigor de estas normas para los bienes inmuebles rústicos hasta el 1 de enero de 1998, pero la disposición final tercera de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social dejó sin efecto dicha transitoria, añadiendo que mediante ley se determinará la fecha en que comenzará a aplicarse todo este régimen a las fincas rústicas. Es decir, la aplicación de todo este conjunto de obligaciones a las fincas rústicas está aplazado *sine die*.

III. Comunicación mensual de las alteraciones catastrales

Concretamente, lo que dispone el apartado uno del artículo 55 de la Ley 13/1996, en la redacción que le ha dado la Ley 50/1998 (art. 19.dos), es lo siguiente:

“Uno. Los Notarios y Registradores de la Propiedad remitirán a la Gerencia Territorial del Catastro de la provincia en que radique el inmueble, en la forma que reglamentariamente se determine, y dentro de los veinte prime-

ros días de cada mes, información relativa a los documentos por ellos autorizados o inscritos en el mes anterior, comprendidos dentro del ámbito de esta Ley, de los que se deriven alteraciones catastrales de cualquier orden, en los que se hará constar en forma suficiente si se ha cumplido o no la obligación establecida en el artículo 50.

Lo prevenido en este artículo se entiende sin perjuicio del deber general de colaboración establecido en la Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963”.

La Ley 50/1998, la que ha establecido esta redacción, entró en vigor el 1 de enero de 1999.

La redacción originaria de este precepto contenida en la Ley 13/1996, que entró en vigor el 1 de enero de 1997, no establecía cosa muy distinta: lo único sustancial que ha variado es la periodicidad de los envíos de información: ahora es mensual y antes era trimestral.

El apartado tres del mismo artículo, cuya redacción no ha variado, dice:

“Tres. Por Orden conjunta de los Ministerios de Economía y Hacienda y Justicia se regulará el procedimiento y forma de dar cumplimiento a la obligación de comunicación establecida en este artículo”.

Por tanto, hasta que la norma no fuera desarrollada reglamentariamente no había forma de cumplir esta obligación y por tanto no existía deber alguno de remitir información.

Relacionado directamente con esto se encuentra el artículo 54 de la misma ley, en relación con el cual la citada Ley 50/1998 ha introducido un nuevo párrafo, que dispone lo siguiente:

“El cumplimiento de la obligación establecida en el artículo 50. Dos de esta Ley eximirá al interesado de la obligación de presentar la declaración exigida por el artículo 77 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, siempre que el acto o negocio suponga exclusivamente la transmisión del dominio de bienes inmuebles y se formalice en escritura pública o se solicite su inscripción en el Registro de la Propiedad en el plazo de 2 meses desde el acto o negocio de que se trate. En caso de incumplimiento de dicha obligación o cuando no concurren las citadas circunstancias, los Notarios y Registradores de la Propiedad deberán advertir expresamente a los interesados de la subsistencia de la obligación de declarar la transmisión del dominio correspondiente”.

Es decir, en los casos de transmisión del dominio, si se ha cumplido la obligación de acreditar al notario la referencia catastral, el interesado queda eximido de hacer la declaración de alteración catastral. Si no es necesaria la declaración es porque la alteración se lleva a cabo con la comunicación remitida por el notario. Esta norma, al igual que todas las

demás que estamos examinando, tal y como se ha dicho, se limita a los bienes inmuebles de naturaleza urbana, de modo que en los de naturaleza rústica subsiste el deber de declaración, sin excepción alguna, de la alteración catastral, tal y como ha recordado la Instrucción número 04.01/1999, de 21 de enero, de la Dirección General del Catastro, sobre el alcance de las modificaciones establecidas en la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, *relativas a la exención de presentación de declaraciones por transmisión de dominio y a la supresión de la tasa por inscripción de las transmisiones de titularidad*.

Pues bien, el desarrollo de la obligación de suministro de la información se ha llevado a cabo, por fin, para los bienes de naturaleza urbana, mediante la **Orden de 23 de junio de 1999**, *“por la que se regula el procedimiento para dar cumplimiento a la obligación establecida en la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, sobre suministro de información a la Dirección General del Catastro por los Notarios y Registradores de la Propiedad”*. La Orden es del Ministerio de la Presidencia, dictada, según expresa la exposición de motivos, *“de acuerdo con el Consejo de Estado y a propuesta del Vicepresidente Segundo del Gobierno y Ministro de Economía y Hacienda y de la Ministra de Justicia”* (recuérdese que el art. 55.tres de la Ley 13/1996 decía que debía tratarse de *“Orden conjunta de los Ministerios de Economía y Hacienda y Justicia”*). Se ha publicado en el *Boletín Oficial del Estado* de 30 de junio de 1999.

El artículo 1 de la Orden, que es el que regula la obligación de los notarios, dispone lo siguiente:

“1. Los Notarios remitirán a la Gerencia Territorial del Catastro del lugar donde radique el inmueble, directamente o a través de la Gerencia del lugar donde esté ubicada su Notaría, dentro de los veinte primeros días de cada mes, una relación de los documentos por ellos autorizados en el mes anterior por los que se transmita el dominio de los bienes inmuebles de naturaleza urbana, se constituya o cancele el usufructo o el derecho de superficie sobre ellos o se produzca una alteración en su configuración física, tales como declaraciones de obra nueva, divisiones horizontales, agregaciones, segregaciones, divisiones y agrupación.

Dicha relación comprenderá los siguientes datos: La identidad de los titulares o adquirentes de los citados bienes inmuebles, o derechos, número de identificación fiscal y su domicilio; los datos de localización del inmueble y la referencia catastral que conste en el documento autorizado o, en su caso, la no aportación por los otorgantes de dicha referencia. Asimismo, se hará constar el tipo de alteración realizada en el inmueble y la fecha de otorgamiento del documento, y, en su caso, nombre, apellidos y razón social del transmitente y su número de identificación fiscal.

2. Los Notarios cuya Notaría esté situada en Navarra y en el País Vasco remitirán la información establecida en el apartado anterior respecto a los

bienes inmuebles ubicados fuera de los territorios de las Comunidades Autónomas indicadas directamente a la Dirección General del Catastro.

3. La remisión de los datos anteriores se efectuará en soporte informático conforme a las especificaciones que figuran en el anexo a la presente Orden”.

El anexo de la orden, de hecho, es el que especifica con precisión los datos a remitir y la forma de remisión, mediante disquetes, *“sin perjuicio de su transmisión a través de otros medios electrónicos, informáticos o telemáticos que determinen conjuntamente la Dirección General del Catastro y la Dirección General de los Registros y del Notariado”.*

Otro aspecto de interés de la orden, a efectos notariales, aparece en el artículo 2, que obliga a las Gerencias Regionales del Catastro a remitir anualmente a cada uno de los Colegios Notariales copia de los padrones del Impuesto sobre Bienes Inmuebles de Naturaleza Urbana y, en soporte magnético, la cartografía urbana de que dispongan, si bien se añade que los plazos de entrega y demás condiciones de esta información se concretará en los correspondientes convenios a celebrar entre la Dirección General del Catastro y los Colegios Notariales.

Para los inmuebles de naturaleza rústica, respecto de los que, como vimos, todavía no han entrado en vigor las obligaciones de colaboración en el ámbito catastral, la disposición adicional primera expresa que la orden sólo les será de aplicación a partir del momento en que se establezca la obligatoriedad, respecto de los mismos, de lo dispuesto en el artículo 50 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, autorizándose a los Directores Generales de los Registros y del Notariado y del Catastro a establecer el soporte informático necesario para el intercambio de la información.

La disposición adicional segunda establece que la Dirección General del Catastro facilitará a los Colegios Notariales apoyo técnico para la cumplimentación de la información a que se refiere la orden.

Por último, la disposición final de la orden dispone:

“La comunicación de la información contenida en la presente Orden se iniciará con la remisión de los datos referidos a los actos, negocios y documentos que se produzcan a partir del 1 de enero de 1999”.

IV. Los primeros pasos para la implantación de la Orden Ministerial

La puesta en marcha de un régimen como el que regula la Orden Ministerial de 23 de junio de 1999 no va a ser fácil, por las razones que ya se apuntaban al principio. Con el fin de facilitarlo, se han adoptado

algunas medidas, seguramente insuficientes, de las que se nos ha informado a los notarios:

En primer lugar, la Gerencia Territorial del Catastro ha enviado una carta a cada notario situado dentro de su ámbito, acompañada de un texto que se denomina *"Anexo.- Acuerdos alcanzados entre el Consejo General del Notariado y la Dirección General del Catastro relativos al envío de la información de la OM de 23 de junio de 1999 por los Notarios a las Gerencias Territoriales del Catastro"*.

La carta indica el nombre de una persona de contacto en la Gerencia Territorial del Catastro correspondiente, pide que cada notaría señale un interlocutor a estos efectos, expresa que la comunicación de la información se iniciará con la remisión de los actos, negocios y documentos producidos desde el 1 de enero de 1999, indicando que a fecha 20 de octubre próximo (hablamos de 1999) la gerencia debe disponer de los correspondientes a los nueve primeros meses del año y que a partir de dicha fecha los envíos se realizarán de forma mensual, incluyendo toda la información correspondiente al mes vencido. También expresa que es imprescindible recordar a los clientes que quedan exentos de la obligación de presentar las oportunas declaraciones de transmisión de dominio ante el Catastro, siempre y cuando en la información remitida por la notaría se den los requisitos establecidos en el artículo 54 de la Ley 13/1996.

En cuanto al anexo, se reafirma la necesidad del nombramiento de interlocutores en las notarías, se especifica la gerencia a la que cada notario debe remitir la información, se expresan las reglas para actuar en caso de incumplimiento o cumplimiento fuera de plazo y para subsanar las deficiencias en la información enviada y se indican los medios a utilizar para los envíos de la información.

Por otro lado, la Dirección General del Catastro ha puesto a disposición de todos los notarios un programa informático para la cumplimentación del envío de la información, programa que posteriormente ha sido objeto de una actualización corrigiendo algunas deficiencias observadas en la primera versión. Parece ser que este programa es resultado de los acuerdos alcanzados entre el Consejo General del Notariado y la Dirección General del Catastro y del cumplimiento de la disposición adicional segunda, antes aludida, de la orden. Junto al programa, se ha puesto a disposición de todos los notarios un manual de instrucciones y un anexo.

Por último, hemos recibido la lista de las claves de notarías que deben utilizarse en la remisión de la información en el soporte mensual, que también ha sido objeto de una rectificación posterior.

Éste es todo el material del que disponemos para cumplir la obligación de remisión de datos al Catastro.

V. Valoración general de la obligación de comunicación

Con la Orden de 23 de junio de 1999 ha entrado en vigor una obligación más de suministro de información, que ya estaba anunciada desde 1996, pero que todavía no había sido desarrollada.

Se trata de una obligación más de colaboración del notariado con la Administración Tributaria, dentro de las de información, y más concretamente formando parte de la llamada información “*por suministro*”, de carácter general y periódico (por oposición a la información “*por captación*”, es decir, a requerimiento individualizado).

La primera consideración que nos inspira esta obligación es que se trata de otra pesada carga de colaboración que se nos impone, sin ninguna contrapartida, que aumentará el trabajo y por tanto los costes en las notarías e incrementará igualmente la responsabilidad de los notarios.

Ahora bien, al lado de esta primera consideración existen otras que no pueden dejar de tenerse en cuenta:

1. El Tribunal Constitucional ha dicho que el notario tiene, por su trascendente misión pública, un especial deber de colaboración, que excede del que es exigible a un simple ciudadano (sentencia de 26 de abril de 1990). Es en este deber en el que se basan las diversas obligaciones de información por suministro que se imponen a los notarios desde hace mucho tiempo. Asimismo, la obligación que tratamos dimana de una norma con rango de ley, que sólo podría impugnarse por inconstitucional, lo que seguramente resultaría difícil a la vista de la doctrina del Tribunal Constitucional mencionada.

Es cierto que lo anterior no quiere decir que sea lícita la imposición de cualquier tipo de obligación de colaboración a los notarios, sin ningún límite: no cabría imponer obligaciones que resultaran completamente ajenas a la actividad notarial, o que resultaran contradictorias con ésta, o que le supusieran una carga tan onerosa que su cumplimiento dejara de ser algo accesorio en el desarrollo de su actividad y pasara a ser parte principal de la misma, desnaturalizando la esencia de la función notarial. Así resulta de las conclusiones de la VIII Jornada Notarial Iberoamericana (Veracruz, febrero de 1998) y del XXII Congreso Internacional del Notariado Latino (Buenos Aires, septiembre-octubre de 1998), en los que se ha tratado la cuestión de las obligaciones de colaboración de los notarios con la Administración Tributaria.

Ahora bien, en puridad, creo que no puede decirse que esta obligación, por onerosa que sea, entre dentro de esos supuestos. En efecto, no es algo completamente ajeno a la actividad notarial, ya que si la transmisión de la propiedad se produce normalmente con el otorgamiento de

la escritura, este dato es relevante a efectos catastrales. Por otro lado, a pesar de la dificultad en su cumplimentación, creo que no puede defenderse que el esfuerzo que el notario debe desarrollar para ello sea tal que desnaturalice su función propia. Es más, no puede sino reconocerse que la mejora y actualización del Catastro y su coordinación con la realidad escrituraria y registral resultan necesarias para un país moderno y la colaboración notarial en este campo puede ser muy útil.

2. Una vez que el artículo 54 de la Ley 13/1996, en la redacción que le ha dado la Ley 50/1998, en las transmisiones del dominio de bienes inmuebles, ha eximido al interesado que haya cumplido la obligación de acreditar al notario la referencia catastral de la obligación de hacer la declaración de alteración catastral, resulta esencial para el funcionamiento del Catastro la comunicación del notario.

3. Además, esta función cabe observarla desde otro punto de vista, no sólo como una obligación para con la Administración Tributaria, sino también como un servicio más al ciudadano que recaba la función notarial, al que se le hace el favor de evitarle tener que presentar la declaración de la alteración catastral. De hecho, no hay que olvidar que comunicaciones de características parecidas a las de la orden ya se habían puesto en funcionamiento en algunos Colegios Notariales mediante acuerdos con las correspondientes Gerencias Territoriales del Catastro.

4. Este tipo de obligaciones de los notarios existen en otros países dentro del ámbito del Notariado Latino, como se ha puesto de manifiesto en la VIII Jornada Notarial Iberoamericana y en el XXII Congreso Internacional del Notariado Latino, ambos de 1998, antes mencionados, en los que quien escribe estas notas ha sido el ponente español de los temas relativos a las obligaciones de colaboración del notariado con la Administración.

5. Asumir este tipo de actividades puede suponer un reforzamiento de la función notarial frente al Estado, al que no le podrá ser indiferente que se conduzca al notariado a una situación de ahogo que le acaba impidiendo prestar correctamente sus funciones.

A la vista de todo ello, creo que puede concluirse que, por onerosa que sea esta obligación, debe ser aceptada y cumplida escrupulosamente. Ello supondrá un gran esfuerzo, pero esto es inevitable.

Ahora bien, tal vez desde el notariado podría haberse intentado incidir más en la Administración de lo que parece haberse hecho. Más concretamente:

1. Habría sido conveniente una participación notarial activa en la elaboración de la orden, para mejorar algo su contenido. Aunque hay que reconocer que el contenido de la información que se suministra es en términos generales, bastante razonable para la finalidad pretendida, podrían haberse mejorado algunos aspectos.

2. Habría que haber intentado conseguir un reconocimiento expreso por parte de la Administración de la carga que se impone al notariado y de las dificultades y el coste, incluso económico, que le va a suponer su implantación, así como de los beneficios que para la sociedad y para el propio Estado va a tener esta colaboración, incluso en términos de ahorros económicos notables en la gestión del Catastro. Este reconocimiento debería hacerse para que sea conocido por la opinión pública. Y este enorme esfuerzo también habría de ser ponderado de cara a una próxima revisión de los aranceles. Téngase en cuenta que, al fin y al cabo, el cumplimiento de esta obligación por los notarios va a suponer el ahorro de un trámite y por tanto de un coste para los interesados. Además, debería conseguirse el reconocimiento de que se tenga presente la carga asumida en el momento en que se plantee en el futuro la creación de alguna nueva obligación de colaboración.

Lo que no parece viable ni deseable es pretender obtener una retribución económica específica por el envío de la información.

3. El calendario de implantación de la orden debería haber sido objeto de acuerdo con el notariado. De todos modos, parece que al menos la mayoría de las Gerencias Territoriales del Catastro han asumido la casi imposibilidad de que se exija el cumplimiento desde el 1 de enero de 1999, siendo que la orden se publicó a finales de junio.

4. También habría que intentar conseguir un acuerdo sobre las reglas para la cumplimentación de la información, que, como vamos a ver, plantea bastantes dudas.

5. Igualmente, habría que conseguir el compromiso por parte del Catastro de que va a colaborar con los notarios para el mejor funcionamiento del mecanismo establecido en la ley. Más concretamente, el artículo 51.tres de la Ley 13/1996 dispone que cuando el notario considere que la referencia catastral que resulte de los documentos aportados por el interesado *“pueda no coincidir con la correspondiente al inmueble objeto del acto o negocio jurídico documentado, lo comunicará al Catastro solicitando certificación o documento informativo, que le será remitido en el plazo más breve posible y siempre dentro de los cinco días hábiles*

siguientes al de la recepción de la solicitud". Pues bien, como desarrollo de este precepto, debería conseguirse un mecanismo de comunicación entre los notarios y las Gerencias Territoriales del Catastro, de momento a través del fax (como con los Registros de la Propiedad), hasta que se implantara algún sistema telemático seguro, a través del cual aquéllos pudieran solicitar de éstas aclaraciones de datos que les facilitaran la emisión del juicio de identidad catastral que, como luego veremos, la ley exige. Las solicitudes de los notarios recogerían la descripción escrituraria y registral de las fincas y el documento catastral aportado y las Gerencias Territoriales del Catastro deberían contestar, según lo preguntado: si, con arreglo a los datos que obran en el Catastro, se aprecia la identidad que no se infiere con total claridad del documento catastral aportado; cuál es la referencia catastral completa, si no consta en dicho documento; si a la finca en cuestión, procedente de una división reciente, se le ha asignado ya referencia catastral, etc.

En algunas Gerencias Territoriales del Catastro ya se viene prestando este servicio mediante acuerdos con el correspondiente Colegio Notarial. Sin embargo, en la mayor parte, la colaboración prestada es muy deficiente: o no se molestan en contestar las solicitudes enviadas por los notarios, o bien contestan semanas o meses después de recibir la solicitud, o incluso requieren al notario para que pague la tasa antes de remitirle la información solicitada (lo que resulta totalmente inaceptable, ya que el notario se limita a cumplir una obligación legal, gravosa, y ello en aras de mejorar el funcionamiento del Catastro). En algunos casos, incluso, han dicho a los notarios que no hagan solicitudes porque no se van a tomar el esfuerzo de intentar contestarlas.

Como se ha dicho, habría que conseguir el compromiso por parte de la Administración de atender las peticiones formuladas por los notarios. Ninguna solicitud presentada por un notario debería quedarse sin respuesta dentro del plazo de los cinco días, aunque la contestación fuera sencillamente la incapacidad de la Gerencia Territorial del Catastro de suministrar la información solicitada. Además, en la contestación, debería incluirse también el nombre del titular catastral, que ahora pasa a ser un dato muy relevante y que actualmente no se comunica.

Por otra parte, existen en ocasiones dificultades para obtener las certificaciones descriptivas y gráficas y las que se dan a veces sólo con mucha benevolencia puede decirse que cumplen los requisitos razonables que son necesarios para la finalidad pretendida. También aquí habría que conseguir un compromiso de cumplir la ley de modo adecuado.

Estos compromisos deberían conseguirse en el ámbito nacional y desde allí trasladarse a todas las Gerencias Territoriales del Catastro, por-

que los acuerdos locales sólo tienen eficacia en el ámbito territorial de que se trate y los notarios autorizamos escrituras cuyas fincas pueden estar situadas en cualquier punto de España.

VI. El programa informático de la Dirección General del Catastro

Como se ha dicho antes, la Dirección General del Catastro ha suministrado un programa para facilitar el cumplimiento de la obligación objeto de este informe. Parece ser que la Administración tiene mucho interés en que los notarios efectivamente utilicemos dicho programa, porque le permite controlar mejor los datos que se introducen y ha aconsejado su uso, expresando que ello facilitará la validación de los disquetes que se envíen.

Ahora bien, lo cierto es que el citado programa no es obligatorio, ya que el disquete que hay que entregar mensualmente puede elaborarse con cualquier otro programa siempre y cuando la información suministrada se ajuste exactamente a las especificaciones, a la estructura de formato y a la descripción de los ficheros que aparecen en el anexo de la orden. De hecho, a pesar de lo loable del objetivo pretendido, lo cierto es que la utilidad del expresado programa es pequeña, ya que, al no estar integrado en los programas de gestión de las notarías, obliga a volver a introducir muchos datos que ya tenemos grabados. En efecto, lo que los notarios necesitamos es una aplicación informática que forme parte de los programas de gestión de nuestras notarías, para poder capturar los datos que tenemos grabados para otros fines y evitar volver a introducirlos.

Lo que sí es cierto es que los programas que se usen en las notarías para elaborar esta información deben reunir los requisitos necesarios para garantizar a los notarios que los disquetes resultantes tienen todos los elementos precisos para su correcta validación. Y puede ser que al principio no sea fácil conseguir tal cosa, por lo que las empresas de informática notarial deberán esforzarse especialmente para ajustar cuanto antes los programas elaborados.

VII. El plazo desde el que hay que remitir datos

Como se ha expresado antes, la disposición final de la orden dice que la comunicación de la información contenida en la misma se iniciará con la remisión de los datos referidos a los actos, negocios y documentos que se produzcan a partir del 1 de enero de 1999. Y la carta recibida por los

notarios de las Gerencias Territoriales del Catastro señala que a fecha 20 de octubre próximo (de 1999) las gerencias deben disponer de los correspondientes a los nueve primeros meses del año y que a partir de dicha fecha los envíos se realizarán de forma mensual, incluyendo toda la información correspondiente al mes vencido.

En este punto, la Orden Ministerial no puede aceptarse. En efecto, no resulta razonable que la Administración haya dictado la orden a finales de junio, publicada el último día de ese mes, y, teniendo en cuenta que julio y agosto son prácticamente inútiles a estos efectos y que es preciso ajustar los programas informáticos y la organización de las notarías para su cumplimiento, se pretenda que el 20 de octubre se hayan remitido los datos de los nueve primeros meses del año. Si la orden no se ha dictado antes no ha sido por culpa del notariado; no se puede hacer recaer en él las consecuencias del retraso de la Administración. Recuperar y procesar los datos anteriores desde el 1 de enero creo que es casi imposible, salvo que las notarías hicieran un sobreesfuerzo completamente desproporcionado e injustificable.

Es cierto que la Administración tiene el temor derivado de la nueva redacción dada al artículo 54 de la Ley 13/1996, que, como hemos visto, exime a los interesados en los casos de transmisión del dominio, si se ha cumplido la obligación de acreditar al notario la referencia catastral, de hacer la declaración de alteración catastral. Es decir, si el interesado no ha comunicado la alteración catastral, porque no tiene obligación de hacerlo, y el notario tampoco lo hace, puede suceder que un número muy importante de alteraciones catastrales queden sin declararse. Ahora bien, parece ser que en la mayor parte de los casos durante lo que va de año (1999) se han seguido haciendo las declaraciones de alteración catastral por parte de los interesados, lo que seguramente ha sido debido a que los notarios, con un criterio de prudencia, hemos seguido advirtiendo a los interesados de la necesidad de practicar dichas declaraciones.

En cualquier caso, todo hace suponer que la Administración acepta como solución razonable que el primer envío que se exija sea el de los datos del mes de octubre de 1999, aunque no hay un compromiso escrito en ese sentido. En cuanto a la información correspondiente a los meses anteriores creo que si alguna Gerencia Territorial del Catastro reclamara expresamente algún dato anterior concreto, habría que dárselo, en aras de la buena colaboración con la Administración; pero si lo que se reclama es, con carácter general, los datos de los meses anteriores, habría que intentar convencerla de su improcedencia y en caso de insistencia interponer el correspondiente recurso.

VIII. Reglas a seguir en el cumplimiento de la obligación de suministro mensual de información al Catastro

La lista de datos que hay que remitir, y por tanto previamente elaborar, es muy grande. Es preciso examinar uno a uno para comprobar los problemas que plantean. Por excepción, no se aludirá a los datos del registro de identificación del fichero (código de notaría, fecha de generación del fichero, fecha de inicio del periodo y fecha de fin del periodo), ni a los datos básicos del registro de datos de movimientos (fecha del documento y número de protocolo), puesto que no plantean problemas; además, si la aplicación informática está integrada en el programa de gestión de la notaría, todos estos datos son automáticamente capturados por el programa, de modo que el operador no tiene que preocuparse de ellos. Sí que se hará referencia a los aspectos formales del envío.

A) Lugar al que debe remitirse la información.

La Ley 13/1996 exige que el envío se haga a *“la Gerencia Territorial del Catastro de la provincia en que radique el inmueble”*, lo que, entendido literalmente, impondría una pluralidad de envíos: tantos como Gerencias Territoriales del Catastro a cuyo ámbito pertenezcan las fincas que hayan sido objeto de las escrituras autorizadas por cada notario, de modo similar a como pasa hoy con los listados del Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana. Por otro lado, la disposición adicional primera de la Ley 14/1996, de 30 de diciembre, de cesión de tributos del Estado a las comunidades autónomas y de medidas fiscales complementarias, establece que *“en los mismos términos que establezca la legislación del Estado en relación con la Dirección General del Catastro, los Notarios y los Registradores de la Propiedad remitirán a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas a los efectos de la gestión tributaria la información correspondiente a los documentos por ellos autorizados o inscritos de los que se deriven alteraciones catastrales de cualquier orden”*. Lo que, a su vez, implicaría el envío a las correspondientes comunidades autónomas.

Afortunadamente, la Orden Ministerial, con un sentido común digno de agradecer, ha simplificado este complicado sistema, disponiendo que la información se remitirá *“a la Gerencia Territorial del Catastro del lugar donde radique el inmueble, directamente o a través de la Gerencia del lugar donde esté ubicada su Notaría”*. De modo que basta con que cada notario remita la información a la Gerencia Territorial del Catastro correspondiente al lugar en que se encuentre su notaría; es decir, un único envío por notario es suficiente, que comprenderá todos los actos sujetos

a comunicación comprendidos en los documentos autorizados por ese notario, incluyendo los correspondientes a fincas situadas en demarcaciones territoriales diferentes a dicha gerencia; por vía interna, esa gerencia remitirá la información a las del lugar de situación de las fincas. Hay que tener en cuenta que existen algunas provincias en las que hay dos Gerencias Territoriales del Catastro, una correspondiente a la capital, a la que deben remitir las comunicaciones los notarios demarcados en la misma, y otra para el resto de la provincia, aunque también situada físicamente en la capital, que es a la que tienen que enviar la información los notarios que no estén demarcados en la capital.

Y en cuanto a las comunidades autónomas, el artículo 4.3 de la orden establece que a solicitud de las comunidades autónomas, las Gerencias Regionales del Catastro les remitirán la información recibida a los efectos previstos en la disposición adicional primera de la Ley 14/1996, de 30 de diciembre, de cesión de tributos del Estado a las comunidades autónomas y de medidas fiscales complementarias.

Por excepción, y conforme al artículo 1.2 de la orden, los notarios cuya notaría esté situada en Navarra y en el País Vasco remitirán la información respecto a los bienes inmuebles ubicados fuera de los territorios de las comunidades autónomas indicadas directamente a la Dirección General del Catastro. La orden no regula la obligación de remisión de datos en las fincas situadas en Navarra y el País Vasco, por ser competencia de las respectivas Diputaciones forales, conforme a los correspondientes conciertos económicos; y lo cierto es que en dichos ámbitos territoriales esta obligación todavía no se ha creado.

B) Plazo de envío.

Debe remitirse, dentro de los veinte primeros días de cada mes, la información correspondiente al mes anterior. Si el último día es inhábil, se entenderá prorrogado al siguiente hábil (art. 48.3 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común). Los sábados no festivos, dado que las Gerencias Territoriales del Catastro están cerradas, lo lógico es que se consideren inhábiles a estos efectos.

C) Forma de envío.

Como dice el artículo 1.3 de la orden, la remisión se hará en soporte informático, conforme a las especificaciones que figuran en el anexo de la misma, el cual dispone que el fichero se remitirá en disquetes de 3 1/2", sin perjuicio de la posibilidad de su transmisión a través de otros

medios electrónicos, informáticos o telemáticos que determinen conjuntamente la Dirección General del Catastro y la Dirección General de los Registros y del Notariado. Puesto que estos otros medios todavía no se han determinado, actualmente es preciso remitir la información en disquete, que, como se ha dicho, debe tener la estructura de formato y de registros que consta en el anexo de la orden, con el fin de que los datos puedan pasar al sistema informático del Catastro.

El disquete en cuestión deberá ir debidamente identificado mediante una etiqueta con los siguientes datos: el encabezamiento “*ALTERACIONES CATASTRALES*”, el nombre y dos apellidos del notario, el domicilio de la notaría, el número de identificación del notario a estos efectos y el mes al que corresponde el envío.

Según los “*Acuerdos alcanzados entre el Consejo General del Notariado y la Dirección General del Catastro*” antes referidos, el envío podrá realizarse por cualquiera de los siguientes medios: servicio de correos con acuse de recibo, servicio por empresa de mensajería o entrega por personal propio de la notaría. A diferencia de lo que pasa con otros listados o relaciones que los notarios deben remitir a la Administración, no se ha aprobado aquí ningún modelo oficial en el que se deje constancia de la entrega. No obstante, y aunque no lo dicen los citados “*Acuerdos*”, cuando se utilice alguno de los dos últimos medios de envío referidos, el notario pedirá a la Gerencia Territorial del Catastro un “*recibí*” para que quede constancia, que le deberá ser entregado.

D) Alteraciones catastrales que deben ser comunicadas.

El artículo 1 de la orden dice que los notarios deben remitir “*una relación de los documentos autorizados por ellos*” que contengan alguna de las alteraciones catastrales que enumera. En realidad, del anexo se infiere que lo que es objeto de comunicación no son exactamente los documentos autorizados sino las alteraciones catastrales que contienen. Por ello, si un mismo documento contiene varias alteraciones catastrales, cada una de ellas deberá comunicarse separadamente, aunque dentro de la misma relación; la identificación del documento que la contiene será uno de los datos que se incluirán en la comunicación.

Veamos las circunstancias que deben concurrir para que exista una alteración catastral que deba ser objeto de comunicación:

1) Debemos estar ante un acto que tenga la consideración de alteración catastral.

El concepto de alteración catastral debe extraerse de la legislación reguladora del Impuesto sobre Bienes Inmuebles. Concretamente, el ar-

título 77.2 de la Ley de Haciendas Locales establece la obligación de los sujetos pasivos de dicho impuesto de presentar las declaraciones de alta, baja o variación, por las “*alteraciones de orden físico, económico o jurídico*” concernientes a los bienes inmuebles que tengan trascendencia a efectos del mismo.

El Real Decreto 1448/1989, de 1 de diciembre, desarrolla dicho precepto, disponiendo, en su artículo 1, que, a efectos del mismo, se consideren alteraciones concernientes a los bienes inmuebles (es decir, alteraciones catastrales) las siguientes:

a) De orden físico: la realización de nuevas construcciones y la ampliación, rehabilitación, demolición o derribo de las ya existentes, ya sea parcial o total. No se considerarán alteraciones las obras o reparaciones que tengan por objeto la mera conservación y mantenimiento de los edificios, aunque sean periódicas, ni tampoco las que afecten tan sólo a características ornamentales o decorativas.

b) De orden económico: la modificación de uso y destino de los bienes inmuebles, siempre que no conlleven alteración de orden físico.

c) De orden jurídico: la transmisión de la titularidad o constitución de cualquiera de los derechos contemplados en el artículo 65 de la ley, la segregación o división de bienes inmuebles y la agrupación de los mismos.

El artículo 65 de la Ley de Haciendas Locales, por su parte, dispone que el sujeto pasivo del Impuesto sobre Bienes Inmuebles es, en primer término, el titular del derecho de usufructo o de superficie sobre la finca; sólo si no existen estos derechos, el sujeto pasivo es el propietario; también lo serán los titulares de concesiones administrativas sobre bienes inmuebles gravados o sobre los servicios públicos a que se hallen afectos. De modo que la alteración catastral tiene que ver con los actos de transmisión o constitución de los derechos de usufructo, superficie y pleno dominio, además de las concesiones administrativas. La constitución, modificación o extinción de un derecho de distinta naturaleza no son alteraciones catastrales.

La Orden Ministerial enumera los actos que deben comunicarse recogiendo estos principios. Así, el artículo 1 se refiere a los siguientes: los actos por los que se transmita el dominio de los bienes inmuebles de naturaleza urbana, se constituya o cancele el usufructo o el derecho de superficie sobre ellos o se produzca una alteración en su configuración física, tales como declaraciones de obra nueva, divisiones horizontales, agregaciones, segregaciones, divisiones y agrupaciones. Éstos serán, por tanto, los actos que deberán comunicarse.

El anexo de la orden establece una clasificación de estos actos según una codificación a la que luego nos referiremos.

2) Los indicados actos deben tener por objeto **bienes inmuebles de naturaleza urbana**. Recordemos que, de momento, las fincas rústicas quedan fuera de todo este mecanismo y que la disposición adicional primera de la orden pospone la obligación de comunicar en relación con estos bienes hasta que se establezca la obligatoriedad respecto de los mismos de hacer constar la referencia catastral.

El concepto de bienes de naturaleza urbana aparece fijado, a efectos del Impuesto sobre Bienes Inmuebles, en el artículo 62 de la Ley de Haciendas Locales, y este concepto es el que debe tenerse aquí en cuenta. Este artículo dispone lo siguiente:

“A efectos de este impuesto tendrán la consideración de bienes inmuebles de naturaleza urbana:

a) El suelo urbano, el declarado apto para urbanizar por las normas subsidiarias, el urbanizable o asimilado por la legislación autonómica por contar con las facultades urbanísticas inherentes al suelo urbanizable en la legislación estatal.

Asimismo, tendrán la consideración de bienes inmuebles de naturaleza urbana los terrenos que dispongan de vías pavimentadas o encintado de aceras y cuentén, además, con alcantarillado, suministro de agua, suministro de energía eléctrica y alumbrado público y los ocupados por construcciones de naturaleza urbana.

Tendrán la misma consideración los terrenos que se fraccionen en contra de lo dispuesto en la legislación agraria siempre que tal fraccionamiento desvirtúe su uso agrario, y sin que ello represente alteración alguna de la naturaleza rústica de los mismos a otros efectos que no sean los del presente impuesto.

b) Las construcciones de naturaleza urbana, entendiéndose por tales:

1. Los edificios sean cualesquiera los elementos de que estén contruidos, los lugares en que se hallen emplazados, la clase de suelo en que hayan sido levantados y el uso a que se destinen, aun cuando por la forma de su construcción sean perfectamente transportables, y aun cuando el terreno sobre el que se hallen situados no pertenezca al dueño de la construcción, y las instalaciones comerciales e industriales asimilables a los mismos, tales como diques, tanques y cargaderos.

2. Las obras de urbanización y de mejora, como las explanaciones y las que se realicen para el uso de los espacios descubiertos, considerándose como tales los recintos destinados a mercados, los depósitos al aire libre, las presas, saltos de agua y embalses incluido el lecho de los mismos, los campos o instalaciones para la práctica del deporte, los muelles, los estacionamientos y los espacios anejos a las construcciones.

3. Las demás construcciones no calificadas expresamente como de naturaleza rústica en el artículo siguiente.”

Dado el criterio de determinación por exclusión del apartado 3, resulta también importante el artículo 63, que define los bienes inmuebles de naturaleza rústica:

“A efectos de este impuesto tendrán la consideración de bienes inmuebles de naturaleza rústica:

a) Los terrenos que no tengan la consideración de urbanos conforme a lo dispuesto en la letra a) del artículo anterior.

b) Las construcciones de naturaleza rústica, entendiendo por tales los edificios e instalaciones de carácter agrario, que situados en los terrenos de naturaleza rústica, sean indispensables para el desarrollo de las explotaciones agrícolas, ganaderas o forestales.

En ningún caso tendrán la consideración de construcciones a efectos de este impuesto los tinglados o cobertizos de pequeña entidad utilizados en explotaciones agrícolas, ganaderas o forestales que, por el carácter ligero y poco duradero de los materiales empleados en su construcción, sólo sirvan para usos tales como el mayor aprovechamiento de la tierra, la protección de los cultivos, albergue temporal de ganados en despoblado o guarda de aperos e instrumentos propios de la actividad a la que sirven y están afectos; tampoco tendrán la consideración de construcciones a efectos de este impuesto las obras y mejoras incorporadas a los terrenos de naturaleza rústica, que formarán parte indisociable del valor de éstos.”

No es posible entrar aquí a examinar los distintos supuestos que se reconocen en estos preceptos. Únicamente, destacar que el carácter urbano de un inmueble, a estos efectos, no va necesariamente unido a su clasificación urbanística: hay terrenos no urbanizables desde el punto de vista urbanístico que para el Impuesto sobre Bienes Inmuebles son de naturaleza urbana. Así sucede con los que se fraccionen en contra de lo dispuesto en la legislación agraria siempre que tal fraccionamiento desvirtúe su uso agrario. También, con los edificios (salvo que se trate de construcciones de carácter estrictamente rústica), que, junto con el terreno que ocupan, son bienes inmuebles de naturaleza urbana, aunque la finca en que se hayan construido sea rústica; en estos casos, se produce un desdoblamiento catastral: la total finca es rústica, salvo la edificación y el terreno que ocupa, que serán urbanos.

Pues bien, aquí el principal problema práctico que surge es que puede suceder que el notario no tenga elementos de juicio para saber si una finca que viene descrita en la escritura previa y en el Registro de la Propiedad como rústica tiene hoy el carácter de finca urbana. Si tal cosa no es declarada por los interesados, en la mayor parte de los casos será muy difícil que el notario pueda conocer que se ha producido dicha transformación, ya que no es viable que el notario, cada vez que va a autorizar una escritura relativa a una finca que viene descrita como rústica, pida acreditación de que continúa conservando esa naturaleza. Ello no obstante, parece conveniente que el notario haga declarar expresamente a los otorgantes en la escritura que la finca o fincas siguen siendo de naturaleza estrictamente rústica.

Por último, decir que toda esta problemática es igualmente válida para el Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, de modo que los notarios ya venimos enfrentándonos con ella para determinar si un determinado acto de transmisión de una finca debe ser objeto de comunicación al correspondiente Ayuntamiento por estar sujeto a dicho impuesto, conforme al artículo 111 de la misma Ley de Haciendas Locales.

3) Los bienes deben estar situados en España, dado que en materia inmobiliaria el punto de partida es la territorialidad. Ahora bien, como se dijo antes, para los situados en el País Vasco y Navarra habrá que estar a lo que se disponga por las Diputaciones forales conforme a las competencias que les corresponden según los conciertos económicos y hoy por hoy no han establecido esta obligación; lo que, en puridad, quiere decir que no se deben comunicar las alteraciones catastrales de fincas situadas en las mismas: ni los notarios que estén en el País Vasco o Navarra, ni los del resto de España.

En cuanto a los documentos otorgados fuera de España que tengan por objeto fincas situadas en nuestro país, su comunicación difícilmente se producirá. Tal vez podría defenderse que los cónsules de España en el extranjero que, actuando en funciones notariales, autoricen un documento de los comprendidos en el ámbito de la orden, están obligados a suministrar la información, aunque creo que es dudoso. Lo que sí que está claro es que la obligación de suministro de la información no afectará a los fedatarios de países extranjeros ante los que se otorguen documentos que contengan alteraciones catastrales en fincas situadas en España, puesto que la orden no les puede obligar; y téngase en cuenta que éste es un supuesto perfectamente posible una vez aprobado el Real Decreto 664/1999, de 23 de abril, sobre Inversiones Exteriores, que ha suprimido la obligatoriedad de la intervención de fedatario público español en la adquisición de inmuebles por no residentes.

4) Como se ha dicho, por cada alteración catastral debe hacerse una comunicación y habrá una alteración distinta por cada inmueble. El problema que puede surgir es que no siempre coinciden la finca registral con su equivalente catastral ("*cargos*", en la terminología del Catastro).

A veces sucede que una sola finca registral tiene varias referencias catastrales, es decir, que a efectos del Catastro está configurada como si se tratara de varias. Ello puede ser debido a que no ha accedido todavía al Catastro una agrupación anterior o sencillamente a que hay un error en el Catastro. Está claro que estos casos hay que comunicarlos. La duda será si habrá que hacer una sola comunicación o varias. Probablemente,

la solución más acertada sea partir de la configuración catastral y hacer tantas comunicaciones como referencias catastrales existan y a la vez instar al interesado a que acuda a la Gerencia Territorial del Catastro para corregir dicho error; probablemente, sería conveniente en esos casos proceder, además, de la misma forma que en los casos de alteraciones físicas de fincas y enviar una copia simple con un oficio al Catastro, para facilitar la corrección del error. Creo que en estos supuestos, en el apartado relativo al cumplimiento del artículo 50 de la Ley 13/1996, deberá elegirse el número 2 (*“RC de la finca incorporada y dudosa”*), primero porque seguramente en esos casos el notario pueda tener dudas de la identidad catastral de la finca y segundo porque es otra vía para facilitar la corrección del error.

Otras veces sucede lo contrario: la finca objeto de la escritura no tiene referencia catastral propia, sino que forma parte de una unidad catastral más amplia, generalmente por no haber accedido al Catastro una segregación o división de fincas. No se trata de las escrituras de división o segregación de fincas, sino de las escrituras que se otorgan con posterioridad a las mismas. En estos casos, parece que lo más acertado es que en la escritura se haga constar la referencia catastral de la finca de origen, que será la que se hará constar en la única comunicación que se enviará, si bien en el apartado relativo al cumplimiento del artículo 50 de la Ley 13/1996, se elegirá el número 2 (*“RC de la finca incorporada y dudosa”*), como antes.

Al caso de las plazas de aparcamiento y trasteros configurados como cuotas indivisas de una finca con derecho exclusivo de uso nos referiremos después.

Las alteraciones catastrales descritas deben comunicarse según la **codificación que consta en el anexo de la orden**, cuyo significado viene aclarado en el manual de instrucciones del programa de la Dirección General del Catastro. Dicha codificación es la siguiente:

1: *“Cambio de dominio simple (sin alteración del bien)”*. Existe cuando tiene lugar un cambio de titularidad de pleno dominio, cualquiera que sea el título que lo origine.

Esta es la alteración más importante y la más numerosa en la práctica y por ello a la que dedicaremos más atención. Ahora sólo vamos a decir que la determinación de cuándo estamos en este supuesto es más complicada de lo que puede parecer a primera vista, ya que no siempre que hay transmisión de pleno dominio se produce una alteración catastral: existirá siempre en el supuesto de transmisión de la totalidad del derecho de propiedad, pero no en todo caso en la transmisión de cuotas indivisas o en la transmisión de la nuda propiedad o en las aportaciones a la sociedad conyugal. Por contra, habrá casos que no son verdaderos

cambios de dominio, entendidos como transmisión, en que habrá que proceder a la comunicación, como pasa a veces en las disoluciones de comunidad. Un poco después nos centraremos en la cuestión.

Si además del cambio de dominio existe una alteración física del bien (obra nueva, segregación, agrupación, etc.), habrá que declarar también, separadamente, dicha alteración.

2: “*Obra nueva en construcción*”. Se incluyen aquí las consideradas como tales por la legislación hipotecaria y el RD 1093/1997, de 4 de julio.

3: “*Obra nueva terminada*”. Se considerarán como tales las definidas así en la legislación hipotecaria y en el RD 1093/1997, de 4 de julio (arts. 45 y ss.).

4: “*Otras alteraciones catastrales*”. Se recogerán aquí las segregaciones, agregaciones, agrupaciones y divisiones, constitución o transmisión de derechos de usufructo, de superficie o concesiones administrativas a las que se refiere el artículo 65 de la Ley 39/1988, reguladora de las Haciendas Locales, reformas y rehabilitación de inmuebles, etc.

5: “*Actos de naturaleza urbanística*”. De los referidos en el RD 1093/1997, de 4 de julio, se incluirán los de atribución o modificación del dominio o de otros derechos reales de uso y disfrute sobre fincas, de los de constitución o transferencias de aprovechamiento urbanístico y cualquier otro por el que se transfiera el dominio u otro derecho real sobre inmuebles no contemplado en los apartados anteriores.

Obsérvese, y esto es importante, que el ámbito de la obligación de comunicación es más restringido que el de la del artículo 50. uno de hacer constar en el documento la referencia catastral. En efecto, hay una serie de documentos en los que existe esta obligación pero que no contienen actos que produzcan alteraciones catastrales, por ejemplo, la hipoteca, el arrendamiento, la constitución de servidumbres, etc. Lo cual quiere decir que en tales casos, aunque el notario tiene obligación de solicitar la aportación de la referencia catastral y ha de advertir si no lo hacen de que incumplen la obligación legal correspondiente, en cambio no tendrá que comunicar el incumplimiento al Catastro, ya que la orden no prevé esa obligación, que, por tanto, sigue sin el desarrollo reglamentario que exige el artículo 55 de la Ley (en relación con el 51. cuatro).

Como decíamos antes, la alteración catastral más importante es la de cambio de dominio. También empezábamos a decir que no existe una identidad completa entre **transmisión de propiedad y alteración catastral consistente en cambio de dominio**. A estos efectos, debe destacarse que el Catastro no es un registro de titularidades preciso y exacto, desde luego no lo es como el Registro de la Propiedad. Por ello, existen en él con frecuencia inexactitudes en cuanto a los titulares de las fincas (preci-

samente toda esta regulación va encaminada a evitar esas inexactitudes). Pero, además, su funcionamiento en lo que se refiere a las titularidades no aspira a la precisión jurídica, sino que se rige por reglas con un carácter instrumental, dirigido al cumplimiento de la función fundamental de este registro, que es fiscal, pensado como punto de partida para conseguir el funcionamiento del Impuesto sobre Bienes Inmuebles.

En concreto, para entender bien el sentido de la alteración catastral que debe ser objeto de comunicación, deben tenerse en cuenta estas consideraciones:

1. No habrá alteración catastral si quien adquiere ya aparecía como titular catastral, dato éste que constará en el recibo del Impuesto sobre Bienes Inmuebles o en el documento catastral que en su caso se haya aportado. Si no se ha aportado ningún documento catastral o en el aportado no aparece el titular y, por tanto, se desconoce quién es el titular catastral, no habrá más remedio que incluir esa transmisión entre las que son objeto de comunicación, haciendo constar como transmitente y como nuevo titular a quienes así aparezcan en la escritura.

2. En el Catastro sólo aparecen los datos de un titular, aunque haya más (algunas veces constan cosas como "*Fulanito de Tal y hnos.*" o "*y dos más*" u otras similares); habiendo varios, el titular catastral deberá ser aquel que tenga una participación de titularidad superior; si la titularidad lo es en el mismo porcentaje en todos los titulares o varios de ellos, será indistinto hacer constar a uno o a otro. Aquí hay que destacar que sólo cuando el acto jurídico suponga un cambio de ese titular mayoritario, que deberá ser quien en el Catastro aparezca como titular, habrá alteración catastral que deba comunicarse.

3. Cuando sobre un mismo bien existen varios derechos de naturaleza diversa, el titular catastral será quien tenga la consideración de sujeto pasivo en el Impuesto sobre Bienes Inmuebles. Recordemos que según el artículo 65 de la Ley reguladora de las Haciendas Locales, el sujeto pasivo de dicho impuesto es, en primer término, el titular del derecho de usufructo o de superficie sobre la finca; sólo si no existen estos derechos, el sujeto pasivo es el propietario; también lo serán los titulares de concesiones administrativas sobre bienes inmuebles gravados o sobre los servicios públicos a que se hallen afectos. Por tanto, habrá que hacer constar como titulares catastrales al usufructuario, al superficiario, y no habiendo ni uno ni otro, al propietario. Lo que no se comunica es la clase de derecho de que se trata, que es un dato que escapa al Catastro.

4. Las entidades del artículo 33 de la Ley General Tributaria tienen la condición de sujetos pasivos del Impuesto sobre Bienes Inmuebles (art. 65 LHL). Por ello, cuando, por ejemplo, los titulares de un determinado bien inmueble actúen como una comunidad de bienes, con CIF, será ésta la que deberá hacerse constar como titular catastral.

A la luz de todas estas consideraciones, veamos a continuación cómo se resuelven **algunos casos dudosos** que pueden plantear problemas en la práctica:

1. Disoluciones de comunidad. Según lo dicho antes, sólo será preciso comunicarlas si suponen una modificación del titular catastral, es decir, cuando el adjudicatario del bien en cuestión sea persona distinta de quien hasta ese momento aparecía como titular catastral. Si procede la comunicación parece que lo más acertado es comunicar esta alteración dentro del supuesto 1 (*"cambio de dominio simple"*), haciéndose constar como transmitente al anterior titular catastral (que puede ser la propia comunidad, si tiene CIF, u otro de los comuneros).

2. Transmisiones de cuotas indivisas de una finca. Dejando aparte las que dan derecho al uso de una porción material, que las examinamos en el número 3, y conforme a lo dicho antes, sólo se comunicarán si suponen una modificación del titular catastral, es decir, cuando el transmitente es el titular catastral y transmite la totalidad o la mayor parte de su cuota. La comunicación se hará también como supuesto 1 (*"cambio de dominio simple"*).

3. Transmisiones de cuotas indivisas de una finca con atribución del derecho al uso de una porción material, como pasa en las plazas de aparcamiento y los trasteros que estén así configurados. Aquí pueden darse dos supuestos:

— Que esa cuota esté configurada catastralmente como una unidad independiente, es decir, que tenga su propio recibo del Impuesto sobre Bienes Inmuebles y su referencia catastral propia. En ese caso, a efectos de la comunicación, se le dará el mismo tratamiento que si de una finca independiente se tratara. Desde el punto de vista catastral, es la configuración más acertada y a la que tiende el Catastro; pero lo cierto es que hay muchos casos en que todavía no se ha hecho esta división y todos los aparcamientos o trasteros aparecen unidos en una sola unidad catastral, que es el siguiente supuesto.

— Que toda la finca registral (constituida por todos los garajes o trasteros) forme una sola unidad catastral, cuyo titular será la comunidad de

garajes o de trasteros correspondiente. Éste sigue siendo hoy el supuesto más frecuente en la práctica tratándose de garajes y trasteros y plantea dificultades, puesto que al haber un solo recibo del Impuesto sobre Bienes Inmuebles, en poder normalmente del administrador de fincas, a los propietarios les cuesta conseguir el documento con el que acreditar la referencia catastral de la finca. Pues bien, es dudoso si la transmisión de una de estas cuotas debe ser comunicada, ya que no hay en realidad cambio del titular catastral (que sigue siendo la comunidad). Probablemente, en aras de prestar la mayor colaboración posible, sea prudente comunicar estos casos como si de una transmisión de dominio se tratara; ahora bien, como luego diremos, habrá que hacer constar, en el apartado relativo al cumplimiento del artículo 50 de la Ley 13/1996, el número 2 (*"RC de la finca incorporada y dudosa"*), ya que el 1 (*"RC de la finca incorporada"*) podría dar a entender que se está transmitiendo la totalidad de la finca.

4. Aportaciones a la sociedad conyugal. Son los casos en que siendo un bien privativo de uno de los cónyuges, se acuerda con el otro que se integre en la comunidad matrimonial. Aquí, normalmente no habrá cambio del titular catastral, por lo que no será preciso comunicarlos.

5. Usufructo y nuda propiedad. Como se ha expresado, el titular catastral será el usufructuario, que es el sujeto pasivo del Impuesto sobre Bienes Inmuebles. Si el usufructo no es de la totalidad de la finca, conforme a las reglas sobre cotitularidad antes expresadas, habrá que hacer constar como titular catastral al usufructuario o al pleno propietario cuyo derecho sea de mayor extensión.

A la vista de estas consideraciones, creo que el tratamiento más adecuado para estos casos será el siguiente:

— La adquisición del pleno dominio de un bien cuando el usufructo se adquiere por una persona y la nuda propiedad por otra se comunica como supuesto 1 (*"cambio de dominio simple"*), haciendo constar como nuevo titular catastral al usufructuario.

— La constitución y transmisión del derecho de usufructo está claro que deben comunicarse, puesto que supone un cambio del titular catastral. Más dudoso es el código que debe asignársele. Según se infiere del manual de instrucciones del programa informático de la Dirección General del Catastro, tendría que comunicarse como parte del supuesto 4 (*"otras alteraciones catastrales"*). Personalmente, creo que, con arreglo a la lógica del sistema, el tratamiento más adecuado es de codificarlo como supuesto 1 (*"cambio de dominio simple"*), ya que aquí hay un cambio de un titular catastral; además, si lo relevante a efectos del Catastro es el cambio de usufructuario, no se entiende cómo la simultánea adquisición

del usufructo por una persona y la nuda propiedad por otra se codifica como supuesto 1 y la constitución o transmisión del usufructo como 4.

— La extinción del derecho de usufructo también debe comunicarse. Aquí valen las mismas consideraciones del apartado anterior: aunque parece que lo más lógico sería codificarlo como 1 (*“cambio de dominio simple”*), las instrucciones recibidas dicen que se debe incluir como 4 (*“otras alteraciones catastrales”*).

— La transmisión de la nuda propiedad de una finca no será preciso comunicarla, ya que no implica alteración catastral.

6. La constitución, transmisión y extinción de los derechos de superficie y concesiones administrativas se declararán dentro del supuesto 4 (*“otras alteraciones catastrales”*); así es como consta en el manual de instrucciones.

7. Actos por los que se crean fincas nuevas a partir de otras o en que desaparece alguna existente para integrarse en otra: agrupaciones, agregaciones, segregaciones, divisiones, divisiones horizontales. Están comprendidos en el número 4 (*“otras alteraciones catastrales”*). La casuística que puede darse desde el punto de vista jurídico y registral es muy diversa, pero en el Catastro estos casos de modificación física de fincas reciben siempre el mismo tratamiento: cada modificación hace nacer una o más unidades catastrales nuevas (*“cargos”*, en la terminología del Catastro), independientes de las que pudieran existir con anterioridad, de modo que en una segregación de una porción de otra, se modifica la unidad catastral tanto de la porción segregada como de la finca resto. Parece que el tratamiento más adecuado es hacer una comunicación por cada finca catastral de origen existente, con independencia del número de las resultantes.

No se olvide de que en estos casos, además, será necesario enviar una copia simple de la escritura al Catastro, junto con el plano o proyecto si el interesado lo hubiera presentado (art. 51.cinco de la Ley 13/1996).

E) Cumplimiento del artículo 50 de la Ley 13/1996 (obligación de aportar la referencia catastral).

Este dato también se comunica siguiendo la **codificación que consta en el anexo de la orden**, cuyo significado igualmente viene explicado en el manual de instrucciones del programa de la Dirección General del Catastro. Dicha codificación es la siguiente:

1: *“RC de la finca incorporada”*. Cuando se considera que la referencia catastral es aceptable, según se recoge en el artículo 51.dos de la Ley 13/1996.

2: “*RC de la finca incorporada y dudosa*”. Cuando la referencia catastral merece tal consideración de acuerdo con el contenido del artículo 51.dos de la Ley, pero se incorpora al documento por las razones de urgencia recogidas en el artículo 51.tres.

3: “*RC incorporada de la finca de origen*”. Es el caso de modificaciones de fincas, como segregaciones, agregaciones, agrupaciones, etc., en que es suficiente la aportación de la referencia catastral de la finca origen.

4: “*RC presentada no incorporada*”. Cuando no proceda su incorporación al asiento registral por tratarse del supuesto recogido en el artículo 53.dos de la Ley.

5: “*No se ha presentado RC*”. Cuando los otorgantes no aporten los documentos señalados en el artículo 50.tres, debiendo constar en la escritura la advertencia prevista en el artículo 51.cuatro, a), y en su caso en el artículo 54, según la redacción dada al mismo por la Ley 50/1998, de 28 de diciembre.

Nos encontramos con una materia de extraordinaria **dificultad**, probablemente la más problemática de esta normativa. Primero, porque presupone la calificación notarial de que la referencia catastral aportada es “*acceptable*”, es decir, de que está acreditada su identidad con respecto a la finca objeto de la escritura. Y en segundo lugar, por la dificultad de encuadrar algunos de los supuestos que en la práctica se dan en las categorías a que se refiere la orden y que se acababan de enumerar.

Respecto del **juicio notarial de identidad**, es uno de los pilares sobre los que recae toda esta nueva normativa del Catastro y el notario no debe eludirlo. Por ello, no resulta, a mi juicio, acertado que el notario se limite a hacer constar que une un recibo del Impuesto sobre Bienes Inmuebles (o el documento catastral que sea), sin hacer constar si estima acreditada o no la identidad. Del juicio que el notario emita dependerá cómo debe actuar y de qué forma tiene que hacer la comunicación que estamos estudiando al Catastro.

Y lo cierto es que, si se examina la cuestión con un poco de rigor, todo el mecanismo resulta francamente endeble. En efecto, los elementos de juicio de que dispone el notario para poder emitir ese juicio son bastante pobres. Concretamente, el notario debe poner en comparación los dos términos que tiene delante, para llegar a la convicción de que los datos catastrales aportados corresponden a la finca objeto de la escritura y no a otra. El primero de esos términos es la descripción escrituraria o registral de la finca, que en multitud de casos está plagada de anacronismos e imprecisiones, sobre todo en zonas rurales o de reciente urbanización. El segundo está constituido por los datos de situación de la finca que aparecen en el recibo del Impuesto sobre Bienes Inmuebles u otro

documento catastral aportado, llenos de abreviaturas y que muchas veces no coinciden exactamente con los de la escritura previa, no sólo por anacronismos en la descripción escrituraria y registral, sino por razones muy variadas. Aquí la casuística es enorme. Tratándose de viviendas, ya surgen muchas dificultades; por ejemplo, en la escritura dice *piso ático* y en el Catastro consta *piso octavo*; en la escritura aparece como *puerta B* y en el Catastro *puerta 2*; en la escritura se dice que el piso está en la finca situada en la *escalera derecha de los números 25 a 31* de determinada vía pública, mientras que en el Catastro consta como el *número 31* de esa vía pública. Con los locales de los bajos los problemas se agravan todavía más, ya que si, como es frecuente, en una misma finca hay varios, la mayor parte de las veces aparecen identificados en el Catastro con una numeración que nada tiene que ver con la que tienen en la escritura y en el Registro de la Propiedad; y en bastantes ocasiones vienen señalados en el Catastro en una calle distinta a la de la total finca de que forman parte, porque en el Catastro atienden a la vía pública por donde tiene su entrada. Y con los terrenos, las dificultades para su correcta identificación son casi insuperables, salvo que se encuentren en zonas bien urbanizadas y con nombre de vía pública y número de policía bien asignados desde hace tiempo.

A ello hay que añadir que en los más habituales documentos catastrales (el recibo del Impuesto sobre Bienes Inmuebles y la comunicación de referencia catastral) no aparecen datos que podrían ser importantes para llegar a la convicción de que existe la identidad, como la superficie de la finca, y mucho menos los linderos; téngase en cuenta que aun coincidiendo los datos de situación de la finca, puede suceder que no haya identidad, por ejemplo, porque se ha producido una segregación previa que no ha accedido al Catastro.

El notario no tiene, como el Catastro, las bases físicas de las fincas, por lo que carecerá en muchos casos de los elementos de juicio suficientes para practicar tal juicio. En realidad, quien debería llevar a cabo ese juicio de identidad es el propio Catastro, que es quien dispone de los medios adecuados para ello. Es cierto que a lo mejor resulta que la descripción escrituraria y registral de la finca es tan deficiente que ni incluso el propio Catastro puede conseguir esa identificación, pero si se toma el esfuerzo de cotejar bien los datos en la mayor parte de los casos se conseguirá identificar con precisión la finca.

Creo que si la Ley realmente quería conseguir una coordinación entre realidad escrituraria y registral, por un lado, y la que resulta del Catastro, por otro, la mejor manera habría sido prever la posibilidad de que los interesados acudieran con su escritura a la correspondiente Gerencia Territorial del Catastro y ésta, tras examinar la escritura, hiciera constar

en la propia escritura, por el procedimiento que se estimara mejor, los datos catastrales de la finca o fincas que aparecen en ella: referencia catastral, situación según el Catastro, superficie y linderos e, incluso, el plano catastral. De esta forma, en la escritura se recogerían también los datos catastrales y se conseguiría la coordinación que se busca. Como se ha dicho, el Catastro es quien está en mejores condiciones para apreciar cuáles son los datos catastrales de esa finca; es más, en la mayor parte de esos casos, el Catastro ya habrá tenido delante esa escritura previa para hacer la última alteración catastral, por lo que ya habrá emitido el juicio de identidad.

Sin embargo, la Ley 13/1996 está como está, de modo que el notario debe realizar ese juicio de identidad, siguiendo para ello las reglas que la citada ley establece. Al menos, sería deseable que se generalizara un sistema de comunicación entre los notarios y el Catastro dirigido a que éste aclarara, si le es posible, las dudas que al notario le surjan en relación con la identidad de la finca con la referencia catastral. Este sistema sería un desarrollo de lo que ya regula el artículo 51.tres y, como se decía antes, podría ser muy útil para poder emitir el juicio de identidad, como lo es en los lugares en que se ha puesto en funcionamiento.

Veamos las **reglas de actuación** que para el notario se establecen en la Ley y tratemos de coordinarlas con la codificación que expresa la orden:

1. El artículo 51.dos de la Ley 13/1996 dispone que se entiende que hay identidad cuando los datos de situación, denominación y superficie, si constare, coincidan con los del título y, en su caso, con los del Registro de la Propiedad. Se admite también la identidad si las diferencias de superficie no son superiores al 10% y no existen dudas fundadas sobre la identidad de la finca derivadas de otros datos descriptivos. Y se aclara que el cambio en el nomenclátor y numeración de calles deberá acreditarse al notario, salvo que le constaren a éste. Cuando exista esta identidad, habrá que elegir la opción 1 (*"RC de la finca incorporada"*).

O sea, cualquier discrepancia en los datos de situación, denominación y superficie (en más de un 10% y si es que consta), y salvo que se acredite o le conste al notario el cambio en el nomenclátor o numeración, impide que el juicio de identidad sea favorable. Y esto es lo que sucederá en un número muy abundante de casos, probablemente la mayoría. De todos modos, creo que es deseable que, conforme a la deseable colaboración entre los notarios y el Catastro a que antes me refería, el notario en estos casos solicite de la correspondiente Gerencia Territorial del Catastro que le diga cuáles son los datos de situación y denominación de la finca y la referencia catastral remitiéndole la descripción escrituraria o

registral de la finca. Si la Gerencia Territorial del Catastro le contesta comunicándole esos datos, creo que será suficiente para que el notario juzgue como positiva la identidad y haga constar los datos actualizados de la situación y denominación de la finca que el Catastro le ha enviado, ya que ese caso podrá considerarse incluido en el de acreditación del cambio de nomenclátor y numeración del artículo 51.dos.b).

Por otro lado, puede suceder que en el título previo ya conste la referencia catastral, porque se aportó a él y el notario que lo autorizó la incorporó. En principio, ello debería ser suficiente, conforme al artículo 50.tres.b), de modo que no sería preciso pedir ningún otro documento acreditativo de la referencia catastral ni emitir el juicio de identidad: ya habría sido previamente realizado por otro notario, por lo que procedería sin más transcribir la referencia catastral que constara en el título previo y elegir la opción 1 (*"RC de la finca incorporada"*). Sin embargo, todavía abunda la práctica notarial, incorrecta, consistente en limitarse a incorporar el documento catastral aportado, haya o no coincidencia descriptiva, sin emitir el juicio de identidad; si eso es lo que ha ocurrido en el título previo, sí que será preciso realizar el juicio de identidad, aunque no veo inconveniente en que para ello se utilice el documento catastral que se aportó en el título previo, si resulta suficiente.

Del mismo modo, puede suceder que la referencia catastral conste ya en la inscripción registral. Entonces, habrá que presumirla correcta, como consecuencia del principio de legitimación registral, por lo que no será preciso exigir documento acreditativo ni realizar el juicio de identidad.

Donde no habrá ninguna duda de identidad será en los supuestos de inmatriculación de fincas, ya que en ellos precisamente la descripción que se hace constar en la escritura es la del Catastro.

2. Según el artículo 51.tres, aun habiendo identidad en los términos antes expresados, si el notario considera que, no obstante, pueda no existir la identidad expresada, lo comunicará al Catastro solicitando certificación o documento informativo, que le será remitido en el plazo más breve posible y siempre dentro de los cinco días hábiles siguientes al de la recepción de la solicitud. Se añade que, caso de urgencia alegada por los otorgantes, el notario podrá autorizar el documento haciéndolo constar así, transcribiendo en él la referencia catastral, reseñando el justificante aportado y expresando su duda sobre la correspondencia de la referencia catastral con el inmueble; autorizado el documento, el notario se abstendrá de hacer constar la referencia remitida por el Catastro sin que medie consentimiento para ello de los otorgantes. En estos supuestos es en los que, según el manual de instrucciones del programa de la

Dirección General del Catastro, habrá que poner 2 (*"RC de la finca incorporada y dudosa"*).

Atendiendo a lo que parece resultar de la literalidad de esta norma, y dados los rigurosos requisitos de identidad expresados en el artículo 51.dos, sólo en casos muy extremos podría darse el supuesto regulado en ella. Sin embargo, probablemente quepa una interpretación más amplia de esta regla, como luego veremos al examinar el supuesto 4, donde se acabará de determinar el alcance de esta opción.

3. Según el artículo 51.cinco de la Ley, en los casos de modificaciones de fincas (segregaciones, agregaciones, agrupaciones, divisiones materiales o divisiones horizontales) será suficiente la aportación de la referencia catastral de las fincas de origen. En estos supuestos, procederá la opción 3 (*"RC incorporada de la finca de origen"*).

El problema que plantea este supuesto es que con la referencia catastral de la finca de origen pueden darse las circunstancias de los supuestos 1 (incorporada), 2 (incorporada y dudosa) y 4 (presentada y no incorporada), puesto que se trata de un supuesto basado en un criterio de clasificación distinto a los otros. No obstante, el notario deberá optar por el supuesto 3, como más específico. Ello no planteará especiales problemas de gestión, porque el notario en estos casos, además, envía copia simple y en estos supuestos se mantiene la obligación del sujeto pasivo de hacer la declaración de alteración catastral.

4. El artículo 53.dos dispone que cuando la situación, denominación y superficie de la finca descrita en el título no se correspondan con los respectivos datos descriptivos del documento catastral aportado, o cuando éste no refleje dichos datos o lo haga en términos que no permitan apreciarse la identidad entre la parcela catastral y la finca que los particulares describen en el título, sólo podrá reflejarse en el Registro de la Propiedad la referencia catastral invocada por los otorgantes si el documento reúne los requisitos que conforme a los artículos 205 de la Ley Hipotecaria y 298 de su Reglamento permitirían inmatricular la finca. En estos casos, la opción a elegir, según el citado manual de instrucciones, será la 4 (*"RC presentada no incorporada"*).

No está muy clara la aplicación de esta regla para los notarios, ya que el artículo 53 tiene el epígrafe *"constancia registral de la referencia catastral"*. Aquí caben dos opciones:

La primera sería que esta regla se aplica también a la actuación del notario, de modo que si no existe esa identidad absoluta de la situación, denominación o superficie entre los datos de la escritura o el Registro de la Propiedad, por un lado, y el documento catastral aportado, por otro,

el notario no debería incorporar a la escritura la referencia catastral. Bastaría con decir que se ha aportado un documento catastral, pero que, como no coincidían los datos descriptivos con los que constan en el título previo o en el Registro de la Propiedad, no se ha incorporado. Y en la comunicación al Catastro, se elegiría la opción 4 (*"RC presentada no incorporada"*).

La segunda posibilidad consiste en considerar que esta regla se aplica exclusivamente a la función registral, ya que así lo dice el encabezamiento del precepto y en su redacción se refiere permanentemente a la práctica de los asientos registrales y al registrador de la propiedad. Creo que esta solución es la más acertada, por las razones expresadas, lo que nos plantea la duda de qué opción elegirá el notario en los casos en que existan las discrepancias citadas entre la descripción escrituraria y registral, por un lado, y el documento catastral aportado, del otro. Pues bien, pienso que en tales casos el notario deberá elegir la opción 2 (*"RC de la finca incorporada y dudosa"*), que, por tanto, tendrá un ámbito mucho más amplio que el estrechísimo que podría deducirse del manual de instrucciones del programa informático de la Dirección General del Catastro. Es más, la opción 2 sería como una especie de cajón de sastre, en el que entrarían todos los casos que no caben en las opciones 1, 3 y 5. Creo que esta solución es la más acertada, no sólo por las razones antes expresadas, sino también porque es la que más conviene para el funcionamiento del Catastro, ya que, a estos efectos, me parece que será preferible que en los casos dudosos el notario incorpore la referencia catastral, aunque sea como dudosa, a que se limite a decir que, como no había coincidencia no se ha incorporado. Eso sí, como ya se ha insistido en más de una ocasión, el notario debe dejar claro en el texto de la escritura que la referencia catastral incorporada es dudosa, es decir, que no se ha acreditado cumplidamente su identidad.

Concretamente, podemos mencionar como supuestos más importantes a incluir en la opción 2:

a. Cuando no exista coincidencia entre la situación, denominación o superficie de la finca tal y como aparece en la escritura o inscripción registral respecto de los que constan en el documento catastral aportado. Y salvo que al notario le conste el cambio de nomenclátor o numeración o se acredite dicho cambio mediante comunicación del Catastro u otro medio suficiente.

b. Cuando suceda que una sola finca registral tiene varias referencias catastrales, bien por error, bien por no haber accedido al Catastro una agrupación previa. Como se dijo antes, estos casos se comunicarán como si de varias fincas se tratara y además sería conveniente remitir una copia simple.

c. Cuando la finca registral todavía no tiene referencia catastral propia, por no haber accedido al Catastro una segregación o una división material u horizontal previa, siempre y cuando se disponga de la referencia catastral de origen, que será la que se expresará en la comunicación, todo ello conforme a lo que se dirá a continuación.

d. Cuando el objeto de la escritura es una cuota indivisa de una finca con atribución del derecho al uso de una porción material (como pasa en las plazas de aparcamiento y los trasteros que estén así configurados) y la referencia catastral corresponda a la total finca de que forman parte.

e. Cuando la referencia catastral no aparece completa, conforme a lo que se dirá a continuación.

5. Si no se ha aportado documento catastral en que conste la referencia catastral, estamos ante un caso de incumplimiento de la obligación establecida en el artículo 50 y, conforme al artículo 51.cuatro, el notario deberá advertir a los interesados y comunicar al Catastro el incumplimiento. En estos casos, procede hacer constar la opción 5 (*"no se ha presentado RC"*).

Será importante que el notario calcule bien cuándo nos encontramos en este supuesto, porque de ello dependerá que se pueda abrir un expediente de disciplina para la interposición de la sanción a que se refiere el artículo 54 de la Ley. Y existen casos en los que realmente surgen dudas. Veamos algunos de ellos.

Hay veces que el interesado nos trae un documento catastral, normalmente el recibo del último año del Impuesto sobre Bienes Inmuebles, en el que la referencia catastral está incompleta, faltan los dígitos finales. Y es que, por razones que desconozco, existen provincias en que esto es normal. Es cierto que el notario puede exigir al interesado que le aporte un certificado catastral, en el que sí que constará la referencia catastral completa. Sin embargo, creo que, si por las razones que fuera, no le va bien conseguir dicho certificado (por ejemplo, la finca está en otra provincia), no deberemos considerar que estamos en el supuesto 5, porque la culpa de que no aparezca la referencia catastral completa no le es imputable a él. Por ello, creo que en estos casos lo que hay que hacer es hacer constar la referencia catastral, incompleta, que salga en el documento aportado y elegir la opción 2 (*"RC de la finca incorporada y dudosa"*).

En otras ocasiones, no se aporta la referencia catastral alegando el interesado que todavía no le ha sido fijada. Son casos muy frecuentes en la práctica, por ejemplo, se vende un piso o local que forma parte de un edificio en régimen de propiedad horizontal y resulta que la división hori-

zontal todavía no se ha reflejado en el Catastro. Lo ideal sería que el notario pudiera confirmar que esa finca efectivamente carece todavía de referencia catastral propia y que se hiciera constar la de la finca de origen. Sería muy conveniente que el notario recabara de la Gerencia Territorial del Catastro, por el procedimiento a que antes nos referíamos, si es cierto que todavía no tiene referencia catastral propia y cuál es la de la finca de origen, salvo que el interesado aportara un certificado catastral en ese mismo sentido. En estos casos, si se tiene la referencia catastral de la finca de origen, creo que no debería elegirse la opción 5 (*“no se ha presentado RC”*), sino que habría que inclinarse por la opción 2 (*“RC de la finca incorporada y dudosa”*); en la escritura se expresaría la referencia catastral de la finca de origen, haciéndolo constar e indicando, en su caso, que el Catastro ha confirmado que la finca propiamente dicha no tiene señalada referencia catastral propia o que el Catastro no ha contestado la solicitud del notario para que confirmara tal cosa. Si no se tiene la referencia catastral de la finca de origen, parece que no quedará más remedio que ir a la opción 5 (*“no ha presentado RC”*), si bien en la escritura se haría constar también lo que el Catastro ha contestado o la falta de contestación, que será útil para el interesado ante un posible expediente disciplinario.

También sucede a veces que el interesado dice desconocer los datos catastrales de la finca y aporta un documento del Catastro donde dice que no ha sido posible localizar la finca en la base catastral. Creo que ese documento deberá unirse, para dejar constancia de que el interesado ha hecho lo preciso para intentar obtener la referencia catastral. Pero habrá que elegir esta opción 5 (*“No ha presentado RC”*).

F) Datos relativos al bien inmueble.

Los datos que pueden plantear problemas en este apartado de la comunicación son los siguientes:

1. Referencia catastral. Como sabemos, está compuesta de veinte dígitos, los dos últimos de control. Todos ellos deberán incluirse en la comunicación, salvo el caso antes mencionado de que el documento catastral aportado, generalmente el recibo del Impuesto sobre Bienes Inmuebles, no los contenga todos, en cuyo caso se harán constar los que haya y en el apartado relativo al *“cumplimiento del art. 50 de la Ley 13/1996”* se elegirá la opción 2 (*“RC incorporada y dudosa”*).

2. Precio o valor declarado de transmisión. Según las instrucciones del programa de la Dirección General del Catastro, este campo sólo se

llenará cuando se trate de supuestos incluidos en la opción 1 (*"cambio de dominio simple"*) o del 4 (*"otras alteraciones catastrales"*) que supongan modificación de alguno de los derechos del artículo 65 de la Ley de Haciendas Locales (usufructo, superficie o concesión administrativa).

Aquí se consignará el precio o valor que conste en la escritura. No se han previsto los casos en que transmitiéndose conjuntamente varios bienes (p.e., vivienda y plaza de aparcamiento), no se expresa en la escritura la parte de precio de cada cosa, sino que se declara un valor global para todos ellos. Parece que no quedará más remedio que poner el total precio o valor a la finca mayor y a las demás se les pondrá como valor 0.

3. Domicilio tributario. Aquí se plantea la duda en los casos, tantas veces mencionados, en que no coinciden los datos de situación y denominación escriturarios y registrales, por un lado, con los que aparecen en el documento catastral aportado, por otro, sin que se acredite el cambio de nomenclátor o numeración. Ya hemos dicho que en el apartado *"cumplimiento del art. 50 de la Ley 13/1996"* se elegirá la opción 2 (*"RC incorporada y dudosa"*), pero lo que podemos preguntarnos es si aquí consignamos los datos que aparecen en la escritura o el Registro de la Propiedad o bien los que constan en el documento catastral, cuya identidad no se ha acreditado. Parece que lo más lógico será inclinarse por los datos escriturarios o registrales, puesto que los del documento catastral no se han podido acreditar.

En la introducción de la provincia y el municipio, habrá que utilizar los códigos correspondientes que a estos efectos tiene establecidos el Instituto Nacional de Estadística. En cambio, en el campo *"nombre de la entidad menor"*, podrá escribirse libremente el que, en su caso, corresponda, si es que la finca se encuentra situada en una de ellas (si bien su longitud es de quince caracteres).

El campo *"tipo de la vía"* se rellena con la lista de siglas que aparece en el programa de la Dirección General del Catastro, que, en su caso, deberá trasladarse a cualquier otro programa con el que se vaya a complementar la comunicación.

El campo *"nombre de la vía"* también puede escribirse libremente (veinticinco caracteres).

El campo *"número de la vía pública"* está dividido en dos partes, la primera de carácter obligatorio y la segunda para recoger duplicados, triplicados, etc. Tratándose de las fincas que carecen de número en la vía pública, en el campo correspondiente al *"Número"* se consignará un *"0"* y se completará el campo *"nombre de la vía pública"* con el sufijo *"s/n"*. En las fincas con número múltiple de la vía pública (p.e., Calle Constitución 21-25-27), se plantea el problema de que en el Catastro sólo cons-

ta un número; en estos casos, bastará con señalar el número más bajo; pero si es posible precisar en cuál de ellos se encuentra la finca, ése será el que habrá que consignar.

Los campos “*bloque*” y “*escalera*” se completarán en los casos en que existan varios.

En cuanto a la “*planta*”, señalar que la nomenclatura que sigue el Catastro es la siguiente:

Sobreático: +2

Ático: +1

Planta 99: 99

Planta 2.^a: 02

Planta 1.^a: 01

Planta baja: 00

Sótano 1.º: -1

Sótano 2.º: -2

Entreplanta: EN

Principal: PR

Semisótano: SS

En la medida en que aparezcan bien identificados, será con esta nomenclatura con la que habrá que hacerlas constar en la comunicación.

El campo “*puerta*” se completará cuando corresponda. A estos efectos, hay que tener en cuenta que el número de la plaza de aparcamiento o del trastero se indican en este campo.

El campo “*resto de dirección no estructurada*” permite recoger, si es preciso, otros datos no estructurados que complementen el domicilio, como la urbanización, paraje si es un diseminado, la planta que no se pueda reflejar en su campo según lo dicho antes, etc.

El campo “*aproximación postal en kilómetro*” se llenará cuando sea necesario para completar la ubicación del inmueble.

Por último, en cuanto al campo “*distrito postal*”, hay que decir que resulta irritante que siendo un dato accesible a cualquier persona, se le obligue al notario a realizar el trabajo de buscarlo para su introducción. Parece razonable introducirlo si se dispone de él con facilidad, pero realmente no sería razonable que la Administración rechazara un disquete por la falta de este dato.

G) Datos relativos a la identificación del transmitente.

Este apartado de la comunicación, según el manual de instrucción del programa de la Dirección General del Catastro, sólo se llenará cuando se trate de supuestos incluidos en la opción 1 (“*cambio de dominio simple*”) o del 4 (“*otras alteraciones catastrales*”) que supongan modificación de

alguno de los derechos del artículo 65 de la Ley de Haciendas Locales (usufructo, superficie o concesión administrativa). En los demás casos, no será necesario que se cumplimente.

Transmitente, a estos efectos, es el anterior titular del que se adquiere. Por tanto, en las sucesiones por causa de muerte, el transmitente será el causante; aquí la dificultad se deriva del hecho de que normalmente en las escrituras de herencia no se hace constar el NIF del causante. Tal vez, a partir de ahora, debamos acostumbrarnos a consignarlo, aunque sólo sea para evitarnos la molestia de que nos venga devuelto el disquete y de tener que dar la oportuna explicación; téngase en cuenta que en la comunicación no se indica si la transmisión es entre vivos o por causa de muerte. Otra posibilidad, que me ha sugerido alguna Gerencia Territorial del Catastro, consiste en que en estos casos en el campo NIF pongamos “99.999.999-R”.

Veamos los campos que es necesario cumplimentar en este apartado:

1. El campo “*apellidos y nombre o razón social*” no plantea, en principio, dificultades. Únicamente, decir que si hay varios transmitentes, sólo se consignará uno; el anexo de la orden dice que se indicará preferentemente el del titular catastral, que será el que conste en el documento catastral aportado; si no se ha aportado ninguno o si quien aparece como titular catastral no es realmente titular de la finca, entonces se hará constar a quien tenga un coeficiente de titularidad mayor.

2. Más complicado es lo relativo al campo “*NIF*” del transmitente. En concreto, existen casos en que el transmitente carece de NIF. Veamos los más importantes:

— En la transmisión por causa de muerte, supuesto al que ya nos hemos referido un poco más arriba.

— En las escrituras de constitución de sociedad a las que se aportan bienes inmuebles. Normalmente, en el momento de otorgarse la escritura de constitución no se dispondrá todavía del NIF de la sociedad y ese dato no aparecerá en la escritura ni el notario tendrá acceso a él. Pues bien, aquí, salvo que el notario pueda conseguir el dato y ponerlo en la comunicación, no quedará más remedio que dejarlo en blanco o utilizar el procedimiento citado de consignar “99.999.999-R”; y tal vez cabría completarse con la práctica seguida en el listado de “*activos financieros*”, en que se acompaña una nota aparte explicando esta situación.

— Cuando los transmitentes son españoles menores de 14 años (que no tienen obligación de tener DNI) o extranjeros menores de 18 años que no tienen asignado NIE, habrá que consignar el NIF del representante legal que actúe en su nombre. Así resulta del artículo 7 del Real

Decreto 338/1990 sobre composición y forma de utilización del NIF. Dicho artículo dice que en las relaciones de naturaleza o con trascendencia tributaria en que intervengan esos menores, habrán de figurar tanto los datos del menor como los de su representante legal; esto será válido para la escritura, pero para la comunicación, dado que sólo se puede consignar un transmitente, creo que habrá que poner el nombre y apellidos del menor, pero el NIF de su representante legal.

— Cuando los transmitentes son extranjeros no residentes en España, normalmente carecerán de NIF. En estos casos, ningún NIF podrá hacerse constar en la comunicación; no quedará más remedio que consignar el número de pasaporte o de la carta de identidad de su país. Sin embargo, parece ser que la Dirección General del Catastro ha insistido en que es preciso poner un NIF, afirmando que antes de realizar la transmisión el extranjero deberá obtenerlo; de hecho, el programa por ella elaborado no permite pasar de este campo si no se consigna un NIF que sea reconocible por él. Esta posición no es aceptable. Primero, porque es discutible que el extranjero que no resida en España esté obligado a obtener un NIF por el hecho de realizar un acto de esta naturaleza en España (el art. 3 del citado Decreto 338/1990 se refiere a los extranjeros no residentes diciendo que “*podrán solicitar de la Administración Tributaria la asignación de dicho Número de Identificación Fiscal cuando vayan a realizar operaciones con trascendencia tributaria*”: no impone que sea obligatorio). Pero es que, aunque realmente fuera obligatorio, según el artículo 6.3 del mismo Decreto, el incumplimiento de la obligación de aportar el NIF “*no afectará a la eficacia de estos actos o contratos, ni impedirá que los Notarios autoricen las escrituras correspondientes*”; la consecuencia que el Decreto prevé es que el notario incluirá a dicho otorgante en una relación trimestral de incumplidores, que remitirá a la Delegación de Hacienda.

Es decir, en todos los casos en que falte el NIF, el notario debe autorizar la escritura. Tal vez, de momento, la solución a seguir aquí podría ser la misma antes mencionada: poner en este campo “99.999.999-R”.

3. El campo “*número de cotitulares*” se llenará cuando el bien inmueble transmitido pertenecía a varias personas. Aquí hay que tener en cuenta que no estaremos en ese caso si quien transmite es una comunidad de bienes con NIF, que, a estos efectos se considera como un único titular.

Es dudoso si cuando hay varios titulares pero tienen derechos de distinta naturaleza debe considerarse que estamos en este caso. Es el caso de que sobre una finca exista un usufructuario y un nudo propietario. En mi opinión, y dado que a efectos del Catastro, como se dijo antes, el

único relevante es el usufructuario, éste será titular catastral único, por lo que no estaremos ante un caso de *cotitularidades*, que sólo existiría si fueran varios los usufructuarios.

H) Datos relativos a la identificación del nuevo titular.

Los campos que aquí deben aparecer son los siguientes:

1. Número de cotitulares. Le son aplicables las mismas consideraciones que veíamos para la pluralidad de transmitentes, a las que nos remitimos.

2. Descripción de la cotitularidad. Se trata de un campo que pasa automáticamente a ser parte del nombre del titular catastral, añadido como un sufijo. En el Catastro los sufijos que se utilizan normalmente, y que sería conveniente que se generalizaran, para mayor claridad, son los siguientes:

— “Y SP”: para adquisiciones para la sociedad conyugal (sustituye al “y esposo” e “y esposa”).

— “Y HM”: para situaciones de hermanos (sustituye al “y hermano”, “y hermana” e “y hermanos”).

— “Y HJ”: cuando se trata de copropiedades de padres e hijos (“e hijo”, “e hija” o “e hijos”).

— “Y OT”: para el resto de relaciones entre cotitulares: socios, amigos, etc.

Con lo expresado basta, sin ser preciso que en este campo se consignen otras cosas, como la naturaleza jurídica de la comunidad.

3. Apellidos y nombre y razón social del titular catastral. Y en otro campo su NIF. El anexo de la orden dice que se consignará aquí el que resulte titular conforme al artículo 65 de la Ley de las Haciendas Locales, lo que coincide con lo que antes dijimos. Y también dice que en caso de cotitularidad, se indicará el cotitular principal o el que se desee que figure como titular catastral, con lo cual parece que los cotitulares podrán elegir libremente cuál de todos ellos va a aparecer como titular catastral; de todos modos, parece razonable que, salvo razones especiales, en principio se opte por hacer constar al que tenga un porcentaje de titularidad mayor. El NIF plantea los mismos problemas que se han examinado en relación con los transmitentes, a los que nos remitimos.

4. Domicilio del nuevo titular catastral. Los datos que hay que consignar aquí son los mismos que los correspondientes al lugar de situación

de la finca: “código de provincia”, “código de municipio”, “nombre del municipio”, “tipo de vía”, “nombre de la vía”, “número de la vía”, “duplicado”, “bloque”, “escalera”, “planta”, “puerta”, “resto de dirección no estructurada”, “aproximación postal en kilómetro” y “distrito postal”. La problemática que plantean es la misma que ya se vio allí, a donde nos remitimos. La única diferencia es que aquí no hay un campo para hacer constar el nombre de la entidad menor en la que, en su caso, esté el domicilio del nuevo titular catastral; de todos modos, este dato, de ser necesario para una correcta determinación del domicilio, podría ponerse en el apartado “resto de dirección no estructurada”.

El principal problema que se suscita aquí es el de cómo consignar el domicilio de los residentes en el extranjero. El anexo no permite hacer constar domicilios que no estén situados en España. A estos efectos, hay que tener en cuenta los artículos 9 y 10 de la Ley 41/1998, de 9 de diciembre, sobre el Impuesto sobre la Renta de no residentes y normas tributarias. El artículo 9 dice que los contribuyentes por este impuesto están obligados a nombrar una persona física o jurídica con residencia en España, para que les represente ante la Administración Tributaria en relación con sus obligaciones por este impuesto, pero sólo en los siguientes casos: cuando operen por mediación de un establecimiento permanente, cuando lleven a cabo actividades o explotaciones económicas en España y cuando debido a la cuantía y características de la renta obtenida en territorio español por el contribuyente así lo requiera la Administración Tributaria. Y el artículo 10 de dicha ley añade que se considerará como domicilio fiscal del no residente, cuando obtenga rentas derivadas de bienes inmuebles, el domicilio fiscal del representante y, en su defecto, el lugar de situación del inmueble correspondiente. Así pues, parece que en estos casos, convendrá preguntar al no residente si tiene representante tributario en España y si la respuesta es afirmativa, su domicilio; si no lo tiene, en principio habría que consignar como domicilio el del inmueble adquirido; ahora bien, si éste no es apropiado para la recepción de notificaciones (por ejemplo, es una segunda residencia que casi no van a visitar o un terreno o una plaza de aparcamiento u otro bien inadecuado para servir como domicilio de notificaciones) y el no residente puede señalar otro domicilio más adecuado, creo que no habría inconveniente en reflejarlo en la escritura y hacerlo constar en la comunicación.

IX. Advertencias en las escrituras

Recordemos que en las escrituras que lleven consigo alteraciones catastrales, la Ley 13/1996 exige al notario hacer dos tipos de advertencias a los interesados. Conviene hacer una referencia a ellas porque tienen relación con el mecanismo de comunicación que hemos examinado. Concretamente, esas obligaciones son las siguientes:

1. En caso de incumplimiento de la obligación de aportar la referencia catastral, le impone advertirles de forma expresa y escrita en el propio documento de que incurren en dicho incumplimiento (art. 51.cuatro); implícitamente, se supone que la advertencia conlleva la de las posibles sanciones que ello podría ocasionar, aunque ello no es necesario que conste por escrito en el documento. Ya hemos explicado en qué casos hay que considerar que se produce este incumplimiento, los que se codifican en el apartado "*cumplimiento artículo 50 de la Ley 13/1996*" como 5 ("*no se ha presentado RC*").

2. En segundo lugar, el artículo 54, tercer párrafo (introducido por la Ley 50/1998), también obliga al notario a advertir expresamente a los interesados de la subsistencia de la obligación de presentar la declaración de la alteración catastral en la correspondiente Gerencia Territorial del Catastro si se da alguno de los dos siguientes casos:

— Si el acto o negocio contenido en la escritura no supone exclusivamente la transmisión del dominio de bienes inmuebles, es decir, una alteración del número 1 ("*cambio de dominio simple*"). O dicho de otro modo, la advertencia se hará cuando el documento contenga alguna de las demás alteraciones catastrales: 2 ("*obra nueva en construcción*"), 3 ("*obra nueva terminada*"), 4 ("*otras alteraciones catastrales*") y 5 ("*actos de naturaleza urbanística*"). Será indiferente que haya habido o no incumplimiento de la obligación de aportar la referencia catastral. Ello se debe a que en esos casos la comunicación notarial no produce los efectos de la declaración de alteración catastral.

— Y cuando ha habido incumplimiento de la obligación de aportar la referencia catastral, sea cual sea la clase de alteración catastral que contenga la escritura. Ahora bien, creo que aquí el significado de este incumplimiento no es igual al del caso anterior y que en este caso la advertencia deberá hacerse en todos los casos en que no proceda consignar en la comunicación la opción 1 ("*RC de la finca incorporada*"). En efecto, si se hace la advertencia es porque en tales casos la comunicación notarial no surte los efectos de la declaración de alteración catastral y tal cosa sólo sucederá cuando el notario ha emitido juicio afirmativo de identidad y

por tanto procede elegir esa opción en la comunicación. Por tanto, no sólo en el supuesto 5 (*"no se ha presentado RC"*), sino también en los demás distintos del 1, será necesario hacer esta advertencia.

Lo que no hay es una obligación legal de advertir lo contrario: que si se trata de una transmisión de dominio y se ha acreditado cumplidamente la referencia catastral no hay obligación de hacer la declaración de la alteración catastral. La carta recibida por todos los notarios de su respectiva Gerencia Territorial del Catastro para la puesta en marcha de este mecanismo dice que es *"imprescindible"* que se recuerde a los clientes que dándose esos requisitos quedan exentos de la obligación de presentar la oportuna declaración de transmisión de dominio ante el Catastro. Ya hemos dicho que no hay tal obligación, si bien resulta razonable que se informe a los interesados o a su gestor en ese sentido. Ahora bien, probablemente, antes de empezar a informarles así será conveniente dejar pasar varios meses y comprobar que el sistema de comunicaciones está en correcto funcionamiento: es preferible que se haga la declaración de alteración catastral dos veces a que se quede sin realizar. De hecho, la prudencia notarial de no hacer esa advertencia durante los primeros meses del año 1999 ha posibilitado que se siguieran declarando con normalidad las alteraciones catastrales a pesar de no haberse aprobado todavía la Orden Ministerial que estamos comentando.

X. Incumplimiento de la obligación de comunicar

En los *"Acuerdos alcanzados entre el Consejo General de Notariado y la Dirección General del Catastro relativos al envío de la información de la OM de 23 de junio de 1999 por los Notarios a las Gerencias Territoriales del Catastro"*, existe un apartado sobre *"actuación en caso de incumplimiento o cumplimiento fuera de plazo"*. En dicho apartado se establece la siguiente manera de actuación:

1.º Se requerirá la información verbalmente por el interlocutor de la Gerencia Territorial al interlocutor de la notaría, para que se remita en un plazo de tres días o simplemente para recordar el cumplimiento del plazo citado para próximos envíos.

2.º En caso de persistencia en el incumplimiento del envío de la información, el gerente territorial remitirá carta al notario solicitando la información en el plazo de cinco días.

3.º De continuar el incumplimiento, se pondrá en conocimiento del Decano del respectivo Colegio por el Gerente Regional del Catastro, debiendo aquél adoptar las medidas pertinentes para solucionar esta situación.

4.º En los excepcionales casos en los que, a pesar de todas las gestiones anteriores, el notario continúe sin enviar la información, se pondrá en conocimiento de la Dirección General de los Registros y del Notariado y del Consejo General del Notariado para que se provea en consecuencia.

También se regula el caso de que se produzca un rechazo del disquete enviado (por ser defectuoso o no tener un formato ajustado a las especificaciones de la orden), en cuyo caso, la Gerencia Territorial devolverá a la notaría el disquete recibido, para su subsanación en el plazo de cinco días, indicando la causa del rechazo y en caso de incumplimiento se actuará en la forma antes indicada. Si lo que se rechazan son uno o varios de los registros, la Gerencia Territorial indicará los registros que han sido rechazados, para su subsanación por la notaría, también en el plazo de cinco días, pasado el cual se procederá igual que en los casos de incumplimiento.

Con independencia de ello, no debe olvidarse que la Ley General Tributaria establece un rigurosísimo régimen de sanciones para las infracciones tributarias, entre las que se encuentran las consistentes en incumplir los deberes de suministrar datos, informes o antecedentes con trascendencia tributaria, bien con carácter general, bien a requerimiento individualizado. Concretamente, su artículo 83.2 (en la redacción que le ha dado la Ley 25/1995, de 20 de julio) impone como sanción la imposición de multas de 1.000 a 200.000 pesetas por cada dato omitido, falseado o incompleto que hubiera de figurar en las declaraciones correspondientes o ser aportado en virtud de los requerimientos efectuados, con el límite de que la cuantía total de la sanción impuesta no puede exceder del 3 por 100 del volumen de operaciones del sujeto infractor en el año natural anterior al momento en que se produjo la infracción, límite que será de 5.000.000 de pesetas cuando los años naturales anteriores no se hubiesen realizado operaciones, cuando el año natural anterior fuese el del inicio de la actividad o si el ciclo de producción fuese manifiestamente irregular. Y si como consecuencia de la resistencia del sujeto infractor o del incumplimiento de sus obligaciones contables y formales, la Administración Tributaria no pudiera conocer la información solicitada ni el número de datos que ésta debiera comprender, los límites expresados se elevan, respectivamente, al 5 por 100 del volumen de operaciones –sin que además en ningún caso la sanción pueda ser inferior a 150.000 pesetas– y a 8.000.000 de pesetas.

Pero es que, además, el artículo 86 añade que si los sujetos infractores fuesen autoridades, funcionarios o personas que ejerzan profesiones oficiales, y siempre que de la infracción cometida se deriven consecuencias de gran trascendencia para la eficacia de la gestión tributaria, la

multa expresada en el apartado anterior llevará además aparejada la suspensión por plazo de un mes, si su cuantía fuese superior a 1.500.000 de pesetas; por plazo de seis meses, si fuera superior a 6.000.000 de pesetas; y por plazo de un año, si fuera superior a 30.000.000 de pesetas. Que la notarial está comprendida dentro de esas “*profesiones oficiales*” lo dice expresamente el artículo 80.4 de la misma Ley. Se produce, por tanto, una acumulación de sanciones, que la Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de abril de 1990 ha considerado que no supone una discriminación injustificada respecto de los ciudadanos en general, porque “*el presupuesto del que parten los preceptos impugnados es que los sujetos afectados por las sanciones en ellos previstas tienen un específico y singular deber de colaboración con la Administración Tributaria, por razón de las funciones públicas que ejercen, claramente impuesto en los artículos 111 y 112 de la LGT (...). Deber de colaboración que se concreta en el suministro de la información de que dispongan que tenga trascendencia tributaria*”. De tal manera que, aunque la pena de suspensión sea, en cierto modo, accesoria a la de multa, “*no supone duplicidad injustificada e irrazonable, ya que el alcance de la infracción no es el mismo cuando ésta se comete por un ciudadano o profesional oficial en el ejercicio de sus funciones y con inobservancia de sus específicos deberes de lealtad y colaboración con la Administración Tributaria. Así entendido el art. 86 de la LGT, no hay infracción del derecho a la igualdad proclamado por el art. 14 de la Constitución*” (Fundamento Jurídico 5.º).

Cabe, pues, concluir como se empezó: estamos ante una obligación de gran importancia y cuyo cumplimiento exacto va a ser difícil. El notariado debe asumirla con todo el rigor que sea preciso, por mucho que suponga una pesada carga. Sería importante el contacto constante con el Catastro, sobre todo en el ámbito superior, como medio de dictar pautas claras que eviten los principales problemas que nos esperan. Este trabajo es sólo un humilde intento de colaborar en la aclaración de las principales dudas que en un primer momento suscita la materia.

USO DE GUARISMOS EN LAS ESCRITURAS

FELIPE POU AMPUERO

Notario

1. Señala el artículo 151-2 del vigente Reglamento Notarial: *“En los instrumentos públicos no podrán usarse guarismos en ningún caso y concepto sin que previamente hubieren sido puestos en letra. Exceptúanse aquellos que impliquen expresión de cantidades que no afecten al valor o precio del contrato, o que constituyan referencia numérica de las fechas y datos de otros documentos o notas de inscripción en los Registros o del pago del impuesto”*.

2. En comentario y desarrollo del precepto reglamentario se encuentran las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 6 de diciembre de 1927 y 13 de diciembre de 1927, que entre otras cosas señalan que: *“Considerando que la prohibición de abreviaturas y guarismos consignada en los artículos 25 de la ley del Notariado y 231 de su Reglamento con el principal objeto de evitar ambigüedades y confusiones en el instrumento público que se redacta (...)”*.

3. La intención del Reglamento es que con la prohibición del uso de guarismos en las escrituras se impida la manipulación de los datos, añadiendo mayor seguridad al texto del documento y, por tanto, aumentando la fiabilidad del mismo.

4. Últimamente se puede apreciar un mayor uso de los guarismos en las escrituras, quizá por el mayor uso de las numeraciones y de los valores y por la clase de documentos utilizada. En particular, se puede apreciar el uso de los guarismos en las siguientes clases de documentos: 1) préstamos hipotecarios; 2) configuración de propiedad horizontal; 3) operaciones societarias, tales como constitución de sociedades y transmisión de acciones o participaciones sociales; y 4) compraventa de fincas urbanas.

5. Hay que tener en cuenta que, puestos en el caso práctico, cuando se teclea con la máquina el número 3 se está queriendo decir lo mismo que *tres*. Pues bien, si por error en la posición de los dedos o por cualquier otra causa se pulsa la tecla contigua se escribe 4. El mismo error al escribir con letras el número daría como resultado *trws*. Al escribir el guarismo no se apercibe el error, puesto que no existe apariencia de error, sino solamente un número escrito con corrección, aunque sea falso. Al escribir con letras se apercibe el error, porque no existe apariencia de corrección, sino apariencia de error. Además, si se utiliza la función informática de corrección de ortografía la palabra mal escrita *trws* es detectada por el procesador, mientras que el número 4 no se detecta como error.

6. Además, al escribir los números con letras se impide en gran medida la manipulación fraudulenta del texto. Es fácil advertir que un *1* se puede convertir en *10* con sólo añadir un cero detrás. Esto no es igual si se escribe *uno* y *diez*. Todos tenemos experiencia sobrada de la existencia de manipulaciones en textos contractuales. Un ejemplo cercano se encuentra en las fechas de vencimiento de los efectos cambiales y en la necesidad de escribir en letra la cantidad de numerario que se libre en un cheque bancario. Tienen esta misma finalidad.

7. En otros supuestos no se trata sólo del cumplimiento o no de un precepto reglamentario, sino del cumplimiento de un mandato legal. Así sucede cuando se divide en propiedad horizontal un edificio. A cada departamento que se forme y sea susceptible de propiedad separada conforme al artículo 8-4 de la Ley Hipotecaria: "*En la inscripción se describirán, (...) sus distintos pisos o locales susceptibles de aprovechamiento independiente, asignando a éstos un número correlativo escrito en letra (...)*". Y aunque se pudiera pensar que el mandato legal opera exclusivamente para la inscripción registral, no es menos cierto que se inscribe el título por el que se forma la propiedad separada y este título es la escritura pública.

8. A los efectos registrales se encuentra la materia regulada en el artículo 375 del Reglamento Hipotecario donde se dice: *“Las cantidades, números y fechas que hayan de contener las inscripciones, anotaciones preventivas y cancelaciones se expresarán en letra; (...)”*.

9. Algunos ejemplos más frecuentes en el uso de los guarismos son los siguientes:

9.1. Propiedad horizontal.— La ya citada enumeración de los distintos departamentos de propiedad horizontal, que deberá tener una numeración correlativa en letra y su correspondiente cuota que deberá ser también en letra, puesto que no es referencia a ninguna fecha o datos de inscripción. No es admisible señalar una cuota de participación en los elementos comunes de 2,60%, sino de: *dos enteros y sesenta centésimas de entero por ciento (2,60%)*; o decir elemento (1), sino: *Elemento uno (1)*, o simplemente Uno.

9.2. Préstamos hipotecarios.— Al señalar la cuantía del préstamo y las cantidades de responsabilidad hipotecaria. No es admisible escribir 5.000.000 de pesetas por principal, 1.000.000 por intereses ordinarios de 2 años, etc. Sino que, por ejemplo, se debería escribir: *cinco millones (5.000.000) de pesetas por principal, etc.* El mismo supuesto sucede cuando la escritura autoriza, además, la distribución de la responsabilidad hipotecaria entre las distintas fincas hipotecadas y se remiten a un cuadro numérico o se incluye en el propio texto de la escritura una relación numérica de cifras.

9.3. Operaciones societarias.— En la constitución de sociedades al señalar las cifras de capital, el nominal de las partes sociales, las aportaciones sociales, etc. No es admisible establecer que el capital social se encuentra dividido en 500 participaciones sociales de 1.000 pesetas de valor nominal cada una numeradas del número 1 al 500. Se debería escribir, por ejemplo: *el capital social se encuentra dividido en quinientas (500) participaciones sociales de mil (1.000) pesetas de valor nominal cada una numeradas del número uno al quinientos (1/500)*.

10. En todos los supuestos que se puedan presentar hay que tener en cuenta que quizás por agilidad y rapidez se pueden utilizar los guarismos, pero siempre que vayan precedidos de su escritura en letra y esto para: 1) conseguir la seguridad jurídica; 2) evitar errores; y 3) dificultar la posterior manipulación del documento. De todos estos fines ha de ser garante el trabajo notarial conforme a lo dispuesto en el artículo 148 del Reglamento Notarial.

**AUTO DEL PRESIDENTE DEL TRIBUNAL
SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA,
DE 30 DE JULIO DE 1998,
RELATIVO AL ARTÍCULO 40.5 LSRL**

AUTO N.º 24 (*)

En Barcelona a treinta de julio de mil novecientos noventa y ocho.

Vistos por mí, Guillermo Vidal Andreu, el expediente de recurso gubernativo n.º 47/97, interpuesto por el Letrado D. Juan Puig Fontanals como apoderado de D.ª María Victoria Aguilera García, contra la nota de calificación del Sr. Registrador de la Propiedad n.º 21 de Barcelona, en el cual se acreditan los siguientes,

HECHOS

Primero. Por el Letrado D. Juan Puig Fontanals, como apoderado de D.ª María Victoria Aguilera García, en fecha 1 de diciembre de 1997, interpuso recurso gubernativo contra la nota de calificación del Sr. Registrador de la Propiedad n.º 21 de Barcelona, de fecha 30 de septiembre de 1997, hecha en escritura autorizada por el Notario D. Gabriel Suau Roselló el 13 de marzo de 1997, con número de su protocolo 745.

Segundo. Admitido a trámite dicho recurso, le correspondió el número 47 de 1997 de este Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, poniéndose seguidamente su

(*) Publicado en *La Notaría* - Julio/Agosto - 7/1998.

interposición en conocimiento del Sr. Registrador de la Propiedad n.º 21 de Barcelona, interesando del mismo emitiese el informe previsto en el artículo 115 del Reglamento Hipotecario a los efectos del artículo 66 de la Ley Hipotecaria, librándose asimismo mandamiento al Notario autorizante a los fines de emisión de informe, trámite éste que fue evacuado en su día por ambos.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Primero. Los hechos que sustentan el presente recurso son básicamente los siguientes,

En fecha 13 de marzo de 1997 se otorgó escritura pública ante Notario de Barcelona en la que doña Victoria Aguilera García vendía diversas participaciones sociales de la entidad mercantil “Industrial Cocktelera, S.L.” a doña Inmaculada Cuesta Moré y doña Luisa Fernández Rue, quedando el precio aplazado con condición resolutoria y constituyéndose, en garantía de dicho precio aplazado, una hipoteca por “Industrial Cocktelera, S.L.” sobre determinada concesión administrativa de la sociedad.

Presentada a inscripción la escritura ante el Registro de la Propiedad n.º 21 de Barcelona, la misma fue denegada “por oponerse frontalmente a la prohibición de prestar garantía... para la adquisición de sus propias participaciones...” que las Sociedades de Responsabilidad Limitada impone el artículo 40.5 de la Ley especial, de fecha 23 de mayo de 1995 (en realidad 23 de marzo de 1995)”.

Segundo. El artículo 40.5 de la LSRL, dice así: “La sociedad de responsabilidad limitada no podrá anticipar fondos, conceder créditos o préstamos, prestar garantía, ni facilitar asistencia financiera para la adquisición de sus propias participaciones o de las acciones o participaciones emitidas por sociedad del grupo al que la sociedad pertenezca”.

En la defensa de su nota de calificación el Registrador entiende que el tratamiento jurídico del mencionado derecho real de hipoteca, al contrariar una norma prohibitiva, debe reconducirse a través de lo que dispone el artículo 6.3 del Código Civil, que prevé para tales casos la sanción de nulidad de pleno derecho. Coherentemente, califica el defecto de insubsanable.

Recurrente y Notario informante defienden la validez del título, ofreciendo diversos argumentos:

El recurrente coincide con el Registrador en que la hipoteca infringe el artículo 40.5 de la LSRL y en que debe aplicarse el artículo 6.3 del Código Civil, pero discrepa en las consecuencias de sanción al estimar aplicable el último inciso de este artículo, que permite aplicar “un efecto distinto para el caso de contravención”. Y a los tales méritos acude al artículo 42 de la LSRL –precepto de cierre de la Sección sobre adquisición de las propias participaciones– para reclamar un efecto de multa administrativa, similar al previsto en este precepto.

El Notario autorizante ofrece un argumento de tipo sistemático. Propone interpretar el precepto que prohíbe a la sociedad dar sus bienes en garantía de la adquisición de sus participaciones (artículo 40.5 LSRL) a la luz de la prohibición de que la sociedad adquiera las participaciones propias (artículo 40.1 LSRL). Por ello, de conformidad con este planteamiento, si la ley excepciona en ciertos casos la prohibición de adquirir las participaciones propias tales excepciones serán también aplicables al supuesto en que la sociedad constituye garantía sobre sus propios bienes. En

concreto se pone el énfasis en la excepción contenida en el artículo 40.1.c LSRL. Tal precepto remite a la adquisición de participaciones propias adquiridas de conformidad con el artículo 31.3 LSRL (el cual prevé que, en caso de transmisión forzosa de participaciones sociales, la sociedad pueda subrogarse en lugar del adquirente y adquirir para sí tales participaciones). De este modo, con la finalidad de evitar que entren extraños en la sociedad, la ley excepciona la prohibición de que ésta adquiera sus propias participaciones. Por tanto, se concluye, también han de admitirse los negocios de garantía que tienen por objeto financiar la adquisición por los socios de las participaciones sociales (cuando hay autorización unánime de la Junta General) ya que así se evita que las compren terceros.

Se acude también a un argumento de tipo finalista. Debe recordarse que las dos compradoras son las únicas socias. Además, la Junta General ha aprobado la constitución de hipoteca. En estos casos, se nos dice, desaparece el fundamento de la prohibición del artículo 40.5 LSRL:

— *No cabe hablar de que se intente favorecer la transmisión de participaciones para alterar artificialmente su precio ya que la sociedad limitada no cotiza en mercados secundarios.*

— Tampoco hay riesgo de que los administradores, al hipotecar los bienes sociales, busquen el favor de ciertos socios (que así les apoyarán en el futuro) ya que aquí coinciden administradoras y socios (son las mismas personas), y ambas son indirectamente beneficiadas por la garantía que constituye la sociedad.

— En conclusión, en base a una interpretación finalista, la constitución de la hipoteca objeto de debate debe subsumirse en el artículo 40.5 LSRL sino en el artículo 10 LSRL que prevé que la sociedad preste garantías a los socios con permiso de la Junta General (algo que ya existe en el presente caso).

Cabe, en fin, una última argumentación. Cumpliendo el requisito de la autorización de la Junta General (requisito que se cumple en el caso de autos), nuestro ordenamiento jurídico mercantil permite a la sociedad dar sus bienes en garantía de deudas ajenas (aunque constituyan actos extraobjeto que comprometen el patrimonio social). De esta forma se admite que los administradores, con el citado consentimiento de la Junta General, hipotequen los bienes sociales en garantía de la deuda de un tercero (sea o no socio). Incluso en el presente supuesto nada se hubiere objetado si las compradoras de las participaciones sociales (que son a la vez administradoras de la sociedad), para pagar la compra al contado, hubieran pedido un préstamo al Banco, y, en garantía del mismo hubiesen hipotecado los bienes sociales. Parecería por tanto que lo que se puede lograr por vía indirecta debería también ser válido por vía directa. Para ello sería suficiente a estos efectos el consentimiento de la Junta General, pero ya no por mayoría (como en el artículo 10 LSRL) sino unánime de todos los socios.

Tercero. Los argumentos anteriores no son, en absoluto, desdeñables, pero su admisión, sobre contrariar la opinión doctrinal que hoy ha de considerarse mayoritaria, perturbaría gravemente la seguridad jurídica y chocaría frontalmente con unos sólidos apoyos legales.

El primer argumento no logra evitar el contraargumento de la compatibilidad entre la sanción civil y la sanción gubernativa. El segundo desconoce la distinta finalidad que persiguen los preceptos que trata de identificar en su intención: el 40.1, en relación con el 31.3 (y siempre con la aplicación del 40.2), y el 40.5, presentando

aqué excepciones y éste no. El tercero olvida que el artículo 40.5 persigue otros fines como son, según la doctrina, que la sociedad se valga de terceros para adquirir indirectamente acciones o participaciones propias o de una sociedad del grupo. El Cuarto parte de la artificiosidad de encuadrar los actos en los extra-objeto, con todos los riesgos que ello comporta.

El precepto, trasunto del 81 de la Ley de Sociedades Anónimas y recogido en nuestra legislación al tenor de la Segunda Directiva, no presenta fisuras. Es un precepto absolutamente prohibitivo y sin excepciones, contrariamente a lo que sucede en las sociedades anónimas. Su finalidad es clara y ya ha quedado expuesta: mediante el precepto se prohíbe de manera terminante la asistencia financiera de la sociedad para la adquisición de las propias participaciones. El hecho de que, en un caso concreto –que puede ser el presente– la finalidad que pretende el precepto se pueda ver cumplida sin acudir a un efecto tan grave como es la nulidad del acto jurídico, no puede servir de excepción declarada judicialmente, y menos en un proceso del tipo como el presente, en beneficio, como al principio se decía, del principio de seguridad jurídica y del principio de defensa de la legalidad.

Cuarto. Por todo lo anterior, procede desestimar el recurso presentado y mantener la calificación del Registrador de la Propiedad, imponiendo las costas a la parte recurrente por especial imperativo del artículo 130 del Reglamento Hipotecario.

Vistos los artículos citados y demás disposiciones aplicables,

El Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, ante mí, el Secretario de Gobierno, dijo: Se desestima el recurso formulado por el Letrado D. Juan Puig Fontanals, apoderado de D.^a María Victoria Aguilera García contra la nota de calificación del Sr. Registrador de la Propiedad n.º 21 de Barcelona de fecha 30 de septiembre de 1997 en escritura, autorizada por el Notario D. Gabriel Suau Roselló en fecha 13 de marzo de 1997 con número de su protocolo 745, y en consecuencia estése al contenido de la citada nota, con imposición de costas a la parte recurrente.

Notifíquese este auto a la parte recurrente y al Sr. Registrador de la Propiedad n.º 21 de Barcelona, previniéndoles que pueden interponer recurso de apelación para ante la Dirección General de los Registros y del Notariado en el plazo de quince días siguientes a la notificación de este Auto, por medio de escrito cursado directamente a esta Presidencia.

Así lo acuerda y firma el Excmo. Sr. Presidente de este Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de lo que yo, el Secretario de Gobierno, certifico.

LA INTERPRETACIÓN FLEXIBILIZADORA DEL ARTÍCULO 40.5 DE LA LEY DE SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA (1)

JOSÉ-MARÍA NAVARRO VIÑUALES

Notario

I. Referencia a los hechos que motivan el presente informe

Comenzaremos resumiendo tales hechos en forma sucinta.

El día 13 de marzo de 1997 el notario... autoriza una escritura en virtud de la cual doña A... y doña B... compran a doña C... ciertas participaciones integrantes del capital social de la entidad "D..., S.L."

(1) El presente escrito es un informe presentado al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña por la Comisión mixta asesora de dicho Tribunal, la cual está integrada por jueces, registradores y notarios, de la que fue ponente el firmante del presente trabajo. Para su publicación he introducido numerosas correcciones de estilo y alguna aclaración, pero no se ha añadido ningún concepto adicional.

El auto del presidente del TSJC de fecha 30 de julio de 1998 (que se transcribe en esta misma Revista) se mostró desfavorable a los criterios contenidos en el mismo, desestimando el recurso gubernativo interpuesto.

El problema subyacente es del máximo interés ya que se trata de precisar el ámbito de la autonomía de la voluntad en el seno de la sociedad limitada: en qué medida las normas imperativas pueden ser dispensadas por la voluntad unánime de los socios (en cuyo caso tales normas no serían propiamente imperativas sino presuntamente imperativas). En el presente supuesto considero que la mencionada voluntad unánime de los socios puede dejar sin efecto la prohibición contenida en el artículo 40.5 LSRL; por ello, en el epígrafe de estas notas hablo de la interpretación flexibilizadora de dicho precepto.

Una parte sustancial del precio queda aplazada. Pues bien, la garantía real del cumplimiento de la obligación aplazada la suministran no las compradoras sino la sociedad “D..., S.L.”, la cual hipoteca con tal fin su derecho de concesión sobre cierto local.

Cabe completar los datos fácticos relevantes precisando que las dos compradoras son, según manifiestan en la documentación aportada, no sólo las únicas socias de “D..., S.L.” sino también sus administradoras mancomunadas. Además la presente hipoteca está autorizada de forma unánime por la junta general universal de la citada entidad (esto es, por las dos socias que son a su vez las administradoras).

II. La nota de calificación y su defensa

El registrador de la propiedad deniega la inscripción de la hipoteca ya que estima que ésta vulnera la prohibición impuesta por el artículo 40.5 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (en adelante LSRL), a cuyo tenor: “La sociedad de responsabilidad limitada no podrá anticipar fondos, conceder créditos o préstamos, prestar garantía, ni facilitar asistencia financiera para la adquisición de sus propias participaciones o de las acciones o participaciones emitidas por sociedad del grupo al que la sociedad pertenezca”.

En defensa de la nota de calificación, entiende que el tratamiento jurídico del mencionado derecho real de hipoteca, al contrariar una norma prohibitiva, debe reconducirse a través de lo dispuesto por el artículo 6.3 del Código civil (en adelante C.c.), que prevé para tales actos la sanción de la nulidad de pleno derecho (y cita diversos autores en apoyo de su tesis).

El defecto, en coherencia con lo expuesto, se califica como insubsanable.

III. Los argumentos en favor de la validez de la hipoteca que se constituye

Tanto el recurrente como el notario informante defienden la validez de la hipoteca, ofreciendo diversos argumentos que pasamos a estudiar. El primero de ellos lo suministra el recurrente; el segundo y el tercero provienen del informe del notario autorizante; por mi parte añado un posible cuarto argumento. Analicémoslos en forma individualizada:

Primer argumento. El recurrente considera, y en este punto coincide con la nota de calificación, que es cierto que la hipoteca que estamos

estudiando infringe la prohibición del artículo 40.5 LSRL así como que tal vulneración se reconduce a través del artículo 6.3 C.c. Aquí termina la coincidencia con la nota de calificación, ya que entiende que las consecuencias de tal infracción no son las que defiende el registrador.

En efecto, mientras que para este último infringir el artículo 40.5 LSRL provoca la sanción de la nulidad de pleno derecho, para el recurrente procede aplicar el último inciso del citado precepto (“... salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”) y estimar que, para conocer la sanción que se deriva de vulnerar el artículo 40.5 LSRL, basta con acudir al artículo 42 LSRL –el precepto que cierra la sección sobre adquisición de las propias participaciones–, el cual se limita a prever la imposición de una multa administrativa a los administradores de la sociedad infractora. Por tanto, la infracción provoca una sanción administrativa pero no la nulidad civil del negocio de hipoteca.

Segundo argumento. El segundo argumento (estamos ya ante los argumentos ofrecidos por el notario informante) es de orden sistemático. Propone interpretar el precepto que prohíbe a la sociedad dar sus bienes en garantía de la adquisición de sus participaciones (art. 40.5 LSRL) a la luz del precepto que prohíbe a la sociedad adquirir sus propias participaciones (art. 40.1 LSRL). Por ello, de conformidad con este planteamiento –continúa el razonamiento– si la ley excepciona en ciertos casos la prohibición de adquirir las participaciones propias, tales excepciones también serán aplicables al supuesto en que la sociedad constituye garantía sobre sus propios bienes.

En concreto se pone el énfasis en la excepción contenida en el artículo 40.1.c LSRL. Tal norma se refiere a la compra por la sociedad de participaciones propias, adquisición que se verifica de conformidad con el artículo 31.3 LSRL (el cual prevé que, en caso de transmisión forzosa de participaciones sociales, la sociedad pueda subrogarse en lugar del adquirente y adquirir para sí tales participaciones). De este modo, con la finalidad de evitar que entren extraños en la sociedad, la ley excepciona la prohibición de que ésta adquiera sus propias participaciones. Por tanto, se concluye, también han de admitirse los negocios de garantía que tienen por objeto financiar la adquisición por los socios de las participaciones sociales (cuando hay autorización unánime de la junta general) ya que así se evita que las compren terceros.

Tercer argumento. Procede ahora recordar que, en el caso concreto que nos ocupa, las dos compradoras son los dos únicos socios. Además, la junta general ha aprobado la constitución de hipoteca. En estos casos,

cabe razonar, desaparece el fundamento de la prohibición del artículo 40.5 LSRL ya que:

1.º No cabe entender que la prestación de la garantía pretenda favorecer la transmisión de las participaciones de la sociedad alterando artificialmente su precio ya que la sociedad limitada no cotiza en mercados secundarios.

2.º Tampoco hay riesgo de que los administradores, al hipotecar los bienes sociales en favor de ciertos socios, busquen el favor de éstos (que así les apoyarían en el futuro) ya que aquí coinciden administradores y socios (son las mismas personas), y ambas son indirectamente beneficiarias por la garantía que constituye la sociedad.

En conclusión, en base a una interpretación finalista, la constitución de la hipoteca objeto de debate debe subsumirse no en el artículo 40.5 LSRL sino en el artículo 10 LSRL que prevé que la sociedad preste garantías a los socios con permiso de la junta general (autorización que ya existe en el presente caso).

Cuarto argumento. Pienso que es posible proponer otro argumento complementario de los anteriores, encaminado a defender la validez de la hipoteca cuya inscripción se deniega.

El punto de partida es la capacidad general de la sociedad limitada, la cual puede verificar a través de sus órganos, en principio, todo tipo de actos jurídicos. Por tanto, cumpliendo el requisito de la autorización de la junta general –requisito que, insisto, se cumplimenta en nuestro caso– nuestro ordenamiento jurídico mercantil permite a la sociedad dar sus bienes en garantía de deudas ajenas, aunque tal prestación de garantía sobre bienes propios sea un acto extra-objeto que comprometa el patrimonio social sin beneficio alguno para la entidad.

De esta forma se admite que los administradores, con el citado consentimiento de la junta general, hipotequen los bienes sociales en garantía de la deuda de un tercero (sea o no socio).

Incluso en el presente supuesto nada se hubiere objetado si las compradoras de las participaciones sociales (que son a la vez administradoras de la sociedad), para pagar la compra al contado, hubieran pedido un préstamo a un banco, y, en garantía del mismo hubiesen hipotecado los bienes sociales (de modo que la garantía no fuera en favor de la vendedora de las participaciones sino del banco acreedor). Parecería por tanto que lo que se puede lograr por vía indirecta debería también ser válido por vía directa: para ello sería suficiente a estos efectos el consentimiento de la junta general, pero ya no por mayoría –como ocurre en el supuesto que contempla el art. 10 LSRL– sino exigiéndose la unanimidad de todos los socios.

IV. Valoración crítica de los argumentos expuestos. Conclusiones

La cuestión analizada es ciertamente discutible por las siguientes razones:

1.º En cuanto a la afirmación relativa a que la única sanción procedente es la multa administrativa.

Es dudoso que la infracción del artículo 40.5 LSRL deba reconducirse exclusivamente a través de la multa prevista en el artículo 42 LSRL. No olvidemos que los actos contrarios a las prohibiciones contenidas en los artículos 39 a 41 LSRL, desde la perspectiva sancionatoria, pueden presentar un doble aspecto:

a) Desde un punto de vista administrativo, procede la imposición de una multa por parte del Ministerio de Economía y Hacienda a los administradores (art. 42 LSRL). Por tanto se castiga a los sujetos infractores.

b) Pero tal responsabilidad administrativa no es ontológicamente incompatible con la imposición de una sanción de orden civil, como es la contenida en el artículo 6.3 C.c. En este caso la sanción se dirige no contra los autores sino contra el acto ilegal, pretendiendo su desaparición del ámbito jurídico en orden a que no surta efectos.

Por tanto, ambos tipos de sanciones tienen su propia esfera de actuación, las cuales no son excluyentes sino complementarias.

Podría ser posible que, junto a la multa administrativa, también debiera imponerse una sanción de Derecho civil.

2.º En cuanto al segundo argumento expuesto con anterioridad.

No hay suficiente fundamento legal para entender que las excepciones a la prohibición de compra de las propias participaciones impuesta a la sociedad (ver art. 40.1 LSRL con su remisión al art. 31.3 LSRL) sean también aplicables a la prohibición de que la sociedad constituya la garantía sobre sus propios bienes (art. 40.5 LSRL).

En realidad ambos supuestos presentan diferencias que impiden tal interpretación equiparadora:

a) En caso de compra de las participaciones propias, la sociedad, al menos, tiene el carácter de beneficiaria de la adquisición (en cuanto pasa a ser titular de las mismas; de este modo puede tomar medidas de defensa: así amortizarlas de inmediato).

Sin embargo, la sociedad nunca se beneficia cuando grava sus propios bienes en garantía de una deuda ajena, y menos si tal gravamen lo es garantía de la compra de las propias participaciones. Por ello, el artículo 40.5 LSRL contiene un régimen más riguroso, lo que justifica que la prohibición de dar en garantía los bienes sociales para financiar la compra de las propias participaciones sociales no contenga excepciones.

b) El artículo 31.3 LSRL (que es pieza básica de la argumentación empleada por el notario autorizante) persigue evitar que, en caso de transmisión forzosa, un tercero adquiera las participaciones ejecutadas y entre en la sociedad. Por contra, el artículo 40.5 LSRL tiene una finalidad distinta consistente, básicamente, en asegurar la realidad del capital social y evitar un acto ajeno al objeto social que beneficie al socio pero no a la sociedad. Además para evitar que entren terceros en la sociedad la ley no necesita acudir a la prohibición de la prestación de tales garantías, debido a que ya prevé otro mecanismo más eficaz como son los derechos de adquisición preferente contemplados legal o estatutariamente.

3.º En cuanto al tercer argumento.

Es cierto que con la prestación de la hipoteca objeto de recurso no se distorsiona el precio de las transmisiones, presentes o futuras, de las participaciones ni tampoco se privilegia a ciertos socios. Pero ello no es suficiente ya que el artículo 40.5 LSRL persigue además otros fines, como son los señalados en el párrafo anterior y otros adicionales, como evitar que, al ejecutar la garantía, se produzca la devolución de las aportaciones a los socios por una vía indirecta (lo que ocurre si la garantía dada por la sociedad se ejecuta a favor del crédito de un socio vendedor, que de este modo en la ejecución adquiere el bien social dado en garantía).

4.º Por tanto, los tres argumentos anteriores no me parecen decisivos para admitir la validez de la hipoteca debatida. Sin embargo, es opinión del ponente que existe un cuarto argumento que puede posibilitar que se considere válida la hipoteca objeto del presente recurso.

Es una doctrina pacíficamente aceptada que el objeto social no limita la capacidad de la sociedad, la cual tiene carácter general, de modo que, con autorización de la junta general, puede hacer actos extra-objeto (tales como hipotecar sus bienes en garantía de una deuda ajena).

Es cierto, pese a lo dicho en el párrafo anterior, que en el supuesto del artículo 40.5 LSRL el acto extra-objeto presenta un doble peligro:

— Por una parte existe el riesgo general propio de todo acto extra-objeto, en los que lo que se busca no es el interés social sino otro distinto, de modo que en estos casos la sociedad nunca tiene nada que ganar —el beneficiado es otro— y tiene todo que perder.

— Pero además, dado que quien compra es, o va a ser, un socio, existe un mayor peligro de que éste pueda manipular la voluntad social (sobre todo si es mayoritario) provocando actos que perjudican a la sociedad (salvo que para tales actos exijamos no ya mayoría sino unanimidad). Parece que el legislador no desea que, en perjuicio de la sociedad, se confunda la esfera de intereses de ésta con la esfera de intereses del socio (algo especialmente posible si quien compra es precisamente un socio). La sociedad tiene un patrimonio propio que no está al servicio del

socio sino de la entidad, y el artículo 40.5 LSRL buscaría, evitando tentaciones, lograr tal objetivo.

Además esta prohibición protege el patrimonio societario y, de esta forma, colabora a asegurar la realidad del capital social.

No obstante las afirmaciones anteriores parece más razonable entender que siempre que el acto extra-objeto esté aprobado por la unanimidad de los socios, incluso en el supuesto del artículo 40.5 LSRL, ha de mantenerse la validez del mismo, básicamente por los siguientes motivos:

a) La sociedad no es más que una apariencia jurídica que se interpone entre la persona de los socios y la realidad. Por ello, el consentimiento unánime de los mismos, que forman el sustrato real de la entidad jurídica, ha de prevalecer sobre los argumentos formalistas.

b) Tal como se ha dicho con anterioridad el mismo resultado jurídico-económico se puede obtener por vía indirecta (recordemos el cuarto argumento expuesto con anterioridad): no tiene sentido prohibir por vía directa lo que se admite si se plantea en forma indirecta.

c) El presente acto –constitución de hipoteca– no vulnera los principios configuradores de la sociedad de capital, dado que tales entidades tienen capacidad para verificar actos extra-objeto.

d) El supuesto que estudiamos no es idéntico al del artículo 10.1 LSRL –créditos y garantías a socios y administradores–, ya que en éste el acuerdo de la junta general se tomará por mayoría, mientras que para el acto contrario al artículo 40.5 LSRL no bastará la mayoría de socios sino que será precisa la unanimidad de los mismos.

En base a lo anterior, informo en favor de aceptar el recurso y considerar el derecho real de hipoteca objeto de recurso como válidamente constituido y, por ello, inscribible en el Registro de la Propiedad.

BREVE NOTA

RICARDO CABANAS TREJO

Notario

Según destaca el auto del TSJC, la letra del artículo 40.5 LSRL parece arrastrar como un torbellino la sanción de nulidad, pero conviene reparar en cuál sea el escenario final que nos queda después de tan enfática declaración, pues, en resumidas cuentas, lo único que se ha hecho es dejar a la parte vendedora, que –recordémoslo– aún no ha cobrado una parte del precio, sin la garantía de la hipoteca. Al respecto, es opinión consolidada que la sanción de nulidad afecta, como regla general, tan sólo al negocio de asistencia financiera concluido por la sociedad, pero no a la adquisición de las participaciones realizada por un tercero (por todos, v. JUAN CARLOS VÁZQUEZ CUETO, *Régimen jurídico de la autocartera*, Madrid, 1995, p. 497). Más aún, si el crédito para el pago de la compra se hubiera obtenido de un tercero –p. ej., un banco–, y la sociedad sólo prestara una garantía a favor de éste (hipótesis que, frente a lo que se dice en el informe, considero encuadrable en el supuesto de hecho de la prohibición de asistencia financiera; v. VÁZQUEZ CUETO, *cit.*, p. 485), habríamos dejado al acreedor sin el dinero, pero también sin la garantía. ¡Muy poderosos deben ser los otros intereses que aquí colisionan cuando existe el riesgo de llegar a un resultado en apariencia tan gravoso para un tercero, que –por qué no, de buena fe– confía en la licitud de la operación de asistencia llevada a cabo! Por si esto fuera poco, de reparar en las singularidades del régimen de la nulidad radical, podría ocurrir que,

llegado el caso de exigir el tercero la realización de la garantía –pues no todas se inscriben, ni siempre es tan fácil detectar *a priori* la infracción–, los mismos administradores que celebraron el negocio prohibido, y que, quizá, hasta sean los nuevos socios favorecidos por el –presunto– acto de depredación, estén en condiciones de oponerle a aquél la nulidad del negocio de garantía por ellos concluido (es uno de los inconvenientes de mantener una rígida concepción bipartita de las nulidades, donde la calificación como “nulo” de un contrato obliga a pechar con determinadas consecuencias, algunas de las cuales, quizá, se muestren menos merecedoras de protección jurídica que el mantenimiento de una cierta eficacia del contrato irregular; v. MIGUEL PASQUAU LIAÑO, *Nulidad y anulabilidad del contrato*, Madrid, 1997, pp. 223 y ss.).

En todo esto hay algo que no me cuadra. La literalidad del artículo 6.3 C.c. no excluye la necesidad de interpretar la norma infringida, y de hacerlo, además, con todo el arsenal de medios que pone a disposición del intérprete el artículo 3 C.c., entre ellos, muy especialmente, el finalista (sobre el tema, v. ÁNGEL CARRASCO PEREA, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo 1, vol. 1, Madrid, 1992, pp. 779 y ss.; en particular, a propósito de la compatibilidad entre la nulidad y otro efecto distinto, escribe este autor en p. 822: “lo que se trata de saber es, precisamente, cuándo puede afirmarse esa compatibilidad, cuándo el efecto distinto ha de entenderse como una declaración implícita de validez. Para ello no nos sirve de nada el art. 6, 3.º, y la cuestión sólo podrá ser resuelta desde la interpretación de la norma defraudada; el resultado al que se llega será siempre el mismo al que habría que llegar aunque no existiera el art. 6, 3.º, puesto que la cuestión no consiste en dilucidar el sentido del artículo ahora comentado, sino en un problema de interpretación de las normas de prohibición”). Siendo así, antes de aplicar maquinalmente la norma sancionadora, es menester una valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, como acertadamente propuso el notario autorizante de la escritura, y remacha mi compañero JOSÉ-MARÍA NAVARRO VIÑUALES. Desde esta perspectiva, no se alcanza a ver qué interés social o de la minoría digno de tutela se ve aquí afectado, desde el momento en que el acto de prestación de la garantía cuenta con el respaldo unánime de los socios, es decir, de todas las hipotéticas víctimas, que por el mero hecho de consentirlo –y de beneficiarse de él– dejan de serlo. Aun así, siempre queda el recurso fácil a la retórica tradicional del capital social y el interés de los acreedores sociales, aunque dicho argumento se revela muy endeble, pues, en tal caso, ¿cómo se explica que baste el acuerdo mayoritario de la junta para prestar análogas garantías, siempre que lo sea por otro motivo?, ¿presenta menos riesgo para los acreedores sociales el hecho de que la garantía se constituya con el fin de

que el socio le compre un coche nuevo a su amante, que hacerlo para la adquisición de las participaciones de la propia sociedad, y así evitar, por ejemplo, la entrada de un tercero en ésta? Tampoco la regla especial del artículo 10.1 LSRL permite fundar un razonamiento *a contrario*, pues, en todo caso, la falta de previsión en el artículo 40.5 LSRL de la posibilidad de un acuerdo social convalidante, impide que la mayoría esté en condiciones de salvar la operación de asistencia financiera prohibida, pero si la decisión ha sido unánime nos instalamos en un terreno por completo distinto, en el que carece de sentido frustrar aquella operación sobre la base de una discrepancia, que ya ni siquiera existe.

Todo lo dicho sólo quiere ahondar en las incongruencias del exagerado régimen prohibitivo que ha instaurado la LSRL, ya oportunamente denunciadas por nuestra mejor doctrina (por todos, FERNANDO PANTALEÓN PRIETO, “Negocios sobre las propias participaciones: un discurso *contra legem*”, en VVAA, *Tratando de la Sociedad Limitada* [coord. Cándido Paz-Ares], Madrid, 1997, pp. 617-662, esp. p. 657, quien, entre otras cosas, alerta sobre la falta de coordinación entre la rotunda prohibición de asistencia financiera y la permisión limitada de adquisición de participaciones propias del art. 40.1.c) LSRL). Esto supuesto, la necesidad de una interpretación correctora, entiendo, se hace inaplazable, pero, lamentablemente, no ha sido éste el sendero seguido por el TSJC.

PS. En la práctica de nuestros despachos, no es infrecuente una operación que podría describirse así: los socios de una sociedad familiar, que no titulariza otro activo que un inmueble, en lugar de vender este último a un promotor, lo que hacen es transmitirle la sociedad –elusión fiscal aparte–, con un cambio de administrador que se formaliza en el número siguiente de protocolo. Ningún problema si el promotor dispone de los fondos necesarios para ello, pero puede ocurrir que necesite financiación externa. Si desde el comienzo se hubiera optado por la venta directa del inmueble, muy bien podría ocurrir que el promotor financiara la compra mediante un préstamo de un banco, cuya garantía hipotecaria se constituiría sin mayores problemas sobre el mismo inmueble que simultáneamente es adquirido por aquél. Por el contrario, si lo que se vende es la sociedad, el decorado cambia completamente; al ser la sociedad la que constituye la garantía en favor de un tercero –el promotor de marras–, a fin de que éste obtenga del banco el crédito con el cual adquirir las participaciones de la sociedad, todo el entramado se nos viene abajo, pues la garantía –según parece– es nula de pleno derecho. Tuve un caso así y se lo hice saber al promotor; el resultado final fue que perdí la hipoteca, que firmaron con otro notario desconocedor del fondo del asunto, frente al que manifestó que el préstamo se pedía para hacer frente a “nece-

sidades de tesorería” del prestatario. Como es lógico, esta circunstancia tampoco pudo ser advertida por el registrador de la propiedad, salvo que Dios todopoderoso le hubiera dotado de facultades especiales para adivinar los “motivos” ocultos de las partes, facultades que por fuerza habrían de situarse más allá de sus –terrenales– medios de calificación. En última instancia, si algún día surge algún problema, todo se resolverá en vía judicial, y por mucho que diga el auto del TSJC, a pesar de que la inscripción no convalida los actos y contratos nulos, albergo pocas dudas de que el banco conservará su garantía.

RESOLUCIÓN COMENTADA

SENTENCIA DE 1 DE JUNIO DE 1999, N.º 490/1999, ACERCA DEL ARBITRAJE, CONVENIO Y FORMA

ELÍAS CAMPO VILLEGAS

Notario

SUMARIO: **I.** ANTECEDENTES DEL LITIGIO. **II.** PRESENTACIÓN DEL PROBLEMA: ALCANCE DE LA EXPRESIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE CUMPLIR LA DECISIÓN ARBITRAL DEL ARTÍCULO 5.1 DE LA LEY DE ARBITRAJE. **III.** LA JURISPRUDENCIA DE LAS AUDIENCIAS. **1.** Audiencia de Barcelona. **2.** Audiencia de Bilbao. **3.** Audiencia de León. **4.** Audiencia de Madrid. **5.** Audiencia de Palma de Mallorca. **6.** Audiencia de Sevilla. **IV.** LA DOCTRINA CIENTÍFICA. **V.** NUESTRA OPINIÓN. **1.** La *voluntas legislatoris* como elemento de interpretación de la Ley. **a)** *Introducción al tema.* **b)** *El proceso parlamentario.* **c)** *La doctrina científica en torno a la “voluntas legislatoris”* **2.** El antecedente histórico-legislativo y la orientación de la reforma. **a)** *La orientación general de la reforma.* **b)** *Especial consideración de los Convenios de Ginebra y de Nueva York.* **c)** *A manera de resumen parcial.* **3.** El elemento sistemático. La interpretación conforme al contexto de nuestro ordenamiento. **a)** *La autonomía privada como fuente de las obligaciones.* **b)** *El principio espiritualista como principio rector del formalismo contractual.* **c)** *El principio de conservación del contrato.* **4.** La realidad socio-económica.

Doctrina del Tribunal Supremo. El convenio arbitral debe expresar la voluntad inequívoca de las partes o consentimiento contractual, pero el añadir el último inciso del artículo 5.1 de la Ley de Arbitraje que también debe expresar la obligación de cumplir tal decisión (el laudo arbitral) no es más que una simple redundancia, que va implícita en la voluntad de las partes y que integra el consentimiento contractual. Es decir, esa frase “obligación de cumplir tal decisión” no es una frase sacramental que debe constar en el convenio arbitral, sino que va implícita e integrada en el consentimiento.

I. Antecedentes del litigio

El tema central de la discusión jurídica de la presente *litis* se concreta en la cláusula contractual de sumisión a arbitraje que se halla en el contrato de obra que fue celebrado por escrito, en documento privado de 2 de mayo de 1989, entre la demandante en la instancia y recurrente en casación, la entidad “F. Closa Alegret, S.A.” y el codemandado don Juan José Z. R. Dicha cláusula reza así: “Noveno. Cualquier duda o divergencia que se suscitara entre las partes, por razón de la obra efectuada, será dirimida arbitralmente por el Illtre. Sr. Decano del Colegio de Arquitectos de Cataluña”.

Dicha sociedad anónima interpuso demanda contra el mencionado demandado y su esposa doña Leticia O. C. en reclamación del pago del precio, daños y perjuicios, intereses y costas. La sentencia de la Audiencia Provincial, Sección 12.^a, de Barcelona, revocando la del Juzgado de 1.^a Instancia núm. 4 de la misma ciudad y que es objeto del presente recurso de casación, estimó la excepción de sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje.

El recurso de casación fue interpuesto por la entidad “F. Closa Alegret, S.A.” al amparo del n.º 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alegando defecto de forma en el convenio arbitral por cuanto el artículo 5.1 de la Ley de Arbitraje dispone: “El convenio arbitral deberá expresar la voluntad inequívoca de las partes de someter la solución de todas las cuestiones litigiosas o de algunas de estas cuestiones, surgidas o que puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas, sean o no contractuales, a la decisión de uno o más árbitros, así como expresar la obligación de cumplir tal decisión”. Y en la cláusula de sumisión a arbitraje del caso de autos no se hace constar explícitamente la “obligación de cumplir tal decisión”.

El Tribunal Supremo, en la sentencia que comentamos, rechaza tal criterio y por lo tanto el recurso, confirmando la sentencia de la Sección 12

de la Audiencia Provincial de Barcelona con el siguiente talante liberal:

“No cabe admitir este razonamiento (el del recurrente) ya que no debe confundirse la forma del negocio jurídico, con las históricamente superadas fórmulas sacramentales. La doctrina y la práctica judicial en Juzgados y Audiencias se ha inclinado claramente a favor de no darle una trascendencia que no es acorde con la filosofía de esta Ley. Esta Sala se pronuncia decididamente sobre la forma del contrato de compromiso (o convenio arbitral, como lo llama esta ley) como independiente o como cláusula en otro contrato (es el presente caso), en el sentido de que debe formalizarse por escrito, como dispone el artículo 6 de la Ley de Arbitraje y debe contener el consentimiento, declaraciones de voluntad concordes de las partes, lo cual lo especifica el artículo 5.1 al disponer que debe expresar la voluntad inequívoca de las partes, que no es otra cosa que el consentimiento contractual, al añadir el último inciso que también debe expresar la obligación de cumplir tal decisión (el laudo arbitral) no es más que una simple redundancia que va implícita en la voluntad inequívoca de las partes y que integra el consentimiento contractual. Es decir, esta frase «obligación de cumplir tal decisión» no es una frase sacramental que debe constar en el convenio arbitral, sino que va implícita e integrada en el consentimiento.”

II. Presentación del problema: alcance de la expresión de la obligación de cumplir la decisión arbitral del artículo 5.1 de la Ley de Arbitraje

El último inciso del apartado 1 del artículo 5 contiene una desafortunada frase que en algún caso se ha interpretado como un requisito formal del convenio arbitral el que “deberá... expresar la obligación de cumplir tal decisión” (la decisión arbitral, el laudo). Criterio rigorista que ha llegado a sancionar la omisión de aquella expresión con la nulidad del convenio arbitral y la del laudo. Tema sobre el que se pronuncia la sentencia que comentamos y que arroja luz en el actual panorama doctrinal y de la jurisprudencia de las audiencias que seguidamente mostramos.

III. La jurisprudencia de las audiencias

1. Audiencia de Barcelona

En la misma Audiencia tenemos dos criterios:

a) Las sentencias de la Sección 15 de 31 de diciembre de 1996 y 27 de febrero de 1997, exigen que en el convenio arbitral conste la expre-

sión de la obligación de cumplir la decisión arbitral, so pena de nulidad que arrastra la nulidad del laudo arbitral.

En estas sentencias, con referencia al requisito cuestionado, se reconoce la existencia de “abundantes críticas doctrinales que lo han considerado superfluo por redundante” o “por ocioso, pues la fuerza imperativa del laudo no deriva de la voluntad de las partes, afirmándose que tan sólo tiene sentido en aquellas manifestaciones históricas en las que la eficacia del laudo aparece ligada a la imposición de sanciones”. O incluso, citando su propia jurisprudencia, que, por cierto recuerda a la del Tribunal Constitucional, llega a decir que “Aunque como tenemos declarado en sede de anulación de arbitraje las formas no constituyen un valor por sí mismas sino en cuanto tienden a asegurar el respeto de los derechos de las partes”.

Sin embargo, aquella Sala, tras ponderar la seriedad de aquellos argumentos, al final se inclina por aceptar el carácter esencial de aquella expresión en base fundamentalmente a dos razones:

a') *El iter legislativo.*

En aquellas sentencias se lee que “Examinado el **iter** parlamentario de la Ley de Arbitraje, se advierte que el controvertido inciso fue incorporado al texto del Proyecto al acogerse con fórmula transaccional la enmienda de determinado grupo, y que, propuesta más tarde en el Senado la supresión de aquel requisito, por entenderlo redundante y considerar suficiente la voluntad inequívoca de someter a la decisión arbitral la cuestión litigiosa, dicha supresión fue rechazada, estableciéndose así el actual contenido de la Ley, que exige claramente la expresión en el convenio arbitral de la obligación de cumplir el laudo”.

De esta manera, las dos sentencias de la Sección 15 comentadas apoyan su doctrina en un elemento interpretativo, hoy desacreditado en la civilística, cual es la *voluntas legislatoris*. Extremo al que más tarde dedicaremos especial atención. Pero es que, además, el problema no lo tenemos en la literalidad del precepto ni en su mandato, que nadie discute; sino en la trascendencia del mismo y en las consecuencias de su incumplimiento en orden a la validez o nulidad del convenio que lo omita, tema éste que constituye básicamente la tarea de nuestro trabajo.

b') *Evitar dejar vacía de contenido o de sentido la norma.*

Las sentencias comentadas aducen en pro de su doctrina de la nulidad, que “no cabe vaciar una norma que exige de forma imperativa un

determinado contenido como técnica —acertada o no— para garantizar la renuncia a la jurisdicción”.

Con todos los respetos que nos merece la Sala, y no es mera frase de cortesía, nos permitimos disentir de la consecuencia a la que llega; y por ello realizaremos las consideraciones que siguen.

La preocupación por dejar vacía de sentido la norma jurídica es inmotivada por dos razones:

1.^a En primer lugar, porque no sería la única norma inútil y superflua que existe en la Ley de Arbitraje, pues lo mismo les ocurre a los preceptos contenidos en el párrafo 2 del artículo 3 y en el párrafo 2 del mismo artículo 5:

— En el párrafo 2 del artículo 3 aparece una norma tan incomprensible e inútil como ingenua: decretar la invalidez de un acto y decir que el mismo valdrá si luego es aceptado no es añadir nada. Todo el párrafo sobra. El arbitraje impropio será inválido porque lo dice la Ley. Si después de emitida la decisión las partes lo aceptan, es evidente que les vinculará por el pacto posterior y ello aunque se suprima este párrafo.

— Y lo mismo ocurre con el párrafo 2 del artículo 5. Todo él está de más y no dice nada nuevo. Ordenar que en el convenio arbitral se tenga en cuenta la normativa de los contratos de adhesión cuando se halle enmarcado en un contrato de adhesión tiene el mismo aire de vaciedad y simpleza que en el caso anterior. Durante la discusión parlamentaria en el Congreso de los Diputados, la enmienda número 66, presentada por la Agrupación parlamentaria del PDP propuso la supresión del párrafo 2 del artículo 5 porque “no dice nada” (1).

Y con estas muestras de textos innecesarios y sobrantes no se resta el mínimo valor a la importante y buena labor del legislador de 1988. Pero las cosas son como son.

— Pero es que además, y bien miradas las cosas, también sobra el párrafo 1 del artículo 5, salvo el inciso en que matiza que la sumisión debe referirse a “relaciones jurídicas determinadas” impidiendo con ello tanto la indefinición de la materia arbitrable como la renuncia general a la jurisdicción ordinaria. Pero, quitado este extremo, podría suprimirse el resto del apartado 1. La definición y concepto del arbitraje y del convenio arbitral resultan suficientemente de los artículos 1 y 6 de la Ley. La insistencia de que se exprese aquella **voluntad inequívoca** no es otra cosa que albarda sobre albarda. La “voluntad” de someter ya la tenemos en el artículo 1 que contempla el “convenio” de someter a la decisión de uno o varios árbitros las cuestiones litigiosas, puesto que este convenio

(1) LORCA NAVARRETE, A. M.^a, y otros en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, ed. Dykinson, 1991, p. 75.

no es otra cosa que un negocio jurídico en el que la voluntad es su alma y vida. Aceptado que quepa el convenio de sumisión arbitral no se necesita ya para nada añadir que el convenio tiene que expresar la voluntad de sumisión; de la misma manera que la ley se guardará de decir que en el contrato de compraventa se expresará la voluntad de vender. Y finalmente, ¿qué decir de la precisión “inequívoca”? El texto pide que la voluntad sea “inequívoca”. Y cabría comentar si acaso la voluntad y el consentimiento negocial puede ser jamás de otra manera, puesto que en cuanto la voluntad aparezca en forma equívoca o dudosa ya no sería voluntad con potencia creadora negocial.

2.^a Por último digamos que, aun apurando las cosas, nuestra tesis no produce necesariamente la inutilidad del inciso discutido. Para nosotros la inobservancia del mandato no acarrea la nulidad del convenio. Pero como el mandato sigue allí, puede tener el valor de reforzar la primera disposición del artículo: el convenio arbitral precisa una voluntad inequívoca de sumisión, voluntad expresa, nunca deducida del silencio de una de las partes o de presunciones. Se sale al paso así, para prohibirlos, de los convenios arbitrales “deducidos” y de las denominadas “cláusulas semiescritas” (2).

b) La sentencia de la Sección 13 de 28 de septiembre de 1994 se pronunció, por contra, en el sentido de no compartir el criterio rígidamente formalista de la parte que pedía la nulidad del laudo por entender que la frase “así como expresar la obligación de cumplir tal decisión”, no puede tener más valor que el aclaratorio, constituyendo, efectivamente, una expresión pleonástica del legislador, carente de mayor transcendencia, cuando, a través del sometimiento, aparece inequívoca la voluntad, que cada parte exige de la otra, de cumplir la decisión arbitral, y si algún sentido tiene la institución es el de que “las partes se obligan a cumplir la decisión emitida por el árbitro”, lo que adquiere mayor relieve, a la luz del principio de *uberrima fides* básico para la pacífica dirimencia de los conflictos. Esta sentencia recoge expresamente, citándolo, el criterio del Tribunal Arbitral de Barcelona.

El mismo criterio liberal y antiformalista encontramos en la sentencia de la Sección 12 de la misma Audiencia de Barcelona de fecha 19 de abril de 1994, cuya sentencia fue confirmada en casación por la del Tribunal Supremo que es objeto de estos comentarios.

(2) CALVO CARAVACA, A., y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., en *Arbitraje comercial internacional*, ed. Tecnos, 1989, pp. 68 y ss.

2. Audiencia de Bilbao.

Se adhiere a la tendencia antiformalista en su sentencia de 11 de marzo de 1993, con el razonamiento de que “la voluntad inequívoca de las partes de someterse al laudo arbitral resulta del enunciado del mismo por lo cual no se precisa del formalismo de recoger en el contrato la expresión de la Ley enunciada, resultando la voluntad de cumplirlo de su propio contenido (arts. 1.281 y ss., 1.089, 1.091, 1.255 y concordantes del Código civil).”

3. Audiencia de León.

En la misma línea espiritualista se muestra la sentencia de 14 de junio de 1993 al decir que rechaza la invalidez de la cláusula de arbitraje..., al no expresarse en ella... la obligación de cumplir la decisión de los mismos (arts... y 5.1 de la Ley), por estar implícito el sometimiento a la decisión del arbitraje en el propio texto de la cláusula...”

4. Audiencia de Madrid.

Ofrecemos dos sentencias de la Audiencia de Madrid contrarias a los criterios formalistas.

La sentencia de 7 de noviembre de 1995 considera “**redundante**” la exigencia de expresar en el convenio arbitral la obligación de cumplir la decisión arbitral. Y en la de 4 de marzo de 1996, se llega a decir, con referencia a aquella exigencia de constatar expresamente la obligación de cumplir el laudo, del artículo 5.1, que, considera “excesivamente formalista la literalidad del precepto, carente de mayor transcendencia, una vez que, a través del sometimiento al arbitraje, se deriva y aparece clara e inequívoca la voluntad de todos los intervinientes en los contratos, en el sentido de comprometerse recíprocamente a cumplir la decisión arbitral, lo que de no ser así privaría de sentido y contenido a la institución”.

Y en el mismo sentido se pronuncia la sentencia de 30 de marzo de 1996.

5. Audiencia de Palma de Mallorca.

Esta Audiencia, en sentencia de 3 de abril de 1997 y 17 de febrero de 1998, resuelve el tema en el mismo sentido, con criterio espiritualista, no formalista; y para ello cita y copia los razonamientos de la Sección 13 de la Audiencia de Barcelona de 28 de septiembre de 1994, concluyendo que “tampoco por esta vía puede, por tanto, atacarse el convenio, pues, cons-

ta la voluntad de dirimir la controversia acudiendo a la institución arbitral, de donde se deduce inequívocamente la obligación de cumplir su decisión”.

6. Audiencia de Sevilla

a) El criterio de rígido formalismo aparece en la sentencia de 18 de enero de 1993 que considera ser *requisito esencial del convenio arbitral* el expresar en el mismo el compromiso voluntario de cumplir la decisión arbitral. Pero tampoco convence esta resolución judicial por cuanto su tesis la ampara en un argumento que no es cierto ya que considera ser requisito esencial el compromiso de los firmantes de acatar el laudo “a fin de justificar la ejecutoriedad de lo resuelto”, cuando lo cierto es que la ejecutoriedad del laudo se ampara en su asimilación a la cosa juzgada y no en la manifestación de los otorgantes.

b) La sentencia de 27 de junio de 1995 advierte que si bien una interpretación literal y gramatical del artículo 5.1 conduciría a exigir para la validez del convenio la expresión de la obligación de cumplir la decisión arbitral. “Sin embargo, una interpretación lógica y sistemática, menos rígida y formalista, lleva a la conclusión de que tal exigencia no es sino una precisión redundante, que nada añade a la voluntad indubitada de las partes de someterse al arbitraje: a) La obligación de cumplir la decisión arbitral constituye la esencia misma del arbitraje, dado que las partes se comprometen a acatar el laudo y, al concluirse el convenio arbitral, optan por la ejecución forzosa del laudo en caso de incumplimiento voluntario. b) El artículo 6.2 de la Ley de Arbitraje entiende que el convenio arbitral se ha formalizado por escrito cuando exista constancia documental de la voluntad de las partes de someterse al arbitraje, y el artículo 42.1 de dicha Ley autoriza al juez a rechazar la formalización del arbitraje sólo cuando considere que no consta documentalmente de manera inequívoca la voluntad de las partes; en ninguno de los dos preceptos reseñados se exige que expresamente conste, además, la obligación de cumplir el laudo. c) La interpretación de las normas jurídicas persigue indagar el alcance y significado de la *voluntas legis*, abstracción hecha de la *voluntas legislatoris*. En consecuencia, y de acuerdo con la interpretación lógica-sistemática del artículo 5.1, el convenio arbitral, contenido en la cláusula 7.ª del contrato de corretaje, ha de reputarse válido y eficaz, por lo que el laudo impugnado no puede ser anulado en base al artículo 45.1.º de la Ley 36/1988”.

IV. La doctrina científica

En la doctrina de los autores aparece una clara y decidida línea antiformalista. Se califica a la exigencia del artículo 5.1 de “irrelevante”, “sorprendente”, “reiterativa”, “redundante”, “carente de transcendencia”, “requisito subsumido en la voluntad inequívoca de las partes”, “efecto jurídico del propio contrato de arbitraje”, etc.

1. Comenzaremos la exposición por la autorizada doctrina de los procesalistas ANDRÉS DE LA OLIVA y MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ, en cuya obra (3), tras tachar la redacción del artículo 5.1 de “confusa y redundante”, al referirse a la exigencia establecida en su último inciso respecto a expresar la obligación de cumplir tal decisión, FERNÁNDEZ LÓPEZ nos dice que “semejante precepto o es del todo irrelevante o resulta algo sorprendente. No tiene, salvo error mío, equivalente en las legislaciones europeas y en él late, a mi entender, una concepción errónea del arbitraje y de los efectos del laudo arbitral”. Y más adelante añade que: “A mi entender, no hay razón alguna para interpretar literalmente esta exigencia, salvo quizá un apego al formalismo poco compatible con la tendencia generalizada en favor del arbitraje. Sí hay, en cambio, razones, para interpretarla de modo amplio, de suerte que el convenio arbitral sea válido aunque no conste la sacramental fórmula de «expresar la obligación de cumplir tal decisión» (la de los árbitros, se entiende)”.

Como razones para su tesis dicho autor aduce las siguientes:

a) El requisito de “expresar la obligación de cumplir la decisión” puede entenderse subsumido en la expresión de “la voluntad inequívoca de las partes de someter la solución de la controversia a árbitros”.

b) Del artículo 42.1.º de la propia LA se deduce que la única causa por la que el juez puede negarse a “formalizar el compromiso” es que no conste la voluntad inequívoca de las partes (se entiende de someter la controversia a árbitros), y no que falta la mención expresa de cumplir el laudo; y el artículo 6.2 de la LA exige sólo que el medio de comunicación que se utilice deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje, pero no de la “obligación de cumplir la decisión”.

c) Existe una práctica nacional e internacional –en la que la nueva LA quiere integrarse– para la que resulta extraña el formalismo sacramental que supone “la expresión de la obligación de cumplir tal decisión” y que, incluye, en cambio, la voluntad inequívoca de someter la controversia a arbitraje”.

(3) *Derecho Procesal Civil*, IV, 4.ª ed. pp. 452 y ss.

2. Siguiendo la opinión que antecede, R. HINOJOSA SEGOVIA afirma que coincide “plenamente con FERNÁNDEZ LÓPEZ, pues el principio anti-formalista que preside la celebración del convenio arbitral no se adecua a las exigencias de expresar la obligación de cumplir la decisión de los árbitros que bien puede entenderse incluida en la más general de “someterse a arbitraje” (4).

3. La idea de lo superfluo late en el pensamiento de E. FONT SERRA. Para este autor, “si los contratantes convienen en someterse al arbitraje ya están admitiendo que deberán cumplir –incluso contra su voluntad– la resolución arbitral, pues el laudo podrá ejecutarse por los trámites establecidos para la ejecución de sentencias, lo que no depende del pacto previo de los laudantes, sino de que el Estado atribuye al laudo una ejecutoriedad incondicionada” (5).

4. F. CORDÓN MORENO sigue a FONT SERRA en la obra colectiva dirigida por MONTERO AROCA. Dicho autor nos dice, con respecto al requisito que analizamos, que el mismo es “superfluo”. “La imposición del acatamiento previo por las partes de la decisión de los árbitros es sustancial al arbitraje; forma parte del concepto y, por tanto, no precisa ser regulado” (6).

5. Y en parecidos términos se pronuncia M. C. GETE-ALONSO al decir que “bastaba con haber empleado una sola expresión –probablemente la primera “voluntad inequívoca”– para describir a este contrato, ya que la voluntad de cumplimiento, a que se refiere la última parte del artículo 5.1 L.A., es reiterativa” (7).

6. A. M. LÓPEZ Y LÓPEZ al referirse a que se exprese en el convenio “la obligación de cumplir la decisión arbitral”, la tilda de “precisión de alguna manera redundante, puesto que ella es la esencia del arbitraje” (8).

7. A. M. LORCA NAVARRETE con fundamento en la experiencia que le ha proporcionado su colaboración con la Corte Vasca de Arbitraje, afirma que la manifestación de la voluntad de cumplir el laudo resulta tan redundante que en pocas ocasiones se ha visto reflejada en un convenio arbitral, y ello a pesar del carácter imperativo que utiliza el artículo 5.1 *in fine* (9).

(4) “El recurso de anulación contra los laudos arbitrales. Estudio jurisprudencial”, ed. *Rev. Der. Priv.*, 1991, p. 173.

(5) “La nueva configuración del arbitraje en el Derecho español”, en *Justicia-89*, p. 351.

(6) *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*, ed. Civitas, 1990, p. 50.

(7) “La caracterización del Convenio arbitral en la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje” en *La Ley*, 2 de mayo de 1990, p. 3.

(8) *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, coordinador Rodrigo BERCOVITZ, ed. Tecnos, 1991, p. 69.

(9) *Derecho de Arbitraje español*, ed. Dykinson, 1994, p. 89.

Años antes, si bien con ciertas vacilaciones, este profesor ya había mostrado su talante liberal en este problema. Allí opinaba que: “En ese contexto, incluso se podría indicar que la expresión de cumplir el laudo sería innecesaria, pues al concluirse el convenio arbitral se opta, en caso de no cumplimiento voluntario del laudo, por la ejecución forzosa, en todo caso, como competencia funcional que corresponde al Juez de Primera Instancia” (10).

De LORCA NAVARRETE interesa destacar la evolución de su pensamiento, pues las dudas que muestra en la obra de 1991 ya no se reproducen en la de 1994.

8. No podemos olvidar el criterio de un autor de nuestro entorno, experto en el arbitraje internacional, R. MULLERAT para quien: “El inciso final de dicho precepto (que las partes expresen la voluntad de cumplir el laudo) tiene poco sentido, dado que la finalidad del convenio arbitral ya implica que se defiere a un tercero la resolución de la controversia” (11).

9. Para P. ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN la expresión formal que estamos analizando en este escrito “parece no tener más que un valor puramente enfático, y no hace pensar que, de cara a la validez contractual, añada un elemento nuevo al objeto del negocio que deba estar presente en la celebración del convenio” (12).

10. La última aportación conocida es la de S. GASPAR LERA quien, al estudiar el artículo 5.1, se refiere a la doble exigencia del mismo: “expresar la voluntad inequívoca de las partes ...” y “expresar la obligación de cumplir tal decisión”; sin embargo, respecto de tales exigencias recuerda que “la mayoría de la doctrina ha considerado que la primera de estas manifestaciones –voluntad inequívoca de someterse a arbitraje– es suficiente para apreciar la existencia del requisito de la voluntariedad”, posición que justifica “por cuanto que la obligación de cumplir el laudo es el efecto jurídico del propio contrato de arbitraje; efecto no previsto por quienes se someten al mismo, sino atribuido por el Estado incondicionalmente”. Y añade que “en favor de esta interpretación pueden invocarse otros preceptos de la propia LA. Así por ejemplo, el artículo 6-2 establece que el convenio arbitral se entiende formalizado por escrito cuando resulte de “cualquier medio de comunicación que deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje”; esto

(10) *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, ed. Dykinson, 1991, p. 82.

(11) “La anulación del laudo arbitral” en *Revista de la Corte española de arbitraje*, 1995, p. 130.

(12) *La anulación del laudo arbitral. El proceso arbitral y su impugnación*, ed. Comares, 1996, p. 153.

es, no se precisa que también deba quedar constancia de la voluntad de cumplir el laudo. Y en el mismo sentido, el artículo 42.1 declara que “el juez únicamente podrá rechazar la formalización judicial del arbitraje cuando considere por los documentos aportados que no consta de manera inequívoca la voluntad de las partes. Parece pues, que el órgano judicial competente no puede negarse a la formalización del arbitraje por el hecho de que los sujetos del convenio no hayan manifestado expresamente su intención de cumplir el laudo”. Y más adelante esta autora concluye que: “A la vista de todo lo anterior, considero que el hecho de la formalización por escrito de un convenio de arbitraje —elección de un tercero para resolver una cuestión litigiosa— revela por sí la voluntad de los sujetos del mismo de aceptar y, por tanto, de cumplir el laudo. Ello pues, sin que sea preciso manifestar expresamente esta última intención. Por consiguiente, si las partes quisieran evitar el carácter obligatorio de la decisión del tercero deberían manifestarlo expresamente en el convenio que, por tanto, sería de mediación y no de arbitraje” (13).

Frente a esta seria corriente científica poco valor ofrece la de quienes, en sentido opuesto, consideran necesaria la inserción de aquella expresión sin suministrar argumento alguno, como hace GONZÁLEZ GARCÍA (14) o bien mostrándose inseguros con su propia tesis, como le ocurre a REGLERO CAMPOS, quien, tras tachar la frase del artículo 5.1 de ociosa, redundante e incoherente, termina, al cabo de varias páginas, con la conclusión de que “el convenio arbitral que no recoja expresamente aquella previsión, será nulo”. Pero el autor no está convencido de su afirmación por cuanto seguidamente nos dice: “Pienso que este resultado no ha sido el querido por el legislador, pero es el único que puede extraerse de la lectura del precepto que comentamos” (15).

V. Nuestra opinión (16)

Hacemos nuestras las conclusiones y argumentos a que llega la mayoría de la doctrina científica y jurisprudencia de las audiencias, culminada en la sentencia del Tribunal Supremo que comentamos. Expondremos seguidamente la argumentación en que nos apoyamos, y para ello sistematizaremos los elementos hermenéuticos rindiendo homenaje a las ense-

(13) *El ámbito de aplicación del arbitraje*, ed. Aranzadi, 1998, p. 77.

(14) “La llamada cláusula arbitral”, *Món Jurídico*, n.º 121, 1995, marzo-abril, p. 36.

(15) *El Arbitraje*, ed. Montecorvo, 1991, pp. 89 y ss.

(16) Nos hemos referido a este problema en otras ocasiones: “El arbitraje, en las sociedades mercantiles”, *RJC*, 1998, n.º 2, pp. 327 y ss.; “Arbitraje y Registro”, en *Libro Homenaje a Jesús López Medel*, Centro de Estudios Registrales, t. II, pp. 1614 y ss.

ñanzas de la mejor doctrina civilista y, por supuesto, a las orientaciones que emanan del artículo 3.1 del Código civil.

La tarea del intérprete debe encaminarse a indagar si la omisión de la desdichada frase ha de producir o no la nulidad del convenio arbitral, consecuencia que hemos de obtener del espíritu y sentido de la Ley, descubiertos de la orientación histórica de la reforma de 1988 en relación con el contexto de nuestro ordenamiento jurídico en materia de obligaciones y contratos, así como de los convenios internacionales que, por haber sido asumidos, forman parte de aquél; todo ello enmarcado en la actual realidad socio-económica.

1. La *voluntas legislatoris* como elemento de interpretación de la Ley.

a) *Introducción al tema.*

Las tesis rigoristas esgrimen a veces en su defensa el proceso legislativo en el que, tras cierta discusión parlamentaria, terminó prevaleciendo el texto que hoy nos preocupa. Se trae así a colación la denominada *voluntas legislatoris*, que precisamente no es elemento hermenéutico pacífico, y más bien hoy se halla desacreditado. En este sentido hemos visto como la sentencia de 27 de junio de 1995 de la Audiencia de Sevilla prescinde de la *voluntas legislatoris* buscando más bien la *voluntas legis*.

b) *El proceso parlamentario.*

Estas son las razones que nos invitan a exponer cómo surgió la frase discutida en el trámite parlamentario, y además la valoración que hoy merecen en la doctrina civilista semejantes antecedentes.

Cuando el Proyecto de Ley de Arbitraje tuvo entrada en el Congreso de los Diputados el artículo 5 tenía la siguiente redacción:

“1. El convenio arbitral deberá expresar la voluntad inequívoca de las partes de someter la solución de todas las cuestiones litigiosas o de algunas de estas cuestiones, surgidas o que puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas, sean o no contractuales, a la decisión, de uno o más árbitros.”

La enmienda número 153, presentada por el Grupo Parlamentario Minoría Catalana propuso una nueva redacción del apartado primero:

“1. El convenio arbitral deberá expresar la voluntad inequívoca de las partes de someter a la decisión de uno o varios árbitros la solución de todas o de algunas de las cuestiones litigiosas surgidas o que puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas, sean o no contractuales, **así como expresar la obligación de cumplir tal decisión**”.

La justificación fue tan pobre y tan poco convincente como la siguiente: “en congruencia con las enmiendas anteriores dejar perfectamente claro el carácter de convenir el compromiso arbitral sobre cuestiones futuras y el de la obligación del cumplimiento del laudo que resulte”.

En el informe de la ponencia se propuso un texto transaccional que aceptase la enmienda número 153.

Pero luego en el Senado, la enmienda número 85 del Grupo Parlamentario del CDS que no prosperó, pretendía que se suprimiera la expresión con la siguiente justificación: “basta con la voluntad inequívoca de someter a arbitraje las diferencias tal y como figura en los artículos 6.2 y 42.1. El requisito cuya supresión solicitamos o es redundante o debería figurar también en los artículos que citamos en el párrafo anterior” (17).

Esta fue la discusión de los diputados. Ciertamente prosperó el criterio de los “legisladores” de introducir y mantener la frase “así como expresar la obligación de cumplir la decisión”. Pero lo que no tiene desperdicio es la razón que se da en la enmienda que propuso su texto: “Dejar perfectamente claro” dos extremos:

— “El carácter de convenir el compromiso arbitral **sobre cuestiones futuras**”. Frase que no viene a cuento en el problema que tratamos.

— “El de la obligación del cumplimiento del laudo que resulte”. ¡Como si no existieran o se desconocieran preceptos básicos en nuestro sistema contractual como los artículos 1.091 y 1.258 del Código civil!

c) *La doctrina científica en torno a la “voluntas legislatoris”.*

LACRUZ nos enseña cómo la opinión dominante niega la trascendencia, e incluso la posibilidad de la voluntad del legislador: en particular en nuestro tiempo, al ser las leyes, en una democracia constitucional, producto de una corriente colectiva de formación muy compleja. (18). “De ordinario será imposible —dice HERMANN, citado por LACRUZ— deducir esta voluntad del conjunto de las opiniones e intenciones tan diversas expresadas a raíz de la elaboración de un texto legislativo por aquellos que han participado en ella. De hecho, el texto final resulta frecuentemente de un compromiso entre tendencias opuestas y, a veces, incluso, contradictorias”. CAPITANT, también citado por LACRUZ, comentando la afirmación de PROTALIS según la cual “las leyes son voluntades”, niega que “se pueda descubrir esta voluntad en las discusiones de asambleas compuestas por un gran número de personas en las que se expresan todas las opiniones, y donde los oradores afirman ideas sin haber estudiado y

(17) Véase LORCA NAVARRETE, A. M.^a, en *Comentarios...*, p. 75.

(18) *Elementos de Derecho Civil*, I, vol. 1.º, 1988, pp. 271 y ss.

profundizado suficientemente el espíritu y la economía de los proyectos”. “La dualidad de las Cámaras y la diversidad de las opiniones; las contradicciones que surgen en la discusión, privan de toda autoridad a las posiciones allí expuestas en cuanto a la interpretación del texto. Cada uno manifiesta solamente sus puntos de vista personales, y nadie puede envanecerse de expresar el sentimiento general de lo que se llama el espíritu de la ley”... “De otra parte, es hoy opinión extendida la de la autosuficiencia de la ley –del sistema legal– en relación con los hechos a los que en cada momento se aplica”. “Los jueces no tienen que entregarse a especulaciones sobre la búsqueda de los motivos que han conducido al parlamento” –decía LORD HALDANE a la Cámara de los Lores en el año 1912–. “Su cometido es completamente diferente; es el de la interpretación de los términos en los cuales el legislador ha presentado finalmente sus conclusiones.”... “Se habla, entonces, de una voluntad de la ley, puramente objetiva, en la que se ha de prescindir del proceso psicológico individual de los participantes en la elaboración de la norma. La ley es un organismo que forma un todo, y se destaca de la voluntad de aquellos que la han elaborado. Es en ella, y sólo en ella, donde es preciso buscar el espíritu y la razón de ser de los preceptos; no en las declaraciones de los hombres que han colaborado a su concepción. La ley es lo que es: no lo que se habría querido que fuera”.

Pues bien, en la búsqueda de cuál sea el espíritu y la razón de ser de las normas que integran la ley hay que acudir a sus antecedentes históricos, a la realidad socio-económica que ha motivado la reforma y, por supuesto, a la orientación que marca la misma. Para todo lo cual dedicaremos el capítulo siguiente, mostrando de esta manera un camino interpretativo más fecundo y seguro que el anteriormente explorado respecto a la opinión de los diputados en la discusión parlamentaria, que, además, tampoco daba juego alguno respecto al verdadero problema, que consiste en decidir en torno al alcance y valor de la constatación de aquella expresión sobre la obligación de cumplir la decisión arbitral.

2. El antecedente histórico-legislativo y la orientación de la reforma.

a) *La orientación general de la reforma.*

En la interpretación del último inciso del párrafo 1 del artículo 5 de la Ley de Arbitraje hay que partir del texto literal del mismo en cuanto establece que el convenio arbitral deberá “expresar la obligación de cumplir tal decisión”. La cuestión planteada radica en dilucidar si la omisión de esta expresión ha de producir, o no, la nulidad del negocio jurídico o convenio arbitral.

Surgida esta exigencia en la Ley de 5 de diciembre de 1988, parece oportuno traer al primer plano la orientación general de esta reforma frente a nuestro sistema arbitral anterior por la relevancia que tiene su antecedente histórico y legislativo. En efecto, la nueva Ley se halla inspirada, como reconoce su Exposición de Motivos, en la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa 12/1986 que, referente a ciertas medidas tendentes a prevenir y reducir la sobrecarga de trabajo de los tribunales, postuló que los gobiernos de la Comunidad Económica Europea adoptaran las disposiciones adecuadas para que “en los casos que se presten a ello, el arbitraje pueda constituir una alternativa más accesible y más eficaz a la acción judicial”. En esta línea, la nueva Ley supone también un esfuerzo por uniformar nuestro arbitraje con las previsiones de los convenios internacionales firmados por España (el Protocolo de Ginebra de 1923 y el Convenio para su aplicación de 1927, el Convenio de Nueva York de 1958 y el Convenio de Ginebra de 1961) en armonía con los cuales **amplió el margen de actuación del principio de autonomía de la voluntad, eliminó las exigencias formales** y no recogió ya aquella duplicidad conceptual que distinguía entre cláusula compromisoria o contrato preliminar de arbitraje y escritura de compromiso, sino que se refiere sólo al “convenio arbitral”, entendido (párrafo tercero de su Exposición de Motivos) como el “instrumento en el que se plasma el derecho de las personas a solucionar las cuestiones litigiosas de su libre disposición”.

Manifestación explícita de aquellos principios y orientaciones liberales la tenemos en la misma Exposición de Motivos cuando nos dice que “El título II introduce como novedad el principio de libertad formal en el convenio arbitral”, y en el artículo 6 en el que se admite, siguiendo las orientaciones internacionales, que la formalización del convenio pueda resultar no sólo de intercambio de cartas sino “de cualquier otro medio de comunicación que deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje”.

La interpretación formalista contradice al espíritu liberal de que hace gala el legislador arbitral para romper con el sistema anterior del cual según la Exposición de Motivos “la práctica ha demostrado ... no sirve para solucionar... las controversias que surgen del tráfico mercantil ni menos aún para las que surgen en el tráfico mercantil internacional”. También violenta la voluntad de las partes que, al suscribir un convenio arbitral, pretenden conseguir la doble eficacia propia del mismo: la positiva, de resolver las controversias en vía arbitral, y la negativa de eliminar la vía judicial.

b) Especial consideración de los Convenios de Ginebra y de Nueva York.

La tesis formal rigorista sobre el último inciso del párrafo 1 del artículo 5 de la Ley de Arbitraje sanciona con la nulidad al convenio arbitral que omite la expresión de obligarse a cumplir el laudo.

Pues bien, de esta rígida interpretación en su día ya denunciarnos, y hoy repetimos, que no tiene en cuenta que nuestro país ha ratificado dos de los principales convenios multilaterales sobre arbitraje, y que sus disposiciones, una vez publicadas en el Boletín Oficial del Estado, son Derecho interno (art. 1.5 del Código civil). Nos referimos al Convenio europeo de Ginebra de 21 de abril de 1961, ratificado el 5 de marzo de 1975 (BOE de 4 de octubre de 1975) y el Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958, ratificado el 29 de abril de 1977 (BOE 11 de julio de 1977). Este segundo dispone en su artículo II.1 que:

“Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.”

El número 2 del mismo artículo continúa que:

“La expresión «acuerdo por escrito» denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas.”

Del régimen jurídico instaurado por aquel precepto A. CALVO CARRAVACA y L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (19), han destacado tres aspectos: la técnica empleada, los destinatarios de la norma y el carácter imperativo de la misma:

“En primer lugar, la técnica empleada. Se trata de una norma material especial para el tráfico externo de origen convencional. Carece, por consiguiente, ya de sentido la discusión de si la norma de conflicto rectora de la forma del acuerdo del arbitraje debía remitir a la ley del lugar del otorgamiento, la aplicable al fondo del convenio, la de la sede del tribunal arbitral, la del Estado cuyos tribunales habrían sido competentes para conocer del litigio o falta de convenio o si se debía recurrir a la excepción de orden público. Además, en virtud de la superioridad del Derecho convencional sobre el Derecho interno, incumplen el Convenio de Nueva York los tribunales estatales que exigen a los acuerdos de arbitraje las formalidades impuestas por una ley designada conforme a su sistema de Derecho internacional privado autónomo.”

(19) *Op. cit.*, pp. 65 a 67.

“En segundo lugar, sus destinatarios. El artículo II, números 1 y 2, deberá ser aplicado por los órganos judiciales de los Estados contratantes, tanto si conocen directamente de la validez del convenio arbitral como si ésta resulta impugnada en un proceso de *exequatur*.”

“En tercer y último lugar, su imperatividad. Los tribunales de los Estados contratantes del Convenio de Nueva York deberán reconocer la validez formal de todo convenio arbitral que conste mediante **acuerdo por escrito.**”

“De ningún modo es posible la aplicación de normas más rigurosas.”

Para el profesor RAMÓN VIÑAS FARRE (20) no tiene sentido la frase cuestionada del artículo 5.1, y a tal efecto aduce que: “El Convenio de Nueva York en el artículo II.1 ha incorporado una norma material especial para el tráfico externo, y se ha desechado el método conflictual. Por lo tanto, se ha querido bloquear la aplicación de las normas de las legislaciones estatales más formalistas o ritualistas, que son más exigentes con las formas. Para la aplicación del Convenio de Nueva York bastará con que el acuerdo sea escrito y nada más. Para los Estados que han aceptado el Convenio de Nueva York, especialmente España que no usó de ningún tipo de reserva o facultad permitida, no se puede exigir la aplicación de normas más rigurosas en la forma. La exigencia del acuerdo por escrito constituye la exigencia máxima en cuanto a la forma del Convenio arbitral”.

Ha quedado así expuesto el contenido y alcance de la normativa de aquellos Convenios multilaterales que constituyen parte integrante de nuestro ordenamiento jurídico interno. De no aceptar sus criterios para interpretar el artículo 5.1 de la Ley de Arbitraje, el resultado sería un sistema esquizofrénico, conforme al cual nuestros tribunales deberían negar validez a todos los requisitos formales exigidos por cualquier ley extranjera, excepto a los convenios sujetos a la ley española. Y ello aun cuando la ley extranjera emanara de un país que no hubiera suscrito el Convenio, por la naturaleza *erga omnes* de éste.

c) *A manera de resumen parcial.*

De cuanto antecede resulta que la nueva ordenación arbitral española, inspirada en las orientaciones del Consejo de Europa y en los convenios internacionales antes citados, ha potenciado la actuación del principio de autonomía de la voluntad, eliminando las exigencias formales. Todo lo cual constituye un elemento de inapreciable valor para la interpretación del artículo 5.1 de la Ley de Arbitraje y para fijar su alcance.

(20) En notas inéditas que agradezco.

3. El elemento sistemático. La interpretación conforme al contexto de nuestro ordenamiento.

La norma a interpretar debe ponerse en conexión con aquellas otras que integran una institución jurídica y con los principios fundamentales del sistema al que pertenece. “Los Tribunales, al aplicar las leyes, deben atender al contexto, estableciendo conexión con todos los preceptos del ordenamiento que traten la materia a resolver” (TS en sent. 1.6.1968). Cuando el artículo 3.1 del Código civil se refiere al “contexto” este término es entendido por la doctrina en sentido amplio como “las otras normas que integran el sistema”, no meramente como “las palabras antecedentes o siguientes dentro de la propia norma” (21).

En nuestro caso las doctrinas rigoristas que exigen, como requisito esencial, la constancia escrita de la frase “expresar la obligación de cumplir tal decisión”, lo hacen bajo razones que se dirigen en un doble sentido: bien de tono sustantivo, imponiendo la frase como elemento que advierte al otorgante de la trascendencia de la sumisión arbitral y contribuye a fortalecer el cumplimiento y ejecutoriedad del laudo; bien en sede de forma, haciendo de aquella expresión un requisito *ad solemnitatem*; pero siempre de tal manera que su omisión acarrea la nulidad del convenio arbitral.

Pues bien, ahora nos corresponde a nosotros aquí examinar aquel discutido requisito en relación con los principios y normas que inspiran y rigen nuestro ordenamiento jurídico en sede de contratos y obligaciones. Para ello haremos dos apartados. Uno referido al aspecto material o sustantivo del consentimiento como fuente de las obligaciones; y otro, al principio espiritualista y aformal del Derecho español.

a) *La autonomía privada como fuente de las obligaciones.*

La primera fuente de las relaciones obligatorias es el negocio jurídico, en cuanto es cauce de expresión de la autonomía privada. Los negocios jurídicos son actos de autonomía privada que constituyen y reglamentan una relación jurídica entre sus autores.

El sujeto se obliga por su “mero” consentimiento (art. 1.258 C.c.), teniendo las obligaciones que nacen de los contratos fuerza de ley entre las partes contratantes (art. 1.091 C.c.), y deben cumplirse por la misma fuerza de la ley, por lo que resultaría insólito el que además pudiera exigirse un segundo elemento volitivo de estar dispuesto a dar cumplimiento a las consecuencias que se deriven del contrato. Tal añadido devendría

(21) LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, I, vol. 1.º, 1988, pp. 277 y ss.

tan innecesario como discrepante del sistema. Por estas razones en otro lugar ya afirmamos, respecto a nuestro problema, lo siguiente:

“Aquella expresión de obligarse a cumplir el laudo, es totalmente innecesaria desde el punto de vista sustantivo, pues la eficacia del laudo depende sin más de la sumisión del arbitraje (“Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan ...” art. 1.258 C.c.).”

“En modo alguno puede sostenerse que la finalidad de la expresión analizada busque asegurar la ejecución del laudo, pues esta eficacia se logra por imperativo legal, al estar equiparado el laudo a la cosa juzgada (art. 37) y ser ejecutables por disposición legal (art. 52).”

Resulta pues incontrovertible la afirmación que hacen los autores y ciertas sentencias de audiencia cuando califican aquella desgraciada expresión de **innecesaria**. De “**Simple redundancia**” la califica la sentencia del Tribunal Supremo que estamos comentando. Y, así, las cosas, la interpretación que lleva a anular todo el negocio jurídico del convenio arbitral por omitir aquella frase, es evidente que desentona con el “contexto” y sistema de nuestro derecho de obligaciones y contratos en su aspecto sustantivo.

b) *El principio espiritualista como principio rector del formalismo contractual.*

No es decir nada nuevo, pero al parecer hay que recordar, que en el Derecho español desde el Ordenamiento de Alcalá y todavía un siglo antes en Tortosa, el sistema de las obligaciones se orienta claramente en una línea espiritualista, consensual y no formalista en la contratación. Ha desaparecido la mentalidad primitiva que no comprende la fuerza obligatoria de la voluntad. Hoy es impensable que la creación de especiales obligaciones o vínculos contractuales se ligue con fórmulas mágicas o rituales como antaño fueron necesarias especiales ceremonias de valor religioso o semi-religioso (22).

En este contexto es incomprensible que se quiera elevar a la categoría de requisito formal *ad solemnitatem* la expresión escrita de obligarse a cumplir el laudo, además y con independencia de que conste la voluntad inequívoca de someter las controversias a la decisión arbitral. También por ello en su día dijimos lo siguiente:

“Es inimaginable que el legislador haya querido configurar aquella expresión como un requisito formal *ad substantiam*, y ello por varias ra-

(22) DÍEZ-PICAZO en *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, I, ed. Civitas, 1993, p. 251.

zones. En primer término porque la forma de los negocios jurídicos en nuestro ordenamiento no se refiere **nunca** a frases o expresiones sacramentales sino a figuras documentales o registrales.”

“De otro lado aquella exigencia ritual chocaría con el sistema aformal de nuestro régimen contractual plasmado en el Código civil que ha recogido una seria tradición histórica; y en particular resultaría en abierta contradicción con la misma Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje cuando nos dice que “El título II introduce como novedad el principio de libertad formal del convenio arbitral” y con el artículo 6 en el que se admite, siguiendo las orientaciones internacionales, que la formalización del convenio pueda resultar no sólo de intercambio de cartas sino “de cualquier otro medio de comunicación que deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse al arbitraje”.

“Los requisitos de forma no son valores autónomos que tengan sustantividad propia, sino que son instrumentos para conseguir una finalidad legítima (23), y ésta no existe en el requisito examinado.”

Estos criterios han sido afortunadamente confirmados por la sentencia del **Tribunal Supremo** objeto de estos comentarios, ya que, al referirse a la frase “obligación de cumplir tal decisión” nos dice que “**no es una frase sacramental**”.

c) *El principio de conservación del contrato.*

Fue formulado por POTHIER y recogido en el artículo 1.284 de nuestro Código civil, que aplica así en sede hermenéutica el *favor negotii* de acuerdo con el aforismo *magis valeat quam pereat*.

En la cuestión que nos ocupa, el problema, y si se quiere hasta la duda, radica en determinar si la omisión de aquella expresión de obligarse a cumplir el laudo implica un mandato sin sanción de nulidad o por el contrario arrastra el fracaso total del convenio. Pues bien, una interpretación coherente con el principio de conservación del negocio jurídico que informa nuestro sistema contractual, obliga a concluir que en la duda respecto al alcance de la expresión analizada, ésta “deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto” conforme al artículo 1.284 del Código civil, jamás en el sentido de que invalide todo el convenio y defraude a la voluntad de las partes.

Y no se diga que en este razonamiento utilizamos las reglas de interpretación del contrato para un tema de interpretación de la ley, porque ello implicaría desconocer la seria corriente doctrinal que considera “posible y acaso útil una teoría general de la interpretación” propugnando

(23) Sentencia Tribunal Constitucional 213/1990 de 20 de diciembre.

“una aproximación de la interpretación del contrato a la interpretación de la ley”. E, incluso “por algún sector de la doctrina moderna que ha sostenido la conveniencia de crear una **teoría unitaria de la interpretación**”, porque “se ha observado que el problema de la interpretación es un problema unitario y, más precisamente, que son idénticas las cuestiones que surgen en materia de interpretación del negocio jurídico y de interpretación de las normas (SCHREIER)” (24).

La Dirección General de los Registros y del Notariado en su resolución de 6 de marzo de 1997 aplica el principio general de interpretación favorable a la conservación de los negocios para salvar la validez de una donación intervivos otorgada ante notario francés del lugar de residencia de los otorgantes, por la cual el donante, de nacionalidad española, había hecho donación a favor de su esposa, para el caso de que le sobreviviera, de la totalidad de sus bienes que compusieran su sucesión; y salva la validez de aquel contrato sucesorio entre españoles sujetos al Código civil considerando que el mismo constituía un negocio testamentario.

4. La realidad socio-económica.

Las tesis formalistas conducen a contrariar la voluntad de los contratantes que suelen pactar la sumisión arbitral no sospechando que en esta materia haya una frase sacramental, sin la cual el pacto sería nulo. En los negocios jurídicos y relaciones comerciales diarias se cierran operaciones de cuantías relevantes. Aquellas doctrinas de resultados rígidos consideran a la simple voluntad apta, sin formalismo alguno, para lo principal, pero al llegar al pacto accesorio de decidir el camino a seguir para resolver la controversia, entonces parece que se trata de protegerles de sus propios actos.

Y dada la diversidad de criterios entre las audiencias ofrecemos un espectáculo intranquilizante tanto en el interior como en el comercio internacional y ante los centros arbitrales extranjeros, de lo que recientemente nos ha dado penosa noticia JUAN ANTONIO CREMADES en “NUEVAS PERSPECTIVAS DEL ARBITRAJE PARA LAS SOCIEDADES DE CAPITAL” en la mesa redonda celebrada el 11 de junio de 1988 en el Centro de Estudios Registrales de Madrid.

ADDENDA

En prensa este trabajo el Tribunal Supremo reitera la doctrina de la sentencia que comentamos en otra de 11 de diciembre de 1999.

(24) DÍEZ-PICAZO, L., en *op. cit.*, p. 368.

LA CAPACIDAD DE TESTAR EN LA JURISPRUDENCIA

La revista, en reciente sesión del consejo de redacción, acordó dedicar una de sus secciones a recoger la jurisprudencia del Tribunal Supremo de interés para el notariado; tanto comentando sentencias singulares como reuniendo las relativas a materia determinada dictadas en periodos de tiempo de cierta extensión que permitan conocer el predominante criterio de la Sala primera del Tribunal. En este primer seminario abordamos una cuestión de enorme interés para el notario y sobre la que volveremos en números sucesivos.

La reforma del Código civil por Ley de 20-XII-1991 ha alterado el texto de los artículos 665 y 685; sustituye el término dementes por el de incapacitados en el artículo 665. El artículo 685 vuelve al texto de la primera edición del Código, de muy efímera vigencia, e impone al notario el deber de asegurarse, a su juicio, de la capacidad del testador, mientras que hasta esta fecha simplemente hablaba de “procurará”.

Conviene tener presente esta advertencia porque todas las sentencias aquí recogidas proceden de pleitos sobre testamentos que por la fecha de su otorgamiento quedaban bajo el régimen legal que modificó la Ley de 20-XII-91.

Presunción general de capacidad

Es la establecida como regla primordial por el Código y al hablar de capacidad se está refiriendo a materia comprendida en el ámbito de la capacidad de obrar, pues no otra conclusión cabe obtener al recordar el carácter personalísimo del testamento, que no se puede testar por medio de tercero, y que no es posible completar o integrar la capacidad a través de representación legal.

La presunción de capacidad comprende incluso a los sordomudos que no saben leer y escribir, pues si bien no pueden utilizar ninguna de las fórmulas testamentarias de nuestro Código, les queda la vía más o menos a su alcance, de testar en país extranjero que recoja en su ordenamiento alguna fórmula apta para suplir la deficiencia física de incomunicación, en tanto nuestro Derecho no aborde solucionar los problemas de los discapaces, cuestión esta en la que muestra enorme interés y preocupación el notariado.

Toda persona debe ser reputada en su cabal juicio, como atributo normal de su ser, proclaman sentencias, entre otras muchas, de 7-X-1982, 26-IX-1986, 13-X-1990, 26-IV-1995 y 24-VII-1995.

La presunción de capacidad sube de categoría cuando tras pasar el tamiz del notario, ante éste se otorga testamento, pues la categoría del notariado es paladinamente reconocida en diversas sentencias, tales como la de 19 de septiembre de 1988 en la que se lee: “el juicio notarial de capacidad de testamentifacción está asistido de relevancia de certidumbre, dado el prestigio y confianza social, que en general, merecen los Notarios”; criterio del que participan las sentencias de 10-IV-1987, 18-III-1988, 13-X-1990 y 27-XI-1995.

Todo testamento notarial, además, va precedido de cumplimiento del deber que al autorizante le impone el artículo 685 de asegurarse de que a su juicio, el testador tiene la capacidad necesaria: “Procurará” decía hasta diciembre de 1991, y este texto es el aplicado a todas las sentencias que se recogen en estas notas, como ya se advirtió al principio.

La palabra “deberán” utilizada por el texto actualmente vigente pone mayor énfasis en el juicio previo del notario, pero las palabras “a su juicio” contenidas en ambos textos legales sucesivamente en vigor, no permiten pronosticar sensibles diferencias de trato por los tribunales.

La apreciación de la capacidad del testador por parte del notario requiere comprobar que quien pretende testar, no está incluido entre aquellos a quienes la ley les prohíbe testar, ni incursos en incapacidad, esto es, que habitual o accidentalmente no se hallan en su cabal juicio.

De este concepto se ha ocupado el Tribunal Supremo en sentencias como la de 27-XI-1995, para decir que “la expresión cabal juicio del

n.º 2 del artículo 663 del Código Civil, no hay que entenderlo en su sentido literal de absoluta integridad, sino más bien en el de que concurren en una persona las circunstancias y condiciones que normalmente se estiman como expresivas de aptitud mental”.

También habla de cabal juicio la sentencia de 7-X-1982, “como atributo normal del ser de toda persona que no tiene enervadas las potencias anímicas de raciocinio y de querer con verdadera libertad de elección...”.

La sentencia de 19-IX-1998, tilda “el cabal juicio” de expresión no muy afortunada técnicamente pero suficientemente expresiva en cuanto autoriza una interpretación amplia.

La entidad de la afección mental ha dado oportunidad al Tribunal Supremo, en sentencias de 27-I-1998 y 12-V-1998, de reproducir la doctrina jurisprudencial anterior y seguir manteniendo que la incapacidad o afección mental ha de ser grave, hasta hacer desaparecer la personalidad psíquica en la vida de relación de quien la padece, con exclusión de la consciencia de sus propios actos.

Argumentan con la sentencia de 25-IV-1959 e invocan la de 25-X-1928, diciendo que no basta apoyarse en simples presunciones o indirectas conjeturas, siendo un ir contra los preceptos reguladores de la testamentifacción y la jurisprudencia el declarar nulo un testamento por circunstancias de carácter moral o social, nacidas de hechos anteriores o posteriores al acto de otorgamiento.

La capacidad ha de existir en el acto de testar, pues a él se refiere el Código civil en el artículo 666 y así lo entiende la sentencia del Tribunal Supremo de 27-I-1998, antes citada, según la cual “ni la enfermedad ni la demencia obstan al libre ejercicio de la facultad de testar cuando el enfermo mantiene o recobra la integridad de sus facultades mentales o el demente tiene un momento lúcido”.

Especial problema plantea la interpretación del artículo 665, según el texto introducido en el Código por Ley de 20-XII-1991.

Hasta esta fecha el precepto regulaba la pretensión de hacer testamento del “demente” en intervalo lúcido, y obligaba al notario a designar “dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo otorgará sino cuando éstos respondan de su capacidad debiendo dar fe de su dictamen”.

La redacción actual hace desaparecer el concepto “demente” y se refiere al “incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar”.

La diferencia de tratamiento es importante pues el viejo texto se refiere al otorgamiento, esto es, al testador, el cual podía testar si los facultativos respondían de su capacidad, y el nuevo texto se refiere al

notario cuando dice “no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad”.

En todo caso el nuevo texto permite distinguir entre simplemente incapacitados del n.º 2 del artículo 663, que habitual o accidentalmente no se hallaren en su cabal juicio, y los incapacitados por sentencia, en la cual no se contiene pronunciamiento acerca de su capacidad, a los que se les aplica el requisito del reconocimiento. Como no siempre el notario tendrá conocimiento de la existencia del proceso de incapacitación ni de la sentencia, el tratamiento será el mismo que se aplica a todo testador, esto es, apreciar el “cabal juicio”.

La pregunta que sugiere el nuevo texto es la relativa a qué debe hacer el notario en los casos en que la sentencia dictada en juicio contradictorio, de naturaleza constitutiva, en cuanto creadora de un estado civil, *contenga* pronunciamiento acerca de la capacidad de testar, porque si fuere permisiva, lo que es poco imaginable pero posible, no por ello podrá el notario prescindir de formar su juicio sobre la capacidad del testador y obrar en consecuencia acudiendo en su caso al dictamen facultativo, porque la capacidad ha de apreciarse en el momento de testar.

Si la sentencia contuviese declaración de incapacidad, la respuesta parece ser que será la negativa del notario a autorizar el testamento.

A ello lleva la interpretación *a contrario sensu* del propio artículo 665, a pesar de las críticas que a las interpretaciones *a contrario sensu* hace la doctrina.

Sin embargo, en las jornadas organizadas por el Consejo General del Poder Judicial y el Consejo General del Notariado (noviembre 1999) se planteó esta pregunta a uno de los destacados ponentes, y a título personal, sin adelantar la solución que podía esperarse del Tribunal Supremo, se mostró partidario de que el notario en tal caso podría autorizar el testamento si estimaba que el aspirante a testar estaba en su cabal juicio, en el momento de otorgarlo.

Según su opinión, la sentencia que creó el nuevo estado del incapacitado puede ser antigua, el supuesto *no admitir dilaciones* que un proceso de rehabilitación llevaría, y el juicio de capacidad abonado además por facultativos permite sostener que el sujeto no necesariamente ha de estar incluido en el artículo 663, precepto este que habla de “están incapacitados... y el momento de «cabal juicio» lo puede tener el afectado por la sentencia en el mismo acto de testar”.

Esta referencia al criterio expuesto no tiene en modo alguno apoyo jurisprudencial y la inclusión en las presentes notas sólo pretende estimular posibles estudios sobre la cuestión y tratar de valorar solución distinta de la más cómoda de no autorizar el otorgamiento.

Naturaleza jurídica de la apreciación de la capacidad

El juicio del notario apreciando la capacidad de un testador tiene reflejo y constancia en la autorización del testamento y desde el punto de vista *jurídico-procesal* tiene la naturaleza de *hecho* constatado por el fedatario. Así lo reconocen muchas sentencias y entre ellas las de 7-X-1982, 26-IV-1995 y 24-VII-1995.

Esta cuestión de hecho, origen del testamento, puede ser combatida, cualquiera que sea el grado de seriedad y prestigio de quien autorizó el testamento, a pesar también de la tradicional vigencia de la doctrina *favor testamenti*, tantas veces declarada por el Tribunal Supremo (*vid.* sentencias de 7-X-1982, 26-IX-1988, 1-X-1991, 10-II-1994, 26-IV-1995 y 27-XI-1995), pues por fuerte que sea la presunción, siempre es *iuris tantum*; admite en consecuencia posibilidad de ser desvirtuada, pero ello por el cauce único del proceso.

El Tribunal Supremo, en la sentencia de 7-XI-1995 dice: Ni la declaración de los facultativos, ni el juicio que formasen el Notario y los testigos del estado mental del testador, impiden que el Tribunal por las pruebas suministradas, pueda declarar la incapacidad de aquél..., pues como dice la sentencia de 22-VI-1992, la declaración que en este sentido revisorio hagan los Tribunales, no pugna con el juicio equivocado que de buena fe pudieron formar el Notario y los testigos sobre dicha capacidad en el acto de otorgamiento.

La propia Dirección General de los Registros y del Notariado, en su resolución de 12-VI-1985, dice que el juicio positivo de capacidad del testador queda amparado por la fe pública notarial y únicamente puede ser desvirtuada mediante su impugnación ante los Tribunales de Justicia en el juicio declarativo correspondiente.

Los tribunales de instancia y la capacidad

Planteado en juicio declarativo el hecho de la capacidad, son los tribunales quienes han de valorar la realidad de ese hecho, que ya ha sido valorado por el notario al autorizar el testamento sometido a litigio.

La presunción de capacidad, como hecho, ha de destruirse por pruebas concluyentes, inequívocas, sin asomo de dudas pues así lo tiene declarado el Tribunal Supremo en sentencia como la de 7-X-1982, según la cual el testamento ha de mantenerse mientras “no se demuestre *inequívoca y concluyentemente* que al tiempo de realizar la declaración tenía enervadas las potencias anímicas...”, texto que reproduce la sentencia de 26-IX-1988. Utilizar el argumento de la “posterior incapaci-

tación” contraría el criterio sustentado en las sentencias de 13-X-1999 y 18-III-1988.

De prueba inequívoca, cumplida y convincente, habla la de 19-IX-1998, que cita numerosas sentencias anteriores.

Los medios de prueba son todos los admitidos en derecho, incluso la prueba testifical, pues como dice la sentencia de 8-VI-1994 “esta Sala (la 1.^a del TS) no ha afirmado que la prueba testifical no sirva para acreditar que un testador adolecía de falta de cabal juicio para testar, ni ha dado preferencia a una prueba sobre otra”.

Han de ser aportados por las partes, aunque la carga de la prueba pesa sobre quien la alega, pues así lo dispone el artículo 1.214 del Código civil.

Como inciso, conviene remarcar que una *interpretación correcta* del artículo 1.214 obliga a reconocer que la prueba de un hecho puede provenir de cualquiera de las partes y que cuando no existe prueba, las consecuencias de la falta de prueba han de recaer sobre el obligado a probar, o lo que es tanto como afirmar que el artículo 1.214 sólo se infringe cuando a falta de pruebas se hacen recaer las consecuencias en persona no obligada a probar.

La valoración de los medios de prueba reconocidos en la ley, como ninguno de ellos tiene valor absoluto ni constituye una prueba tasada, tiene que llevarse a cabo por el Tribunal de Instancia, con libertad de criterio, sin más sujeción, como dice la sentencia ya citada de 7-X-1982, “que la pauta que ofrecen las reglas a la sana crítica según disponen los artículos 1.243 del Código Civil y 632 de la Ley Procesal”, armonizándola con la resultancia de los demás elementos de convicción, pues el dictamen de los técnicos deja de constituir el llamado, contemplado en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 y queda reducido a simple medio probatorio no vinculante para el juzgador.

La sana crítica y las reglas del criterio humano son las pautas legales de las demás pruebas, y como no están reguladas en ley alguna terminan siendo equivalentes a la lógica, las reglas de la experiencia u otras fórmulas igualmente comprensivas de un gran arbitrio judicial.

Como las sentencias pueden ser apeladas y la apelación es una nueva instancia, las facultades de apreciación de las pruebas le corresponden al órgano de apelación con el mismo poder valorativo.

Pertenece pues a la Audiencia que conoce de la apelación decidir el hecho de la capacidad.

La cuestión cambia por completo de perspectiva cuando la sentencia es impugnada en casación, porque la casación es un recurso extraordinario que fundamentalmente tiene por objeto comprobar si a los hechos probados se les aplicó correctamente el derecho.

Se parte, pues, del hecho que sobre la capacidad o incapacidad haya declarado la Audiencia y tal hecho normalmente queda incólume puesto que ha desaparecido de nuestra Ley Procesal el motivo de casación que permitía la impugnación de los hechos con apoyo en documento obrante en autos (Ley de Enjuiciamiento Civil art. 1.692), no queda otro cauce que el de infracción de ley y como no hay más norma valorativa de prueba contenida en leyes que la sana crítica antes aludida, sólo en casación se podrá alterar un hecho demostrando que la apreciación de la prueba fue absurda, ilógica, y no conocemos sentencia que haya alterado la valoración de prueba hecha por la Audiencia, ni por tanto contrariado el criterio notarial sobre apreciación de capacidad cuando es coincidente con la Audiencia.

La sentencia de 19-IX-1998 destaca la reiteradísima doctrina jurisprudencial (cita diversas sentencias) según la cual el ataque a la valoración de la prueba pericial por los órganos judiciales de instancia, sólo procede “si resulta que las conclusiones obtenidas lo han sido al margen de la prueba practicada o se presentan ilógicas, dotadas de incoherencia entre sí, hasta absurdas, desrazonables o disparatadas, por lo que su censura casacional cabe ser combatida de darse dichos supuestos, expresivos de un fallo deductivo que intensa y notoriamente atenta a las reglas de la sana crítica”.

Se trae a colación porque siendo sentencia que no da lugar a la casación, mantiene la nulidad del testamento declarado en la Audiencia y en el Juzgado de Instancia y hace razonamientos no frecuentes sobre el valor de una incapacidad de hecho suficientemente demostrada apoyándose incluso en el auto posterior en que se declaró la incapacidad del testador.

Caso singular, también por la incidencia social de la decisión que afectaba a la herencia de un pintor famoso.

Conclusiones finales

De la jurisprudencia analizada se obtienen algunas conclusiones.

El juicio de capacidad del notario suele prevalecer en los procesos judiciales.

Es raro encontrar una sentencia de casación que resuelva contra la conclusión que de la capacidad o incapacidad haya obtenido una Audiencia en apelación.

Alguna sentencia, que casa la que en apelación declaró válido el testamento, tiene como *ratio decidendi* el incumplimiento de formalidades legales.

Relación de sentencias utilizadas

STS

21-VI-86
10-IV-87
18-III-88
26-IX-88
25-VI-90
13-X-90
1-X-91
30-XI-91
22-VI-92
10-II-94
8-VI-94
18-VI-94
26-IV-95
24-VII-95
27-XI-95
27-I-98
12-V-98
18-V-98
19-IX-98

S Tribunal Superior de Barcelona

21-VI-90
1-X-91

LA REVISTA

EL NOTARIO Y EL ARBITRAJE EN ITALIA Y ALEMANIA

JUAN-FRANCISCO DELGADO DE MIGUEL

Notario

Profesor de Derecho Civil

El objeto de este “Observatorio Notarial”, no es otro que el recoger de manera abreviada y sucinta algunas novedades surgidas en algunos notariados en torno a cuestiones que puedan tener especial importancia, bien por su actualidad o bien por su especial significación para el notariado español.

No se trata, pues, de recoger la opinión propia sino las ajenas y aprovechar esas iniciativas para su posible incorporación vía legislativa o doctrinal a nuestro entorno jurídico.

En este número nos vamos a centrar en el desarrollo actual de la intervención notarial en materia de mediación y arbitraje en Italia y Alemania. Nos han servido de fuente principal las ponencias presentadas en Catania los días 20 a 23 de octubre de 1999 sobre este mismo tema con ocasión del XXXVII Congreso Nacional del Notariado Italiano. En números sucesivos nos ocuparemos de otras legislaciones europeas y americanas.

1. La decisiva influencia de la autonomía privada en la resolución de conflictos jurídicos

La creciente incorporación del notario a la mediación y al arbitraje para la resolución de los diversos conflictos jurídicos surgidos de los problemas de interpretación o de falta de cumplimiento de los contratos, está irrumpiendo con enorme fuerza en diversas legislaciones de América y Europa. Tal coincidencia no puede presumirse que sea casual. Consciente el empresario de la validez del adagio “más vale un mal acuerdo que un buen juicio”, ha descubierto que si además el acuerdo puede ser bueno no hay solución mejor. El hecho de que, como afirma PIERGAE-TANO MARCHETTI (*Il contributo del notaio alla giustizia civile in materia di società e impresa*), es decisiva la presencia del notario en dos momentos cruciales en la existencia de una sociedad, cuales son su constitución y extinción, y la participación relevante que tiene en torno a la patología de los diversos actos societarios (actas de juntas, fusiones, escisiones, etc.), ha hecho descubrir al mundo de la empresa la existencia de un mecanismo útil, económico, realizado por un profesional científicamente valorado, imparcial y conocedor de la problemática, puesto que en ocasiones ha intervenido en numerosos actos de esa misma sociedad, o empresa, para la solución de conflictos que le van a permitir apartarse de la pesada losa de un conflicto judicial.

Como señala MARCHETTI, tradicionalmente la intervención del notario en la mediación se concretaba en determinar bajo qué condiciones el notario puede desarrollar un papel determinante a la hora de prevenir y mediar en las controversias que en ocasiones surgen en el ámbito del Derecho de Familia. La empresa busca algo parecido, pero con mecanismos un poco diferentes. La empresa sobre todo lo que busca es un “standard” de funcionamiento que minimice el coste que conlleva normalmente un conflicto judicial. Todo ello sin que se aleje su interés por una justicia rápida y eficiente.

Especialmente es de interés este objetivo cuando se trata de pequeñas y medianas empresas, a las que el acceso a fórmulas jurídicas económicas y funcionales les representa algo no sólo conveniente sino necesario.

El rol por tanto del notario en relación con una función estrictamente auxiliar de la actividad judicial, se revela especialmente eficaz desde la perspectiva de una reforma de la justicia en relación con el mundo de la empresa. Está claro que el propio juez es el primero que puede proponer soluciones conciliatorias. Pero también lo es que dentro de esta función auxiliadora de la justicia, el notario también puede proponerlas porque asegura, garantizando la conformidad de las partes al procedimiento, una ejecución muy similar.

La globalidad del mercado, el movimiento continuo de juristas de diversos países y la concurrencia entre sistemas constituyen uno de los motivos de mayor interés por este tema.

Un profesional como el notario, que se encuentra en la obligación de secundar un amplio desarrollo de la autonomía privada en general y estatutaria en particular, está llamado a encontrar las soluciones organizativas y financieras más idóneas, para resolver las exigencias de la empresa y del mercado en el que se desenvuelven. En consecuencia la intervención mediadora y de árbitro del notario en el mundo de los conflictos societarios puede ser una solución eficaz pero a su vez, indudablemente, representa un reto para el notario. Éste no puede en modo alguno, a la hora de intervenir como mediador o como árbitro, dice MARCHETTI, ignorar la estructura y la organización empresarial y contable de la sociedad, o desconocer la disciplina de los mercados financieros. Está claro que esta labor ya hoy en día se ha convertido en un objetivo esencial para los notarios.

2. La conveniencia de la cláusula arbitral en las escrituras públicas

Como acabamos de señalar, la nueva tendencia a atribuir al notario una función arbitral o conciliatoria se funda en el hecho constatable de un progresivo avance de las labores de mediación jurídica del mismo, que están relacionadas con la propia formación cultural del notario y con la garantía de imparcialidad, independencia y carácter de “tercero” anejos a la profesión.

La cuestión a estudiar sería la de si esa intervención del notario como árbitro debe aceptarse con carácter general o única y exclusivamente para el caso de que el acto o contrato para el que se solicita su mediación se hubiera celebrado bajo su ministerio.

El tema se ha estudiado por GIOVANNI TATARANO (*Il notariato tra arbitrato e conciliazione*) a propósito del Proyecto de Ley de reforma del artículo 806 del Código de Procedimiento Civil italiano, reconociendo que la adopción de instrumentos extrajudiciales de composición de la *litis* responde en realidad no sólo a la necesidad de determinar una reducción de la carga judicial, sino además a la necesidad de conseguir una mayor eficacia y racionalización del aparato jurisdiccional y del proceso.

Como supuestos de actos de posible sometimiento a arbitraje, no sólo nos encontraríamos con los actos que guardan relación con cuestiones del estado civil y de separación personal entre cónyuges en las que no sea obligatoria la intervención del Ministerio Público, sino además:

- El régimen patrimonial de los cónyuges derivados de separaciones personales o ruptura del vínculo matrimonial.
- Los conflictos derivados del régimen de condominio o de las relaciones entre condóminos.
- Los conflictos surgidos en materia de sociedades, salvo los reservados al Ministerio Público.
- La determinación de rentas en los arrendamientos de bienes inmuebles.
- La determinación de indemnizaciones derivadas de la ocupación de bienes por expropiación forzosa.

Pero las modificaciones previstas son más amplias. Conforme al Proyecto de Ley presentado por el diputado Savarese (C/94), se introduce asimismo un nuevo artículo 806 bis según el cual “pueden someterse a arbitraje todas las cuestiones concernientes a los derechos subjetivos disponibles aunque fueran atribuidos a la exclusiva jurisdicción del juez administrativo, o de los tribunales de las aguas públicas”. La tendencia expansiva del arbitraje resulta incontrastable.

El modo de determinar el arbitraje, basado en la autonomía de la voluntad de las partes, se realiza a través de la cláusula compromisoria que no es sino un negocio jurídico inserto en el contrato estipulado, o bien un acto separado a través del cual las partes deciden que las controversias surgidas de la interpretación o ejecución del contrato mismo sean decididas por el árbitro designado. Según TATARANO, en relación a la eficacia de la cláusula compromisoria en el caso de invalidación del contrato, la jurisprudencia (Cass. 25 febrero 1995) se inclina por entender que la nulidad del contrato no lleva consigo la de la cláusula compromisoria en ella contenida, siendo competencia de los árbitros la comprobación de dicha invalidez. De este modo el principio de autonomía de la cláusula compromisoria no se aplica solamente en la hipótesis de que el contrato al que la cláusula accede sea inválido, sino incluso no perfeccionado.

Esta teoría de la autonomía de la cláusula compromisoria respecto al contrato en el que se inserta, había sido ya defendida por CARNELUTTI en base a la diversidad de funciones de la cláusula y el contrato al que accede. Pero el mayor interés en la materia consiste en las aportaciones de la más reciente doctrina que se inclina por la posibilidad de incorporar como cláusula testamentaria la determinación de un árbitro que resuelva las posibles controversias surgidas entre los futuros herederos, y que tendría eficacia inmediata tras la aceptación de la herencia por los herederos. Se trata de una cláusula calificada por algún autor de cláusula “modal” basada en el hecho de que con ella se trata de satisfacer ya no el interés de los herederos sino el del testador. No estamos pues ante

un albacea o un contador partidor, sino ante un auténtico árbitro con un contenido bien determinado respecto a su ámbito de actuación.

Como recuerda TATARANO, esta actividad de mediación jurídica del notario puede representar un instrumento esencial a la hora de limitar las controversias judiciales, ya que no es sino una consecuencia de la función “antiprocesal” del notario a la que aludía CARNELUTTI cuando señalaba que “el Juez juzga en presencia de un conflicto que se ha verificado ya, mientras que el Notario juzga para que el conflicto no se produzca”. La diferencia entre el Juez y el Notario reside en la circunstancia de que el primero actúa para resolver conflictos nacidos de situaciones actuales de controversia y en presencia de una *litis*, mientras que el segundo opera con el fin de impedir la aparición del conflicto. La atribución al Notario de funciones arbitrales se acentúa notablemente tras la necesidad de informar a los contratantes en la fase que precede al perfeccionamiento del contrato con el fin de evitar cláusulas oscuras y ambiguas.

3. La intervención arbitral del notario en relación con los conflictos inmobiliarios. Derechos Reales

Para MICIOL-ELOISE D'ORIO (*Il procedimento notarile obbligatorio di mediazione in Germania ai sensi della legge sulla regolamentazione dei diritti reali*) (*Sachenrechtsbereinigungsgesetz*) los motivos que han llevado al legislador alemán a privilegiar el instituto de la mediación como instrumento de resolución de las situaciones inmobiliarias conflictivas, no ha sido otro que el confiar a los notarios la competencia exclusiva sobre armonización de los sistemas jurídicos preventivos en las dos Repúblicas alemanas. Se trata de una iniciativa profundamente innovadora con la que se ha investido al notario de una regulación de los conflictos caracterizada por constituir al mismo tiempo una solución extrajudicial y pre-judicial. La originalidad de este procedimiento, que representa un “*unicum*” en el Derecho alemán, consiste en que la intervención notarial de mediación representa una obligación puesto que el ordenamiento alemán solamente conoce procedimientos notariales de mediación de carácter facultativo como el previsto en el § 20, 5 de la Ley Notarial y otras disposiciones: Ley de Jurisdicción Voluntaria (*Gesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit*), división del patrimonio hereditario (*Nachlabauseinandersetzungen*), o división de la comunidad de bienes (§§ 1447-1449, 1469-1470 BGB).

El hecho de que sea precisamente el notario quien intervenga con tales facultades en los procedimientos de mediación se debe, en opinión de D'ORIO, a cinco razones:

- a) Es el notario el mejor conocedor de la estructura y mecanismos de los contratos inmobiliarios.
- b) La necesidad, comúnmente aceptada, de dirigirse a la autoridad del notario, conforme a los principios generales del ordenamiento, para la redacción de las estipulaciones de los contratos por acuerdo de las partes.
- c) Su familiaridad con la normativa sobre jurisdicción voluntaria.
- d) La posición del notario en relación con el desarrollo de la actividad de asistencia y consulta de los particulares, que confían en su independencia, imparcialidad y en su secreto profesional.
- e) La competencia, que ya tiene en la actualidad, determinada con gran precisión en el ámbito procesal, respecto a la mediación facultativa en materia de división del patrimonio hereditario.

La Ley sobre Reglamentación de Derechos Reales prevé cuatro tipos diferentes de mediación:

- Para la constitución de un derecho de superficie.
- Para la adquisición de una explotación agraria por parte del titular del usufructo, bien a propuesta del mismo o del propietario.
- Para la adquisición de un edificio a solicitud del propietario del solar.
- Para la liberación por parte del propietario de un fundo de los derechos nacidos a favor del usufructuario por las inversiones hechas por éste en construcciones situadas en el mismo.

El iter procesal a desarrollar por el notario (I §§ 91-99 del SachenRBerG), es el siguiente:

1.º) En primer lugar, el notario es autorizado de oficio a solicitar toda la información pertinente, incluyendo copias de la documentación precisa, que obtendrá gratuitamente. A continuación se fija una fecha para la reunión de todas las partes implicadas a través de una citación que indicará el lugar, generalmente la notaría, y el tiempo previsto para la convocatoria con la expresa previsión de una semana al menos entre la citación y la fecha fijada por el notario para la primera reunión. También expresará el nombre y dirección de todas las partes y la palabra clave (*Stichwort*) que ha dado lugar a la solicitud del procedimiento de mediación.

Al notario incumbe el solicitar a la oficina del registro inmobiliario la registración de la anotación de la apertura de un procedimiento de mediación en el sentido indicado en la Ley sobre Regulación de los Derechos Reales, con objeto de asegurar los derechos a la constitución de un derecho de superficie y a la adquisición del terreno o del edificio o construcción, a fin de que se impida que en el interregno el suelo o el edificio puedan ser adquiridos por terceros de buena fe.

2.º) En el día y hora previstos para la discusión (*Erörterungstermin*) el notario examina con las partes los extremos siguientes:

- El supuesto de hecho y de derecho.
- El contenido del contrato a estipular.
- La existencia o no de las causas para la suspensión o interrupción del procedimiento de mediación.
- Cuáles son las causas de hecho o de derecho en que se basa el uso del edificio.

3.º) Si no existen causas para la suspensión o archivo de las actuaciones, el notario levantará acta conteniendo una propuesta de solución de las cuestiones de hecho y de derecho sobre todos los extremos del problema relativos a la constitución del derecho de superficie o a la venta del fundo o del edificio.

Los medios de prueba que se admiten son los previstos en el propio Código civil: inspección, testimoniales, informes periciales, interrogatorio a las partes, pruebas documentales y solicitudes de información a la Administración.

El procedimiento concluye con la propuesta de mediación redactada por el notario, que adopta el esquema formal de un contrato y que se notifica con indicación de la fecha fijada para la discusión de cada uno de los términos de la propuesta.

En el día fijado para la discusión, si las partes han llegado ya a un acuerdo (*Einigung*) sobre todos los puntos de la propuesta de mediación, entonces el notario solicitará le exhiban los términos de tal acuerdo y dentro de los seis meses de la firma del acuerdo, presentará, junto a la solicitud de transcripción en la oficina del Registro de la nueva situación jurídica resuelta favorablemente, una petición de cancelación de la anotación a que antes se hizo referencia. Es interesante destacar que la ausencia de una de las partes a la convocatoria de mediación en el día señalado, dará lugar a la aplicación del denominado procedimiento de contumacia, que implicará, por aplicación del principio de que quien calla otorga, la plena eficacia del acuerdo que en su momento se comunicó a ambas partes.

4. Epílogo

Queda plasmada en esta breve exposición una muestra de la clara tendencia existente en el Derecho Comparado más próximo (en otra ocasión nos referiremos a la experiencia francesa y austriaca, y por supuesto a la iberoamericana) a dar cada vez mayor protagonismo al notario en las funciones de mediación y arbitraje. En realidad para nosotros no es

nada nuevo. ¿Cuántas veces se ha evitado tras la oportuna intervención notarial, un juicio ya decidido por las partes, ante la oscuridad de determinadas cláusulas, la forma en que se ha establecido el pago del precio, o el modo en que se fijaban determinadas condiciones? ¿No actuaba en realidad el notario como mediador y árbitro, cuando las partes confiaban de mutuo acuerdo a la decisión del notario la solución más justa y la más conveniente para los intereses de ambas sin haber sido nombrado ni árbitro ni mediador? Creo que ha sido precisamente esa experiencia tremendamente positiva para el particular, y apreciada por el poder público, la que está motivando que se eleve a ley lo que era ya práctica habitual.

Esperemos que en un plazo de tiempo necesariamente breve se incorpore también a nuestra legislación. El hecho de que en muchas escrituras otorgadas ante notarios de la Unión Europea figuren ya estas cláusulas arbitrales incorporadas a las mismas, creo que puede ser un argumento de peso para lograrlo, si se quiere ir de verdad hacia una unidad de mercado, de jurisdicción, y por tanto de documentación. Con ello se evitarían en una gran medida, ahí están las estadísticas, complejos y costosos procesos judiciales.